

Reflexions

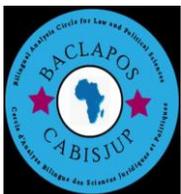
Revue
Africaine
des



Juridiques et
Politiques

REVUE AFRICAINE DES RÉFLEXIONS JURIDIQUES ET POLITIQUES
AFRICAN JOURNAL OF LAW AND POLITICAL REFLECTIONS
MENSTRUUM LEGEM – RARJP - AJLPR

RARJP, Vol 4 - N°1- Janvier 2025



COMITE SCIENTIFIQUE - LECTURE

EL HADJ MBODJ

*Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire,
Université Cheikh Anta Diop (UCAD)-
Sénégal*

MFEGUE SHE ODILE

EMMANUELLE epse MBATONGA,
*Maître de Conférences,
Université de Yaoundé II – Cameroun*

ERIC DEWEDI

*Agrégé de droit privé,
Doyen honoraire, Université de Parakou –
Bénin*

PIERRE FELIX KANDOLO

*Professeur des Universités,
Avocat au barreau du Haut-Katanga,
Conseil à la CPI et la
(CADHP), Université de LIKASI - RDC*

MEDOU NGOA FRED JÉRÉMIE

*Professeur Titulaire des Universités,
Université de Douala - Cameroun*

YAV JOSEPH KATSHUNG

*Professeur, avocat, consultant,
Université de LUBUMBASHI - RDC*

PIERRE DJONGA

*Maître de Conférences,
Université de Bertoua – Cameroun*

KACI SI YOUCEF

*Professeur de droit,
Université de Bouira - Université d'Alger-
Algérie*

HABIS AL FAWARA

*Assistant Professor, Al GHURAIR
University,
Université de POITIERS*

STEVE THIERY BILOUNGA

*Professeur Titulaire des Universités,
Université d'Ebolowa - Cameroun*

GAETAN THIERRY FOUMENA

*Agrégé des Facultés de Droit,
Université de Ngaoundéré - Cameroun*

SELMA EL HASSANI SBAI

*Professeur Universitaire (HDR) en droit
privé,
FSJES Agdal-Rabat,
Université Mohammed V - Rabat-Maroc*

FRANÇOIS- XAVIER ROUX – DEMARE

*Professeur,
Université Jean Moulin (Lyon III)
Bayonne,
Nouvelle-Aquitaine- France*

HOUNBARA KAOSSIRI LEON

*Agrégé des Facultés de Droit,
Maître de Conférences,
Université de Garoua - Cameroun*

DESIRE EBELE ONANA

*Maitre de Conférences à la Faculté des
Sciences Juridiques et Politiques de
l'Université d'Ebolowa - Cameroun*

MEHDI ZAKERIAN

*Professeur, Faculty of Law and Political
Sciences, Islamic Azad University*

WENDKOUNI JUDICAEEL DJIGUEMDE

*Agrégé des Facultés de droit,
Maitre de Conférences,
Université Thomas Sankara, Burkina Faso*

DIKA ELOKAN PIERRE PAUL

*Maître de Conférences en droit public,
Université de Ngaoundéré - Cameroun*

COMITE DE REDACTION

Dir.A. Dr. ABOUKAR B. AGLA
REDACTEUR EN CHEF

DOUZANE YADIA,
Enseignant à la Faculté de Droit de l'Université de
MOUNDOU

REDACTEURS EN CHEF ADJOINT

Mlle Charlotte ONGUEPSI,
Dr. DOMBA Bienvenu
Dr. Cheick Ibrahim Deguia

SECRETAIRE DE REDACTION
Dr. Elie SAPITODEN,

COORDONNATRICE ADMINISTRATIVE

Dr. Linda DJARSOUMNA,

DEDJINGAR MBAILEDE Alain
Docteur / Ph.D

Fidel NGAYA DAIROU
Docteur / Ph.D

MBACK TINA GEORGES
Docteur / Ph.D

FABILOU,
Docteur / Ph.D

SALEH ABAKAR SALEH
Doctorant

BABBA AYOUBA
Docteur / Ph.D

Léon LEWA
Docteur / Ph.D

Alfred LEKACHANG LIBENANG
Docteur/Ph.D

SALIF CISSE
Docteur / Ph.D

Josué DIGUERA
Docteur / Ph.D

DIDEGOMI
Docteur / Ph.D

Bienvenu TONHOUL
Docteur / Ph.D

BALLA MOUSSA
Docteur / Ph.D

AMADOU BOUBA
Docteur/Ph.D

Justin BLAMBAYAOLA KALNIGA
Doctorant

BOLNDO JOSUE Eric
Docteur / Ph.D

WANGBA JOSEPH JOSEPH
Docteur / Ph.D

DOURYANG RESSONG ELEAZAR
Doctorant

SALAHADDINE OUMAROU
Docteur/Ph.D

ADAM MAHAMAT
Docteur/Ph.D

NKENGUE Lucien Bertrand
Docteur/Ph.D

POLITIQUE DE REDACTION

Les auteurs qui soumettent leurs contributions à la Revue Africaine des Réflexions Juridiques et Politiques doivent se conformer aux directives suivantes :

- Toute proposition d'article doit être rédigée en français ou en anglais, 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 et une conclusion. L'ensemble de la contribution doit tenir sur trente (30) 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 ;

Les références peuvent être citées à l'intérieur du texte selon les normes APA ou en note de bas de page selon le style suivant :

- Pour les monographies et traités : auteur (initiale du prénom et nom), titre (en italique), lieu et année de publication, page. L'indication additionnelle de la maison d'édition est optionnelle, mais si elle est donnée, elle doit être donnée de façon systématique ;
- Pour les œuvres collectives et livres édités : l'auteur et le titre (entre guillemets) de la contribution à laquelle il est fait référence, les auteurs ou les éditeurs de l'œuvre ou du livre et le titre de l'œuvre ou du livre suivant le mode indiqué pour les monographies ;
- Pour les articles de revue : auteur (initiale du prénom et nom), titre de la contribution (entre guillemets), nom de la revue (en italique), volume (si possible et usuel), année de parution (plus, si besoin en est, numéro ou date du cahier), page ;
- Pour les textes de loi : titre, numéro, date suivant le style le plus détaillé usuel dans le pays de référence et source de publication (à l'exception des textes qui sont généralement connus tels le code civil ou le code de commerce) ;
- Pour les comptes rendus de livre : nom et prénom de l'auteur du livre, titre et éventuellement sous-titre, lieu de publication et maison d'édition, année de parution, nombre de pages.

- Pour un document internet, auteur doit le citer selon le modèle suivant: FILIU (J-P.), « Quand la France cohabitait avec les mercenaires russes du groupe Wagner en Lybie », Chronique internationale, *Le Monde* (en ligne), publiée le 10 avril 2022, consulté le 04 aout 2022 sur www.lemonde.fr
- Pour les thèses et mémoires, il faut indiquer le nom en majuscule et le (s) prénom (s) de l'auteur entre parenthèses, mettre l'intitulé exclusivement en italique, mentionner la nature du travail (mémoire ou thèse), l'université dans laquelle le travail a été soutenu, l'année de soutenance, la ou les page (s) exploité (es).

Les propositions d'articles doivent être soumises par courrier électronique à l'adresse électronique suivante : revuerarjp@gmail.com

SOMMAIRE

-Doctrine-

Sciences Juridiques

L'évolution des caractéristiques de service public reconnues aux associations d'utilité publique.....1

Ahcene Rabhi

L'extension du recours à l'équité à la réparation des dommages de masse dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice (CIJ, 9 février 2022, Activités armées sur le territoire du Congo, indemnisation, Rec, p.13).....54

Rémy OSSOMBO-YOMBO

Le contrôle étatique sur les actes des associations reconnues d'utilité publique en Afrique noire francophone : Les cas du Cameroun, Sénégal.....84

Jérôme Manfred MANGA

La performance des contrats publics à l'aune du régime financier de 2018 au Cameroun.....111

Eugène MBARGA

Le principe de la légalité criminelle et l'incrimination par renvoi.....147

ABDEL NASSER Issa Pave

L'Etat de l'application de la compétence pénale dans l'espace OHADA.....167

HADIDJATOU OUSMANOU

La spécificité des contrats de transaction des moyens de paiement dématérialisés.....190

TOUAÏBA TIRMOU Alice

La place des époux dans la pratique des affaires en droit OHADA.....223

MAINIBE TCHIOMBE CALICE CLEOPATRE

Les collectivités autonomes dans la vie internationale.....247

DIONLALTAREL TILO

Considérations juridiques et socio-politiques sur le droit de vote des étrangers en République fédérale d'Allemagne (RFA). Conditions et limites constitutionnelles.....272

Hervé Ngulu Boka

Responsabilité pénale et intelligence artificielle : quel régime pour les infractions causées par des véhicules à délégation de conduite ?.....296

Rita PANZARIN ANGOULA

La transaction en droit pénal camerounais : contribution à une étude fonctionnelle.....333

MBARGA Gabriel

L'ordre public et la faveur dans la phase précontractuelle en droit camerounais du travail.....357

KEMTA PEWO Carole

Les opérations de maintien de la paix à l'épreuve de la protection de l'environnement en contexte de conflits armés internes en Afrique.....377

Serges Roméo FOTSING TAKAM

Science Politique

Entre discours et praxis. Esquisse de la lutte anti-terroriste en Côte d'Ivoire à partir de la politique d'extraversion.....397

Toussaint S. V. Kounouho

La coopération militaire franco-tchadienne : entre domination et partenariat.....429

Mahamat Ali Saleh

-DOCTRINE-

SCIENCES JURIDIQUES

L'évolution des caractéristiques de service public reconnues aux associations d'utilité publique

The Development of the Characteristics of Public Facilities associated with Public Benefit Associations

Ahcene Rabhi

Professeur agrégé de Droit public, Collège de Police, Ministère de l'intérieur, Émirats arabes unis

Résumé: L'administration, puis le juge administratif, en tranchant eux-mêmes des litiges, ont créé des solutions originales et donné naissance à un véritable droit administratif distinct du droit civil, notamment à travers le célèbre critère organique. Cependant, cette solution n'a pas été définitive. La jurisprudence ultérieure a remis en cause ce critère à travers la notion matérielle ou objective, en reconnaissant qu'une personne privée pouvait prendre en charge un service public et disposer, dans ce cadre, de prérogatives de puissance publique. Dans cette perspective le Conseil d'Etat Français relève que l'Association d'utilité publique a su s'adapter rapidement aux conditions et exigences de l'activité administrative. En particulier en acquérant les mêmes caractéristiques formelles, organiques et objectives que les services publics traditionnels, Cela a finalement abouti à créé un nouveau genre de service public a caractère mixte qui a progressivement remplacé la portée et les domaines d'application du critère organique.

Mots clés: Associations d'intérêt public, Service public administratif, exigences d'intérêt public, Puissance publique, Critère organique ou formel, Critère Matériels ou objectif.

Abstract: The administration, followed by the administrative judge, through adjudicating disputes, have created original solutions thereby given rise to a genuine administrative law that is separate from civil law, particularly through the esteemed organic criterion. However, this resolution was not definitive. Later jurisprudence has challenged this criterion by introducing material or objective notion acknowledging that a private entity may undertake a public service and, within this framework, exercise prerogatives of public authority. In the same perspective, the French Council of State noted that the public utility association has been able to quickly adapt to the conditions and requirements of administrative activity. Notably, it has assimilated the same formal, organic, and objective characteristics as traditional public services. This ultimately led to the creation of a new type of mixed public service that has progressively replaced the scope and applicability of the organic criterion.

Keywords: Public interest associations, Administrative public service, Public interest requirements, Public authority, Organic and formal criterion, Material or objective criterion.

Introduction

La notion de service public¹ reflète les options politiques, économiques et sociales d'un Etat à une période donnée ; ce qui fait d'elle un phénomène très complexe caractérisé par une grande souplesse et une large mutabilité. Le service public est donc une activité concrète et palpable dont le but est la réalisation d'un intérêt général directement par une personne publique ou sous son autorité dans le cadre d'un régime juridique soumis totalement ou partiellement aux dispositions du droit administratif². La réalisation de cette finalité est tributaire des procédés scientifiques et techniques, de l'ampleur de la demande et des circonstances objectives qui entourent l'Etat. Dans ce contexte la notion de service public ne peut être une notion juridique neutre et abstraite.

La notion de service public a pris ses dimensions techniques et juridiques au sein du droit administratif français. En effet depuis la révolution française de 1789 l'Etat a adopté une conception restrictive fermée de l'action administrative. Une conception centralisée du service public avec toutes ses spécificités et ses caractéristiques. Dans ce contexte, l'application des systèmes administratifs n'apparaît pas uniquement dans sa forme positive qui consiste à organiser et à faire fonctionner les organismes publics nécessaires à la réalisation de l'intérêt général mais aussi dans sa forme négative de de suprématie et de monopole, ce qui pousse certains auteurs à

¹ Il est entendu par services publics les organismes publics dont l'activité rentre dans le champ de l'action administrative de l'Etat qui consiste à satisfaire des besoins d'intérêts généraux tels que la sécurité, la justice, la santé, l'éducation soit en contrepartie de redevances forfaitaires ou gratuitement sans recherche d'aucun intérêt ou bénéfice particulier. Ces organismes dotés de toutes les prérogatives de puissance publique et obéissent dans leur fonctionnement aux règles de droit public en règle générale, néanmoins ils peuvent faire appel aux règles de droit commun à titre subsidiaire. Voir : Delvolvé (P), traité de droit administratif, T1, 12^{ème} édition, PUF, Paris, 1992, p 201 – 213.

²La construction juridique du service public revient à Léon Duguit, initiateur de l'école de service public, qui conditionne l'idée de service public par l'existence de quatre éléments essentiels : le fonctionnaire public, le bien public, l'action publique et enfin le contrat administratif. Gaston Jèze ajoute un d'autres éléments nouveaux, à savoir : le contrôle des deniers publics et des actes administratifs et enfin la responsabilité administrative. Quant aux règles de fonctionnement du service public, elles ont été adoptées par Roland – dont elles tirent d'ailleurs leur nom-. Elles se résument dans les principes de : continuité du service public, le principe d'égalité devant les services publics et le principe de mutabilité du service public. La clarté et la simplicité de ces principes ont permis, en France de couvrir les notions techniques du droit administratif, de même qu'ils ont permis, pendant plus de 60 ans, de donner une image claire de l'action administrative et du contentieux administratif. Sur ce point voir - Duguit (L), traité de droit constitutionnel, Ed Fontenois, Paris, 1911. Jèze, les principes généraux de droit administratif, 3^{ème} édition, ED Sirey, Paris, 1925.

déduire hâtivement que l'activité des services publics est du ressort exclusif et naturel de l'Etat et ne relève en aucun cas de l'initiative privée: de l'action administrative, une conception centralisée du service public administratif avec toutes ses spécificités et ses caractéristiques. Ainsi l'application des systèmes administratifs, n'apparaît pas seulement dans sa forme positive qui consiste à organiser et à faire fonctionner les organismes publics nécessaires à la réalisation de l'intérêt général, mais aussi dans sa forme négative de suprématie et de monopole de l'action administrative, ce qui pousse certains auteurs-les premiers – à déduire hâtivement que l'activité du service public est du ressort exclusif et naturel de l'Etat et ne relève par conséquent pas de l'initiative privée³.

Cette conséquence a fait l'objet d'une analyse éloquentes de L.Duguit⁴ qu'il a défendu pendant longtemps en affirmant que l'Etat n'est pas un pouvoir de contrainte ni un pouvoir de commandement mais un ensemble de services publics⁵. c'est cette double conjonction entre personne morale de droit public en tant que structure et le service public administratif en tant qu'organisation fonctionnelle du point de vue idéologique, institutionnel et juridique qui ne permet aucune intrusion du privé dans la sphère du droit public. Le service public administratif en fait derrière cette analyse objective va revêtir éventuellement dans l'avenir une signification idéologique et politique beaucoup plus juridique notamment par le renforcement du rôle de l'Etat en tant que seul responsable et garant de l'intérêt général sans aucune participation ou concurrence, avec, en revanche la libération de l'individu de toute dépendance afin de lui permettre d'être inclus dans la gestion des affaires publiques de la nation.

³Certains auteurs français justifient le monopole de l'Etat sur l'étendu et le champ du service public administratif par deux facteurs essentiels : le premier concerne la gratuité ou la faible rentabilité des secteurs régis par les services publics tels que la défense, la justice, la police etc...qui ne suscitent pas l'intérêt du privé. Le deuxième est relatif à la réalisation des grands projets d'infrastructures qui nécessite la mobilisation d'énormes crédits budgétaires que le privé ne dispose pas, surtout au début du 19^{ème} siècle qui a connu la crise économique mondiale de 1929. Sur ce point d'analyse voir -Beaud (O), la puissance de l'Etat, PUF, Paris, 1994. Burdeau (G), l'Etat, Ed seuil, Paris, 1970. Waline (M), l'individualisme et l'Etat, 2^{ème} édition, Ed Montchrestien, Paris, 1949.

⁴ Léon Duguit, né le 4 février 1859 à Libourne et mort le 18 décembre 1928, est un juriste français spécialiste de droit public. Il a recouru à la méthode du positivisme juridique pour le droit public. Il est considéré comme l'un des fondateurs du droit public administratif français avec Maurice Hauriou, Louis Rolland et Raymond Carré de Malberg.

⁵«L'Etat n'est pas un pouvoir de contrainte, ni un pouvoir de commandement, mais un ensemble de services publiques», Voir son célèbre ouvrage : traité de droit constitutionnel, op.cit., p 137 et s.

La plupart de ces conceptions attirantes du point de vue formel se sont rapidement affaiblies sous l'effet de la pression populaire sans cesse croissante dont les prémices sont apparues à l'horizon au début des années cinquante exprimant ainsi unanimement leur désapprobation au sujet de la qualité et du rendement des services publics traditionnels générateurs de blocage et de bureaucratie. Pour couvrir ce déficit de gestion, l'administration est ainsi contrainte à recourir au privé en lui concédant des tâches d'intérêt général sous forme de contrat de concession de service public ou autre forme de relation contractuelle publique⁶. Ceci représente le premier indicateur régression de la notion traditionnelle du service public administratif.

Cette solution radicale a permis aussitôt de contenir quelque temps les éléments de crise de la notion de service public mais pas définitivement puisqu'en début des années quatre-vingt-dix l'Etat français s'est retrouvé à nouveau impuissant de répondre aux besoins d'intérêt général sans cesse croissants et diversifiés. L'attention est alors dirigée vers l'extension de l'action administrative aux institutions privées bénéficiant des mêmes caractéristiques que les services publics qui sont les associations d'utilité publique⁷. Cette solution a été postérieurement généralisée à certaines législations arabes⁸. Bien que ces concessions fonctionnelles existent déjà, la nouveauté dans cette période réside dans l'élargissement du champ des associations en les libérant des restrictions de procédures traditionnelles en plus du renforcement des aides financières et techniques allouées par l'Etat, ou encore certaines prérogatives de puissance publique qui leur sont reconnues.

⁶ Picavet (E), *Vues rétrospectives sur le droit administratif français*, LGDJ, Paris, 2002, p 311 et s.

⁷ Il est entendu par associations d'utilité publique les associations administratives bénéficiant des mêmes caractéristiques que les services publics administratifs bien qu'elles sont soumises pour une grande partie dans leur organisation au droit privé. Elles assurent des activités d'intérêt général : santé, enseignement, sécurité etc...elles aussi dotées de prérogatives de puissance publique lorsque l'Etat les investit des pouvoirs de police administrative. L'importance reconnue aux associations incite la majeure partie des législations modernes à leur reconnaître une place de choix dans la hiérarchie des groupements administratifs. Leur rôle est par ailleurs renforcé par le biais des subventions et des aides financières et techniques exceptionnelles allouées par l'Etat en contrepartie du respect des principes et des fondements qui régissent les services publics administratifs. Pour plus de détails, voir :Négrin (J.P), *les associations administratives*, in AJDA N 3, Paris, Mars 1980, p 278 – 306.

⁸Cette idée a été consacrée, en premier lieu, par la loi française du 1 juin 1901 relative au contrat d'association modifiée et complétée, notamment son article 10, avant qu'elle ne soit adoptée par un certain nombre de législations arabe telle que la loi algérienne n° 12-06 du 12 janvier 2012 modifiée et complétée relative aux associations, le dahir marocain n° 58- 376 du 15 novembre 1958 modifié et complété relatif au droit de création des associations, la loi égyptienne n° 84 de l'année 2002 relative aux associations et fondations , notamment son article 48 etc..

Cette évolution constitue le début de la fin de l'âge d'or du service public que ce soit en France ou de par le monde. Cette conception, en dépit de son utilité n'est pas absolue tant que l'évolution du niveau et du champ du service public administratif a pour intérêt l'atteinte d'un équilibre entre la notion de service public en tant qu'action et but sans tenir compte des applications traditionnelles du critère organique sans grand intérêt du point de vue juridique. Par conséquent nous estimons que ces réformes ont contribué à remettre le service public dans le droit chemin de la légalité juridique en lui permettant de s'ouvrir davantage sur le contenu matériel ou fonctionnel de l'institution concernée.

Devant l'ampleur des missions que l'Etat devait prendre en charge, en plus de la crise du service public du point de vue organisationnel, la généralisation du champ d'intervention publique par le procédé des associations d'utilité publique a connu la naissance d'un secteur d'intervention publique nouveau, mixte dans sa forme, fort par ses moyens et dynamique dans ses buts. Ce qui tend à penser que le droit administratif français d'évolution progressive, ne forme plus dans l'avenir le droit du service public stricto sensu, mais doit prendre un sens beaucoup plus large. L'évolution qualitative et quantitative que connaît aujourd'hui les associations d'utilité publique tant en France que dans les régimes comparés a contribué à moderniser la conception classique du service public et de consacrer sa position auprès des institutions administratives traditionnelles en s'octroyant la place de service public parallèle avec tout ce que comporte ce terme comme dimension juridique et technique et du poids appréciable acquit dans le domaine politique, administratif et social en dépit de leur faible situation du point de vue économique. En outre, cette situation leur a permis d'acquérir une grande influence et un monopole réel de la vie publique et ce à cause de la nouvelle tendance du citoyen à s'attacher à ces associations du fait de l'échec de certains organismes intermédiaires traditionnels notamment les partis politiques, les syndicats, les administrations publiques à assier les fondements d'une démocratie représentative.

Mais, en contrepartie des évolutions pratiques qui ont accompagné la relation des associations d'utilité publique avec les services publics administratifs, l'attention des autorités publiques à leur égard demeure en retard du fait d'un nombre de points confus, certain en rapport de à la nouveauté et à la complexité du sujet lui-même, d'autres ont trait à la rapide évolution qui ont caractérisé ses dimensions objectives et ses fondements juridiques. Certaines législations ont, néanmoins essayé de suivre même avec lenteur, ces évolutions. Ajoutons par ailleurs les études

scientifiques spécialisées censé traiter du sujet sont tellement rares qu'elles n'ont pas parvenu à répondre à beaucoup de questions qui demeurent en la matière suspendues. Par conséquent, cet effort personnel que nous proposons dans cette étude ne peut prétendre cerner suffisamment les contours du sujet en raison de la multitude des aspects à traiter et de leurs diversités. Par contre on pourrait le considérer, pour le moins, comme une approche théorique qui permet de faire la lumière sur les principales formes de convergence entre les associations d'utilité publiques et les services publics administratifs.

De ce point de vue nous estimons que l'étude sera d'une importance particulière du point de vue législatif et jurisprudentiel. Pour le législateur, cette étude permet d'attirer son attention sur les évolutions positives qui ont fait des associations d'utilité publique des organismes publics bénéficiant des mêmes caractéristiques des services publics administratifs sans qu'il ne soit besoin pour l'Etat de les doter de moyens humains et matériels puisque leurs activités est d'essence bénévole. Le législateur est donc appelé à élargir le champ de rentabilité de ces associations, notamment par leur libération des contraintes inhérentes à la création et au contrôle en sus du renforcement du rôle de l'Etat en matière d'aide et de subvention.

Pour la jurisprudence administrative, l'étude permet d'apprécier le degré de similitude et de conformité formelle et objective entre les services publics administratifs et les associations d'utilité publique et son impact sur les droits et les libertés des individus et ce à l'occasion de la qualification des décisions prise par ces associations quant à leur possible soumission au contrôle du juge administratif bien qu'elles ne forment que des organismes soumis, dans la plus grande partie des règles de leurs d'organisation, au droit privé.

Par conséquent la question fondamentale qui se pose est d'évaluer la possibilité d'extrapoler les caractéristiques et les spécificités de forme et de fond des services publics aux associations d'utilité publique. Si c'est le cas est-t-il possible de qualifier ces associations comme une nouvelle forme de services publics administratifs et de les traiter comme telles en dépit de leur nature privée notamment en ce qui concerne la contentieux de leurs actes devant le juge administratif.

Le traitement du sujet requiert de nous l'adoption de la méthode analytique et critique qui consiste en la collecte des informations, des documents et des textes juridiques. Ensuite les analyser

en profondeur et les critiquer à chaque fois que c'est possible en se référant aux avis de la doctrine et de la jurisprudence. Sans omettre, toutefois le recours à la méthode comparée dans beaucoup de cas pour connaître la manière par laquelle le législateur et la jurisprudence de droit comparé ont traité le sujet pour enfin, arriver à des conclusions utiles et pratiques permettant ainsi d'améliorer dans l'avenir notre système tant juridique que juridictionnel.

De ce qui précède nous avons adopté un plan qui permet de cerner dans la mesure du possible tout le sujet en traitant dans la première partie les aspects de convergences entre les associations d'utilité publique et les services publics administratifs qui consiste en une comparaison formelle portant sur la répartition organique interne et l'organisation structurelle externe des deux institutions et une comparaison objective se rapportant à l'évaluation de la capacité des associations d'utilité publique à exercer des activités d'intérêt générale et à ce doter des prérogatives de puissance publique. La deuxième partie est consacré à la conformité des associations avec les services publics administratifs au niveau du critère juridique biais des décisions qu'elles prennent, bien que ce point ne soit pas définitivement pas tranché et continue à ce jour de faire l'objet de vives controverses doctrinales et juridictionnelles.

I- Ressemblance entre association d'utilité publique et services publics administratifs au niveau formel et objectif

La modernisation du service public s'inscrit aujourd'hui dans un cadre plus globale de réforme de l'Etat basée sur une culture administrative nouvelle dont l'intérêt général devient synonyme de flexibilité, de modernité et d'initiative. De ce point de vue, les associations d'utilité publique représentent le modèle type pour la concrétisation et la généralisation de cette réforme de par son potentiel de caractéristiques formelles et objectives similaires à celles qu'on retrouve dans les services publics administratifs.

A- Ressemblance entre association d'utilité publique et services publics administratifs au niveau formel

Les associations d'utilité ont pu rapidement s'adapter aux données et aux exigences des services publics administratifs et d'imiter tout ce qui a trait à l'organisation administrative publique. Les aspects et les formes de cette imitation et de cette ressemblance apparaissent

nettement tant au niveau de la répartition organique interne que de l'organisation structurelle externe.

1- Ressemblance au niveau de la répartition organique interne

L'examen de la structure organique interne des associations d'utilité publique nous révèle leur capacité à être le prolongement de la structure juridique propre aux services publics administratifs. La généralisation du phénomène de la bureaucratie au sein de ces groupements nouveaux est une preuve de la consécration de cette ressemblance même si le risque de reproduire les mêmes effets négatifs traditionnellement connus persiste.

1-1- Ressemblance au niveau de la structure juridique

La structure organique interne des associations d'une manière générale et des associations d'utilité publique en particulier est d'une parfaite ressemblance avec la structure juridique des services publics administratifs. Elle comprend des organes dirigeants (le président de l'association qui la représente dans tous les actes de la vie civile), des organes délibérants (l'assemblée générale des membres qui représente l'instance suprême de l'association chargée de la législation, du dialogue et de l'organisation interne) et des organes d'orientation et de contrôle (le conseil d'administration qui représente une instance intermédiaire entre l'assemblée générale et le bureau de l'association, il est chargé du suivi des actes et des décisions des principaux organes au sein de l'association) et enfin les organes de décision (le secrétaire générale de l'association qui s'occupe des affaires relatives à l'administration générale, à ses cotés on retrouve le trésorier qui se charge de la comptabilité et des finances et enfin les membres des commissions et des groupes de travail à qui sont confiés des missions d'exécution des programmes de l'association)⁹.

Dans la pratique, cette similitude et ressemblance entre les associations entre les services publics administratifs et les associations d'utilité publique au niveau de la structure organique interne trouve sa justification dans le souci de création d'une organisation fonctionnelle nouvelle basée sur la participation du facteur social dans la gestion des affaires publiques sans que cela

⁹ Ces points sont régis par l'article 4 de la loi française sur les associations, l'article 25 la loi algérienne et le chapitre 3 de la loi égyptienne sur les associations (art. de 24 à 40). Quant à la loi marocaine sur les associations, celle-ci ne comporte aucune limitation directe des organes de l'association, excepté une indication sommaire dans le paragraphe 6 du chapitre 5. Sur ce point d'analyse, voir – Turpine (D), associations et syndicat, Ed Gualino, Paris, 2002, p 128.

puisse influencer sur le cadre organisationnel et procédural interne de chacune des institutions. Abstraction faite du critère organique, les missions publiques proviennent, dans la totalité des cas, de travaux internes, de dialogue, d'adoption et enfin de prise de décision exécutoire.

Cette procédure est tout à fait identique à celle qu'on retrouve dans des services publics parallèles de pleines attributions. Plus encore, du point de vue du droit constitutionnel, les associations d'une manière générale et les associations d'utilité publique en particulier se confondent dans leur organisation interne avec les associations à caractère politique contemporaines. Ainsi elles sont dotées d'une assemblée générale représentant un mini-parlement, qui gère et oriente le débat du groupe. Les orientations et les décisions sont exécutées par un mini-gouvernement appelé conseil d'administration qui, malgré son caractère de pouvoir collégial demeure responsable devant l'assemblée générale. Tout se passe comme si on est devant un exemple type de gouvernement démocratique¹⁰.

1-2- Ressemblance au niveau des fondements démocratiques

La bureaucratie ne se résume pas à de simples insuffisances et lenteurs administratives, mais elle peut aller jusqu'à la confiscation du pouvoir par une frange dotée de privilège en dehors de l'Etat. Même dans les sociétés les mieux organisées ce phénomène peut s'étendre et s'amplifier si l'Etat persiste à croire que le service public est la seule voix d'expression de ses pouvoirs. Dans ce cas le service public devient une barrière entre la société et l'Etat, puisqu'il constitue en définitif le porte parole officiel et unique de l'administration publique.

En effet les scissions et les barrières qu'on retrouve aujourd'hui dans les services publics de l'Etat français ont permis la prolifération du fléau bureaucratique sous ses différentes formes : favoritisme, passe-droit, gain facile et illégal et même vengeance etc. elles ont en outre contribué à l'affaiblissement du sens de responsabilité et à la diminution de la rentabilité, de l'efficacité et de l'efficience, ce qui fait naître un sentiment général de mauvaise gestion des services publics administratifs. Même les tentatives de réforme entreprise en vue de moderniser l'administration et d'améliorer sa relation avec les individus n'a rien apporté de nouveau par rapport aux attentes du

¹⁰ Il semble que l'article 13 de la loi française sur les associations modifiée par la loi n° 87-571 du 23 juin 1987 en disposant : « les organes dirigeants des associations sont élus ou réélus selon les principes démocratiques et dans les délais fixés par les statuts » auquel on se réfère pour tirer le fondement juridique servant de justifier et de confirmer les contours et les dimensions démocratiques des associations d'utilité publiques.

pouvoir politique consignées dans de simples rapports académiques ne dépassant pas les déclarations de principe¹¹. à partir de ce moment le citoyen, en commençant à perdre confiance en ces services publics administratifs, est allé à la recherche d'un espace d'expression pour faire aboutir ses revendications avec plus de souplesse et d'efficacité. Et ce fut donc la formule de l'association d'utilité publique, par ses organes de gestion qui répond le plus à ses aspirations.

Mais il semblerait qu'une grande partie de ces groupements n'a pas atteint les aspirations de la société du fait qu'en un temps très court ils ont versé dans l'imitation des services publics dans tout ce qui concerne l'organisation, le fonctionnement, les fondements et les principes. Et par conséquent ils ont hérités des insuffisances qu'ont connues les services publics traditionnels notamment le fléau de la bureaucratie qui est source de démobilisation citoyenne en matière de ressources humaines bénévoles¹². Dans ce contexte, le ministre de l'intérieur français Manuel Valls a exprimé ses regrets à propos de la situation désastreuse dans laquelle se trouvent les associations d'utilité publique dans son pays. En s'exprimant dans une conférence tenue au Havre en date du 23 juin 2012, il affirme : « les associations d'utilité publiques qui sont censées représenter le cadre du travail bénévole sont devenues aujourd'hui pour certains bureaucrates, des organisations

¹¹ En 1994 le gouvernement français a ouvert une enquête sur la bureaucratie en distribuant une fiche de renseignement à toutes les administrations et a chargé un comité interministériel présidé par le secrétaire général de la présidence en vue de tirer les conclusions et de présenter un rapport général contenant les statistiques finales sur la bureaucratie au niveau national et enfin des propositions qui s'articulent sur trois axes (les structures et l'organisation, les programmes et les moyens, le contrôle et l'information) ces mesures ont fait l'objet d'instructions immédiatement exécutoires au niveau de toutes les administrations publiques. Dans une deuxième phase, le ministère de l'intérieur en son sein une cellule de suivi qui présente périodiquement des rapports sur l'état d'avancement dans l'application des mesures prises. Néanmoins les travaux de cette cellule n'ont abouti à aucun résultat parlant sur l'étendue de la bureaucratie. La cellule a été par la suite dissoute en 1998. Sur ce point d'analyse voir, Thuillier (G), pour une histoire de la bureaucratie en France, éd Sirey, Paris, 2001, p 19 et s. Grozier (M), «le phénomène bureaucratique: toujours d'actualité», éd Dalloz, Paris, 2006, p 41 et s. Antunes (A), L'association en difficulté, in RDP, N° 3, Paris, Mars 2004, P 173. Conan (E), de l'associationnisme à la bureaucratie in esprit, N° 6, Paris, juin 2008, P 67.

¹² Certains responsables des associations- en France comme dans d'autres pays comparés- ont versé dans la bureaucratie sous ses différentes formes notamment en ce qui concerne le favoritisme et le passe-droit dans la sélection des membres et des responsables au lieu de faire appel à des compétences techniques avérées ce qui influence négativement sur le contenu et la qualité des services rendus à la société. En plus du trafic d'influence exercée par les responsables des associations en vue de tirer des profits et des avantages personnels dans le cas où l'association est habilitée à délivrer des permis ou des autorisations d'exploitation des minerais précieux ou des extractions maritimes etc. la bureaucratie peut prendre aussi d'autres formes de laisser aller et d'abandon si son activité n'est pas régulière, ou de lenteur dans les prestations de service à cause de procédures complexes.

mobilisées pour la réalisation des profits, en se comportant comme des firmes commerciales répondant à des intérêts en marge desquelles elles ont été créées.

Cette situation interpelle les pouvoirs publics concernés à prendre des mesures fermes et urgentes pour mettre fin à ces pratiques....¹³ Ainsi donc les pratiques bureaucratiques ne visent plus uniquement les services publics administratifs mais elles touchent aussi les associations d'utilité publique qui sont devenues à leur tour des espaces prédilection au fléau de la bureaucratie, ce qui fait d'elles des organes similaires aux services publics administratifs. Par conséquent, la distinction des uns des autres n'est pas une chose aisée tant que leurs structures organiques est quasi identique.

2- Ressemblance au niveau de la structure organique externe

Au niveau externe, on peut constater une exacte similitude entre les services publics administratifs et les associations d'utilité publiques du fait qu'ils empruntent les mêmes règles de repartitions des attributions et des fonctions et ce dans un cadre hiérarchique suivi d'un contrôle administratif externe rigoureux et permanent.

2-1- Ressemblance au niveau structurel hiérarchique pyramidale

Dans l'organisation administrative contemporaine l'Etat est souvent organisé en même selon le principe de la centralisation et de la décentralisation. Selon ce dernier modèle, la fonction administrative est répartie entre le gouvernement au niveau central et un certain nombre d'entités décentralisées appelées les collectivités locales dont la compétence est déterminée selon le critère géographique tel que les départements et les communes et les services publics administratifs dont la compétence est déterminée selon un critère technique de spécialisation dans le but et la finalité tel que les établissements publics administratifs, les établissements publics économiques et les établissements publics professionnels.

Néanmoins cette séparation n'est ni absolue ni définitive du moment que ses entités ne possèdent pas le monopole de l'action administrative dont elles la charge mais resteront toujours dépendantes géographiquement des unités administratives supérieures et ce afin de préserver l'unité et la cohésion administrative par le biais de l'orientation et du contrôle. C'est le principe de

¹³ Cité par - Brobecker (R), associations et service public, Ed Robert Laffont, Paris, 2014, P 209.

la hiérarchie et de tutelle administrative. Il semble que cette idée est entièrement adoptée par les associations d'utilité publique qui, étant seule se trouvent dans une situation de faiblesse mais une fois associées à d'autres entités similaires, elles acquièrent toutes ses forces¹⁴. Si La finalité et l'intérêt des services publics administratifs se trouvent dans la liaison existant entre eux en vue d'atteindre une homogénéité dans le cadre d'un système administratif harmonieux, il en est de même pour les associations d'utilité publique qui peuvent tirer autant d'avantages dans la répartition des fonctions dans le cadre du principe de la hiérarchie administrative qui lui permet de consolider ses actions et d'élargir son champ d'intervention¹⁵. La distinction entre services public administratif et association d'utilité publique a été traité avec beaucoup de pertinence par l'auteur français Isen Mard qui affirme que les associations sont beaucoup plus que de simples services publics administratifs d'un genre nouveau. Ce sont des unités semi décentralisées par services tant qu'elles sont soumises au principe de la hiérarchie structurelle et au contrôle des administrations centrales dont elles dépendent.

Dans ce but et dans le cadre de l'organisation structurelle des associations d'utilité publiques, on peut faire une distinction entre ses démembrements internes, régionaux et externes. La liaison entre ces entités est tributaire du respect de deux principaux éléments : le premier concerne l'assemblée générale du groupement ou de l'union qui doit contenir tous les membres des bureaux des ligues régionales des associations membres de l'union.

Le deuxième concerne l'assemblée générale de la ligue qui devait comprendre tous les membres des bureaux des associations affiliées.¹⁶ D'autre part, les associations qui ont des buts communs ou rapprochés ont tendance aujourd'hui à se regrouper pour réaliser des activités publiques et de conjuguer leurs efforts et d'orienter le travail collectif en vue d'atteindre la finalité projetée, et ce en empruntant les mêmes formes utilisées par les services publics administratifs dans

¹⁴ L'union des associations d'utilité publique est prévue dans l'article 22 de la loi française sur les associations, l'article 71 de la loi algérienne, le paragraphe 5 du chapitre 5 de loi marocaine et enfin les articles de 65 à 70 de la loi sur les associations égyptienne.

¹⁵ Théry (R), l'octroi d'un monopole à une association, in droit social, N° 7- 8, Juillet –Aout, Paris, 2010, P 288.

¹⁶ Ibid, P 286.

la réalisation des tâches communes qui s'accomplissent souvent par des fonctions interministérielles¹⁷.

2-2- Ressemblance au niveau des modes de contrôle administratifs externes

Depuis le 19^{ème} siècle les courants juridiques en France tendent vers l'adoption du critère de l'intérêt général, non seulement pour délimiter le champ d'application du droit public et la compétence des tribunaux administratifs, mais aussi pour cerner les contours de l'Etat, son champ d'intervention et ses pouvoirs de contrôle. A ce propos, le Doyen L.Duguit affirme que la notion de service public n'est valable que si le service lui-même est soumis au contrôle de l'Etat. Ainsi la relation entre la mission de service public et le contrôle de l'intérêt général par l'Etat doit être absolue et automatique¹⁸.

Cette idée, à son tour, représente le point de convergence entre les services publics administratifs et les associations d'utilité publiques. Pour les premiers, en dépit du degré d'indépendance dont ils jouissent, et en vue de préserver leur cohésion, ils resteront toujours rattachés à l'administration centrale, soit par le lien hiérarchique ou de tutelle qui s'exercent sur les personnes et sur les actes¹⁹.

Il en est de mêmes pour les secondes ; le contrôle de l'administration commence à partir de l'examen préliminaire du dossier de création de l'association et sa conformité avec les lois et règlements en vigueur jusqu'à la délivrance de l'agrément²⁰. Néanmoins la relation administration-association ne s'arrête pas à ce niveau mais s'étend pour englober toute la vie associative. De ce

¹⁷ On peut citer comme exemple la participation des l'association des parents d'élèves, de la protection de l'enfance, du croissant rouge, et d'autres associations de bienfaisance, dans des campagnes d'aides aux enfants handicapés sur tout le territoire français. Cité par «Journal le Monde», N 7985221, Paris, le 4/5/1997, p 7.

¹⁸ Duguit(L), op.cit, P 113.

¹⁹ On entend par le contrôle sur les personnes le pouvoir hiérarchique exercé par l'administration centrale sur ses fonctionnaires subordonnés exerçant au niveau des services publics administratifs qui se traduit par la nomination, l'affectation, l'avancement, les mesures disciplinaires etc. ces pouvoirs étendus sont reconnus à l'administration par la force de la loi. Quant au contrôle sur les institutions, celui-ci concerne le contrôle administratif exercé sur les services publics en tant que personnes morales décentralisées, il englobe le visa préalable sur ses actes ou leur annulation s'ils sont contraires au principe de la légalité ou non conformes à l'intérêt général. Voir - Boissard (S), le pouvoir hiérarchique au sein de l'administration française, in C.F.P, N° 223, Paris, 2003, p182 et s.

²⁰ Les modalités de délivrance de l'agrément pour les associations d'utilité publique sont prévues, en France dans le décret n° 81-404 du 24 avril 1981 relatif aux procédures de reconnaissance à une association la qualité d'utilité publique. en Algérie dans l'article 34 alinéa premier de la loi sur les associations, en Egypte l'article 48 et enfin au Maroc, au chapitre 9 de la loi sur les associations.

fait elles sont soumises dans une deuxième étape à un contrôle à posteriori complémentaire exercé sur trois niveaux:

*** Le contrôle financier**

L'Etat, après avoir constaté que certaines associations d'utilité publique constituent de vrais réseaux de dilapidation des deniers publics, a mis en place un système de contrôle financier très rigoureux obligeant ces associations à utiliser les moyens financiers dont elles disposent selon leurs affectations prévues dans leurs statuts de création sous peine de sanction pénale²¹. Dans le souci de transparence et de sincérité, le législateur a, en outre prévu un contrôle complémentaire efficace sur les transactions qui touchent la gestion des ressources des associations en les soumettant, en même temps, à un double régime de comptabilité : publique et privée²².

- La tenue d'une comptabilité commerciale

L'association d'utilité publique, en sa qualité de personne morale de droit privé est astreinte à tenir périodiquement une comptabilité qui retrace les cotisations de ses membres, les revenus de ses activités, les dons et legs provenant des tiers. Elle doit en plus tenir une comptabilité des emplois de ses revenus. Enfin, un rapport de sa situation financière est déposé auprès du ministère de l'intérieur, autorité de tutelle pour le contrôle de la véracité des comptes.

- Le respect des règles de la comptabilité publique

L'association d'utilité publique est une personne morale de droit privé soumise, en règle générale, à la comptabilité privée. Néanmoins, si elle bénéficie des aides de l'Etat elle sera à ce moment soumise aux règles de la comptabilité publique et au contrôle des organes de contrôle des finances publiques qui sont l'Inspection Générale des Finances (IGF) et la Cour des Comptes. Le contrôle de ces deux institutions ne porte pas seulement sur le suivi des opérations financières

²¹ Douât (E), «finances publiques, finance communautaire, nationale, sociale et locale», 1^{ère} édition, PUF, Paris, 2009, p 267.

²² loi française n° 56-1205 du 29 novembre 1956 relative aux conditions de bénéfice des associations d'utilité publique des aides financières de l'Etat, l'article 35 e la loi algérienne sur les associations, l'article 21 de la loi égyptienne et le chapitre 9 paragraphe 4 de la loi marocaine sur les associations modifiées parr la loi 00-75 promulguée parr dahir chérifien du n° 206- 02- 01en date du 23 juin 2002 modifié et complété parr dahir chrifien n° 376-58-1 sus cité.

exécutées par l'association, mais il concerne aussi l'appréciation de l'opportunité de la dépense émise par ladite association.²³

*** Le contrôle des différentes mutations**

L'association d'utilité publique, à l'instar des autres personnes morales, peut subir des mutations touchants ses statuts, ses organes dirigeants ou le transfert de son siège social etc. devant cet état de fait le contrôle à priori reste inopérant et sans objet puisqu'il n'englobe pas ces mutations. Il convient donc d'étendre le contrôle administratif pour inclure tout événement nouveau touchant la vie de l'association en vue de s'assurer de sa régularité²⁴. Si le changement touche les organes dirigeants de l'association, il convient de faire déclaration auprès de l'autorité administrative qui a délivré l'agrément qui est le ministre de l'intérieur, contrairement aux associations étrangères dont le changement de direction est soumis à une autorisation préalable. Par contre si le changement porte sur les statuts de l'association ou sur son siège social, ces faits nouveaux n'entrent en vigueur qu'à partir de l'obtention du ministre de l'intérieur d'un agrément préalable selon les clauses et les conditions d'obtention des agréments d'une manière générale²⁵.

*** Un contrôle permanent et continu**

La relation juridique entre l'administration et l'association d'utilité publique n'est pas limitée à des points bien précis stable et définitif, mais doit être permanente et continue de façon à permettre à l'administration de contrôler l'activité de l'association durant toute son existence. L'administration doit avoir la possibilité d'exercer ses attributions de façon normale, et ses décisions doivent être immédiatement exécutoires d'une part et d'autre part le pouvoir de contrôle dont elle est investie, pour qu'il soit efficace, doit être exercé sur les associations en tout temps et en tout lieux, car il est inconcevable qu'une autorité investie du pouvoir de contrôle ne puisse

²³ Douât (E), «finances publiques, finance communautaire, nationale, sociale et locale», 1^{ère} édition, PUF, Paris, 2009, p 267.

²⁴ En vertu de l'article 26 de la loi française sur les associations, l'article 18 de la loi algérienne, article 3/t de la loi égyptienne. la loi marocaine ne fait pas mention du contrôle administratif à posteriori.

²⁵ Et ce en vertu de l'article 28 de la loi française sur les associations, la même procédure a été empruntée par le législateur algérien dans l'article 18 de la loi algérienne sur les associations ; par contre le législateur égyptien a soumis toute modification l'association au visa du Président de la République et ce en vertu de l'article 49 sur les associations, et enfin le législateur marocain a soumis les modifications à l'approbation de l'autorité administrative locale sous le contrôle du secrétariat général du gouvernement selon le chapitre 5/3 de la loi sur les associations.

l'exercé qu'à des périodes bien déterminées laissant ainsi à l'organisme contrôlé la liberté totale dans l'exercice de ses activités.

En somme, le contrôle permanent et continu peut prendre les cas de figure suivants :

- Le ministre de l'intérieur peut demander à n'importe quel moment de l'association d'utilité publique tout renseignement qu'il juge utile. Le contrôle inopiné est consacré à l'égard de ces associations les obligeant ainsi à être en permanence, à jour quant à leurs activités et aux registres et documents comptables qu'elles devaient tenir.
- Le législateur a, par ailleurs prévu de sévères sanctions à l'égard des associations qui refusent de fournir les renseignements demandés aux organes de contrôle allant de la dissolution administrative au remplacement, avant terme, par le ministre de l'intérieur des instances dirigeantes de l'association.

Ainsi donc l'association est tenue de présenter à la fin de chaque année budgétaire, en plus des renseignements que pourrait lui demander le ministère de l'intérieur, les documents suivants : les procès verbaux des réunions, les rapports moraux et financiers de l'année précédente et enfin le programme d'activités de l'année à venir²⁶. De ce qui précède nous déduisons que l'unification des instruments de contrôle administratif tutélaire exercé à la fois sur les services publics administratifs et sur les associations d'utilité publiques tire sa justification dans la volonté d'élargir le champ des activités d'intérêt général réalisées par des organismes de droit privé avec le maintien du rôle de l'Etat dans l'encadrement, l'orientation et le contrôle de ces activités. Ceci étant un autre

²⁶ Et ce en application de l'article 34 de la loi française sur les associations, les articles 19 et 20 de la loi algérienne sur les associations et le chapitre 9 paragraphe 6 de la loi marocaine. Contrairement aux législations citées précédemment qui font du suivi continu de l'activité de l'association un instrument entre les mains de l'Etat pour contrôler la conformité de l'activité de l'association avec les loi et règlements en vigueur que ce soit dans le domaine réglementaire ou financier, le législateur égyptien est allé plus loin en consacrant un audit des activités de l'association parr un contrôle de conformité (article 52) et un contrôle d'opportunité exercé parr des inspecteurs nommés parr le ministre des affaires sociales pour s'assurer du degré de participation de l'association dans des actions d'intérêt général ; s'il est constaté un baisse de rendement, ou une défaillance dans la réalisation des projets qui lui sont confiées, le ministre des affaires sociales peut lui infliger des sanctions administratives allant jusqu'à la dissolution (art.53). Le législateur égyptien impose donc aux associations d'utilité publiques, non seulement le respect de la loi, mais aussi la participation active et effective à la réalisation des programmes de l'Etat. Parr conséquent la généralisation de cette procédure aux législations arabes est souhaitable.

indice de généralisation de l'espace public sans pour autant négliger le rôle de l'Etat dans l'encadrement de cette ouverture.

B- Ressemblance entre association d'utilité publique et services publics administratifs au niveau objectif

La grande attractivité dont bénéficie aujourd'hui l'association d'utilité publique a définitivement réglé la question de la nature des relations juridiques qui régie, à l'avenir, les éléments d'interférence des institutions publiques et privées. En effet, grâce à la composante type mixte où sont combinés les éléments sociaux et les éléments administratifs et grâce aussi à sa participation dans des actions d'intérêt général et enfin grâce aux prérogatives de puissance publique qui lui sont reconnues, l'association est devenue un service public au vrai sens du terme.

1- Ressemblance au niveau de l'intérêt général

Le critère du service public a été utilisé depuis longtemps par les juristes en France pour différencier le service public des autres formes d'organisations que connaît le tissu administratif complexe. Toutefois ce critère classique n'a pas résisté très longtemps avant de connaître des crises de notion de service public et ce après l'apparition de nouvelles formes associatives exerçant des activités d'intérêt général. L'association d'utilité publique représente l'exemple d'expression le plus éloquent de ces crises²⁷.

Ces groupements ont connus ces deux dernières décennies un essor considérable, non seulement par leur nombre considérable mais aussi par la variété des domaines qu'ils ont graduellement conquis. En effet, ces groupements ne se contentent plus des secteurs traditionnels tels que l'éducation, la culture, le sport etc. mais tendent à s'ouvrir sur de nouveaux secteurs qui étaient dans le passé, monopolisés par les personnes morales de droit public, tels que la sécurité, la santé, l'environnement, l'économie, l'habitat. etc²⁸.

²⁷ Duguit (L), les transformations du service public, Ed Sirey, Paris, 1913.

²⁸ A titre d'exemple, selon le rapport de l'observatoire économique et social français en date du 27 juin 2010, le nombre de français ayant adhéré à des associations est d'environ 35 millions d'adhérents, quant au nombre de créations annuelles, il est sans cesse croissant passant de 35 000 au début des années 80 à 60 000 aujourd'hui. Actuellement il existe en France entre 1 000 000 et 1 200 000 associations parmi lesquelles existent 3800 associations d'utilité publique réparties entre plusieurs secteurs d'activité. Rapport publié dans le site officiel du Conseil National

1-1- Dans le domaine économique

L'article 1^{er} de la loi française sur les associations dispose : « L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices..... ». On déduit, hâtivement, de cet article que le but de l'association n'est pas celui de réaliser des bénéfices ; mais en réalité ce n'est pas le cas parce que si la loi, certes interdit à l'association de partager les bénéfices, elle ne lui interdit pas d'en réaliser.

Ce type d'associations sont appelés des associations semi-commerciales. Elles sont souvent reconnues d'utilité publique mais elles agissent comme des commerçants, elles visent la réalisation des bénéfices, elles sont soumises à la loi de la concurrence mais, contrairement aux commerçants, elles sont exonérées de l'impôt sur les sociétés, et de l'inscription au registre du commerce. En revanche, les bénéfices réalisés ne peuvent être partagés entre ses membres mais peuvent être réinvestis dans des programmes d'intérêt général, ce qui par conséquent, les différencie des sociétés commerciales qui sont guidées exclusivement par la réalisation des bénéfices²⁹.

Le conseil constitutionnel a traité cette question dans un arrêt du 25 juin 1984 en affirmant : « les activités économique de manière générale sont des activités à but lucratif quant aux associations d'utilité publique, la légitimité des bénéfices réalisés réside dans la non répartition de ces bénéfices entre ses membres et l'impératif de leur réinvestissement dans des projets d'intérêt général³⁰.

Economique et Social français. Paris juin 2015. Voir aussi-Théry(R), des associations à monopole: pourquoi? In Esprit, N° 2, Paris, Février 2015, P 54 —56.

²⁹ De ce point de vue les associations à caractère économique s'apparentent, dans une certaine mesure, avec les services publics économiques du fait qu'ils assurent tout deux des activités purement économiques (industrielles, commerciale, ou agricole) t à visant à réaliser des bénéfices. Mais ils se différencient dans les régimes juridiques auxquels ils sont soumis. Les associations à caractère économique sont soumises dans leur organisation et leur gestion aux règles de droit privé (droit commercial). Les services publics économiques, quant à eux ils sont régis, à la fois parr le droit public et le droit privé. Du point de vue fonctionnel ils sont régis parr le droit commercial et soumis dans leur contentieux à l a compétence au juge commercial. Quant aux principes qui les régissent se sont ces mêmes principes auxquels obéissent tous les services publics de manière générale (principe de continuité, d'équité, de mutabilité etc.) qui relèvent du droit administratif et de la compétence du juge administratif, du fait qu'ils ne sortent pars du cadre du droit public, abstraction faite de la nature de leur activité exercée.

³⁰ Journal officiel n° 28 du 28juin 1984.

Cette attitude a été adoptée par le tribunal administratif de Besançon dans son arrêt du 8 janvier 1989 qui affirme : « les activités commerciales par nature perdent cette vocation lorsqu'elles sont assurées par une association en vue de financer un projet d'intérêt général. Elles sont considérées dans ce cas, des actes civils et ce en application de la théorie des actes civils par accessoire³¹.

Les associations de bienfaisance sont devenues de véritables partenaires de l'Etat et le prélude au développement d'une autre forme d'associations reconnues d'utilité publique qui sont les associations d'économie mixte³². La plus connue de ces associations est l'association technique d'importation charbonnière (ATIC)³³; à ses côtés on retrouve un autre genre d'associations qui vivent la réalisation de l'intérêt général par le biais de grands axes économiques, tels que la protection du consommateur, les activités agricoles, la pêche etc. Néanmoins, les organisations que nous venons de citer ne peuvent occulter le rôle économique que joue l'association d'utilité publique en tant que structure intermédiaire et déconcentrée dans l'élaboration et l'exécution des politiques économiques publiques.

1-2- Dans le domaine social

Les actions qui tendent à améliorer le niveau et la qualité des prestations sociales dépendent en grande partie du volume et de la qualité des interventions des associations reconnues d'utilité publique. Dans ce cadre, la prise en charge des besoins sociaux est une mission difficile et complexe puisqu'elle est orientée, de prime abord vers les tâches de sensibilisation, d'information et d'éducation avant de s'intéresser à améliorer la qualité de vie des citoyens. Cette situation a été surmontée par un grand nombre d'associations utilitaires qui couvrent tous les aspects de la vie

³¹ Moderne (F), émergence et ambiguïté du phénomène associatif dans le monde économique, in JCA, Paris, 2003, P 1083 et s.

³² Les associations d'économie mixte représentent une nouvelle forme 'association d'utilité publique à caractère économique introduites pour la première fois en France en 2002 par la loi 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à aux lois fondamentales sur les institutions d'économie mixte en l'occurrence les associations les associations d'utilité publiques exerçant des activités économiques lucratives et qui de ce fait a besoin de besoins de gros capitaux qu'elles ne peuvent avoir par le seul fait des subventions. L'Etat a donc permis aux personnes morales de droit public et de droit privé à participer dans le financement de ces associations moyennant une partie des bénéfices réalisés. L'autre partie des bénéfices ne peut être réparties entre les membres de l'association mais doit être réinvestie dans de nouveaux projets. Le taux et les modalités de répartition des bénéfices sont fixés dans les statuts de l'association.

³³ Achille Mestre, une association d'économie mixte, l'association technique de l'importation Charbonnière, in AJDA, N 3, Paris, Mars 1980, P164-170.

sociale, notamment la protection de l'enfance, des jeunes, des handicapés etc.³⁴. Pour la protection de l'enfance, ces groupements constituent un cadre de référence globale et consistant³⁵ à travers un certain nombre de programmes et d'actions tendant à assurer une bonne couverture sanitaire, la protection de l'enfant contre la délinquance, par la généralisation de l'enseignement et de la formation fonctionnelle et enfin la facilité d'insertion dans le domaine sociale et économique³⁶.

En ce qui concerne la jeunesse, l'association a réussi à fédérer cette catégorie et l'encadrer par, notamment le moyen de la politique de l'emploi et de la formation professionnelle, sa sensibilisation en vue de la prémunir des fléaux sociaux etc³⁷. Quant aux handicapés, cette catégorie est prise en charge presque totalement en ce qui concerne la couverture sanitaire et l'insertion dans sociale et professionnelle³⁸.

En somme, nous pouvons dire que les associations d'utilité publique, de par l'essor qu'elles ont graduellement atteint, tant auprès des citoyens que des pouvoirs publics, ont pu créer des infrastructures de base indispensables et un cadre référentiel des revendications et des aspirations de la société³⁹.

1-3- Dans le domaine culturel

L'activité culturelle a enregistré en France ces dernières années un développement considérable, encouragé par la coopération entre l'association d'utilité publique et son administration de tutelle dans de multiples domaines. Ces efforts se sont concrétisés dans les domaines suivants:

³⁴ Voir - Léisner (W), « l'Etat et le droit, une contradiction », mélange Eisenmann, CUJAS, Paris, 1977, p 83. Pelloux (R), le citoyen devant l'Etat, collection que sais-je ? 4^{ème} édition, PUF, Paris, 1972, p 112.

³⁵ Voir le quatrième chapitre de la loi française n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance.

³⁶ Bloch – lainé (F), les associations les mots et les choses, in RDP, N° 4, Paris, juin 2004, P 306.

³⁷ Voir l'article 22 du décret du 19 mai 2004 modifié et complété relatif à la protection de la jeunesse.

³⁸ Voir le chapitre quatre de la loi française n° 2005-102 du 11 février 2005 modifié et complété relatif à l'égalité des droits et l'insertion des personnes handicapés.

³⁹ Compte tenu des principaux rôles joués par les associations dans les différents domaines, certaines législations ont évoqué l'importante question de promouvoir les différentes formes de soutien matériel, pour atteindre le droit de jouissance des biens de l'Etat mis à la disposition des associations. A titre d'exemple, on cite les dispositions du décret français n° 98-17 relatif à l'octroi aux associations le droit de jouissance des biens de l'Etat et le décret exécutif algérien n° 93-156 du 7 juin 1993 relatif à la concession d'un droit d'usage de biens relevant du domaine national aux associations et organisations à caractère social .

La promotion des activités culturelles : la politique suivie en faveur de la jeunesse et des sports est basée sur la répartition des fonctions entre l'Etat et les associations sportives en faisant de ces dernières – qu'elles soient des équipes sportives amateurs ou professionnelles ou des ligues- le cadre de base d'animation et de promotion des activités sportives toutes disciplines confondues, en revanche l'Etat conservera son rôle de leader envers ses associations en sa qualité de seul responsable dans l'adoption de la politique sportive à suivre⁴⁰.

Le développement des associations sportives en France a pratiquement monopolisé le système national d'éducation physique et sportive par la prise en charge des actions d'éducation, de formation, d'insertion sociale des jeunes, la valorisation du patrimoine sportif etc.

Toutes ces fonctions représentent, en réalité le cœur de l'activité du service public d'intérêt général, ce qui nous mène à conclure que l'association d'utilité publique à caractère sportif – locale ou nationale- assure une mission de service public administratif. C'est se qu'affirme l'ex ministre français de la jeunesse et des sports Patrick KANNER en qualifiant son ministère d'une forme d'association d'utilité publique⁴¹.

2- Ressemblance au niveau de la jouissance de prérogatives de puissance publique

Le législateur français ne s'est intéressé à l'intérêt de la généralisation de l'action administrative que tardivement en consacrant une chaîne de mesures est de réformes en vue d'améliorer et de rénover les formes et les moyens des associations d'utilité publiques tant en ce qui concerne les aspects des prérogatives de puissance publique que l'étendue et les formes d'utilisation de ces prérogatives.

2-1- Les prérogatives de puissance publique

Conférer les prérogatives de puissance publique à un service public, c'est en même temps faire naître à son encontre des charges et des obligations. Ces prérogatives rendent le service public plus libre dans la prise de décision ; dans le cas contraire, il demeure dépourvu d'instrument juridique lui permettant d'atteindre ses objectifs. Parmi ces prérogatives, il ya lieu de citer celles

⁴⁰ Voir le deuxième chapitre de la loi française 2012-158 du 1^{er} février 2012 modifié et complété relative au développement des activités sportives et à la protection des droits des sportifs.

⁴¹ Masnard (J.CL), pour de nouvelles formes de relations entre les collectivités publiques et les associations privées d'intérêt générale, in AJDA, N° 03, Paris, Mars 2015, P304.

en rapport avec le pouvoir unilatéral dont dispose le service public lui permettant d'édicter des règles contraignantes qui ne peuvent être contestées par les usagers ou, pour le moins retarder leur application du fait qu'elles seraient probablement contraires au principe de la légalité, sauf dans des cas très limités.

Ce qui veut dire, au final que la puissance publique est l'expression matérielle de l'idée de la gouvernance et un moyen d'intervention efficace et indispensable dans la sphère administrative. Dans les faits, la rigueur imposée, en l'apparence par les prérogatives de puissance publique ont été pendant longtemps synonymes de services publics administratifs assurés par une personne morale de droit public et constituent en même temps le critère de distinction entre les activités publiques et les activités privées.

Néanmoins, cette doctrine a connu un déclin au profit d'une démarche pragmatique tendant à faire participer le mouvement associatif dans la réalisation des tâches d'intérêt général une utilisant les procédés de droit public⁴². Dans ce contexte, l'avenir de l'association d'utilité publique peut être défini dans le cahier des charges – que certains appellent le contrat type – signé par les représentants des deux parties : le président de l'association et le représentant du ministère de l'intérieur, qui contient des dispositions réglementaires et d'autres contractuelles, parfaitement semblables à celles qu'on retrouve dans les contrats de concession⁴³.

Les clauses réglementaires portent sur l'engagement de l'association à appliquer les mêmes principes applicables à l'activité des services publics. Ces clauses sont applicables à l'association dès que la qualité d'utilité publique lui soit reconnue sans tenir compte de son activité ou de son étendue géographique. Le droit administratif a retenu trois principes fondamentaux qui sont :

- le principe de la continuité de l'activité de l'association et son engagement à assurer ses missions de façon continue pour ne pas altérer les besoins des usagers ou porter préjudice à leurs intérêts.

⁴² Dé malberg (C), contribution à la théorie générale de l'Etat, Ed Sirey, Paris, 1982, p 223. Suchaux (G), manuel d'histoire des institutions et des faits sociaux, LGDJ, Paris, 2012, p 81

⁴³ Théry (R), Op.cit, P 72.

- le principe d'égalité devant l'association d'utilité publique et son engagement à traiter les usagers avec le même pied d'égalité et sans discrimination tant en droits qu'en devoirs et ce dans le cadre du respect de la loi et des statuts de l'association.

- le principe de la mutabilité de l'association qui lui permet de s'adapter aux nouvelles circonstances de fait et de droit dans l'accomplissement de ses tâches d'intérêt général de manière efficace, tels que la modification dans les conditions d'accès aux prestations assurées par l'association ou la révision des droits d'usage etc.⁴⁴ quant aux clauses contractuelles, celles-ci font l'objet de discussions et d'accords entre les parties ; elles concernent les subventions à accorder aux associations qui prennent la forme d'aides financières ou techniques, dans ce dernier cas, le ministère de l'intérieur s'engage à aider ces associations par des orientations et de prestations de consulting lorsqu'elles accomplissent des tâches nécessitant - par leur nature – des compétences techniques et un savoir faire particuliers.

En plus de conférer à l'association certaines prérogatives de puissance publique qu'elle exerce sous l'orientation et le contrôle des administrations de tutelle auxquelles elles sont rattachées : santé, environnement, éducation etc. ces prérogatives leur permettent de prendre des mesures qui ont le caractère de puissance publique telles que les décisions réglementaires, les sanctions disciplinaires, les mesures de police etc. Néanmoins, les aides financières et les privilèges accordés sont conditionnés par la participation de l'administration à la gestion de l'association par la désignation d'un ou deux représentants, selon le cas, à participer aux travaux de ses structures dirigeantes en leur reconnaissant le droit au vote dans les différentes assemblées⁴⁵. Cette participation permet de consacrer un contrôle administratif interne en application de la règle « qui paie contrôle ». Ce qui signifie qu'on partant des aides financières, de la participation à la gestion, des prérogatives de puissance publique on arrive à concrétiser l'idée de contrôle. Ce phénomène juridique exceptionnel constitue la matière première des contrats d'adhésion du fait qu'il se base essentiellement sur le principe de l'acte – condition. En effet, la relation est schématisée comme suit : l'administration propose à l'association des aides financières et d'autres privilèges, en contre

⁴⁴ Mardin (F), le principe de la légalité devant les charges publiques, Dalloz, Paris, 2014, P 188.

⁴⁵ En vertu de l'article 13/1 du décret français du 16 août 1901 modifié par décret n° 81-404 du 24 avril 1981 correspondant aux articles 34 et 35 de la loi algérienne sur les associations et les articles 51 et 52 de la loi sur les associations égyptienne. Quant à la loi marocaine sur les associations, celle-ci évoque superficiellement cette question dans le chapitre dix modifié par le dahir chérifien du 206-02-01 sus cité.

partie cette dernière accepte de se soumettre à toute sorte de contraintes édictées par l'administration.

2-2- Les formes de prérogatives de puissance publique

Les prérogatives de puissance publique ne peuvent, en principe être exercées par des organismes de droit privé. Toutefois cette interdiction n'est pas absolue du moment que certaines associations sont aujourd'hui habilitées à prendre en charge des secteurs publics en utilisant des pouvoirs de police. A titre d'exemple, nous citons les secteurs de la sécurité, la chasse, la pêche, l'environnement, la santé etc.

les attributions accordées aux associations sont très larges à tel point que certaines s'interfèrent avec celles de l'administration centrale. A ce stade elles participent à la préparation, l'orientation et l'exécution des programmes du gouvernement ; à la préparation des projets de loi à présenter au parlement, elles participent avec les institutions publiques aux opérations d'expropriations pour cause d'utilité publique et consultées dans la détermination de l'indemnisation y afférente prendre des décisions concernant directement les usagers et enfin prendre certaines décisions d'ordre disciplinaire, en somme elles peuvent exercer toute forme de puissance publique.

Dans ces circonstances, il est tout naturel que les associations d'utilité publique exercent un pouvoir contraignant de puissance publique et c'est une nouvelle preuve d'existence d'une mission de service public administratif que ce soit par le bénéfice graduel d'un monopole en vue de protéger un intérêt bien déterminé, à titre d'exemple les associations de protection de l'environnement, ou dans le cadre du droit de préemption qui lui permet de recouvrer des redevances obligatoires auprès des usagers, comme c'est le cas des associations de régulation des activités de pêche maritime, ou encore le de garde, de contrôle et de protection de certains secteurs stratégiques, à l'exemple des associations de contrôle des activités d'extraction des minerais précieux.

Dans tous les cas cités précédemment les prérogatives de puissance publique apparaissent avec toute leur vigueur. L'évolution qualitative des associations d'utilité publique a abouti à la multiplication des secteurs qu'elles occupent graduellement pour toucher des secteurs stratégiques

nouveaux qui étaient auparavant le monopole de l'Etat, à titre d'exemple le contrôle du trafic aérien et maritime, le contrôle et la surveillance des frontières, la sûreté nationale.etc.

En conclusion de ce chapitre on déduit que le fonctionnement de la majeure partie des associations d'utilité publique est semblable au fonctionnement des services publics administratifs tant au niveau formel qu'au niveau objectif. Ce qui nous mène à chercher la ressemblance qui puisse exister au niveau de l'interprétation juridique à donner aux décisions émanant de ces associations et à leur recevabilité au niveau du contentieux de l'annulation devant les juridictions administratives. Si cette possibilité est confirmée, la question de la révision du système juridique de l'action administrative est donc posée.

II- Ressemblance entre association d'utilité publique et services publics administratifs du point de vue du critère juridique

La nouvelle attractivité qui caractérise aujourd'hui l'association d'utilité publique a définitivement réglé la question de la nature juridique des relations qui existent entre le secteur public et le secteur privé. Les mutations qualitatives qu'ont connues les associations leur ont permis d'acquérir toutes les caractéristiques des services publics administratifs, y compris celles qui auparavant étaient considérées exclusivement inhérentes à l'Etat.

De par cette souplesse, les associations se rapprochent de plus en plus des services publics jusqu'à considérer ses décisions comme des actes administratifs soumis au contrôle du juge administratif. Si cette condition sera réalisée, la doctrine et la jurisprudence sera, alors dans une situation embarrassante quant aux nouveaux critères à adopter pour définir l'étendue du contentieux administratif et ce devant le relativisme et l'insuffisance du critère organique.

A- Le courant réfutant le principe de la compétence du juge administratif aux décisions des associations d'utilité publique

Historiquement, la doctrine et la jurisprudence, dans les systèmes juridiques comparés, ont refusés de reconnaître la nature administrative aux décisions émanant des organismes privés y compris des associations d'utilité publique et préfèrent privilégier le critère organique, même après la généralisation des critères des services publics aux organismes de droit privé, notamment en leur

confiant des activités d'intérêt général et en leur reconnaissant des prérogatives de puissance publiques.⁴⁶

1- La doctrine réfutant la compétence de la juridiction administrative aux décisions émanant des associations d'utilité publique

Dans le cadre du courant doctrinale refusant de reconnaître la nature administrative aux décisions des associations d'utilité publique et leur soumission au contrôle du juge administratif, nous constatons une convergence conceptuelle entre les auteurs arabes et les auteurs français au sujet de ce principe, même si certaines divergences existent en ce qui concerne le référentiel de l'argumentation.

1-1- La doctrine arabe réfutant la compétence de la juridiction administrative aux décisions émanant des associations d'utilité publique

Une bonne partie des auteurs arabes persiste à considérer que les associations d'utilité publique sont des organismes privés au regard du droit administratif et leur décisions n'ont pas la qualité administrative, de ce fait elles relèvent de la compétence des juridictions de droit commun et non pas des juridictions administratives. Dans ce cadre, la doctrine égyptienne affirme que les organismes de droit privé continuent de conserver leur nature juridique même s'ils épousent certaines caractéristiques des organismes publics.

Ce qui signifie que tous les éléments en rapport avec l'octroi de la personnalité morale, l'exercice de certaines prérogatives de puissance publique et enfin la reconnaissance de l'utilité publique, ne suffisent pas à changer la nature juridique initiale de ces associations et par conséquent, les décisions qu'elles émettent demeurent soumises exclusivement au contrôle du juge

⁴⁶Le critère organique est considéré comme étant le critère déterminant dans le contentieux administratif, vu sa facilité d'application, sa clarté et sa simplicité ne suscite aucune interprétation au juge quant à la détermination champ d'application du contentieux administratif. En effet tout litige est du ressort du juge administratif à chaque fois que l'une des parties est une personne publique : l'Etat (Présidence de la République, chefferie du gouvernement, les ministères, les pouvoirs publics autonomes, les administrations centrales), une administration locale (les communes et les départements) ou un établissement public administratif. Les organismes privés restent soumis au droit privé, alors même qu'ils ont en charge une activité d'intérêt générale. Ils resteront donc en dehors du champ d'application du droit administratif défini par le critère organique. Suchaux (E), «le critère organique et la norme de conduite, PUF, Paris, 2000, P 67 et s.

judiciaire de droit commun⁴⁷. Ce raisonnement a été suivi par une autre partie de la doctrine égyptienne, mais avec une nuance du fait qu'il n'y a pas de solution finale à cette question. En effet, pour les associations d'utilité publique, leurs décisions sont, en règle générale, des décisions civiles soumises au contrôle du juge judiciaire ; par contre et c'est là l'exception- si ces associations jouissent des instruments et des pouvoirs de droit public, leurs décisions sont de nature administrative et leurs litiges relèvent du contentieux de l'annulation.

Cette position a été confortée par la solution juridictionnelle adoptée par le tribunal administratif suprême d'Egypte qui affirme ce qui suit : «...considérant que l'hôpital « Egalité » est un organisme privé d'utilité publique jouissant presque de toutes les caractéristiques des personnes publiques, mais que les décisions qui émanent de son directeur ne saurait être des actes administratifs soumis au contrôle du juge administratif, et que par conséquent l'action en annulation de la décision de révocation formulée par l'une des infirmières est, de par sa nature, hors du champ de compétence de la juridiction administrative fixé par la loi⁴⁸.

La doctrine marocaine, de son côté n'a pas reconnu la qualité administrative aux décisions émanant des associations d'utilité publique et certains considèrent qu'il est tout à fait courant, dans l'époque moderne, que des individus créent des institutions et des associations, appelées d'utilité publique, non pas pour tirer profit, mais pour réaliser des actions d'intérêt général. Ces institutions, malgré leur soumission à un contrôle rigoureux des institutions administratives qui participent même à leur création et qui interviennent parfois activement dans leurs activités, leur confèrent certaines attributions de droit public, elles ne sont pas traitées comme des services publics et leurs décisions ne sont pas susceptibles de recours en annulation devant les juridictions administratives⁴⁹.

Les décisions émanant des associations d'utilité publique sont, sans exception, des décisions privées semblables à celles prises par les particuliers dans leur vie quotidienne, soumises au droit privé et au contentieux de droit commun. Il convient donc d'éviter la soumission de leurs litiges au contentieux administratif dans le cadre du recours en annulation dès lors qu'il n'y a aucune base juridique qui la justifie. Cet argument est étayé par un nombre épars d'arrêts de la cour suprême marocaine qui affirment que les décisions des associations d'utilité publique ne sont pas

⁴⁷ Tamawi (S), la théorie générale des actes administratifs, Dar Elfikr el arabi, le Caire 2006, p 146.

⁴⁸ Bessiouni (A), la jurisprudence administrative, institution El maaref, Alexandrie 1999, p 87.

⁴⁹ Leghouiri (M), le contentieux de l'annulation au maroc, Dar El afak, Rabat 2012, p 302.

des actes administratifs et de ce fait ne peuvent faire l'objet de recours en annulation devant les juridictions administratives⁵⁰.

La même conception a été adoptée par une autre partie de la doctrine marocaine, avec hésitation, qui considère qu'en réalité les associations d'utilité publique peuvent aujourd'hui bénéficier de toutes les caractéristiques des services publics administratifs que ce soit au niveau de la formation, des structures, des instruments et des buts, mais il ne faut pas se précipiter à conclure que leurs décisions sont de purs actes administratifs dont le recours relève du contentieux de l'annulation. Néanmoins, ce raisonnement n'est ni définitif ni absolu du moment qu'il est possible, dans un cadre très restreint, d'adopter une vision contraire lorsqu'il s'agit d'association d'utilité publique administrative à caractère exceptionnel⁵¹.

1-2- La doctrine française réfutant la compétence de la juridiction administrative aux décisions émanant des associations d'utilité publique

A l'instar de la doctrine arabe, certains auteurs français refusent de reconnaître la nature administrative des décisions émanant des associations d'utilité publique et les excluent de la catégorie des actes administratifs soumis au contrôle des juridictions administratives. Toutefois cet unanimité de principe a très tôt connu des déviations dans le fond au niveau de l'argumentation de référence faisant l'objet de nombreuses interprétations théoriques.

Ainsi certains auteurs soutiennent que la conception traditionnelle du service public est le référent dominant dans la délimitation du champ d'application du droit administratif et de la compétence des tribunaux administratifs. En effet, depuis le début des années 50 du siècle précédent, le Conseil d'Etat français a rendu plusieurs arrêts faisant du critère du service public un fondement indispensable dans la mise en place du système de droit public. Ce fondement classique a constitué - pour un temps - une unanimité doctrinale et jurisprudentielle absolue concernant le refus de reconnaître la compétence juridictionnelle administrative aux décisions des associations d'utilité publique⁵².

⁵⁰ Baina (A), l'idée de pouvoir dans les actes administratifs, Dar echourouk, Rabat 2008, p 127

⁵¹ Haddad (A), Etude pratique sur les fondements et les principes du droit administratif, Dar el djamiya, Bierut 2013, p 272.

⁵² Bonnard (R), précis de droit administratif, 3^{ème} édition, Ed Sirey, Paris, 1956, P 264. Chevallier (J), la rationalisation de la production juridique, Ed Sirey, Paris, 1991.

Dans une analyse poussée, les partisans de ce principe déduisent qu'il y a juridiquement convergence entre les critères organique et matériel concernant les actes administratifs, ces derniers émanent d'une seule puissance publique que ce soit dans sa structure ou dans son organisation, et qui a pour but de créer des effets dans l'ordonnement juridique, soit par la création, la modification ou la suppression d'une situation juridique donnée. Le critère de la puissance publique est donc le critère le plus déterminant dans la définition de l'acte administratif qui incarne la principale action de puissance publique et de ses caractéristiques⁵³.

L'autre partie de la doctrine française retient la même conclusion, pas directement de l'acte administratif, mais dans le cadre de la comparaison entre association d'utilité publique et l'établissement public administratif en considérant que les deux types d'institutions sont dotés de la personnalité morale et exercent des fonctions d'intérêt général.

Mais néanmoins divergent dans plusieurs domaines, les établissements publics sont des personnes morales administratives soumises au droit public avec tous ses avantages. Par contre les associations d'utilité publique sont, au contraire, des personnes morales de droit privé, leurs biens sont des biens privés, leur personnel est formé de bénévoles et ses activités sont régies par le droit privé⁵⁴. Une majeure partie de Doyens du droit administratif français a aussi adopté cette position notamment à l'occasion de leurs commentaires sur les arrêts rendus par le Conseil d'Etat en ajoutant que la similitude organique et structurelle des deux types d'institutions pose, jusqu'à aujourd'hui, des problèmes juridiques sérieux et la situation se complique encore davantage lorsque les organes de l'Etat interviennent pour encadrer l'activité des ces structures privées dans le cadre de l'orientation et du contrôle. De l'avis de ces Doyens, cette situation est alors comparable au pouvoir de tutelle exercé sur les établissements publics à caractère administratif⁵⁵.

Par ailleurs, certains auteurs soutiennent que le monopole d'émettre des actes administratif tire son origine de l'idéologie politique adopté par la France dès la fin de la deuxième guerre mondiale, appelée l'Etat providence qui agit comme seul responsable en se dotant de larges compétences réglementaires, économiques et sociale en vue d'assurer des fonctions sociales au

⁵³ Ibid, P 266.

⁵⁴ Debbasch(CH), contentieux administratif , T2, 6^{ème} édition, LGDJ, Paris, 1981,P 207.

⁵⁵ Chapus (R), contentieux administratif, T2, LGDJ, 5^{ème} édition, Paris, 1981, p 207.

bénéfice de ses citoyens. L'instrument le mieux adapté pour mener cette politique hégémonique dans tous les domaines est l'acte administratif unilatéral dans son sens technique.⁵⁶

Cela signifie que la fonction d'émettre des actes administratifs est réservée exclusivement à l'Etat représenté par ses pouvoirs publics, quant aux associations d'utilité publique, elles ne peuvent qu'émettre des décisions limitées à l'organisation interne. Ces décisions ne peuvent être considérées comme des actes administratifs du moment qu'elles n'ont pas d'effet sur les positions des individus⁵⁷.

Pour notre part, nous rejoignons cette position théorique en considérant que la reconnaissance de la nature administrative aux décisions des associations d'utilité publique et leur soumission au contrôle du juge de la légalité risque d'aboutir à une remise en cause des conditions de recevabilité des recours en annulation des actes administratifs. La notion d'acte administratif devient alors souple et indifféremment extensible tant aux actes des organismes publics que privés sans distinction. Cette situation entraîne l'examen de la légalité de ces actes sans tenir compte de leurs auteurs. Dans le même ordre d'idée, ces nombreuses exceptions peuvent altérer l'image classique de l'acte administratif qui devait être lié à la notion de pouvoir et de contrainte. Comme elles peuvent mettre le juge devant une lourde tâche d'interprétation.

En effet il y a lieu de constater que, dans ce contexte, la notion traditionnelle de l'acte administratif, a perdu de son originalité ancienne, mais malgré son déclin elle est maintenue en raison de l'importance qu'elle demeure à conserver en temps qu'esprit du droit administratif, en revanche, l'utilisation excessive du critère matériel (l'intérêt général) dans la qualification des actes administratifs risque d'étendre inutilement leur champ d'application et de faire disparaître, en même temps d'autres critères de qualification.

2- Le courant jurisprudentiel réfutant la compétence de la juridiction administrative aux décisions émanant des associations d'utilité publique

Il est clair que la jurisprudence administrative, tant arabe que française est restée, pendant longtemps, fidèle au critère organique dans la qualification des actes administratifs et la

⁵⁶ Dèroche (H), *les mythes administratifs*, PUF, 2^{ème} édition, Paris, 1976, P 481.

⁵⁷ *Ibid*, P482

détermination de la juridiction compétente pour en connaître des recours en annulation qui en découlent. Quant aux décisions des organismes privés, y compris des associations d'utilité publique, ne peuvent être érigés au rang d'actes administratifs émanant des services publics traditionnels, dont il convient de soumettre leur contentieux aux juridictions de droit commun et les exclure du champ de compétence des juridictions administratives.

2-1- La jurisprudence arabe réfutant la compétence de la juridiction administrative aux décisions émanant des associations d'utilité publique

On constate dans les faits qu'une grande partie de la doctrine administrative arabe a admis comme principe de faire sortir du champ de compétence des juridictions administratives, statuant sur les recours d'appréciation de la légalité, toutes décisions émanant d'organismes privés, y compris celles des associations d'utilité publique, même si cette position continue, jusqu'à aujourd'hui de souffrir de relativisme et d'instabilité. Nous allons essayer, donc de l'étayer en se basant sur quelques arrêts rendus par les juridictions marocaines, égyptiennes et algériennes.

Signalons d'emblée, que cette question a été traitée avec beaucoup d'égard par la jurisprudence marocaine, vu le nombre important d'arrêts rendus dans le but de consacrer le principe, bien que parfois on constate un revirement de jurisprudence au profit de solutions juridiques diverses. Ainsi donc en l'espèce, le tribunal administratif de Fès a considéré, dans son arrêt du 10 février 1999 que les décisions de l'association des œuvres sociales relevant du ministère de l'agriculture et de la réforme agraire ne disposent pas des caractéristiques des actes administratifs, et pour cause ses décisions relèvent du ressort des juridictions de droit commun. De ce fait, le recours intenté devant la juridiction administrative est exclu de la liste des sujets relevant de la compétence du tribunal administratif. Par conséquent il y a lieu de prononcer le rejet pour incompétence d'attribution⁵⁸.

Le même cas a été traité par le tribunal administratif d'Agadir dans son arrêt du 17 novembre 2004 dans l'affaire de Sieur (m.m) contre l'association coopérative Essadaka qui affirme «considérant qu'au vu des pièces du dossier, notre raisonnement est livré comme suit : pour que le juge administratif statue en référé il faut que le litige soit dans le fond de nature

⁵⁸ Cité par Belghouini (A), le droit administratif marocain, édition Errissala, Casa Blanca, Maroc 2014, p 329.

administrative, mais considérant qu'au vu des documents et des pièces du dossier. Le litige est entre le requérant et l'association coopérative Essadaka qui sont des personnes de droit commun, par conséquent ils ne sont pas soumis aux dispositions de l'article 08 de la loi 90-41 portant création des tribunaux administratifs.

Et considérant que le litige n'est pas né d'un acte administratif ou d'une action administrative en rapport avec un service public, mais d'une décision émanant d'une association défendeur en tant que personne de droit privé. En conséquence la requête est rejetée dans la forme sans qu'il ne soit besoins de l'examiner dans le fond⁵⁹ ».

Ce raisonnement a été confirmé, encore une fois, par le même tribunal administratif d'Agadir dans son arrêt du 6 juillet 2006 dans l'affaire de sieur (A.H) contre l'association El fellah qui soutient ce qui suit « considérant que la compétence du tribunal administratif est tributaire de l'existence d'un acte administratif regroupant toutes les conditions requises par la loi. Considérant qu'au vu de la décision objet de recours qui s'avère être prise par une association créée dans le cadre du dahir n° 58 - 376 relatif à la création des associations et des coopératives et qu'elle représente une institution soumise, dans toutes ses activités au droit privé, chose pour laquelle la décision objet de recours n'atteint le rang d'acte administratif soumis au contrôle du juge administratif en vertu de l'article 08 de la loi 90-41 portant création des tribunaux administratifs dont il convient de déclarer, dans le fond, l'incompétence du tribunal administratif⁶⁰ ».

La jurisprudence égyptienne, de son côté, a consacré le même principe dans des occasions différentes dont la plus importante est l'arrêt du tribunal administratif suprême en date du 24 février 2008 dans l'affaire du Sieur (B.S) contre l'association égyptienne de protection de la richesse aquaculture. La solution apportée par l'arrêt se présente comme suit «...considérant que l'association mise en cause n'est pas considérée comme une personne de droit public en dépit de sa mission d'organisation de la pêche maritime qui est une activité d'utilité publique et en dépit du rôle de l'Etat représenté par le ministère du secteur et des institutions publiques en charge de la croissance de la richesse aquaculture, dans l'exercice de leurs prérogatives d'orientation et de

⁵⁹ Op.cit.p 334.

⁶⁰ KHEIRI (M), les principes du droit administratif dans les pays du maghreb, Dar El houkoug, Beyrouth 2012, p 306.

contrôle sur les activités de ladite association, ne la dispense pas de la nature juridique que lui a conféré le législateur.

La conséquence qui en découle concerne les décisions de l'association qui ne sont pas des actes administratifs et ne relèvent pas de la compétence des chambres du conseil d'Etat. En revanche, les mêmes décisions peuvent faire l'objet de recours devant les juridictions administratives si elles sont visées par l'autorité de tutelle⁶¹ ». Enfin pour la jurisprudence algérienne, elle a adopté la position du législateur édictée dans l'article 800 du code de procédure civile et administrative qui dispose : « les tribunaux administratifs sont des juridictions de droit commun en matière de contentieux administratif. Ils connaissent en premier ressort et à charge d'appel de toutes les affaires où est partie l'Etat, la wilaya, la commune ou un établissement public à caractère administratif ».

Ce qui signifie que le législateur algérien a adopté - comme règle générale- le critère organique comme référent pour délimiter le champ de compétence des tribunaux administratifs. Ainsi donc, il suffit que l'une des parties au conflit soit une personne publique pour qualifier le recours comme étant un recours administratif néanmoins, cette conclusion n'est pas absolue puisque l'article 9 de la loi organique n° 98-01 du 30 mai 1998 relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat a inclus les organisations professionnelles nationales (avocats, médecins, architectes, comptables etc.) dans la catégorie des personnes publiques soumises au contrôle du juge administratif, bien qu'elles ne sont ni des autorités publiques centrales, ni des établissements publics à caractère administratif.

Cette exception traduit la volonté du législateur de ne pas exclure le critère matériel pour élargir encore plus le champ de compétence des juridictions administratives⁶² en considérant que

⁶¹ Neguib Fadhel (H), la jurisprudence administrative, dar el matbouaat el djamiya, Alexandrie 2013, p 96.

⁶² Malgré la clarté du critère organique et sa facilité d'application sur le terrain, il demeure insuffisant pour cerner tout le champ de compétence juridictionnelle des tribunaux administratifs. Puisqu'il exclu du champ de compétence des juridictions administratives les institutions privées même si elles sont dotées de prérogatives de puissances publiques et vise la réalisation de l'intérêt général. Il exclu, en outre, tout le secteur chargé public économique. Raison pour laquelle le critère matériel est considéré comme un instrument d'élargissement de la compétence des juridictions administratives en se basant, non pas sur l'auteur de l'acte, mais sur le contenu de l'activité objet de litige sans en tenir compte des parties au conflit. Si le contenu de l'activité contient des éléments de puissance publique et d'intérêt général, le litige qui en découle est de nature administrative. Sur ce point d'analyse voir – Suchaux (E), op.cit, p 147 – 163.

les décisions émanent de ces organisations professionnelles, des actes administratifs pouvant faire l'objet de contestation devant le juge administratif, bien qu'elles n'ont pas les caractères d'un acte administratif d'une part, et d'autre part, émanant d'organisations privées⁶³.

Mais en dehors de cette exception, nous n'avons trouvé aucune trace de l'application du critère matériel, notamment celle relative aux associations d'utilité publique, ce qui signifie que l'application du critère organique comme option juridique de qualification des actes administratifs, et de distinction entre contentieux administratif et contentieux privé, ne laisse aucune hésitation ni possibilité d'interprétation au sujet de la reconnaissance de la nature administrative aux décisions des organisations privées, notamment celles des associations d'utilité publique.

Cette position nous la déduisons aussi de certains rares arrêts du Conseil d'Etat qui considère que les associations d'utilité publique doivent conserver leur nature privée même si elles sont en charge de missions d'intérêt général et dotées de prérogatives de puissance publique. Et par conséquent, leurs décisions resteront en dehors du champ de compétence des juridictions administratives⁶⁴.

2-2- La jurisprudence française réfutant la compétence de la juridiction administrative aux décisions émanant des associations d'utilité publique

L'analyse de l'évolution juridique des critères référentiels adoptés par la jurisprudence administrative française pour motiver ses arrêts en matière de qualification des actes administratifs, nous révèle le degré des difficultés et des enjeux inhérents au sujet et qui constituent, jusqu'à

⁶³ Le législateur algérien, après avoir qualifié le service public selon le critère organique, il s'est orienté graduellement vers le contenu institutionnel en délaissant totalement l'idée de conférer des activités de service public à des personnes de droit privé. Et ce après que l'Etat a adopté le régime socialiste qui lui oblige de prendre en charge toutes les activités publiques en vue de marginaliser le secteur privé. Néanmoins, après l'amorce des réformes économique et l'avenue de la constitution de 1989, première constitution libérale adoptée par l'Etat depuis l'indépendance, la nation se service public est revenue à sa conception juridique initiale en s'ouvrant encore plus sur le critère matériel ou fonctionnel et ce, à travers l'initiative du législateur d'autoriser la création des organisations (ordres) professionnelles et des organismes privés intermédiaires chargés des missions d'intérêt général. Cette initiative a permis de consolider la place et l'influence du secteur privé dans le domaine du service public en Algérie. Pour plus d'informations, voir Ahcène Rabhi, le contentieux administratif, Dar Rais Hamidou, 1^{er} édition, Alger 2014, p 138.

⁶⁴ Notamment par le biais de l'arrêt du Conseil d'Etat (première chambre) n° 17826 index 376 du 07 février 2009 dans l'affaire de Sieur (R.D) contre la ligue algérienne de la pétanque et l'arrêt du Conseil d'Etat (première chambre) n°19826 index 922 du 15/12/2012 dans l'affaire de Sieur (M.N) contre l'association nationale de régulation de la pêche maritime. Pour plus de commentaire sur les deux arrêts voir Ahcène Rabhi, Op.cit. P 156.

aujourd'hui, un point d'interrogation pour la pensée juridique française de façon générale. Tout d'abord, nous ne constatons que la dualité juridique issue de la relation entre les actes administratifs et le critère organique a connu une longue période d'apogée qui s'est terminée au début des années 50, par l'adoption du critère matériel dans le contentieux administratif. Par ailleurs, l'insuffisance dont souffre ce critère a contraint le juge administratif à la combler par des prérogatives de puissance publique, pour faire de ce triptyque une composante très complexe mais utile.

Néanmoins cette solution fonctionnelle apportée par la doctrine française s'est rapidement affaiblie par l'apparition d'une nouvelle catégorie de personnes morales de droit privé dotées des mêmes caractéristiques que les services publics traditionnels, notamment du point de vue de la forme organique et structurelle, la jouissance des prérogatives de puissance publique, l'atteinte du but d'intérêt général : il s'agit des associations d'utilité publique. Le besoin d'émettre des critères juridiques en vue de réglementer les activités pour lesquelles elles ont été créées, a conduit la doctrine française à se heurter à une problématique complexe et révolutionnaire qui est celle de la qualification définitive des décisions émanant de ces associations et dans quelle catégorie pourrait-on les classer : dans la catégorie des décisions privés dont le contentieux relève des tribunaux judiciaires de droit commun, ou au contraire, dans la catégorie des actes administratifs dont le contentieux est du ressort des juridictions administratives. Cette hésitation a aboutit une unanimité doctrinale sévère autour de la crise de la jurisprudence administrative française dans la recherche d'une qualification définitive des actes administratifs.

En effet, il est apparu aux conseillers d'Etat que l'adoption de la deuxième solution est la plus logique à partir du moment que ces organisations privées épousent toutes les caractéristiques des services publics administratifs, et ont un effet direct sur les droits et les obligations des administrés ; il convient donc, pour protéger les droits et les libertés des individus des abus éventuels de ces organisations, d'étendre le contrôle juridictionnel administratif à leurs décisions. Mais, en contre partie, l'ouverture excessive sur le critère matériel à travers la reconnaissance de la nature administrative aux décisions de ces organisations y compris celles émanant des associations d'utilité publique est susceptible de mettre les juges administratifs dans une grande gêne consiste à étendre le champ du contrôle de la légalité de sorte à ce qu'il devienne difficilement maîtrisable.

Il est à penser que les effets indésirables, voir dangereux, que pourrait résulter de cette dernière conséquence a conduit le Conseil d'Etat français à privilégier le critère organique dans le contentieux administratif, malgré ses imperfections et ses insuffisances. Cette vision est consacrée dans l'arrêt du 5 février 1954 dans l'affaire de Sieur A. Sebire contre l'Association Française des Anciens Combattants (A.F.A.C), dans laquelle le requérant a demandé au tribunal administratif de Caen d'annuler la décision de l'A.F.A.C portant révocation de la secrétaire de l'association, mais le demandeur ayant été surpris de voir sa requête rejetée dans la forme sans qu'il soit besoins de l'examiner dans le fond, a intenté un recours en appel devant le conseil d'Etat qui, à son tour, a confirmé l'arrêt du tribunal administratif de Caen pour des considérants qui paraissent importants.. « Considérant que la jurisprudence administrative ne connaît pas de ces recours et que le requérant s'est trompé en s'adressant à un tribunal matériellement non compétent. L'A.F.A.C est une personne morale de droit privée et ses décisions ne font pas partie des actes administratifs et par conséquent ne peuvent être attaques en annulation pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives »⁶⁵.

Il en est de même dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 20/11/1961 dans l'affaire de Sieur M.Bourguet contre l'Association Française Contre le Cancer (AFCC) qui annonce... « Considérant que Sieur M.Bourguet est médecin est médecin à l'AFCC a intenté un recours auprès du tribunal de Rennes contre une décision du Président de l'association contenant l'insertion de certaines règles illégales dans l'exercice de ses fonctions.... considérant que l'association est responsable de la gestion d'un service public est soumise à un ensemble de dispositions réglementaires et en outre, sous contrôle de tutelle du ministère de la santé, ce qui lui confère la qualité d'association d'utilité publique ; néanmoins elle restera une simple association créée dans le cadre de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative aux associations, par conséquent la relation de travail avec ses employés est une relation de droit privé. Par conséquent le recours intenté par Sieur Bourguet contre l'AFCC ne relève pas du contentieux administratif⁶⁶.

En commentant cet arrêt une partie de la doctrine française affirme que le Conseil d'Etat a construit son raisonnement juridique d'une manière réfléchie et ciblée, en mettant l'accent, au début, sur la comparaison des caractéristiques de l'AFCC avec celles d'un service public

⁶⁵ Cité par - Ricci (J.CL), *Mémento de la jurisprudence administrative*, 2^{ème} édition, Ed Hachette, Paris, 1988. P187.

⁶⁶ Ibid, P 197. Dumont (L), *la conception moderne des associations*, in ESPRIT, N°2, Paris, Février 2009, p 227.

administratif notamment en ce qui concerne l'organisation, les missions, les moyens, les buts et le contrôle pour justifier les causes et les raisons de lui reconnaître la qualité de l'intérêt général⁶⁷. Et ensuite, à la fin de son raisonnement, il livre une conclusion inattendue et tout à fait contraire à la construction juridique précédente en affirmant que les caractéristiques secondaires reconnues à l'association ne suffisent pas à l'ériger au rang de service public administratif et restera, au final, une simple organisation de droit privé chargée d'une mission de service public et il convient de la traiter en cette qualité en considérant ses décisions relevant du droit privé et de la compétence du juge judiciaire de droit commun au lieu du juge administratif⁶⁸. L'autre partie des conseillers au Conseil d'Etat français, en commentant le même arrêt, ont déduit qu'il est difficile de proposer une solution définitive au litige en question ; d'après leur dire, nous sommes en présence d'une association chargée de la gestion d'un service public en sa qualité de personne morale de droit privé dotée de certaines prérogatives de puissance publique. De ce fait, elle n'est ni tout à fait une personne privée, ni une personne publique à part entière, elle est plutôt dans une position intermédiaire entre publique et privé, elle s'apparente beaucoup plus aux églises et aux organismes de culte qui ont été exclus de la catégorie des services publics en vertu de la loi de 1955, mais qui demeurent soumises, dans leur organisation et leur fonctionnement aux règles régissant le domaine de l'Etat⁶⁹.

B- Le courant soutenant le principe de la compétence du juge administratif aux décisions des associations d'utilité publique

S'il est admis qu'une majeure partie du courant doctrinal et jurisprudentiel a opté pour le refus de reconnaître la nature administrative aux associations d'utilité publique, et l'exclusion de leurs décisions du champ de contrôle du juge administratif de la légalité dans le cadre des recours en annulation (comme il a été traité précédemment) ; l'autre partie, par contre, préfère de traiter graduellement ces organisations dans le cadre du droit administratif, en étant convaincu qu'il existe quelques inconvénients dans l'application de ce principe. Cette nouvelle conception souffre d'un long déclin juridique, car la précipitation de son adoption risquerait de remettre en cause tous les critères du contentieux administratif.

⁶⁷ Waline (M), précis de droit administratif, Ed Montchrestien, 10^{ème} édition, Paris, 1994, P226.

⁶⁸ Ibid, P 237.

⁶⁹ Cité par - Ricci (J.CL), Op.cit, P209.

1- Le courant doctrinal accordant la compétence de la juridiction administrative aux décisions émanant des associations d'utilité publique

L'idée de revoir la qualification des associations d'utilité publique et les voies de recours de ses décisions devant les juridictions administratives a suscité - pendant longtemps - l'intérêt des hommes de loi à plusieurs niveaux, mais leurs efforts théoriques n'ont abouti à aucun résultat au plan juridique, du fait de sa coïncidence avec « l'âge d'or » du critère organique.

1-1- La doctrine arabe reconnaissant la compétence de la juridiction administrative aux décisions émanant des associations d'utilité publique

Toujours dans le cadre du courant qui prône l'idée de remise en cause de la qualification des organismes privés agissant dans les domaines d'utilité publique, y compris les associations, nous constatons que seul une partie infime de la doctrine arabe qui privilégie ce principe en soutenant que l'interférence des deux domaines public et privé ne laisse aucune frontière juridique ou matérielle les séparant. C'est pour cette raison que l'application traditionnelle du critère organique - notamment dans le domaine juridictionnel - est devenue incapable de cerner suffisamment les contours de la question, ce qui devient nécessaire de faire appel au critère matériel afin de lever cette hésitation tant que le vrai fondement de la séparation public/privé est inévitablement tributaire du but final qu'on espère atteindre.

C'est là le fondement à privilégier en priorité dans la qualification avant de se rabattre sur un autre critère juridique. Si cette condition se réalise, il serait indispensable aussi de revoir la qualification des décisions émanant de ces organisations privées ainsi que les critères de recevabilité dans la forme adoptés par la jurisprudence administrative.

Dans ce cadre, une partie de la doctrine marocaine pense qu'il faudrait opérer une distinction entre les simples décisions des associations d'utilité publique et les décisions qui font apparaître des prérogatives de puissance publique et qui concernent l'exécution d'un service public. Ces décisions ont les mêmes caractéristiques des actes administratifs et par conséquent elles peuvent faire l'objet de recours en annulation devant les juridictions administratives en application du critère matériel, quant aux décisions qui traitent des affaires internes à l'association, comme les décisions relative au règlement intérieur ou d'adhésion, qui sont dépourvues de prérogatives de puissance publique, celles-ci demeurent relever du domaine du droit privé et des juridictions de droit

commun⁷⁰. Une autre partie de la doctrine marocaine ajoute que l'analyse des éléments se rapportant à : la nature du but recherché par l'association, les éléments et les données de son fonctionnement, les sources de son fonctionnement, la nature des organes de gestion et de contrôle permet de la qualifier comme personne de droit public.

En outre, tant qu'elle est en charge d'un service public et agit de ce fait comme une personne publique, elle est soumise, dans le cadre de cette mission, au contrôle du juge administratif et ses décisions sont susceptibles de recours en annulation pour excès de pouvoir devant le juge de la légalité⁷¹.

C'est la conception qui est retenue par une grande partie de la doctrine algérienne et là défendu pendant longtemps du fait que le législateur algérien a présenté des solutions souples et dualistes des règles de compétence juridictionnelle regroupant, en même temps, la règle et l'exception. En effet, l'article 800 du code de procédure civile et administratif - qui est l'article de base - a adopté le critère organique comme fondement du contentieux administratif en raison de sa clarté et de sa facilité d'application⁷².

Néanmoins, en se rendant compte que ce critère n'est pas exhaustif, il s'est rabattu sur le critère matériel pour exclure certains litiges dont fait partie une personne publique, mais qui de part leurs nature sont comparables aux litiges de droit privé et leurs contentieux relève des juridictions de l'ordre judiciaire. Cette affirmation est consacrée par l'article 802 du code de procédure civile est administrative qui dispose : « par dérogation aux articles 800 et 801 ci-dessus, relève de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaires ordinaires les contentieux suivants : les conventions de voiries, le contentieux relatif à toute action en responsabilité tendant à la réparation des dommages causés par un véhicule quelconque appartenant à l'Etat, à la wilaya, à la commune ou à un établissement public à caractère administratif ».

C'est la logique juridique suivi par le législateur algérien dans l'analyse des fonctions des organismes représentant les personnes morales de droit public et par la suite en déterminer a

⁷⁰ El mayouf (M), la jurisprudence administrative, Dar el kitab el hadith, le Caire 2010, p 209.

⁷¹ Okacha (Y), l'acte administratif dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, Dar Enahda El arabiya, le Caire 2003, p 112.

⁷² Boudiaf (A), le contentieux administratif : les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir, Dar el Djoussour, alger 2014, p 57.

juridiction compétente, qu'il convient, par ailleurs d'étendre son application aux activités et fonctions des organisations privés y compris aux associations d'utilité publique, car c'est une erreur de se hâter à les classer dans la catégorie des personnes de droit privé alors qu'elles jouissent presque de la quasi-totalité des caractéristiques des services publics administratifs. Il convient donc, d'adopter, à leur égard, une double solution qui consiste à analyser individuellement les caractéristiques objectives de chaque affaire avant de déterminer la juridiction compétente pour connaître du contentieux de leurs décisions, et ce à l'instar de la démarche du législateur dans la détermination de la compétence juridictionnelle habilitée à contrôler les actions des personnes administratives qui devaient se faire par relativisme et différenciation au lieu de solutions juridiques statiques et absolues⁷³.

1-2- La doctrine Française reconnaissant la compétence de la juridiction administrative aux décisions émanant des associations d'utilité publique

Il semble qu'une partie de la doctrine française moderne est décidée à changer l'équation des critères juridiques administratifs en maintenant l'idée de revenir au contentieux administratif authentique de façon général, non pas pour répondre seulement à une finalité pratique mais pour accompagner les impératifs de la justice et les grandes évolutions intervenus dans le tissu des organisations privés. Epouser à nouveau les mêmes caractéristiques des services publics par ces pôles d'organisations - notamment les associations d'utilité publique - a contribué à faire d'eux des services publics administratifs dans toutes leurs dimensions techniques et juridiques. Ainsi donc, certains auteurs considèrent que la solution adoptée par la jurisprudence française qui consiste à élargir le champ d'application du critère organique dans le domaine du contentieux administratif est une solution discutable, car il n'y a pas d'activité privée par nature, ni une mission de service public par nature, la séparation entre les deux activités publique/privée n'est pas définitivement tranchée, car le passage d'un genre à l'autre selon les situations économiques, sociales et politiques que traverse le pays. Il importe donc, au juge de décider si telle ou telle activité fait partie des attributions classiques du service public ou l'inverse⁷⁴.

⁷³ Mahiou (A), cours de contentieux administratif, OPU, Alger, 2010, p 137 et s.

⁷⁴ La doctrine française a admis qu'il y a deux causes principales qui ont suscité la crise du service public. La première concerne les mutations idéologiques et économiques que subit l'Etat dans sa transition de l'Etat gendarme non interventionniste vers un Etat dirigiste et interventionniste, et ce suite aux effets des deux guerres mondiales et aux

C'est la position qui a été adoptée par quelques conseillers du Conseil d'Etat français qui ont déduit que la question posée se rapporte à des organisations privées créées par la loi de 1901 relative aux associations assurant une mission de service public et jouissant des prérogatives de puissance publique ; mais qu'on ne peut qualifier de d'établissements publics administratifs. En revanche, on ne peut les traiter de d'institutions privées. Raison pour laquelle il convient de les classer dans une catégorie d'institutions fonctionnelles qui se situe en dehors du classement traditionnel des établissements publics. Mais en raison des caractéristiques publiques qui sont plus dominantes que les caractéristiques privées sur les activités, l'organisation, le fonctionnement et les buts de ces organisations, elles paraissent dans une position qui se rapproche beaucoup plus du droit public que du droit privé.

D'où il y a nécessité d'élargir le champ du contrôle de la légalité pour englober les décisions de ces organisations. Néanmoins, cette solution juridique demeurera relative et non tranchante qui impose au juge administratif de vérifier, au cas par cas son bien fondé avant de se précipiter sur la détermination de la juridiction compétente et le droit applicable à ces décisions⁷⁵.

Il est clair que cette décision a acquit une « bonne réputation » de la part d'une partie de la doctrine française qui pense qu'il ne faut pas jeter la responsabilité sur le législateur pour trancher définitivement cette question au risque de connaître une certaine rigidité dans l'application, ce qui pourrait aboutir à des résultats erronés du fait qu'on ne pas soumettre toute les associations qui assurent des activités d'intérêt général au contrôle du juge administratif.

En revanche, jeter la responsabilité sur le juge administratif pour trancher la question pourrait apporter plus de flexibilité dans le traitement de la question de compétence. Le juge, dans

conséquences de la crise économique mondiale de 1929. La deuxième est en rapport avec l'étendue de la participation de personnes privées dans la prise en charge des activités d'intérêt générale qui a commencé par des contrats de concession de service public avant de prendre aujourd'hui d'autres formes comme le mandat et la délégation de service public. Dans les deux cas la question fondamentale qui se pose est de savoir si l'Etat qui se comporte comme un industriel ou un commerçant assure-t-il une mission de service public ? et si les personnes privées qui se chargent d'une mission de service public accomplissent-t-elles une activité privée ? devant l'inexistence d'une réponse fiable à ces questions, les auteurs de droit français ont déduit qu'il y a une « crise dans la théorie du service public. A propos des origines de la crise historique du critère de service public en France voir Benoit (F.P), *le droit administratif français*, 19^{ème} édition, DALLOZ, Paris, 1978, P 314. Dovace (M), *recherches sur le pouvoir Réglementaire des personnes de droit privé*, LGDJ, Paris, 2013.

⁷⁵ Cité par – Morgan(J.CL), *Mémento de la jurisprudence administrative*, Ed Hachette, 3^{ème} édition, Paris, 2006, P 408.

ce cas, est seul responsable de trancher si telle association dispose des mêmes caractéristiques que les services publics administratifs, par conséquent ses décisions relèveront de la compétence juridictionnelle administrative ou non. Ainsi le juge administratif, dans ces questions, un juge « créateur de droit » puisqu'il est seul habilité à élargir ou rétrécir le champ du droit administratif⁷⁶.

Cette solution juridique, en dépit de son attrait semble ne pas faire l'unanimité au sein de toute la doctrine française de part ses difficultés d'application; comme il peut susciter des interprétations jurisprudentielles contradictoires au sujet d'une même affaire, ce qui pourrait mettre la justice administrative dans une grande gêne en poussant le juge à passer du contrôle de conformité au contrôle d'opportunité. Les partisans de cette conception ont alors proposé de qualifier ces associations d'utilité publique comme des services publics non personnalisés en application du critère matériel⁷⁷.

Les associations d'utilité publique ont acquis aujourd'hui une extraordinaire réputation du fait qu'elles ont conquis des domaines administratifs qui jadis faisaient le monopole des personnes morales de droit public et le cœur de leurs missions, tels que la santé, la culture, le sport ou la recherche scientifique etc. en outre elles jouissent des prérogatives de puissance publique à tel niveau qu'il serait légitime de se demander si elles occupent une place de choix dans la hiérarchie administrative.

C'est pour cette raison qu'il n'est pas judicieux de présenter des solutions absolues à ce sujet car les associations d'utilité publique ne sont pas tout à fait des organisations privées, mais aussi elles ne sont pas, des services publics « techniques » au vrai sens du terme. Ce sont, selon la proposition de certains auteurs, des services publics bicéphales. Quant au mode de traitement qu'il faut adopter envers elles au double plan juridique et jurisprudentiel, il est proposé d'intégrer le critère du mandat ou de la délégation comme complément au critère organique qui pourrait élargir le champ du contentieux administratif en vue de contenir les décisions de ces groupements même si elles ne sont considérées - dans la réalité - que de simples organisations privées⁷⁸.

⁷⁶ Capitant (R), *flexible droit administratif*, LGDJ, Paris, 2002, P 212.

⁷⁷ Weil(P), «une survivance: le critère organique», *mélange Mestre*, LGDJ, Paris, 2009, P410.

⁷⁸ *Ibid*, p 418.

Ces organisations assurent des activités d'intérêt général et jouissent des prérogatives de puissance publique en vertu des textes juridiques organisant le champ de leur activité, en plus qu'elles agissent au nom et pour le compte de l'Etat auquel elles obéissent dans le cadre de l'orientation et le contrôle, ce qui nous rapproche encore plus du principe de la tutelle administrative. Toutes ces données réunies, d'après les partisans de cette idée, sont largement suffisantes de réserver à ces organisations le même traitement que les services publics administratifs, notamment en ce qui concerne la compétence juridictionnelle administrative sur les décisions émanant de ces organisations.

D'autre part, puisque la question de l'attribution relève de la loi créant ces organisations, soit la loi de 1901 relative aux associations, il convient de modifier ses dispositions dans le volet qui traitent de la qualification des décisions de ces organisations de façon à les intégrer dans la catégorie des affaires contentieuses fixées par la loi⁷⁹.

2- Le courant jurisprudentiel reconnaissant la compétence de la juridiction administrative aux décisions émanant des associations d'utilité publique

A l'opposé du courant jurisprudentiel traditionnel comparé qui tend à refuser de reconnaître la nature administrative aux associations d'utilité publique et à refuser la recevabilité des recours en annulation devant le juge de la légalité à ses décisions, les courants jurisprudentiels contemporains penchent vers l'abandon cette position qui ne prend pas en compte les critères fondamentaux sur lesquels est construit le droit administratif lui-même et qui demeure, à ce jour, une référence indispensable dans la délimitation du champ de compétence des juridictions administratives, notamment les critères de la puissance publique et de l'intérêt général.

2-1- La jurisprudence arabe reconnaissant la compétence de la juridiction administrative aux décisions émanant des associations d'utilité publique

Une partie de la jurisprudence arabe considère que les décisions émanant des personnes morales privés sont des actes administratifs lorsqu'elles sont chargées de gérer un service public et lorsqu'elles sont prises dans le cadre des activités inhérentes au service public, en utilisant les procédés de droit public et les prérogatives de puissance publique. Quant aux décisions concernant

⁷⁹ Capitant(R), Op.cit, P 225.

l'application du règlement intérieur et qui sont prises dans ce cadre, elles ne rentrent pas dans la catégorie des actes administratifs du moment qu'elles concernent organisation elle-même et non le service public qu'elle dirige.

La jurisprudence marocaine est plus insistante sur ce principe en comparaison avec les autres jurisprudences arabes, et ce de part le grand nombre d'arrêts consacrant ce principe, notamment l'arrêt de la cours administrative de Marrakech en date du 19/6/200, dans l'affaire de Sieur (B.M) contre l'association sociale du ministère de l'équipement et du transport : « considérant qu'au vu des statuts de l'association sociale du ministère de l'équipement et du transport, son règlement intérieur et les autres documents qu'elle soumise au dahir chérifien n° 376/58/1 en date du 15/11/1958 relatif au droit de création des associations, lui reconnaissant la qualité d'utilité publique en vertu du décret royal n° 2/90/350 en date du 12/11/1990 du fait qu'elle vise la promotion de la coopération sociale et de le promouvoir entre les fonctionnaires du ministère et les services publics qui lui sont rattachés. Et considérant que ladite association assure des activités d'utilité publique en utilisant essentiellement les moyens de droit public ; en conséquence, les décisions qu'elle émet dans ce cadre son des actes administratifs soumises à la compétence de la juridiction administrative⁸⁰ ».

Cette position a été confirmée aussi par l'arrêt du même tribunal en date du 24/10/2009 dans l'affaire de Sieur (R.A) contre l'association Abi El Abbas Essebti à Marrakech qui dépend de l'organisation alaouite de prise en charge des non voyants, qui se résume comme suit : un des élèves non voyants poursuivait ses études en internat de l'institut dépendant de l'association et qui a subit, avec mention excellent, les examens de la huitième année primaire au titre de l'année scolaire 2001-2002, mais qui a été surpris par les résultats de fin d'année qui mentionnent sa révocation de l'institut de l'association en vertu de la décision du conseil de discipline en date du 18/6/2002 pour motif d'indiscipline et de violences commises à l'encontre du Directeur et du staff administratif, précisément en commettant des actes de violence et de menaces avec arme blanche contre un gardien de l'internat. A l'issue de cette affaire, le père de l'élève non voyant, Sieur (R.A) a intenté un recours devant le tribunal administratif de Marrakech contre la décision de révocation de son fils. Le tribunal administratif s'était fondé sur deux arguments : « considérant que la

⁸⁰ Cité par – Belghouini (A), Op. Cit. p 367.

jurisprudence a dépassé le principe de se baser uniquement sur le critère organique dans la qualification des actes administratifs, mais s'est rabattu aussi sur le critère matériel.

Par conséquent, l'acte administratif n'est pas uniquement celui qui émane d'une autorité administrative, mais il englobe aussi tout acte émanant d'un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public administratif et emploi les prérogatives de puissance publique. Considérant que l'association *Abi El Abbas Essebti* qui dépend de l'organisation *alaouite* de prise en charge des non voyants est une institution privée assurant la gestion d'un service public concernant l'intégration des non voyants dans la société, et emploi des prérogatives de puissance publique, et que la qualité d'intérêt général lui a été reconnue par décret royal n° 68/338 en date du 3/9/1968, ses décisions constituent des actes administratifs qui peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir, ce qui veut dire que la juridiction administrative est compétente pour recevoir dans la forme et connaître des décisions de cette association. Considérant que, dans le fond le conseil de discipline en question a enfreint la loi en prenant la décision de révocation de l'élève (R.F) sans prendre l'avis du conseil intérieur de l'association, qui est un avis obligatoire en vertu des dispositions du règlement intérieur de l'association et de ses statuts.

Ce qui signifie que la décision est entachée d'un vice de forme (procédure) et qu'il y a lieu de l'annuler avec tous ses effets et de réintégrer l'élève dans ses droits⁸¹. Cette jurisprudence a été confirmée, de puis lors, par le tribunal administratif d'Oujda dans son arrêt du 12/4/2010 dans l'affaire du «club *Mouloudia de Oujda de rugby* » contre « la *federation royal du rugby*». L'arrêt rendu dans cette affaire se résume dans la requête présentée par «club *Mouloudia de Oujda de rugby* » en tant que requérante demandant l'annulation de la décision prise par « la *fédération royal du rugby*» qui élimine la requérante des compétitions de demi finale du championnat pour s'être impliquer dans des agissements contraires à la loi et à la déontologie sportive.

Le tribunal administratif a construit son argumentaire comme suit : « considérant que la *fédération royal du rugby* est personne de droit privé soumise dans sa création et dans son fonctionnement aux dispositions du dahir chérifien n° 376/58/01 du 15/11/1958 relatif au droit de création des associations, elle chargée de gérer un service public sportif à travers l'organisation et l'encadrement des clubs adhérents dans le cadre de la loi là régissant, en utilisant les procédés de

⁸¹ Op.cit. p 376.

droit public et les prérogatives de puissance publique selon le critère matériel. Car en se basant uniquement sur le critère organique pour qualifier l'acte administratif à partir de l'organisme qui émet l'acte, risquerait de le faire sortir du champ de compétence administrative et de partant, rendre les juridictions administratives incompétentes à connaître des décisions prises par des personnes de droit privé. Par conséquent, les décisions émanant de ladite association ont un caractère administratif et les litiges les concernant relèvent de la compétence du tribunal administratif⁸².

Dans le même sillage, on constate que la jurisprudence égyptienne est allée timidement dans le même sens mais avec hésitation et réticence. C'est ce qui paraît dans le nombre peu important des arrêts rendus dans ce sens. En somme, on peut se référer à l'arrêt du tribunal administratif suprême du 30/1/2010 dans l'affaire de Sieur (M.H) contre l'association coopérative de la construction et de l'habitat. Dans cette affaire, le requérant qui est un membre fondateur de l'association mise en cause, depuis le 2/6/1987 et qui paie régulièrement ses cotisations. En janvier 2002, il a été surpris de voir son nom classé à la 157^{ème} place dans la liste établie par le conseil d'administration en vue de distribuer des lots de terrain acquis par l'association aux membres adhérents bénéficiaires à concurrence de 150 membres seulement. Par conséquent le requérant se retrouve dans la liste d'attente sans pouvoir bénéficier de lot de terrain. Sieur (M.H) a intenté un recours en justice contre la décision d'affectation émise par l'association devant le tribunal administratif de Kafr El cheikh qui a rendu son arrêt en date du 21/8/2006 en rejetant le recours dans la forme sans examiner le fond, en argumentant sa décision de la manière suivante : « considérant que le litige ne concerne pas un acte administratif émanant d'une autorité administrative ; par conséquent le recours n'entre pas dans la compétence d'attribution des tribunaux du Conseil d'Etat.

En revanche le contentieux relève de la juridiction ordinaire de droit commun. Et qu'il convient de prononcer l'incompétence du tribunal administratif à statuer sur le bien fondé du litige et le soumettre en l'état au tribunal de première instance de Kafr El cheikh en application de l'article 110 du code de procédure pénale.⁸³ Le requérant a, ensuite intenté un recours en appel devant le tribunal administratif suprême qui - au contraire - a accepté le recours dans la forme en argumentant

⁸² Op.cit. p 380.

⁸³ Cité par – Essadat (D – Y), les recours en annulation des actes administratifs, fondation El maaref, Alexandrie 2013, p 176.

son arrêt comme suit : « abstraction faite de la nature privé de l'association coopérative de la construction et de l'habitat elle incarne un aspect de puissance public qui consiste dans le pouvoir de contrôle que lui confère la loi sur les activités de construction et de l'habitat qui découlent à l'origine de l'initiative privé ; par conséquent les décisions qu'elle prend sont des actes administratifs et le contentieux concernant leur légalité est d'essence administratif relevant de la compétence des tribunaux du Conseil d'Etat. Pour cette raison le tribunal déclare le recours recevable dans la forme, et dans le fond prononce l'annulation de l'arrêt attaqué et déclare le tribunal administratif de Kafr El cheikh, à nouveau compétent pour connaître du litige⁸⁴.

2-2- La jurisprudence française reconnaissant la compétence de la juridiction administrative aux décisions émanant des associations d'utilité publique

Nous pouvons dire que la jurisprudence française à longtemps demeuré fidèle au critère organique et à son application au niveau du contentieux administratif et ce en dépit de multiples critiques qu'il a subit dans ce sens. Néanmoins la persistance dans cette solution juridique de manière absolue est susceptible de le conduire dans des problématiques objectives nouvelles concernant l'insuffisance les outils juridiques à mettre en œuvre pour la maîtrise de tous les actes administratifs. Cette faille a contraint la jurisprudence à se dévier un peu du critère traditionnel et reconnaître la nature juridique administrative aux décisions de certaines organisations privées y compris des associations d'utilité publique.

Les décisions en question seront recevables en annulation pour excès de pouvoir devant le juge de la légalité, même si cette jurisprudence n'a pas été consacrée de manière stable et définitive.

L'analyse des arrêts rendus dans ces litiges nous révèle la vraie raison qui a incité la jurisprudence administrative française à changé de position dans différentes occasions qui est celle de l'intérêt général qui impose souvent le recours aux procédés de droit public. Ce référent matériel est déterminant pour opérer la distinction entre les deux champs: public et privé, à l'ombre même des mutations profondes que connaît aujourd'hui la vie publique.

C'est la position qui a été consacrée par le Conseil d'Etat français dans l'arrêt rendu sur l'affaire de « la caisse mutuelle d'aide et de protection » en date du 13/5/1938 qui que : « ...la

⁸⁴ Op.cit. p 182.

caisse mutuelle d'aide et de protection est une organisation privée gérée administrativement en vertu des dispositions de la loi du 1/4/1898 relative à l'organisation des syndicats mutuels. Le législateur a fixé le rôle qui est la satisfaction d'un intérêt général à travers ses activités et les moyens de droit public utilisés, notamment par la sauvegarde des droits des citoyens et leur protection contre les sinistres qui est une mission d'un service public assurée par la caisse sous le contrôle du ministère du travail. par conséquent, ses décisions sont de nature administrative soumises au contrôle du juge administratif.⁸⁵ Dans leurs commentaires sur cet arrêt, certains conseillers du Conseil d'Etat français considèrent que les organisations privées créées dans le cadre de la loi de 1901 relative aux associations exercent aujourd'hui des activités tout à fait similaires à celles exercées ordinairement par les services publics administratifs. La comparaison s'étend aussi aux moyens utilisés et aux finalités à atteindre qui sont un nouvel élément de définition du service public. Devant l'extension de la notion du service public, le rôle du juge administratif, dans ces cas est beaucoup plus un rôle déclaratif⁸⁶.

Le Conseil d'Etat a adopté aussi cette position dans d'autres occasions, notamment dans son arrêt du 27/1/1951, dans l'affaire de la caisse de sécurité sociale qui a été commenté par quelques conseillers qui affirment : « ...dans le cadre de la nouvelle problématique posée par les services publics fonctionnels créés en vertu de la loi du 1 juillet 1901 relative aux associations, il n'est pas nécessaire de d'aller rapidement vers la recherche de la vraie qualification des ces organisations et du régime juridique et juridictionnel auxquels elles obéissent, mais il faut s'assurer d'abord, à quel point leurs caractéristiques objectives sont elles assimilables à celles des services publics administratifs. Néanmoins on peut être dispensé de cette tâche si le législateur intervient par des textes législatifs clairs consacrant définitivement le caractère privé de ces organisations. Et si ces organisations sont de nature juridique non définie mais qui ont été créées selon des moules juridiques appartenant au droit privé, leurs décisions, dans ce cas sont de nature privé soumises au contrôle du juge de droit commun⁸⁷. Dans un autre arrêt du tribunal administratif de Montpellier en date du 15/10/2005, il précisait : « considérant que la fédération française de football est une association d'utilité publique, créée dans le cadre de la loi du 1 juillet 1901 relative aux associations,

⁸⁵ Cité par - Long(H) et Braibant(G), les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 7^{ème} édition, Ed Sirey, Paris, 1978, P 210.

⁸⁶ Ibid, P 218.

⁸⁷ Ibid, P 228.

mais qu'en revanche les décisions qu'elles prennent en matière disciplinaire fond l'objet de recours en annulation pour excès de pouvoir du fait qu'elles rentrent dans la catégorie des décisions prises dans le cadre de l'exercice de l'une des prérogatives de puissance publique⁸⁸.

Il est à souligner, enfin que la jurisprudence française a donné une nouvelle dimension aux associations d'utilité publique et aux décisions qu'elles prennent, du fait qu'elles ont dorénavant la possibilité d'exercer des activités visant l'intérêt général, de jouir des prérogatives de puissance publique et d'être soumise au contrôle de l'administration dans le cadre d'une nouvelle forme de tutelle administrative, exactement au même titre que les services publics. Si toutes ces conditions se réunissent en même temps et non séparément, on pourrait dire qu'on est en présence d'un nouveau type de services publics fonctionnels. Et dans ce cas on pourrait admettre qu'on est aussi en présence de la généralisation du droit et de la jurisprudence administrative.

Conclusion

En conclusion, on peut déduire que l'influence acquise par les associations d'utilité publique est apparue dans la diversité des positions qu'elles occupent. En effet, parfois elles apparaissent comme des moyens de défense des individus contre l'abus de l'administration, d'autres fois, elles représentent une catégorie de personnes privées chargées des missions de puissance publique et parfois enfin, elles représentent des services publics au vrai sens technique et juridique du terme. Cette dernière conséquence leur a permis d'acquiescer un monopole réel dans la vie publique. Elles ont pu rendre des services d'intérêt général à tous et en même temps imposer leurs conditions à l'encontre de tous, comme elles ont réussi à contraindre tout le monde à s'intégrer dans ses structures, ce qui leur a permis, à travers ces deux caractéristiques à acquiescer les mêmes spécificités que les services publics administratifs.

Cette brève conclusion sera analysée à travers les résultats suivants :

Premièrement - au plan formel : il existe une similitude quasi complète entre l'association d'utilité publique et le service public administratif, d'une part au niveau de la structure organique interne des deux organisations tant en ce qui concerne le mode de répartition des missions et des

⁸⁸ Mariner (P), recherches sur la notion d'effet impératif des actes administratifs unilatéraux, Thèse de Doctorat en droit, Université de Montpellier, France, 2014, P 184.

attributions entre les organes de gestions qui les composent, ou au niveau de ce que les associations d'utilité publiques génèrent comme aléas bureaucratiques hérités par imitation, des services publics traditionnels, d'autre part au niveau de l'organisation structurelle externe, notamment la ressemblance dans la hiérarchie de répartition géographique adoptée par les deux organisations qui utilisent les mêmes principes de répartition des tâches entre l'unité administrative principale qui se trouve au niveau de la capitale et les unités décentralisées se trouvant au niveau locale et qui sont rattachées entre elles par le moyen de la dépendance et du contrôle dans le cadre de l'unité de l'action administrative .

Deuxièmement- au niveau matériel : il y a une similitude presque parfaite aussi, entre l'association d'utilité publique et le service public administratif, d'une part au niveau de l'exercice des fonctions d'intérêt général touchant presque toute la vie publique et d'autre part au niveau de la jouissance des prérogatives de puissance publique. Cette dernière caractéristique, même si elle au cœur des critères du service public, elle a aussitôt transité vers les associations d'utilité publique afin de leur permettre d'exercer certaines fonctions interventionnistes telles que les règlements, la police et les mesures coercitives etc.

Troisièmement- au niveau du critère juridique de qualification : contrairement aux conséquences formelles et matérielles précédemment citées qui révèlent l'existence d'une similitude presque complète entre les associations d'utilité publique et les services publics, le dernier résultat auquel on est arrivé concernant l'évaluation du degré de similitude entre les décisions émanent des deux organisations ne donne aucun élément de réponse palpable tant au niveau de la doctrine que de la jurisprudence. ces hésitation sont dues, à notre avis, aux effets négatifs qui pourrait en découler si l'on arrive à trancher la question de manière définitive. En effet, si on considère que les décisions des associations d'utilité publique sont de simples mesures privées non soumises au contrôle de la légalité, cela signifie qu'elles sont exclues du contrôle juridictionnel administratif, ce qui rétrécit le champ de protection des droits et des libertés des individus de l'abus de ces organisations. En revanche, si on admet la nature administrative de ces décisions, cela entraînerait l'élargissement du champ de contrôle juridictionnel administratif pour englober, en même temps, toutes les organisations publiques et privées. Cette dernière conséquence entraînerait l'abandon du critère organique comme condition de recevabilité des recours en annulation dans la forme, et le remplacer par le critère matériel qui, en dépit de attractivité, il demeure difficile, voir

impossible de l'appliquer sur le terrain au risque d'étendre le contentieux administratif à l'infini. Ce qui rendrait, en conséquence, la tâche très difficile pour le juge administratif.

Quatrièmement- les avantages des associations d'utilité publique : de cette recherche on pourrait déduire rapidement l'importance des associations d'utilité publique pour l'Etat et pour les individus en même temps. Pour l'Etat, elles constituent le prolongement des actions d'utilité publique sans son engagement direct et sans mobilisation de moyens humains et matériels nouveaux puisque le travail associatif est basé essentiellement sur le bénévolat. D'autre part, les associations d'utilité publique permettent de diminuer les charges qui pèsent sur l'Etat par le partage des tâches et des missions entre les associations et les services publics tout en étant rassuré sur la qualité des prestations tant qu'elles sont fournies en collaboration avec les usagers eux-mêmes en qualité de bénéficiaires et de participants dans la prise de décision.

Pour l'individu, l'association d'utilité publique a contribué à le faire sortir de son isolement et de sa marginalisation en le faisant participer directement dans la gestion des affaires publiques. Et ce après l'échec constaté des organisations intermédiaires traditionnelles comme les partis politiques, les syndicats et même les administrations publiques de prendre en charge ses besoins. Selon, ces indicateurs, l'association constitue un modèle type de démocratie directe.

En outre, elle pour nous en tant que chercheurs, un vecteur pour participer au développement du régime juridique des associations d'utilité publique, pour le moins au niveau théorique, notamment à travers les recommandations suivantes :

I - au plan de la création : le processus d'encouragement de la création des associations d'utilité publique commence à partir de l'étape de création. Ce qu'il convient de les libérer des contraintes bureaucratiques de procédures traditionnelles caractérisées soit, par la lenteur dans la délivrance des agréments suite au recours à de multitude de services administratifs intervenant dans sa délivrance, soit à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration pour attribuer ou refuser l'agrément.

II- au plan fonctionnel : il est recommandé aussi de libérer la gestion des associations d'utilité publique en allégeant les formes de contrôle administratif à priori et continue sur toutes ses activités pour éviter les retards dans l'accomplissement de leurs obligations envers les usagers. Cette dernière recommandation n'est pas compatible avec les caractéristiques du service public

administratif, notamment celles du délai et de l'efficacité dans l'exécution des tâches d'intérêt général. Nous recommandons aussi d'augmenter le volume des aides financières par la diversification des sources de financement et l'octroi du droit de jouissance sur les biens meubles et immeubles appartenant à l'Etat, en plus de l'aide technique par les consultations et les orientations si l'association est chargée d'une mission de haute technicité.

III- au plan des critères de qualification: en ce qui concerne la question de la qualification finale des décisions des associations d'utilité publique - qui est un problème juridique qui demeure posé à ce jour- nous proposons de ne pas reconnaître la nature administrative aux actes de gestion courante et les soumettre à la compétence du juge de droit commun au lieu du juge administratif, qu'on aux actes qui font grief il y a lieu de soustraire aux associations la compétence de les prendre et ne laisser à l'association que la faculté de formuler, à leur propos que des propositions et recommandations à l'administration de tutelle dont elle dépend et c'est à l'administration de tutelle, et à elle seule, qu'il revient le droit de prendre des actes administratifs pour lesquels elle est responsable devant le juge administratif selon le critère organique, l'association étant tenue à l'écart de cette responsabilité ; c'est là la position de la majeure partie des législations comparées qui considère que l'activité des associations qui produit des effets juridiques sur les droits et les obligations des administrés est soumise à l'approbation préalable de l'autorité de tutelle. En somme cette solution se veut une proposition doctrinale parfaitement discutable.

L'extension du recours à l'équité à la réparation des dommages de masse dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice (CIJ, 9 février 2022, *Activités armées sur le territoire du Congo, indemnisation, Rec, p.13*).

The extension of the recourse to equity to reparation for mass damages in the case law of the International Court of Justice (*ICJ, 9 February 2022, Armed activities on the territory of Congo, compensation, Rec, p.13*).

Rémy OSSOMBO-YOMBO

Docteur en droit public

Enseignant-chercheur à la faculté de droit de l'Université Marien NGOUABI

Résumé : L'Arrêt *Activités armées sur le territoire du Congo - indemnisation* – est rendu par la Cour internationale de justice pour régler un conflit qui opposait la République démocratique du Congo à la République de l'Ouganda à propos des réparations des dommages consécutifs à l'occupation d'une partie du territoire congolais par les troupes ougandaises à la fin des années 1990. Pour indemniser la victime, la Cour a assoupli le régime de la preuve et celui de l'indemnisation. Elle a d'abord pondéré les standards de la preuve liées à l'existence et à l'évaluation des dommages en tenant compte du contexte exceptionnel du conflit. Elle a ensuite utilisé l'attribution d'une somme globale comme fer de lance des réparations des dommages causés aux personnes, aux biens ainsi qu'aux ressources naturelles.

Mots clefs : Règlement pacifique des conflits internationaux - règlement juridictionnel - réparation des dommages - régime de la preuve - sources dignes de foi - circonstances exceptionnelles du conflit - attribution d'une somme globale.

Abstract: The Armed activities on the territory of the Congo - compensation - judgement is rendered by the International Court of Justice to settle a dispute between the Democratic Republic of Congo and the Republic of Uganda to propose reparations for damages resulting from the occupation of a part congolese territory by Uganda troops at the end of the 1990 s. For to compensate the victim, the Court relaxed the regime of proof and that compensation. She first weighed the standards of proof related to the existence and assessment of damages taking in account the exceptional context of conflict. She then used the award of a lump sum as a spearhead for reparations damage caused to persons, property and than to natural resources.

Words keys: Peaceful settlement of international disputes - jurisdictional settlement - reparation of damages - system of evidence - sources worthy of faith - exceptional circumstances - attribution of a lump sum.

Introduction

« L'équité dans l'application du droit, notamment par l'arbitre et le juge, n'est pas absente de cette pratique ; celle-ci non seulement la mentionne, mais insiste par de longs développements pour la situer dans le droit », écrivait le Professeur Reuter, il y a plus de quatre décennies¹. Cette pensée est révélatrice de l'interaction entre le droit positif et l'équité ; du rôle que cette dernière peut jouer dans l'élaboration du premier et surtout le rôle que l'équité peut jouer dans le règlement d'un conflit international par le juge ou l'arbitre international en dehors du cadre juridique classique de la résolution des différends interétatiques. Par elle, l'auteur considère l'équité comme une base juridique d'exception du règlement judiciaire des conflits interétatiques avec ou sans le consentement des parties².

Il convient d'abord de définir les mots clefs du sujet : extension, recours, équité, réparation des dommages, dommages de masse.

L'extension vient du mot latin *extensio* qui signifie action d'étendre. Elle comprend plusieurs significations dont une seule se rapporte directement ou indirectement à l'usage qui peut en fait dans la présente étude : une action de donner à quelque chose une plus grande dimension. Ainsi vue, l'extension est un accroissement, un agrandissement, une augmentation et un élargissement d'un édifice, d'un bien meuble ou immeuble ou encore d'une activité.

Le recours, quant à lui, possède trois principaux sens : a) une action de recourir à quelque chose ou à quelqu'un ; b) ce à quoi on recourt, le dernier moyen efficace ; c) procédure destinée à obtenir d'une autorité le nouvel examen d'une requête. On s'intéressera au premier sens qui, en

¹ Reuter (P), « Quelques réflexions sur la notion d'équité en droit international », *RBDI* 1980, p.184.

² Voir également Berlia (G), *Essai sur la portée de la clause de jugement en équité en droit des gens*, Paris, Sirey, 1937 ; Bardonnet (D), « Equité et frontières terrestres », in *Mélanges REUTER*, 1981, p. 35 ; Degan (V), *L'équité et le droit international*, La Haye, 1970 ; Habiticht, « Le pouvoir du juge international de statuer 'ex aequo et bono' », *R.C.A.D.I.*, 1934-III, t.49, p. 277 ; Lachs (M), « Equity in Arbitration and in Judicial Settlement of Disputes », *Leiden J.I.L.*, 1993.323 ; Lowe (V), « The Role of Equity in International Law », in *Australian Y.I.L.*, 1992.54 ; Rosenne (S), « The Position of the International Court of Justice on the Foundations of the Principle of Equity in International Law », in *Forty Years of ICJ : Jurisdiction, Equity and Equality*, Utrecht, 1988, p.85 ; Strupp, « Le droit du juge international de statuer selon l'équité », *R.C.A.D.I.*, 1930-III, t.33, p.351 ; De Visscher (C), *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges en droit international public*, Paris, Pedone, 1972 ; M. VIRALLY, « L'équité dans le droit. A propos de problèmes de délimitation maritime », *Mélanges R. Ago*, 1987, II, p. 523 ; WEILLSON, « L'équité dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice : un mystère en voie de dissipation ? », in *Mélanges R. Jennings*, 1996, p. 121.

réalité, correspond, en français courant comme dans le jargon juridique, à une utilisation ou un emploi.

L'équité, quant à elle, vient du mot latin *aequitas* ou *aequitatis* qui signifie esprit de justice, égalité, juste proposition. En français courant, l'équité est une vertu qui consiste à régler sa conduite sur le sentiment naturel du juste et de l'injuste. En droit général, l'équité est l'application de la justice dans un cas d'espèce³. En droit international public, l'équité est, d'une part, « une base autonome de règlement de différends » avec l'accord des Parties en application de l'article 38 §2 du Statut de la Cour internationale de justice⁴. Elle est, d'autre part, « un système de référence ou guide pour l'application du droit, soit qu'on y voit une qualité du droit ou qu'on admette l'existence d'un principe général du droit commandant à une application équitable du droit afin qu'il ne produise pas des résultats absurdes ou déraisonnables, soit qu'on invoque l'existence des règles coutumières ou conventionnelles qui se réfèrent à des principes équitables »⁵. Il s'agit, en somme, des considérations qui peuvent conduire le juge ou l'arbitre international à rendre une décision ou une sentence relative au règlement d'un différend entre Etats sans appliquer le droit en vigueur ou ne l'appliquer que partiellement.

La réparation des dommages en droit international public est un mécanisme qui permet à un Etat ou une organisation internationale d'obtenir d'un autre sujet de droit international la réparation des préjudices soit directement subis par lui-même⁶, soit indirectement par ses démembrés, ressortissants ou agents⁷. Elle se réalise soit par la remise en l'état, soit par l'indemnisation ou encore par la satisfaction⁸.

Les dommages de masse sont des préjudices multiformes⁹ subis par plusieurs personnes morales ou physiques provenant soit des faits ou des actes commis alternativement ou successivement sur un territoire donné par les forces loyales à un gouvernement, les forces rebelles ou les violences d'un Etat tiers, soit des catastrophes naturelles ou sinistres sociaux.

³ Salmon (J) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p.441.

⁴ Salmon (J) (dir.), *ibid*, p.442.

⁵ Salmon (J) (dir.), *ibid*.p.442.

⁶ Dommage immédiat.

⁷ Dommage médiat.

⁸ Voir *Usine de Chorzów*, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 21 ; Art.34 des Articles de la CDI de 2021.

⁹ Préjudice corporel, préjudice moral, préjudice matériel.

Dans la société internationale, il est fait usage de l'équité pendant l'élaboration et l'application du droit. Il est arrivé à certains législateurs d'utiliser le vocable « équité » ou son dérivé « équitable » pour adopter une loi qui prendrait en compte les intérêts de tous ses destinataires. Tels sont les cas des législateurs suisse et américain qui ont adopté une législation sur la gestion durable en ressources en eau garantissant la part équitable qui échoit à chaque canton ou Etat . Les mêmes termes sont utilisés par plusieurs instruments multilatéraux et régionaux relatifs à la protection des droits de l'homme parmi lesquels on citerait le Pacte international relatifs aux droits économiques et culturels du 16 décembre 1966 qui appelle les Etats à observer sur leur territoire une rémunération du travail par un salaire équitable¹⁰. On peut aussi mentionner le Pacte civil international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966¹¹ qui proclame le droit de toute personne à un procès équitable dans les mêmes termes que la Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales du 4 novembre 1950¹². Le terme est enfin utilisé dans des conventions et traités internationaux applicables à d'autres domaines tels que la Convention des Nations du 21 mai 1997 sur le droit des utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation¹³ ou encore la Convention cadre des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982¹⁴.

C'est surtout dans l'application du droit, notamment lorsqu'il s'agit de régler un différend international que l'équité apparaît avec des avatars. C'est ainsi qu'une décision de justice peut soit utiliser l'équité dans le cadre du droit existant (*infra legem*) pour le renforcer, soit l'utiliser pour combler ses lacunes (*praeter legem*) ou encore contredire voire sortir du droit positif (*contra legem*)¹⁵.

Le recours à l'équité est fréquent dans la jurisprudence internationale. Si les organes arbitraux disposent d'une latitude dans son usage¹⁶ sans habilitation expresse des parties, mais la

¹⁰ Art.7 du Pacte.

¹¹ Art.14 du Pacte.

¹² Art.6 de la Convention.

¹³ L'équité est au cœur du dispositif de la Convention qui prévoit notamment en son article 5 les utilisations et participations équitables et raisonnables des Etats du cours d'eau.

¹⁴ Notamment son art.69 qui prévoit la participation sous la forme d'équité des Etats sans littoral à l'exploitation des ressources biologiques dans les zones économiques exclusives des Etats côtiers de la sous-région.

¹⁵ Voir Samon (J), *ibid.* p.442 et Chemillier-Gendreau (M), « La signification des principes équitables dans le droit international contemporain », *RBDI* 1981, pp.509 et s.

¹⁶ Notamment dans la sentence rendue par la Commission de réclamations franco-mexicaine en l'Affaire Pinson de 1928 par laquelle l'arbitre soutient qu'il est possible de corriger les règles de droit lorsque leur application conduit à

Cour internationale de justice ne peut la pratiquer qu'avec leur accord explicite conformément à l'article 38 §2 du Statut précité. Malgré cette interdiction, celle-ci s'est octroyée le privilège de statuer *ex aequo et bono* pour la première fois dans l'Affaire du *Plateau continental de la Mer du nord* qui a opposé la République fédérale d'Allemagne au Danemark, d'une part, et la République fédérale d'Allemagne aux Pays-Bas, d'autre part (CIJ, 20 février 1969, Rec.p.3). Dans cette décision, la Cour a justifié l'usage de l'équité en ces termes : « *La Cour en vient maintenant à la règle de l'équité. Le fondement juridique de cette règle dans le cas particulier de la délimitation du plateau continental entre Etats limitrophes a déjà été précisé. Il faut noter cependant que cette règle repose aussi sur une base plus large. Quel que soit le raisonnement juridique du juge, ses décisions doivent par définition être justes, donc en ce sens équitables. Néanmoins, lorsqu'on parle du juge qui rend la justice ou qui dit le droit, il s'agit de justification objective de ses décisions non pas au-delà des textes mais selon les textes et dans ce domaine c'est précisément une règle de droit qui appelle l'application de principes équitables. Il n'est par conséquent pas question en l'espèce d'une décision ex aequo et bono, ce qui ne serait possible que dans les conditions prescrites à l'article 38, paragraphe 2, du Statut de la Cour* »¹⁷. Elle ne s'est pas arrêtée là. Elle a utilisé le même raisonnement dans l'Affaire de la compétence en matière de pêche qui opposé la République fédérale d'Allemagne à l'Islande (CIJ, 25 juillet 1974, Rec.p.175) et l'Affaire du Plateau continental ayant opposé la Libye à la Tunisie (CIJ, 24 février 1982, Rec. p.18). Mais cette usage était cantonné au règlement des différends liés à la délimitation maritime¹⁸. Le recours à l'équité dans sa jurisprudence à travers l'arrêt faisant l'objet de la présente étude est novateur car il s'étend à la réparation des dommages de masse.

La réparation des dommages, qui en est une composante, est fréquemment traitée par le contentieux international dans le cadre des activités des juridictions internationales¹⁹ tant

un résultat contraire au sentiment de justice (RSA V, p.355) ; voir aussi Commission des dommages entre l'Erythrée et l'Ethiopie, *Sentence finale, décision du 17 août 2009*, RSA, vol. XXVI, pp. 528 et s. Voir à cet effet, D'Argent (P), « La commission de réparation Erythrée/Ethiopie : suite et fin », *AFDI* 2009, pp.279-297.

¹⁷ CIJ, 20 février 1969, Affaire du Plateau continental de la Mer du Nord (RFA/Danemark), Rec.p.48, §88.

¹⁸ Virally(M), « L'équité dans le droit. A propos de problèmes de délimitation maritime », *Mélanges Ago*, 1987, II, p. 523 ; Weillson, « L'équité dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice : un mystère en voie de dissipation ? », in *Mélanges Jennings*, 1996, p. 121.

¹⁹ Salvioli (G), « La responsabilité des Etats et la fixation des dommages et intérêts par les tribunaux internationaux », *RCADI* 1929-III, vol.28, pp.231-289 ; Personnaz (J), *La réparation du préjudice en droit international*, Paris, Sirey, 1938, 352 p. ; Reitzer (L), *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*, Thèse Genève 1938, 239 p. ; Bissonnette (P.A), *La satisfaction comme mode de réparation en droit international*, Thèse Genève, 1953, Imp. Grandchamp Annemasse, 185 p. ; Dupuy (P-M), « Observations sur la pratique récente des

permanentes qu'*ad hoc*. Depuis sa création en 1945, la Cour internationale de justice a eu, pour sa part, l'opportunité de régler plusieurs différends entre Etats nés des préjudices provenant des comportements internationalement illicites qui leur étaient imputables²⁰.

L'arrêt, qui fait l'objet de la présente étude, a été rendu le 9 février 2022 par la Cour internationale de justice sur cette matière pour régler un conflit qui a opposé la République démocratique du Congo à la République de l'Ouganda. Il fait suite à un autre arrêt rendu le 19 décembre 2005 (CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République Démocratique du Congo c. Ouganda), fond, *Rec*, p.168) donnant suite à une requête introduite par la République démocratique du Congo visant la reconnaissance de la responsabilité internationale de l'Ouganda.

En effet, la République Démocratique du Congo a, le 23 juin 1999, déposé auprès du greffe de la Cour, une requête introductive d'instance contre la République de l'Ouganda suite aux actes préjudiciables d'agression commis par celui-ci sur son territoire vers la fin des années 1990, en violation de la Charte des Nations Unis, de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine, du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme. Conformément aux déclarations rendues par les deux Etats au cours de l'adhésion au Statut de la Cour qui rendaient obligatoire la juridiction de celle-ci, il n'y avait plus lieu pour eux de signer un compromis. La requête de la République démocratique du Congo contenait les réclamations d'indemnisation aux titres des dommages aux personnes, biens, ressources naturelles et dommage macroéconomique qu'elle a subis.

Dans son arrêt du 19 décembre 2005²¹, la Cour a jugé qu'en se livrant à des actions militaires à l'encontre de la République démocratique du Congo sur le territoire de celui-ci, par l'occupation de la province de l'Ituri et le soutien actif aux forces irrégulières, sur les plans

« sanctions » de l'illicite », *RGDIP* 1983, pp.505-548 ; Abi-Saab (G), « De la sanction en droit international public : essai de clarification », *Mélanges Skubiszewski*, 1996, pp.1-17.

²⁰ *Détroit de Corfou*, Arrêt du 25 mars 1948 (Royaume-Uni c. Albanie), exceptions préliminaires, *Recueil* 1948, p.15 ; Arrêt du 9 avril 1949, fond, *Recueil* 1949, p.4 ; Arrêt du 15 décembre 1949, indemnisation, *Recueil* 1949, p.244) ; *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (Arrêt du 24 mai 1980 (Etats-Unis c. Iran) , *Recueil* 1980, p.3) ; *Projet Gabcikovo-Nagyvaros* (Arrêt du 25 septembre 1997 (Hongrie c. Slovaquie), *Recueil* 1997, p.7) ; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Arrêt du 20 avril 2010 (Argentine c. Uruguay), *Rec.*, p.14 ; *Ahmadou Sadio Diallo* (Arrêt du 24 mai 2007 (Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, *Rec.* p.582 ; Arrêt du 30 novembre 2010, fond, *Rec*, p.639 ; Arrêt 19 juin 2012, indemnisation, *Rec.*, p.324. Pour ne citer que ces exemples.

²¹ CIJ, 19 décembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo*, (République Démocratique du Congo c. Ouganda), fond, arrêt, *Recueil* 2005, p.168.

logistique, militaire, économique et financier dans d'autres provinces de la République Démocratique du Congo, l'Ouganda a violé le principe de l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales et le principe de non-intervention²².

La Cour a également souligné que l'Ouganda a violé ses obligations internationales en vertu du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme dès lors qu'il n'a pas, en tant que puissance occupante, pris des mesures particulières pour empêcher ses propres forces et d'autres qu'il soutenait de commettre les meurtres et d'autres traitements inhumains. De l'avis de la Cour, ces faits préjudiciables engageaient, par voie de conséquence, sa responsabilité internationale vis-à-vis de la République démocratique du Congo²³. Dans le même arrêt, la Cour s'était déclarée disposée à régler la question de la réparation des dommages en cas de désaccord entre les Parties²⁴.

Le 8 septembre 2007, les deux Etats ont signé à Ngurdoto, en Tanzanie, un accord qu'ils considéraient comme cadre juridique global du règlement des questions de réparation des dommages. Mais entre 2009 et 2015, ils n'ont pas pu s'accorder sur les modalités d'application dudit accord notamment lorsqu'il s'agissait de déterminer le montant devant être alloué à la République démocratique du Congo en tant que victime. C'est pourquoi, celle-ci a de nouveau porté le différend devant la Cour le 13 mai 2015 en déposant une requête datée du 8 mai 2015 tendant à l'évaluation globale des préjudices subis à des fins d'indemnisation, conformément à l'engagement pris par la Cour en 2005.

La responsabilité de l'Ouganda, dans la présente affaire, est engagée en vertu d'un principe du droit international coutumier repris par les Articles de la Commission du droit international de 2001 selon lequel «*Tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale*»²⁵. Etant donné qu'il est établi que les actes internationalement illicites dont il est l'auteur ont causé des dommages à la République démocratique du Congo, il lui incombe, par

²² Ibid, dispositif, *Recueil 2005*, p.280, parag.345, point 1.

²³ Ibid, dispositif, *Recueil 2005*, p.280, parag.345, point 3.

²⁴ Ibid, dispositif, Rec. p.281, parag.345, point 6.

²⁵ Article premier du *Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite de 2001*.

conséquent, en vertu d'une jurisprudence internationale constante, l'obligation de les réparer intégralement²⁶ quelle que soit la forme adoptée.

Le sujet revêt un double intérêt, théorique et jurisprudentiel. L'intérêt théorique réside dans notre volonté d'apporter notre contribution à la question de la réparation des dommages en droit international en montrant précisément comment, pour la première fois, la Cour internationale de justice, sans l'accord des Parties, fait usage de l'équité pour régler un différend international lié à la réparation des dommages de masse. Il nous importe de mettre en exergue la sortie de la Cour de son conservatisme légendaire pour s'orienter vers un pragmatisme qui doit désormais lui permettre de relever de nouveaux défis du contentieux international : une mutation riche d'enseignements pour tout internationaliste. L'intérêt jurisprudentiel réside dans l'arrimage de la jurisprudence de la Cour internationale de justice à celles d'autres juridictions internationales, permanentes ou *ad hoc*, qui disposent d'une grande longueur d'avance sur cette juridiction dans ce domaine. L'internationaliste n'hésitera donc pas de considérer que l'élargissement de l'usage de l'équité dans cette affaire est une adaptation nouvelle de la justice internationale aux nouveaux rapports entre les acteurs de la société internationale.

La présente étude s'engage à répondre à la problématique suivante : dans quelle mesure les règles de l'équité ont servi de base juridique d'exception à la Cour internationale de justice pour régler la question des réparations des dommages de masse dans le conflit qui opposait la République démocratique du Congo à la République de l'Ouganda ? La Cour a décidé, à titre exceptionnel, d'accorder une indemnisation sous la forme d'une somme globale, dans la limite des possibilités offertes par les éléments de preuve et compte tenu de considérations d'équité²⁷.

On montrera ainsi comment la juridiction internationale a réglé le conflit entre les deux Etats en assouplissant le régime de la preuve (I) et celui de l'indemnisation (II).

I- L'assouplissement du régime de la preuve

L'assouplissement du régime de la preuve par la Cour est marqué par la pondération des standards des preuves relatives à l'existence et à l'étendue des dommages, d'une part (A) et la prise

²⁶ Voir CPJI, *Usine de Chorzów*, 1927, compétence, arrêt, *Série A* n° 9, p. 21 ; CIJ, 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), arrêt, *Recueil* 1997, p. 81, par. 152 ; CIJ, *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), *Recueil* 2004, p. 59, par. 119.

²⁷ §106 de l'arrêt.

en compte du contexte exceptionnel de conflit armé dans lequel se sont produits les faits dommageables, d'autre part (B).

A- La pondération des standards des preuves afférentes à l'existence et à l'étendue des différents dommages

Dans son raisonnement, la Cour a recouru aux règles classiques qui président à l'administration de la preuve dans sa jurisprudence (1) avant de prendre en compte des sources dignes de foi.

1- L'usage des règles classiques d'administration de la preuve

La Cour a recouru aux règles classiques relatives à l'administration de la preuve et ses différentes phases²⁸ : la fourniture de la preuve par les parties - notamment par le défendeur - , la production de la preuve contraire par le défendeur et l'intervention de la Cour par un complément de preuves destinées à départager les parties au conflit à la demande de celles-ci ou non.

La Cour a d'abord estimé qu'il appartient à la partie qui défend ses prétentions de les étayer par des preuves. En tenant compte de sa jurisprudence antérieure, elle a déclaré « *qu'en règle générale, il appartient à la partie qui allègue un fait au soutien de ses prétentions de faire la preuve de l'existence du fait* »²⁹ ou de « *soumettre les éléments de preuve pertinents pour étayer sa thèse* »³⁰. C'est pourquoi, il revient, au premier chef, à la République Démocratique du Congo en tant que défendeur et victime d'apporter la preuve de l'existence et de l'évaluation des dommages multiformes qu'elle a directement subis en conséquence des actes internationalement illicites commis en Ituri et dans d'autres provinces par l'Ouganda en tant que puissance occupante.

Il a ensuite été reconnu au défendeur le droit d'apporter la preuve du contraire des prétentions soutenues contre lui. Dans sa jurisprudence, en effet, la Cour admet, en fonction des

²⁸ CIJ, 22 février 2022, *Activités armées sur le territoire du Congo*, (République démocratique du Congo c. Ouganda), indemnisation, arrêt, pp.37-40, §.111-126.

²⁹ Voir CIJ, 2 février 2018, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (Costa Rica c. Nicaragua), indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), p. 26, par. 33 ; CIJ, 30 novembre 2010, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II), p. 660, par. 54.

³⁰ CIJ, 20 avril 2010, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), arrêt, Recueil 2010 (I), p. 71, par. 163.

circonstances, « qu'aucune des parties ne supporte à seule la charge de la preuve »³¹. Ce qui apporte des limites à la règle énoncée au précédent paragraphe qui n'a donc pas un caractère absolu et, qu'à bien des égards, le défendeur peut être invité à apporter des éléments de preuve contraires aux thèses du demandeur. C'est, à juste titre, que la même Cour dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* a rappelé qu'il existe des cas où elle peut « faire preuve de souplesse dans l'application de cette règle générale, notamment [au cas où] le défendeur pourrait être mieux à même d'établir certains faits »³². C'est pourquoi l'Ouganda exerce ce droit, tout au long de l'instance, en contestant, par des preuves ou des thèses inverses, l'existence et l'étendue des dommages qui lui sont imputés à tort par le demandeur. Cette procédure contradictoire comporte trois vertus : a) elle permet au défendeur d'apporter les preuves contraires aux prétentions du demandeur ; b) elle lui permet d'exercer ses droits de défense des faits qui peuvent lui être imputés à tort et ; c) elle permet enfin aux parties de participer à la manifestation de la vérité.

Qui plus est, la Cour internationale de justice a contribué à l'éclatement de la vérité en apportant des éléments de preuve favorables à l'évolution de l'instance. Cette prérogative, qui n'est pas une obligation générale, lui est reconnue par l'article 67 de son Règlement et l'article 50 de son Statut. La Cour peut, à ce titre, de manière discrétionnaire, décider de mettre en place un groupe d'experts pour enquêter sur certaines questions auxquelles elle doit donner des réponses pour régler le différend qui lui est soumis. Elle peut faire usage de cette prérogative soit à sa propre initiative, soit à la demande d'une partie ou encore à la demande conjointe des deux parties.

C'est dans ce cadre que, dans le présent cas, la juridiction internationale, par l'ordonnance du 8 septembre 2020, a décidé de faire procéder à une expertise sur certains chefs de dommages soulevés par la République démocratique du Congo. Composé de Madame Guha-Sapir et Messieurs Nest, Senogles, Urdal, le groupe d'experts a eu pour mandat de répondre à trois séries de question³³ : a) l'estimation globale des pertes de populations civiles et l'établissement du barème d'indemnisation applicable à un décès ; b) l'estimation de la quantité des ressources naturelles

³¹ CIJ, 30 novembre 2010, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), *fond, arrêt, Recueil 2010 (II)*, p.661, par. 56.

³² CIJ, 19 juin 2012, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), *indemnisation, arrêt, Recueil 2012 (I)*, p. 332, par. 15.

³³ CIJ, 22 février 2022, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), *indemnisation, arrêt*, pp.15-17, par.25-32.

illégalement exploitées ; c) enfin la détermination du nombre approximatif et du type de biens endommagés ou détruits par les forces armées ougandaises pendant la période concernée.

Des démarches similaires avaient déjà été entreprises par la Cour dans d'autres affaires. Dans l'*Affaire du Déroit de Corfou*³⁴, par exemple, lorsque se posait la question de la réparation des dommages subis par le Royaume-Uni consécutifs au comportement internationalement illicite de l'Albanie, la Cour avait, conformément aux dispositions statutaires susmentionnées, désigné deux experts chargés de quantifier ces dommages et d'en évaluer le coût de la réparation³⁵. Composé de Messieurs Berck et De Rooy, le groupe avait estimé à 843 947 livres Sterling le montant de la réparation des dégâts matériels causés aux navires de guerre britanniques³⁶ et aux dommages à leurs personnels respectifs. Cette somme avait finalement été retenue par la Cour.

Il est parfois même arrivé à la Cour, pour obtenir des éléments de preuve, de déployer ses juges sur le terrain. Tel a été le cas dans l'*Affaire Projet Gabcikovo-Nagymaros*³⁷ qui a opposé la Hongrie à la Slovaquie sur le projet de construction du système des écluses sur le Danube. Les membres de la Cour ont, en effet, séjourné dans la région concernée du 1^{er} au 4 avril 1997 à la demande des parties pour s'enquérir davantage sur les faits internationalement illicites et leurs dommages multiformes subséquents³⁸.

Toutes ces considérations sont la preuve que la Cour participe à l'établissement des preuves des faits et dommages au cours d'une instance liée au règlement d'un différend interétatique.

Malheureusement, toutes ces démarches, y compris celles des parties ne lui ont pas suffi pour consolider les preuves tant recherchées. C'est pourquoi, pour se remettre en cause et croître le niveau de certitude, la Cour décide de recourir aux sources dignes de foi.

³⁴ CIJ, 15 décembre 1949, *Déroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), réparation, arrêt, *Recueil* 1949, p.244.

³⁵ Ibid.p.247.

³⁶ Ces coûts ont été évalués à 700 087 livres Sterling pour le *Saumarez* et à 93 812 pour le *Volage*, voir Ibid. *Recueil* 1949, p.247.

³⁷ CIJ, 25 septembre 1997, *Projet Gabcikovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), *Recueil* 1997, p.7.

³⁸ Ibid. *Recueil* 1997, pp.14-15, par.12. Voir surtout Thouvenin (J-M), La descente de la Cour sur les lieux dans l'affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros », *AFDI* 1997, vol.43, pp.333-340 ; Tomka (P), Wordsworth (S), « The first site visit of The International Court of Justice in fulfilment of its judicial fonction », *AJIL*, 1998, vol.92, pp.133 et s.

2- La prise en compte des sources dignes de foi

Les sources dignes de foi sont, dans le présent cas, utilisées pour surmonter les standards classiques de preuves ou d'informations susmentionnées. Elles ont été explicitement définies par la Cour dans son arrêt du 19 décembre 2005 rendu sur la même affaire : il s'agit « *des informations fournies à l'époque des événements par des personnes ayant eu de ceux-ci une connaissance directe* »³⁹, autrement dit les témoignages des responsables des communautés locales, autorités locales civiles ou militaires, agents des organisations humanitaires, militants associatifs des droits de l'homme ayant directement vécu les faits consignés dans un document officiel. La Cour y attache un grand intérêt par la neutralité et l'impartialité qu'ils incarnent. Elle prête une « *attention toute particulière aux éléments de preuve dignes de foi attestant de faits ou de comportements défavorables à l'Etat que représente celui dont émanent lesdits éléments* »⁴⁰. Elle y accorde ainsi du « *poids à des éléments de preuve dont l'exactitude n'a pas, même avant le présent différend, été contestée par des sources impartiales* »⁴¹.

Bien avant, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre lui*⁴², la Cour reconnaissait déjà une importante crédibilité à ces preuves⁴³. Constituées des déclarations faites devant les organes officiels de l'Etat ou d'une organisation internationale, régionale ou multilatérale, consignées dans des procès-verbaux et comptes rendus, d'une part, et des déclarations faites devant la presse locale ou internationale, d'autre part, les sources dignes de foi, de l'avis de la Cour « *possèdent une valeur probante particulière lorsqu'elles reconnaissent des faits ou des comportements défavorables à l'Etat que représente celui qui les a formulées [et] s'analysent alors en une sorte d'aveu* »⁴⁴.

³⁹ CIJ, 19 décembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), fond, arrêt, Recueil 2005, p.201, par.61.

⁴⁰ CIJ, 19 décembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), fond, arrêt, Recueil 2005, p.201, par.61. Voir aussi CIJ, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 41, par. 64).

⁴¹ CIJ, 19 décembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), fond, arrêt, Recueil 2005, p.201, par.61.

⁴² CIJ, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14.

⁴³ CIJ, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 41, par. 64).

⁴⁴ CIJ, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 41, par. 65.

Ceci étant, dans le présent cas, les sources dignes de foi sont constituées par des rapports d'enquête d'organismes indépendants des Parties⁴⁵. Face à l'insuffisance des preuves produites par les Parties et les rapports rendus par les experts qu'elle a désignés, la Cour s'est, en effet, appuyée sur ces sources d'informations pour établir la responsabilité internationale de l'Ouganda à l'égard de la République démocratique du Congo. Cette tendance est plausible tant dans son arrêt de 2005 rendu sur la même affaire au fond que dans celui faisant l'objet de la présente étude sur l'indemnisation. Il s'agit notamment des rapports des organismes du Système des Nations Unies, du Rapport Porter et du Rapport Mapping.

Depuis sa mise en place en 1998, la force de paix onusienne en République démocratique du Congo - du temps de la MONUC⁴⁶ comme celui de l'actuelle MONUSCO⁴⁷ - est témoin de plusieurs faits survenus dans les provinces orientales de l'Ituri, Nord Kivu, Sud Kivu, Maniéma et Tanganyika. Elle rend plusieurs rapports chaque année sur les faits en cause. Ces rapports font régulièrement part des évolutions politiques globales de l'Etat et des événements qui surviennent dans ces régions conflictuelles avec des statistiques y afférentes tels que les pertes en vies humaines, les blessures et tortures, les viols et violences sexuelles, le recrutement et le déploiement des enfants soldats, les déplacements des populations, les pillages de villages et plusieurs autres violations des droits de l'homme⁴⁸. Constitués essentiellement des déclarations des témoins oculaires des événements en cause, ces documents ont obtenu une certaine crédibilité auprès de la Cour internationale de justice pendant toute l'instance du présent différend⁴⁹. Dans son arrêt de 2005, la Cour a, en effet, eu recours à ces rapports « *dont elle considérait qu'ils contenaient* » suffisamment d'éléments de preuve dignes de foi », mais uniquement « *dans la mesure où ils*

⁴⁵ CIJ, 22 février 2022, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), indemnisation, arrêt, pp.15-17, par.152.

⁴⁶ La Mission de l'Organisation des Nations Unies en République démocratique du Congo (MONUC) a été créée par la Résolution 1279 (1999) du 30 novembre 1999 du Conseil de sécurité avant d'être rebaptisée « Mission de l'Organisation des Nations Unies pour la stabilisation en République démocratique du Congo » (MONUSCO).

⁴⁷ La Mission intégrée de l'Organisation des Nations Unies pour la stabilisation en République démocratique du Congo (MONUSCO) a été créée par la Résolution 1925 (2010) du 28 mai 2010 du Conseil de sécurité. Elle a supplanté la MONUC.

⁴⁸ Voir notre étude sur la question : OSSOMBO-YOMBO (R), « Les opérations multidimensionnelles et le règlement des conflits armés non internationaux en Afrique », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2021-2, n°185, pp.1447-1493.

⁴⁹ CIJ, 22 février 2022, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), indemnisation, arrêt, p40, par.125.

[avaient] une valeur probante et [étaient] corroborés, si nécessaire, par d'autres sources crédibles»⁵⁰.

La Cour a également accordé une importance particulière au Rapport Porter⁵¹ dans son arrêt de 2005 rendu sur le fond. Ce dernier a, en effet, apporté des preuves fiables et suffisantes sur l'exploitation illégale des ressources naturelles sur le territoire de la République démocratique du Congo par les forces armées ougandaises et d'autres forces armées irrégulières ayant bénéficié du soutien de cette puissance occupante.

De même, la valeur probante du Rapport Mapping⁵² établissant de graves violations du droit international des droits de l'homme et de droit international humanitaire par l'Ouganda au cours de la même période dans les régions précitées ne fait guère de doute. La Cour lui a, en effet, accordé « *une crédibilité particulière* »⁵³ et noté que « *toutes les informations figurant dans ce rapport sont corroborées par au moins deux sources indépendantes, notamment des entretiens avec des témoins, et constituent donc des éléments de preuve fiables* »⁵⁴.

On n'oubliera pas de mentionner les rapports rendus par les experts désignés par la Cour elle-même⁵⁵ notamment le Rapport Urdal qui a fourni « *une base plus solide aux fins de l'évaluation du nombre de vies perdues à raison desquelles l'Ouganda doit réparation* »⁵⁶.

Toutes ces sources alternatives d'informations viennent surmonter la déficience des preuves produites aussi bien par les parties que par la Cour qui estime, au bout du compte que « *ces*

⁵⁰ CIJ, 19 décembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), fond, arrêt, *Recueil 2005*, pp. 239-240, par. 205-208, et p. 249, par. 237.

⁵¹ Rapport final de la commission d'enquête judiciaire chargée d'examiner les allégations relatives à l'exploitation illégale des ressources naturelles et autres formes de richesses en République démocratique du Congo établie en 2001 (novembre 2002).

⁵² Rapport du projet 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, publié en 2010 par le bureau du Haut-commissaire aux droits de l'homme.

⁵³ CIJ, 22 février 2022, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), indemnisation, arrêt, p.40, par.125.

⁵⁴ Ibid, p.47, par. 152.

⁵⁵ Rapport Guha-Sapir, Rapport Nest, Rapport Senogles et Rapport Urdal.

⁵⁶ CIJ, 22 février 2022, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), indemnisation, arrêt, p.49, par.161.

documents font néanmoins état d'un nombre considérable d'incidents sur lesquels la Cour peut maintenant s'appuyer pour évaluer les dommages et le montant de l'indemnisation due »⁵⁷.

B- La prise en considération des circonstances exceptionnelles du différend

Pour assouplir le régime de la preuve, la Cour a également pris en considération les circonstances exceptionnelles du conflit. Elle a reconnu « *qu'un nombre considérable de preuves ont été détruites ou rendues inaccessibles au fil des années depuis le conflit armé* »⁵⁸. En effet, face aux difficultés de la victime à rassembler la totalité des preuves dues au contexte particulier du conflit armé (1), la Cour a admis la recevabilité des preuves des dommages disponibles bien qu'ayant été déclarées insuffisantes (2).

1- La prise en compte des difficultés liées à la fourniture complète des preuves dans un contexte particulier de conflit armé

La Cour a baissé le niveau de certitude de preuve en accueillant les éléments de preuve des dommages présentés par la République démocratique du Congo⁵⁹. En se référant à sa propre jurisprudence et à la pratique d'autres organismes internationaux⁶⁰, elle est parvenue à la conclusion selon laquelle la plupart des preuves sont détruites ou inaccessibles⁶¹ sans doute en raison du dysfonctionnement des services d'un Etat occupé et de la déstabilisation des populations des provinces contrôlées par la puissance occupante.

En temps de paix, les services de la République Démocratique du Congo, notamment la force publique sous toutes ses composantes auraient pu - voire dû - constater les différents dommages causés aux personnes, aux biens et aux ressources naturelles par l'établissement des extraits de main courante ou des procès-verbaux devant avoir une valeur probante devant les juridictions. De même, les hôpitaux devraient enregistrer tous les malades et blessés voire décès avec précision. Mais en temps de guerre, la réalisation de ces opérations paraît difficile voire irréalisable par les services compétents. Déjà, la présence des forces occupantes a de *facto* conduit à l'effacement de services locaux de souveraineté dont les agents ont dû se fondre dans les

⁵⁷ Ibid, p.40, par. 125.

⁵⁸ Ibid, p.40, par. 124.

⁵⁹ Ibid, p.37, par.114.

⁶⁰ Ibid, p. 39-40, par.123.

⁶¹ Ibid, p.40, par.123.

populations civiles pour ne pas être identifiés. Il était donc normal que les services compétents de la République démocratique du Congo ne fussent pas disposés à procéder à l'enregistrement des dommages aux personnes, aux biens ainsi qu'aux ressources naturelles faute de stabilité politique locale. La même impasse a été constatée dans les centres locaux de santé occupés ou détruits. En temps de guerre, l'administration des hôpitaux fonctionne au ralenti et les activités de ces organismes peuvent se réduire aux soins urgents. Et encore : l'expérience des guerres précédentes survenues un peu partout dans le monde montre qu'il arrive à certains hôpitaux de sortir les malades en cas de forte insécurité. Dans ces conditions, il est difficile de dénombrer les malades en lien avec l'occupation ougandaise, décédées ou non, suivis pas les centres de soins locaux. Même si certaines victimes directes se sont faites enregistrer auprès des autorités congolaises pour prétendre à une indemnisation, l'Etat demandeur ne pouvait pas prouver avec précision tous les dommages subis, par exemple, par les populations civiles des villages victimes de pillages et incendies de leurs maisons et exploitations agricoles en lien avec la présence de l'armée ougandaise et les forces irrégulières soutenues par elle. Déjà que l'Etat victime lui-même a été incapable d'apporter avec exactitude le nombre de ses propres soldats décédés⁶² ni évaluer les dégâts matériels subis par son opérateur historique d'électricité, la Société nationale d'électricité⁶³.

Il est également permis de soutenir que l'incertitude des preuves de l'existence et de l'évaluation des dommages soit accentuée, au sein des populations civiles, par l'insécurité persistante qui a prévalu de manière interrompue dans ces provinces pendant plusieurs années. Face aux risques permanents de perdre leur vie, d'être victimes de blessures et de tortures, de viols et violences sexuelles ou d'être recrutées et déployées de force en tant qu'enfants soldats pour les jeunes, les populations se sont d'abord préoccupées de leur propre sécurité. Elles ont eu le choix entre se réfugier dans la jungle locale, se déplacer vers une autre province ou s'exiler à l'étranger. En quittant leur domicile, elles n'ont toujours pas le temps de rassembler toutes les preuves des dommages subis même pour des personnes qui peuvent réaliser de simples photographies. Même en regagnant leurs lieux d'habitation après un exil forcé à l'étranger ou un refuge contraint dans une autre localité, les populations prouvent difficilement certains dommages subis pendant le conflit telles que les maisons brûlées lorsque la nature a repris ses droits ou encore une plantation

⁶² Ibid, p.51, par.165.

⁶³ Ibid, p.73, par.254-255.

saccagée lorsque la nature a, là aussi, recouvert les lieux. L'évaluation devrait être encore plus complexe concernant les biens meubles pillés ou détruits par les forces occupantes dans les habitations, commerces et administrations publiques.

Toutes ces incertitudes ont conduit la Cour à déclarer recevables des preuves fiables fournies par la République démocratique du Congo, même avec une force probante limitée.

2- La recevabilité des preuves des dommages disponibles bien qu'insuffisantes

Dans l'arrêt faisant l'objet de la présente étude, la Cour a tenu compte des preuves produites par le demandeur afférentes à l'existence et à l'étendue des dommages même si celles-ci ont été déclarées insuffisantes⁶⁴. Cette démarche inclut deux étapes : le constat d'insuffisance des preuves et la recevabilité de celles-ci.

Le constat d'insuffisance des preuves par la victime a été déclaré par la Cour quand celle-ci a été invitée à apprécier les éléments de preuve et thèses soutenus par les parties liées aux dommages causés aux personnes, biens, ressources naturelles ainsi qu'à leurs évaluations respectives. En effet, les éléments de preuves fournis par la République Démocratique du Congo en matière des dommages aux personnes ne sont avérés insuffisants quand celle-ci n'a pas pu produire des preuves précises afférentes à la matérialité des pertes humaines⁶⁵, à d'autres atteintes à la personne⁶⁶, aux viols et violences sexuelles⁶⁷, aux conséquences des déplacements des populations⁶⁸, au recrutement des enfants soldats⁶⁹, ainsi qu'à l'évaluation de tous ces dommages. Ont également été déclarées d'une valeur limitée par la Cour les preuves fournies, par la victime, relatives à l'existence des dommages causés aux habitations privées, centres de santé, écoles, bâtiments administratifs, biens de la Société nationale d'électricité et ceux des forces armées de la République démocratique du Congo, aux ressources naturelles ainsi qu'à leurs évaluations respectives.

⁶⁴ A l'exception des preuves concernant l'exploitation illégale de certains minerais dont les preuves ont été déclarées suffisantes par la Cour, la plupart des preuves des dommages se sont avérées soit insuffisantes - dommages aux personnes, aux biens et ressources naturelles- soit nulles - comme c'est le cas pour le dommage macroéconomique.

⁶⁵ Ibid, pp.45-46, par.147-148.

⁶⁶ Ibid, p.53, par.175 et p.54, par.179.

⁶⁷ Ibid, p.57, par.198.

⁶⁸ Ibid, p.65, p.222.

⁶⁹ Ibid, p.61, par.203.

Dans les cas de dommages aux personnes et dommages aux biens et aux ressources naturelles, l'insuffisance des preuves tient, par ailleurs, à l'incapacité de l'Etat victime d'apporter les décisions rendues par ses propres juridictions pour certaines catégories de dommages⁷⁰ au regard des standards internationaux.

Malgré les limites des preuves fournies par la victime, le raisonnement de la Cour s'inscrit dans la continuité de son arrêt du 19 décembre 2005 en conséquence de quoi « *l'Ouganda est tenu de réparer tous les dommages résultant du conflit survenu en Ituri, même s'ils résultent du comportement de tiers, en ce qui concerne tel ou tel préjudice, que celui-ci n'a pas été causé par son manquement à ses obligations de puissance occupante* »⁷¹. En clair, dès l'instant où il est établi que les dommages ont un lien direct ou indirect avec le fait internationalement illicite commis par l'Ouganda, la responsabilité de celui-ci est retenue même si les preuves y relatives produites par la victime pour prétendre à une indemnisation peuvent s'avérer insuffisantes. Donc la déficience des preuves ne remet pas en cause le droit de la victime à la réparation des dommages subis. Cette argumentation de la Cour n'est pas étrangère à sa propre jurisprudence ni à la pratique d'autres organismes internationaux ayant été saisis des questions similaires.

Dans sa sentence du 17 août 2009, par exemple, la Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie avait, en termes identiques, reconnu les difficultés liées aux preuves lorsqu'il s'agissait de régler les questions d'indemnisation suite aux dommages provenant du non-respect des obligations du *jus in bello* et du *jus ad bellum* en temps de conflit armé. Au départ très favorable « *aux preuves claires et convaincantes pour établir qu'un dommage s'est produit* »⁷² qui témoignaient de la rigueur du régime de la preuve, cet organe arbitral s'est ravisé en baissant le standard de la preuve. Il a *in fine* assoupli celui-ci pour obtenir une réparation des dommages proportionnelle aux preuves produites sous la forme d'un montant global, même si celles-ci avaient une force probante limitée. Le maintien du niveau élevé du standard de la preuve, selon la Commission, devrait conduire à un échec⁷³.

⁷⁰ Notamment des pertes en vies humaines (Ibid, par.163), des atteintes aux personnes (Ibid, par.180) et le recrutement des enfants soldats (Ibid, par.205).

⁷¹ Ibid, p.29-30, par.78 ; p.33, par.78.

⁷² Commission des dommages entre l'Erythrée et l'Ethiopie, *Sentence finale, décision du 17 août 2009, RSA*, vol. XXVI, p. 528, par. 36.

⁷³ CIJ, 22 février 2022, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), indemnisation, arrêt, p.40, par.123.

De même, lorsque la question de la valeur concluante des preuves fournies par les victimes de crimes dans l'*Affaire Katanga* a été posée à la Cour pénale internationale⁷⁴, celle-ci ne s'est pas démarquée de l'approche commune des organismes internationaux. Elle a soutenu que « *Lors de l'analyse individuelle de la demande en réparation, la Chambre prend en compte tous les éléments de preuve à sa disposition et tel que susmentionné, se fonde sur des présomptions lorsqu'elle l'estime approprié au regard des circonstances. Dans ce contexte, elle tient compte également du fait que les demandeurs ne sont pas toujours en mesure d'apporter des éléments de preuve documentaires à l'appui de tous les préjudices allégués au vu des circonstances qui prévalent en RDC* »⁷⁵.

C'est en tenant compte de toutes ces considérations juridiques d'équité largement partagées par les juridictions internationales que toutes les preuves disponibles afférentes à l'existence et à l'évaluation des dommages subis par la République démocratique du Congo résultant du comportement illicite de l'Ouganda ont été déclarées recevables par la Cour. Cette recevabilité témoignant de la volonté de celle-ci de mettre en œuvre le principe acquis de la responsabilité de l'Ouganda se poursuit dans l'assouplissement des modalités d'indemnisation de la victime.

II- L'assouplissement du régime d'indemnisation

L'assouplissement du régime d'indemnisation est confirmé par l'attribution d'une somme globale au titre des dommages multiformes fondée, d'une part, sur le lien de causalité entre les actes internationalement illicites et ces dommages (A) et d'autre part, sur la prise en compte des preuves disponibles (B).

A- Le lien de causalité entre les faits internationalement illicites et les dommages : base juridique classique de l'attribution d'une somme globale au titre des dommages multiformes

Dans le présent arrêt, la Cour a accordé une indemnité globale de 325 millions de dollars américains au titre des dommages multiformes⁷⁶. Dans son raisonnement, la Cour a estimé que même si les éléments de preuve de l'existence et de l'étendue des différents dommages sont

⁷⁴ CPI, Chambre de première instance II, 24 mars 2017, *Le Procureur c. Germain Katanga*, n° ICC-01/04-01/07.

⁷⁵ Ibid, par.84.

⁷⁶ Voir §405 de l'arrêt.

insuffisants, cela n'exclut pas « n'exclut pas dans tous les cas l'octroi d'une indemnisation pour ces derniers »⁷⁷. Ce qui laisse penser que l'indemnisation est d'abord accordée sur le base d'établissement du lien de causalité entre le fait internationalement illicite et les dommages subséquents. Cette approche classique a été appliquée tant pour l'octroi d'une indemnité globale au titre des dommages aux personnes (1) que dans l'octroi d'une somme globale au titre des dommages aux biens et aux ressources naturelles (2).

1- Le lien de causalité : fondement juridique classique de l'attribution d'une somme globale au titre des dommages aux personnes

Au titre des dommages aux personnes, la Cour a accordé une somme de 225 millions de dollars américains à la victime en partant de certains fondamentaux de la responsabilité internationale de l'Etat. Le lien de causalité entre un comportement internationalement illicite et ses dommages est, en effet, un déclencheur classique, voire automatique, de la responsabilité internationale de l'Etat dès l'instant qu'il est établi par les preuves apportées par victime, quel que soit le niveau de standard exigé. La victime peut donc prétendre à une indemnisation en cas de preuves précises des dommages ou non, quelle que soit la forme de réparation accordée, remise en état, indemnisation ou satisfaction. C'est pourquoi, dans le présent cas, la Cour a admis que l'attribution d'un montant global « *peut être justifiée lorsque les éléments de preuve permettent de conclure qu'un fait internationalement illicite a indubitablement causé un préjudice avéré mais qu'ils ne permettent pas une évaluation précise de l'étendue ou de l'ampleur de ce préjudice* »⁷⁸. Elle a confirmé ce lien qui ne saurait être remis en question pendant tout le processus de l'instance par quiconque vu l'autorité de « *la chose jugée* » acquise par l'arrêt de 2005⁷⁹ rendu sur la même affaire sur le fond.

Il sied de constater que ce raisonnement constitue la suite logique de la responsabilité de principe reconnue par l'arrêt de 2005 précité quand la Cour jugeait que « *par le comportement de ses forces armées, qui [avaient] commis des meurtres et des actes de torture et autres formes de*

⁷⁷§106 arrêt.

⁷⁸ CIJ, 22 février 2022, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), indemnisation, arrêt, p.36, par.106.

⁷⁹ Voir CIJ, 22 février 2022, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), indemnisation, arrêt, p.74, par.261 ; CIJ, 19 décembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), fond, arrêt, *Recueil 2005*, p.257, par.260.

traitement inhumain à l'encontre de la population civile congolaise, [avaient] détruit des villages et des bâtiments civils, [avaient] manqué d'établir une distinction entre cibles civiles et cibles militaires et de protéger la population civile lors d'affrontements avec d'autres combattants, [avaient] entraîné des enfants-soldats, [avaient] incité au conflit ethnique et [avaient] manqué de prendre des mesures visant à y mettre un terme, et pour n'avoir pas, en tant que puissance occupante, pris de mesures visant à respecter et à faire respecter les droits de l'homme et le droit international humanitaire dans le district de l'Ituri, la République de l'Ouganda a[vait] violé les obligations lui incombant en vertu du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire »⁸⁰.

La Cour avait, en outre, noté que « *la République de l'Ouganda, en se livrant à des actions militaires à l'encontre de la République démocratique du Congo sur le territoire de celle-ci, en occupant l'Ituri et en soutenant activement, sur les plans militaire, logistique, économique et financier, des forces irrégulières qui opéraient sur le territoire congolais, a[vait] violé le principe du non-recours à la force dans les relations internationales et le principe de non-intervention »⁸¹.*

Ces deux extraits de l'arrêt du 19 décembre 2005 certifient que l'Ouganda est de droit responsable des pertes humaines, atteintes à la personne, recrutement et déploiement des enfants soldats, viols et violences sexuelles du fait de ses activités armées en République démocratique du Congo. Celle-ci devrait, par conséquent, bénéficier de droit d'une indemnisation adéquate en sa qualité de victime, indépendamment de la méthodologie utilisée - amiablement par les parties ou la Cour ou par voie judiciaire - pour en déterminer le montant ou la proportion.

Ce raisonnement est classique dans la jurisprudence de la Cour. C'est ainsi que dans *l'Affaire Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*⁸², la Cour a retenu la responsabilité internationale de la République islamique d'Iran envers les Etats-Unis dès l'instant où le lien de causalité était établi entre les préjudices subis par le personnel et la mission diplomatiques du second Etat et le comportement internationalement illicite - omission de mettre

⁸⁰ CIJ, 19 décembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), fond, arrêt, *Recueil 2005*, p.280, dispositif, point 3).

⁸¹ Ibid, *Recueil 2005*, p.280, dispositif, point 1).

⁸² CIJ, 24 mai 1980, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (Etats-Unis c. Iran), *Recueil 1980*, p.1.

fin au soulèvement - du premier⁸³. L'Iran avait, en effet, n'avait pas pris des mesures particulières pour empêcher le soulèvement de quelques militants islamistes armés ayant, à son nom, envahi, occupé les locaux de la mission diplomatique américaine et pris en otage le personnel diplomatique et consulaire ainsi que d'autres ressortissants américains présents à l'ambassade pendant plusieurs mois⁸⁴. La Cour a estimé que son incapacité de prévenir ces événements le mettait systématiquement en infraction vis-à-vis de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945, de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires et de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948. Le lien direct entre ce comportement et tous les dommages multiformes subis par les Etats-Unis constitue le point de départ de la réparation de ceux-ci quelles que soient les issues de l'instance en matière d'établissement des preuves liées à l'existence et à l'évaluation desdits dommages.

A contrario, dans une autre affaire où elle était invitée à se prononcer sur les réparations des dommages aux personnes dans le cadre de la guerre civile survenue au début des années 1990 en Ex-Yougoslavie, la Cour, en l'absence du lien de causalité, n'a pas accordé une indemnisation à la Bosnie-Herzégovine. Elle soutenu qu'il a été imputé, à tort, à la Serbie-Monténégro son incapacité de prévenir le génocide de Srebrenica⁸⁵. Elle a jugé que l'absence du lien direct entre ces drames et le comportement de la Serbie-Monténégro ne saurait engager la responsabilité de celle-ci pour violation de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948. Dès l'instant où ce lien n'a pas été établi, la Bosnie-Herzégovine ne pouvait prétendre à une quelconque indemnisation de la part de la Cour⁸⁶. Cette fermeté confirme le caractère déclenchant du lien de causalité dans le processus de la réparation des dommages en droit international en général, en matière d'indemnisation en particulier. L'absence de lien incontestable entre le comportement de la Serbie-Monténégro et ces massacres a privé la prétendue victime de tout droit à une quelconque indemnisation.

⁸³ Ibid , *Recueil 1980*, p.32, par.68.

⁸⁴ Ibid , *Recueil 1980*, p.42, par.91.

⁸⁵ CIJ, 27 février 2007, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, *Recueil 2007*, p.233, par.462.

⁸⁶ Ibid. *Recueil 2007*, p.233, par.462.

Mais dans le processus de la réparation, chaque fois que le lien entre les faits et les catégories de dommages subséquentes est établi, il constitue le point d'envol de l'adjudication d'une somme, fût-elle globale, au titre de l'indemnisation.

2- Le lien de causalité : fondement juridique classique de l'attribution d'une somme globale au titre des dommages aux biens et aux ressources naturelles

La Cour a également retenu que l'indemnisation des dommages causés aux biens et aux ressources naturelles de la victime doit aussi être fondée sur le lien de cause à effet entre le fait internationalement illicite de la puissance occupante et lesdits dommages. L'établissement du lien en cause entraîne l'obligation de réparation par équivalence ou l'indemnisation dans les mêmes conditions que la réparation des dommages aux personnes pour un montant de 100 millions de dollars américains⁸⁷.

La Cour a, en effet, noté que la « *Cour relève en outre que le Rapport Mapping et les autres rapports de l'ONU apportent des preuves convaincantes des pillages commis à grande échelle en Ituri, tant par les forces armées de l'Ouganda que par d'autres acteurs* »⁸⁸. Il s'ensuit qu'il occasionne tout le processus d'indemnisation de la République démocratique du Congo à raison des dommages aux biens qu'elle a subis de ces pillages. Cette argumentation de la Cour se réfère à sa jurisprudence.

Dans son arrêt rendu sur le fond de la même affaire en 2005, en effet, la Cour avait jugé qu'en occupant la province d'Ituri et en en prenant le contrôle d'autres à travers des forces irrégulières qu'il soutenait, en se livrant à des pillages de villages, des actes de destruction massive des habitations privées, des commerces et des bâtiments administratifs et en encourageant d'autres activités militaires sur le territoire de la République démocratique du Congo, la République de l'Ouganda engageait sa responsabilité internationale envers celle-ci pour fait internationalement illicite⁸⁹. Cette décision a constaté le lien entre la présence ininterrompue de l'armée ougandaise sur le territoire de la victime pendant plusieurs années et la destruction des habitations privées, des biens des forces armées, des commerces, des routes, des hôpitaux et des écoles qui s'ensuivit.

⁸⁷ Voir §405 de l'arrêt.

⁸⁸ Ibid. p.71, parag.247.

⁸⁹ CIJ, 19 décembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), fond, arrêt, *Recueil 2005*, p.280, dispositif, point 1 et 3).

Bien avant, et dans des circonstances similaires, dans l'Arrêt *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière*⁹⁰, la Cour avait jugé que « Pour accorder l'indemnisation, elle analysera si, et dans quelle mesure, chacun des chefs de dommages dont le demandeur fait état peut être considéré comme établi et s'il est la conséquence du comportement illicite du défendeur, en recherchant « s'il existe un lien de causalité suffisamment direct et certain entre le fait illicite [...] et le préjudice subi par le demandeur »⁹¹.

L'exigence que la Cour s'assigne dans les trois arrêts précités ne se démarque pas des principes posés par son très emblématique arrêt *Détroit de Corfou*⁹² lorsque la Cour retient la responsabilité internationale de l'Albanie à l'égard du Royaume-Uni sur la base du lien direct entre les explosions des mines mouillées dans le détroit et les dégâts matériels et pertes humaines survenus subséquentement dans les deux navires de guerre britanniques. Le détroit étant accessible à tous les navires étrangers en temps de paix au nom de la liberté des mers, tout Etat riverain - donc l'Albanie - a l'obligation de l'entretenir et sécuriser le passage de tous les navires étrangers tant qu'il est continu, rapide et inoffensif. De l'avis de la Cour, une opération de mouillage de mines ne pouvait se faire sur le détroit sans que les autorités albanaises en eussent connaissance quels que fussent les auteurs. Pire encore, le Gouvernement albanais n'avait pas porté cette information à la connaissance du Royaume-Uni mais s'obstinait à soumettre le passage de tous les navires à une autorisation administrative préalable. L'explosion des mines devant inévitablement survenir lors du passage des navires britanniques, la Cour a établi que les dommages qui en sont découlés sont les conséquences immédiates et indubitables du comportement internationalement illicite de l'Albanie⁹³. Cet arrêt rendu sur le fond, sur la base de cette corrélation, conférait déjà au Royaume-Uni le droit incontestable et incontesté à l'indemnisation. Et ce droit n'a pas été remis en cause par l'arrêt rendu ultérieurement par la Cour pour évaluer les préjudices et en fixer le montant dû⁹⁴.

⁹⁰ CIJ, 2 février 2018, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, indemnisation, arrêt, *Recueil 2018*, p. 15

⁹¹ Ibid., *Recueil 2018*, p.26, par.32.

⁹² CIJ, 9 avril 1949, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt, *Recueil 1949*, p.4.

⁹³ Ibid, *Recueil 1949*, p.26.

⁹⁴ CIJ, 15 décembre 1949, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, indemnisation, arrêt, *Recueil 1949*, p.244.

En somme, comme dans l'hypothèse de l'attribution d'un montant global au titre des dommages aux personnes, le lien de causalité constitue la base juridique primaire de la victime au titre de la réparation des dommages aux biens et aux ressources naturelles.

B- La prise en compte des preuves disponibles : base juridique exceptionnelle et innovante de l'attribution d'une somme globale au titre des dommages multiformes

Dans la perspective d'indemnisation de la République démocratique du Congo au titre des dommages aux biens et aux ressources naturelles, la Cour a également fondée l'attribution d'une somme globale sur la prise en compte des preuves disponibles qui est la preuve même de l'équité.

1- La prise en compte des preuves disponibles : fondement juridique exceptionnel et innovant de l'attribution d'une somme globale au titre des dommages aux personnes

D'une part, la Cour a décidé qu'elle « *peut, à titre exceptionnel, octroyer une indemnisation sous la forme d'une somme globale, dans la limite des possibilités offertes par les éléments de preuve et compte tenu des considérations d'équité* »⁹⁵. C'est cette méthodologie qu'elle va finalement utiliser pour fixer un montant global au titre de la réparation des dommages aux personnes, notamment en termes de pertes en vies humaines, blessures et tortures, recrutement et déploiement des enfants soldats, viols et violences sexuelles et déplacement des populations.

C'est ainsi que même si la Cour a souligné l'absence d'indication précise de l'identité de la personne décédée par les fiches d'identification fournies par la République démocratique du Congo⁹⁶ et donné peu de crédit aux documents prouvant le décès des militaires des Forces armées de la République démocratique du Congo du fait de l'occupation ougandaise en réponse aux preuves produites par la victime relatives aux décès de 180 000 civils⁹⁷ et 2 000 soldats⁹⁸, la juridiction internationale a décidé « *qu'elle peut néanmoins, dans les circonstances très particulières de la présente affaire, attribuer une indemnisation sous la forme d'une somme globale, dans la limite des preuves disponibles et en tenant compte des considérations d'équité* »⁹⁹.

⁹⁵ CIJ, 22 février 2022, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), indemnisation, arrêt, p.36, parag.106.

⁹⁶ Ibid, p.45, par.147.

⁹⁷ Ibid, p.45, par.147.

⁹⁸ Ibid, p.51, par.165.

⁹⁹ Ibid, p.52, par.166.

La Cour a poursuivi son raisonnement en soutenant que si les preuves fournies par le requérant ne sont pas suffisantes pour déterminer avec précision le nombre de morts, « *une échelle de valeurs du nombre possible de civils ayant perdu la vie peut être définie* »¹⁰⁰ et servir de base d'attribution d'un montant global et forfaitaire au titre des pertes en vies humaines.

De même, bien que la Cour ait, en réponse aux preuves fournies par la République démocratique du Congo afférentes aux blessures et tortures subies par 30 000 personnes une indemnisation de 3500 dollars par personne pour des blessures et mutilations graves et 150 dollars par personne pour des blessures légères¹⁰¹, constaté l'insuffisance de celles-ci¹⁰², rien ne l'a empêché de soutenir que les circonstances exceptionnelles de ce différend l'exigent à adjuger une indemnisation au demandeur sous la forme d'un montant global au titre des atteintes à la personne précitées dans la limite des preuves rendues disponibles par victime¹⁰³.

En tenant toujours compte du contexte particulier de cette affaire, la Cour a également admis que l'indemnisation de la République démocratique du Congo ne pouvait se réaliser que sur la base des preuves disponibles produites soit par elle-même, soit par des sources indépendantes approuvées par elle en matières de viols et violences sexuelles, recrutement et déploiement d'enfants soldats et déplacement des populations, pour des considérations d'équité¹⁰⁴. En estimant qu'une importante échelle de valeurs du nombre de victimes de viols et violences sexuelles¹⁰⁵, déplacement des populations¹⁰⁶ et enrôlement et déploiement des enfants soldats¹⁰⁷ pouvant être définie par ses soins, la Cour a décidé qu'une somme globale peut être accordée au demandeur pour d'autres dommages aux personnes en cause. Ce qui fait de la prise en considération des preuves disponibles une base juridique fatidique, voire le point culminant et déterminant, de l'adjudication de la somme globale à la victime au titre des dommages aux personnes causés par l'Ouganda.

¹⁰⁰ Ibid, p.52, par.166.

¹⁰¹ Ibid, p.52, par.168.

¹⁰² Ibid, p.53, par.175 ; p.54, par.179.

¹⁰³ Ibid, p.55, par.181.

¹⁰⁴ Ibid, par.106, 166, 181, 193, 206, 225, 258, 365.

¹⁰⁵ Ibid, par.191.

¹⁰⁶ Ibid, par.225.

¹⁰⁷ Ibid, par.206.

2- La prise en compte des preuves disponibles : fondement juridique exceptionnel et innovant de l'attribution d'une somme globale au titre des dommages aux biens et ressources naturelles

D'autre part, la République démocratique du Congo a demandé que l'Ouganda lui versât une somme de 239 971 970 dollars des Etats-Unis à raison des dommages causés aux biens et 1 043 563 809 dollars au titre du préjudice aux ressources naturelles. Mais la Cour ne lui en a accordé respectivement que 40 millions pour les premiers et 60 millions pour le second comme indiqué *in supra*¹⁰⁸. A l'instar de l'approche afférente à l'indemnisation accordée au demandeur au titre des dommages causés aux personnes, la Cour s'est résolue à accorder une réparation par équivalence en tenant compte des preuves disponibles. C'est ainsi que malgré le caractère limité des preuves liées à l'existence des dommages aux biens¹⁰⁹ et à l'absence de valeur probante de celles fournies par le requérant à l'appui des valeurs moyennes pour les habitations privées¹¹⁰, la Cour a fait droit à la demande de la République démocratique du Congo par l'octroi d'une somme globale au titre des dommages précités proportionnelle aux preuves que celle-ci a fournies. En se référant à sa jurisprudence et aux décisions d'autres organismes internationaux, elle a rappelé « *qu'elle peut, dans les circonstances très particulières de la présente affaire, adjuger une indemnisation sous la forme d'une somme globale, dans la limite des possibilités offertes par les éléments de preuve et compte tenu des considérations d'équité* »¹¹¹. Cette approche ne s'éloigne pas d'une (jurisprudence internationale - même interne à la Cour internationale de justice - constante sur la question de la réparation des dommages insuffisamment prouvés et évalués.

Déjà dans l'Affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, la Cour avait tranché en faveur de la République de la Guinée dont les préjudices matériels n'avaient pas suffisamment été prouvés. Elle a maintenu sa position en soutenant ce qui suit : « *Partant, [la Cour] ne doute pas que le comportement illicite de la RDC a causé à M. Diallo un certain préjudice matériel s'agissant des biens personnels qui se trouvaient dans l'appartement qu'il occupait [...] Dans ces conditions, elle estime approprié*

¹⁰⁸ Voir par.405 de l'arrêt.

¹⁰⁹ CIJ, 22 février 2022, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), indemnisation, arrêt, p.73, par.257.

¹¹⁰ Ibid, p.71, par.248.

¹¹¹ Ibid, p.74, par.258.

d'accorder une indemnité qui sera calculée sur la base de considérations d'équité »¹¹². Il convient de préciser que même si la Cour a recouru à l'équité dans cette espèce sans le consentement des parties, il ne s'agissait que d'un cas de réparation isolé de dommages subis par un individu contrairement à la présente affaire qui concerne les dommages causés à des milliers de personnes. Ce principe a également été appliqué dans l'affaire *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière*¹¹³ lorsque la Cour jugeait que « *s'agissant de l'évaluation des dommages, la Cour rappelle que l'absence d'éléments de preuves suffisants quant à l'étendue des dommages matériels n'exclut pas dans tous les cas l'octroi d'une indemnisation pour ces derniers* »¹¹⁴. Cette décision s'est largement inspirée de la sentence du tribunal arbitral saisi du conflit américano-canadien dans l'*Affaire de la Fonderie de Trail*¹¹⁵ qui, à son tour, avait cité des extraits suivants de la Cour suprême des Etats-Unis : « *Ce serait pervertir les principes fondamentaux de la justice que de refuser tout secours à la victime - et par la même libérer l'auteur du préjudice de l'obligation de réparation - sous prétexte que l'acte illicite est de nature à empêcher que le montant de l'indemnité puisse être déterminé avec certitude : en pareil cas, si le montant de l'indemnité ne doit pas être établi par simple spéculation ou conjecture, il suffit néanmoins que l'ampleur des dommages soit démontrée par une déduction juste et raisonnable, quand bien même le résultat n'en serait qu'approximatif* »¹¹⁶. Des décisions similaires favorables aux victimes ont été rendues par d'autres juridictions internationales quand les circonstances l'exigeaient. Tels ont été les cas de l'Arrêt *Lupsa c. Roumanie* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme¹¹⁷ et l'Arrêt *Chaparro Alvarez et Lapo Iniguez c. Equateur* de la Cour interaméricaine des droits de l'homme du 21 novembre 2007¹¹⁸.

Ainsi vue, comme dans l'hypothèse de l'attribution d'une somme globale au titre des dommages aux personnes, la prise en compte des preuves suffisants disponibles, fondée sur

¹¹² CIJ, 19 juin 2012, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), indemnisation, arrêt, par.33.

¹¹³ CIJ, 2 février 2018, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (Costa Rica c. Nicaragua), indemnisation, arrêt, *Recueil 2018*, p.15.

¹¹⁴ *Ibid*, par.35.

¹¹⁵ *Affaire Fonderie du Trail* (Etats-Unis c. Canada, Sentences des 16 avril 1938 et 11 mars 1941, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p.1920.

¹¹⁶ Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique, *Story Parchment Company v. Paterson Parchment Paper Company* (1931, *United States Reports*, vol. 282, p. 555.

¹¹⁷ Requête n°10337/04, arrêt du 8 juin 2006, CEDH Recueil 2006-VII, par.70-72.

¹¹⁸ Ref. Série C n°170, parag.240 et 242.

l'équité, constitue la base juridique ultime de la fixation de la somme globale accordée à la République démocratique du Congo au titre des dommages aux biens et aux ressources naturelles dans le présent cas. Une partie de la doctrine approuve cette approche du juge et de l'arbitre internationaux. Les professeurs Quoc Dinh, Daillier, Forteau et Pellet ont, à ce sujet, écrit : « *Il est constant en particulier que, si le droit international comporte des règles assez précises sur les conditions de mise en jeu de la responsabilité internationale, il demeure assez obscur sur la fixation du montant de l'indemnité. Dans ces conditions, les juges et les arbitres sont fréquemment conduits à procéder à une évaluation équitable du montant des indemnités dues* »¹¹⁹. C'est pour dire que le juge en pareille circonstance doit concilier droit avéré à la réparation et droit à une indemnisation raisonnable sans quoi le droit n'aurait pas son sens.

Conclusion

En tout état de cause, la Cour internationale de justice, au gré des circonstances, peut assouplir ou durcir les mécanismes de réparation des dommages au cours des instances liées au règlement des conflits interétatiques qui lui sont soumis. Dans la présente affaire, on constate qu'elle assouplit le régime de la preuve qui, à son tour entraîne l'assouplissement du régime d'indemnisation pour déboucher sur l'attribution d'une somme globale à la République démocratique du Congo au titre des dommages multiformes qu'elle a subis en fonction des éléments de preuve disponibles dès l'instant où ces derniers établissent - dans la continuité - le lien indubitable entre lesdits dommages et le comportement internationalement illicite de l'Ouganda.

Le présent arrêt montre que la Cour internationale de justice peut désormais recourir à l'équité lorsqu'il s'agit de la réparation des dommages de masse. Son système d'indemnisation a favorisé les victimes directes de différents dommages, sujets de droit interne notamment, face à une impunité perpétrée par une puissance occupante pendant près d'une décennie. Il prouve à suffisance que les considérations d'équité auxquelles elle recourt la rendent plus proche non seulement des victimes institutionnelles publiques que sont les Etats et des organisations internationales seules habilités à agir devant elle, mais aussi des personnes morales de droit privé et des citoyens ordinaires - que l'on pourrait qualifier de justiciables mineurs devant la Cour - souvent désemparés face à l'hyperpuissance de certains Etats.

¹¹⁹ Quoc Dinh (N), Daillier (P), Forteau (M), Pellet (A), *Droit international public*, 8^e éd. Paris, LGDJ, p.390.

Le contrôle étatique sur les actes des associations reconnues d'utilité publique en Afrique noire francophone : Les cas du Cameroun, Sénégal

The State's control on memorandum of recognized public utility Associations in French speaking
black Africa: The cases of Cameroon, Senegal

Jérôme Manfred MANGA

Ph.D en Droit Public

Chargé de Cours à l'Institut National de la Jeunesse et des Sports

Maître- Assistant CAMES

jeromemanfredmanga@yahoo.fr

Résumé : L'Etat en tant que personne morale de droit public a pour fonction principale la réalisation du bien commun. Mais du fait du dynamisme social, ce dernier du moins s'il on lui suppose un contenu peut aussi être réalisé par des associations privées. Dans ce cas, celles-ci sont dites d'utilité publique. Dès lors qu'elles, en dehors des missions à eux destinées décident de venir en aide à l'Etat en se substituant à lui dans la recherche d'intérêt général. On peut alors pensé à une forme de concurrence dans l'accomplissement du bien collectif. Tel n'est pas le cas, l'Etat demeure souverain, à ce titre son consentement est la condition de possibilité d'existence légale d'une association dite d'utilité publique. Non seulement une association avant d'être dite ou mieux reconnue d'utilité publique subit d'abord un contrôle *a priori* par l'Administration en ce qui concerne les conditions d'accession à cette dignité associative. Mais aussi un contrôle *a posteriori* s'agissant de la légalité de son fonctionnement. A la lecture du régime juridique de ces deux types de contrôles au Cameroun et au Sénégal, il en ressort une certaine asymétrie se traduisant par le durcissement du premier contrôle et une forme d'allègement du second. Cet état du droit traduit s'il y avait encore des doutes que la souveraineté de l'Etat est toujours une réalité juridique.

Mots-clés : Association, Association reconnue d'utilité publique, Bien commun, Etat, Personne morale

Abstract: The main duty of the State as legal entity of public law, is to ensure the fulfilment of the common good. Nevertheless, due to social dynamism and if a supposed contain is granted to this common good, it may as well be achieved by private associations. In this case, these associations are termed public utility. This comes as a result of the fact that, besides the missions assigned to them, they take upon themselves to help the State, by substituting him in the quest for general interest. We may, then be thinking of a kind of competition in the fulfilment of collective good. Yet, that is not the case, the State remains sovereign, in this respect, his consent is the condition of possibility for legal existence of a public utility association. Not only an association before existing or better still before being recognized of public utility must first of all, undergo a priori control by the Administration as concerns the accession conditions to this associative elevated position, but must also go through a control a posteriori with regards to the legality of its functioning. Reading on the legal regime of the two types of controls in Cameroon and Senegal, it appears a kind of asymmetry which is translated by the hardening of the first control and a sort of lightening of the second. This state of the law translates without any reasonable doubt the fact that State's sovereignty is always a legal reality.

Key words: Association, recognized public utility Associations, common good, State, moral entity.

Introduction

Il est toujours important de rappeler en cette période dite postmoderne reposant sur le capitalisme mondialisé dont le principe fondateur est l'individualisme¹, ce vieux constat venant de l'antiquité grecque lorsque, l'un des plus éminents philosophes de cette époque disait de l'homme qu'il « est par nature un animal politique » avant de renchérir « que celui *qui est hors de la cité, naturellement et non pas par hasard, est soit un être dégradé, soit un être surhumain* »². De ces propos du philosophe, on comprend qu'il n'est pas possible de dissocier le collectif de l'individuel. Ce qui reviendrait si une telle rupture est opérée à priver l'être humain de sa nature même, par voie de conséquence mettre celui-ci dans la catégorie soit animale ou divine. L'Homme est inexorablement appelé à vivre avec ses semblables, il s'agit là d'une nécessité, il ne peut en être autrement. Comme le dit pertinemment Cornelius CASTORIADIS « *il n'y a pas d'être humain extra-social ; il n'y a ni comme réalité, ni comme fiction cohérente d'individu humain comme 'substance' 'a, extra ou présociale* »³. En revendiquant des droits pour lui, la personne le plus souvent ne peut les exercer qu'avec ses semblables. C'est donc avec raison qu'on peut dire « *l'association précède nécessairement, comme réalité et comme concept, sa consécration législative. L'association représente une configuration sociale naturelle, sinon spontanée, qui désigne regroupement des individus autour de besoins, de préoccupations ou d'affinités communes* »⁴. D'abord normalement dans une famille, ensuite dans une institution quelconque. Dans cette dernière, il est question de mettre certains moyens en jeu en vue d'atteindre certains objectifs préalablement fixés.

On comprend alors que les corporations pour reprendre une terminologie anachronique ou de façon plus moderne précisément dans le cadre de notre analyse les associations sont une nécessité en tant qu'elles s'inscrivent dans la nature humaine. Elles sont en quelque sorte la preuve

¹ Il s'agit là de la persistance d'une conception du monde héritée du XVIII^e siècle après les révolutions nord-américaine et française. En ce sens il est frappant de constater que la déclaration française des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 invoque uniquement les droits subjectifs de l'individu, voir l'analyse du Professeur Jiangyuan JIANG, *théorie du droit public*, préf. Jean-Arnaud MAZÈRES, Paris, L ; Harmattan, p.295 et s.

² ARISTOTE, *Œuvres complètes*, (dir.) Pierre PELLEGRIN, Paris, Flammarion, 2014, p.3302.

³ Cité par Garace NAVARRO-UGE, « L'autonomie collective : entre droit spontané et droit étatique », in *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 52(2), 2023, pp.287-309, spéc.p.292.

⁴ Sébastien LEBEL-GRENIER, « L'association : du droit de contrôle à la liberté ? », in *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, Chronique bibliographique, no.3, vol.33, 2002, pp.433-443, spéc.p.433.

de la finitude de l'homme contrairement à l'ordre divin qu'on dit parfait et suffisant⁵. C'est ce qui explique le simple fait que parmi des droits humains figure la liberté d'association. Le droit à liberté de s'associer entendu ici que par droit il faut entendre non seulement une prérogative individuelle et surtout de façon plus importante encore, le droit positif, c'est-à-dire celui édicté par l'autorité publique⁶. La liberté d'association se décline ainsi en deux composantes complémentaires ou cumulatives à savoir elle est en même temps un droit subjectif et un droit posé ou si l'on veut objectif. C'est dans cette optique, que s'inscrit notre analyse, celle-ci vise à jeter un regard sur l'équilibre entre ces deux versants afin de vérifier si l'un prime sur l'autre dans le cas précis des associations reconnues d'utilité publique. En d'autres termes, il sera question pour nous de vérifier si contrôle découlant du droit positif est-il de nature à entraver ou non le fonctionnement des associations reconnues d'utilité publique. Il sera question d'opérer une étude sur la situation juridique de celles-ci dans le cas de quelques pays de l'Afrique noire francophone. Et ce en ayant à l'esprit que des « *institutions observables dans la société s'appuient sur l'idéal d'autonomie collective et décident de développer une démocratie interne à leur groupe (...)* »⁷.

Avant toute chose, il convient d'effectuer une précision terminologique des termes clés de notre analyse. D'abord le contrôle, ensuite Etat enfin associations reconnues d'utilité publique. S'agissant du premier qui s'apparente à une opération ou une technique de vérification qu'une personne effectue sur une autre⁸. Ainsi la notion de contrôle se conçoit non seulement dans sa dimension organique, l'organe habilité à effectuer une vérification, mais aussi fonctionnelle à savoir l'office même de l'autorité compétente pour vérifier les agissements d'une autre personne morale.

En ce qui concerne la notion d'Etat, il faut reconnaître qu'hormis son étymologie *status* signifiant statut, situation⁹ que « *bien qu'elle soit d'un usage fréquent dans les lexiques juridiques,*

⁵ Selon le Christianisme, la perfection céleste s'oppose à l'imperfection humaine c'est tout le sens du péché originel d'Adam et Ève dans le jardin d'Eden, depuis lors la créature humaine serait en proie au manque, à la mort. Voir en ce sens Les saintes écritures, traduction du monde nouveau, 2015, Genèse chap.3 verset 16 à 17.

⁶ Cf. Muriel FABRE-MAGNAN, Introduction au droit, 3^e éd., Paris, PUF, coll. Que sais-Je ?, 2016, p.5.

⁷ Garance NAVARRO-UGE, « L'autonomie collective : entre droit spontané et droit étatique » ,in Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 52(2), 2023, pp.287-309, spéc.p.287.

⁸ Cf. Dictionnaire de l'Académie française, 5^e éd., Paris, 1798, p.721.

⁹ Louis FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, 21^e éd., DALLOZ, 2019, p.2.

la notion d'Etat demeure relativement difficile à définir de manière univoque »¹⁰. A ce titre le constat de Claude-Frédéric BASTIAT selon laquelle il affirmait « qu'on promette une prime non pas de 500 FCFA, mais deux mille à celui qui donnerait une définition claire et nette du mot Etat »¹¹. La banalité de l'Etat ne saurait occulter une part d'indéfinissable, de métaphysique¹². Pour s'en convaincre qu'on jette schématiquement un regard sur quelques propositions de conception de l'Etat dans la doctrine. Le phénomène étatique est tantôt considéré comme « un ordre juridique centralisé »¹³, tantôt « une corporation d'une nation sédentaire dotée originellement de la puissance dominatrice »¹⁴. Face donc à ce constat, une entreprise de systématisation de cette notion dépassant clairement le cadre de cette analyse. Il conviendrait alors de proposer une définition stipulaire. Sachant que cette dernière consiste par une décision à fixer le sens dans lequel sera employé le mot dans objet de l'étude¹⁵. Dans un pareil contexte, une telle démarche ne saurait être qualifiée de vraie ou de fausse mais seulement de pertinente ou non au regard des prochains développements¹⁶. En s'ensuit alors dans le cadre de cette analyse que par le signifiant Etat il faudra entendre l'ensemble des organes détenant la faculté de statuer et d'empêcher au sein d'une collectivité. Mieux dit, l'ensemble de personnes habilitées et reconnues comme pouvant prendre des décisions générales et individuelles et celles disposant d'un pouvoir d'annuler certains actes au sein du corps social. Concrètement, il s'agit de l'Administration publique d'un côté et les juridictions de l'autre.

Quant à la l'association, elle s'entend explicitement par la loi comme « étant un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun leur activité et au besoin, certains biens, dans un but déterminé autre que le partage de bénéfices »¹⁷. A quelques mots près cette définition

¹⁰ ABDOU KHADRE DIOP, « La notion d'Etat en droit international et en droit européen :De l'impossible approche conceptuelle a la nécessaire approche fonctionnelle, Thèse de doctorat en droit, Université Laval,Quebec,Canada,2017,p.1.

¹¹ Cité par Raymond BERGERON, *Fonctionnement de l'Etat*, préf.Raymond ARON,coll.Armand colin,2^e éd.,1965,p.6.

¹² Beligh NABLI, *L'Etat, droit et politique*,Paris,coll.Armand colin,2017,p.5.

¹³ Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*,Paris,LGDJ,Bruylant,1997,p.242.

¹⁴ Georg JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit*,trad. Georges FARDIS,Paris,1911,p.296.

¹⁵ Olivier DUHAMEL, Guillaume TUSSEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*,5^e éd.,Ed.,Seuil,2020,p.42.

¹⁶ Ibidem,p.15.

¹⁷ L'article 811 de la loi no.1992/007 du 15 Janvier 1992 modifiée portant code codes obligations civiles et commerciales

est la même que celle donnée par le législateur camerounais¹⁸. Ces formulations ne font que reprendre *in extenso* les idées majeures du législateur français de 1901¹⁹. Quoiqu'il en soit, une association dans un son sens générique sus cité c'est-à-dire relevant exclusivement de la sphère privée peut se voir entrer dans la sphère publique, on parle alors d'association d'utilité publique. Cette dernière s'entend comme « toute association dont la contribution effective est déterminante dans la *réalisation des objectifs prioritaires du gouvernement (...)* »²⁰. On peut ainsi pour déformer quelque peu Simone DE BEAUVOIR dire qu'on ne naît pas groupement d'intérêt public mais on le devient. Cette étiquette n'est donnée qu'*a posteriori* par une autorité étatique suivant le modèle dynamique proposé par le juriste autrichien Hans KELSEN. Cet état du droit est par conséquent le témoignage de la fragilité de la dichotomie droit public et droit privé enseignée par la doctrine. En ce sens, il n'existerait pas des sujets naturels et statiques relevant soit la première branche du droit soit de la deuxième. En somme, une association reconnue d'utilité publique s'appréhende surtout au plan matériel comme un groupement de personnes exerçant de l'objet ou l'activité est reconnu(e) après coup par les autorités publiques comme s'inscrivant dans le cadre de l'intérêt général. Ainsi l'accession à cette forme associative s'inscrit nécessairement dans le temps, on peut postuler *mutatis mutandis* à une sorte de similitude avec la norme coutumière. En effet comme cette dernière, l'association pour pouvoir être dite d'utilité publique doit réunir un élément matériel, ici une pratique constante d'une activité relevant du bien commun, ensuite une forme *opinio juris*, c'est-à-dire une reconnaissance.

En tout état de cause, traiter du contrôle de l'Etat sur les associations d'utilité publique s'inscrit dans un contexte très particulier en Afrique noire en général et surtout francophone en particulier. En effet, par de-là la formulation, une pareille analyse témoigne du fait que l'intérêt général ne saurait plus se caractériser par, si l'on peut dire une sorte d'exclusivisme. L'idée selon laquelle seul l'Etat s'occupe du bien commun doit être questionnée, et ce au regard de l'incapacité

¹⁸ Aux termes de l'article 2 de la loi no.90/053 DU 19 Décembre 1990 : « *L'association est la convention par laquelle des personnes mettent en commun leurs connaissances ou leurs activités dans un but autre que le partage des bénéfices* ».

¹⁹ La loi du 1^{er} Juillet 1901 qui énonce en son article 1 « *L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager les bénéfices* »

²⁰ Article 32 alinéa 1 de la loi camerounaise du 19 Décembre 1990 relative à liberté d'association.

même des institutions étatiques à jouer ce rôle dans ce continent²¹. Si l'on reconnaît une certaine fragilité des Etats africains²², il convient dans un second temps de trouver une solution à cette précarité. Il paraît dès lors pertinent d'affirmer que « à l'heure où les demandes de la société envers l'Etat sont fortes mais où la capacité de l'Etat est à bien égards fragilisés, la question des relations entre l'Etat et la société et leurs responsabilités respectives semble devoir à nouveau être posée »²³. A ce titre pourrait être opportun de favoriser l'émergence des groupements s'occupant du bien commun en substituant à la vision répressive du droit celle promotionnelle²⁴. De plus, dans une logique de distinction de l'étatique et du social, il est important de souligner ici que ces deux sphères jouissent d'une relative autonomie. Par conséquent la société n'est pas l'Etat et inversement. Ce qui implique que l'association, en tant que expression même de la vie sociale devrait autant que faire se peut se donner elle-même ses propres lois internes. C'est dans cette optique qu'on parle du pluralisme juridique, c'est-à-dire « l'existence d'ordres juridiques étrangers à l'Etat »²⁵. Or dans un même temps, il est constant de dire de l'Afrique subsaharienne francophone qu'elle se caractérise par sa tendance toujours centralisatrice du pouvoir au nom toujours même si l'argument n'est pas toujours prononcé de l'unité nationale.

Cela étant dit, la question de l'étendue du contrôle exercé sur les associations d'utilité publique surgit à l'esprit. Autrement dit, existe-t-il un contrôle absolu de l'Etat sur les associations d'utilité publique en Afrique noire francophone ? Poser une telle interrogation implique subsidiairement une réponse sur l'autonomie de celles-ci. Plus techniquement une réponse sur l'effectivité ou non de la subsidiarité au regard du contrôle étatique exercé sur ces associations. Une telle interrogation permet de connaître la spécificité d'un pareil contrôle sur les corporations d'utilité publique dans un contexte où les autorités publiques prônent le sacro-saint principe de

²¹ Voir en ce sens la brillante analyse de Monsieur Thierry VIRCOULON, « L'Etat fragile ; aplati, failli : réflexions sur la gouvernance hybride et l'évolution de l'Etat en Afrique et au Sahel », in *Ifri* (Institut français des relations internationales), Septembre 2022, 26 pp.

²² KOFFI AHADZI-NONOU, « Remarques sur la Constitution démotique en Afrique noire », F.J.AIVO5 (dir.), *Mélanges en l'honneur du Président Robert DOSSOU, L'Amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie*, Paris, 2020, pp. 100-110, spéc. p. 102.

²³ Marjorie LEGENDRE, « Principe de subsidiarité et le concept de sphère de souveraineté ou comment stimuler notre imagination politique » in *Revue d'éthique et de théologie morale*, no. 308, 2020, pp. 109-123, spéc. 109.

²⁴ Cf. Noberto BOBBIO, *Essai de théorie du droit* (recueil de textes), trad., M. Guéret, préf. R. GUASTINI, LGDJ, Bruylant, 1998, p. 65 et s.

²⁵ Philippe JESTAZ, *Le droit*, 10^e éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2018, p. 55.

l'unité nationale. À l'heure où l'on proclame la disparition de la puissance étatique à l'ère de la postmodernité, l'intérêt de pareils questionnements se présente alors avec acuité.

Autant d'interrogations qui témoignent à suffisance de l'intérêt tant sur le plan théorique que pratique de la présente étude. D'un point de vue théorique, cette analyse s'inscrit dans le courant actuel dit de la « *fondamentalisation du droit* »²⁶, elle permet de vérifier si l'architecture juridique favorise l'effectivité des droits et libertés. Et ce suivant le principe même de la déclaration française des droits et l'homme et du citoyen qui vaudrait que la liberté soit le principe et la restriction à celle-ci l'exception²⁷. Il s'agit d'une étude spécifique et systématique portant sur les associations reconnues d'utilité publique en comparaison avec celle portant du régime général des associations²⁸. En outre, dans le même sillage, cette étude s'inscrit dans le courant actuel qui vaudrait que la subsidiarité soit le principe même de toute organisation politique. Ce principe déjà consacré au niveau du rapport entre l'Etat et les collectivités territoriales²⁹, la question de son existence dans les rapports Etat et association d'utilité publique demeure. Comme nous dit le Professeur Gérard-François DUMONT « *la vraie signification du principe de subsidiarité est un appel à la liberté et à la responsabilité de l'être humain (...) Les communautés de rang supérieur ne doivent être sollicité que lorsque la solution n'a pas pu être trouvée à une échelle inférieure* »³⁰. En d'autres mots, la collectivité étatique devrait limiter son intervention dans le champ social et permettre ainsi aux autres groupes inférieurs de régler par eux-mêmes leurs problèmes. Dans ce sens les associations disposeraient suivant la terminologie des juristes d'un droit commun d'action tandis que l'Etat d'un droit d'exception d'action. Par-là se dessine clairement un autre intérêt théorique à cette étude à savoir un rappel de la théorie des fonctions de l'Etat³¹. D'autre côté, le sujet est aussi intéressant d'un point de vue pratique parce qu'il permet de jeter un regard sur le

²⁶ Muriel FAVRE-MAGNAN, *Introduction au droit*, 3^e éd., PUF, coll. Que sais-je ? 2016, p.71 : « la fondamentalisation du droit » marquerait l'importance croissantes des droits et libertés fondamentaux dans l'architecture juridique.

²⁷ C'est dans ce sens que se comprennent les articles 4 et 5 de la déclaration française du 26 Aout 1789.

²⁸ Voir pour une étude générale de la liberté d'association au Cameroun, Célestin KEUTCHA TCHAPGNA, *Le régime juridique des associations en droit public camerounais*, L'Harmattan, pref. Alain ONDOUA, 2013, 203p.

²⁹ A titre illustratif l'article 5 alinéa 2 de la loi camerounaise portant code général des collectivités décentralisées du 24 décembre 2019.

³⁰ Gérard-François DUMONT, « L'Etat-nation et le principe de subsidiarité », in *Diploweb.Com, Revue géopolitique*, 14 février 2021, 15.p, spéc.p.4.

³¹ François OST, Michel VAN KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, PUSL, Bruxelles, 2010, p.93 et s.

droit positif en matière de la liberté d'association dans certains pays de l'Afrique francophone noire.

Apporter une réponse à notre question principale se fera au travers de l'approche normativiste de la science du droit, notamment par l'interprétation des textes prioritairement, voire quasi exclusivement, dans le contentieux relevant des associations d'utilité publique est assez rare de cette aire géographique. L'étude se présentera donc en quelque sorte une abstraction, mais pas une pure activité théorique³² des philosophes mais comme ouvrant sur la signification des textes en la matière rendant imaginable par ce fait même, les possibilités d'ancrage concret. Il s'agit de l'étude du régime juridique du contrôle opéré par l'Etat sur les associations d'utilité publique. Le caractère concret apparaît ostensiblement quand on sait qu'on part des textes qui eux ont une réalité empirique pour arriver à leurs significations. Et celles-ci permettent de démontrer les possibilités d'application des textes à des faits ou actes. Le raisonnement est donc ici déductif.

On se limitera dans notre analyse à la période post-guerre froide s'agissant des Etats étudiés. A la lecture des textes des deux pays concernés, il y a une réponse qu'on tentera de prouver par la suite ou plus communément une hypothèse. Cette dernière consiste à affirmer que le régime juridique du contrôle opéré par l'Etat en cas d'espèce est ambivalent. Cette ambivalence s'apprécie notamment au regard d'une autonomie faible au moment de la naissance si l'on peut dire juridique des associations reconnues d'utilité publique. Dans ce cas on assiste à une véritable hétéronomie³³ au sens kantien, car c'est l'Etat seul qui fixe les règles pour qu'une association soit qualifiée d'utilité publique, on peut donc dans ce sens parler d'un durcissement du contrôle *a priori* ou celui de la reconnaissance d'utilité publique(I) d'une part. Paradoxalement, la reconnaissance d'un groupement comme accomplissant une mission d'utilité semble garantir une sorte de souplesse du contrôle *a posteriori* exercé sur les associations ainsi reconnues (II) dans la mesure où l'exercice de celui-ci est largement encadré d'autre part. Cet état du droit témoigne encore de la réticence de certains Etats africains à se libéraliser complètement.

³² Une activité qui consiste à avoir la pensée ou plus précisément la pensée pensée (résultat d'une réflexion) comme fin en soi ou pour parler comme le philosophe allemand HEGEL à la pensée en soi en tant que premier moment. Sachant que pour lui ce premier moment n'est qu'une pensée vide, sans détermination, se suffisant à elle-même. voir son ouvrage *Principes de la philosophie du droit* (1820), trad. André KAAN, préf. J. HYPOLITE, Gallimard, 1940, 240 .p

³³ GARANCE NAVRRO-UGE, *op.cit.*, spéc. p.293 : l'hétéronomie serait « les individus et les groupes sont gouvernés par les règles qu'ils n'ont pas choisis, des règles totalement extérieures à leurs volontés individuelles et collectives ».

I- Le durcissement du contrôle *a priori* de reconnaissance d'utilité publique

La place que la liberté d'association occupe dans la théorie des droits de l'homme est complexe. S'il est admis que « *de nombreuses expressions peuvent être rencontrées : droit de l'homme, libertés publiques, libertés fondamentales, mais elles n'ont pas la même signification, il ne s'agit pas d'une précision d'importance seulement terminologique, à chaque notion correspond un régime spécifique .ces termes ne sont pas interchangeables* », alors l'appartenance d'une quelconque espèce de liberté celle du groupement n'est pas sans conséquence dans la mesure où ce rattachement entraînerait directement des effets juridiques. Dans un pareil contexte, la liberté d'association est-elle une espèce du genre libertés publiques³⁴? Si par celles-ci on entend comme « *une faculté d'agir et une sphère d'autonomie (...) opposables à la puissance publique selon leur force normative (administration) et moins entre particuliers, groupe de particulier ou personnes morales de droit privé* »³⁵, on est en droit de constater une limite à cette catégorisation. Pour la raison fondamentale que le législateur ne saurait prétendre à un droit l'exclusif dans la réglementation des libertés publiques. Quoique celles-ci sont inscrites dans le domaine de la loi³⁶ elles ont une valeur constitutionnelle par voie de conséquence subi la censure du juge constitutionnel. Or comme le soutient la doctrine majoritaire, la consécration d'un droit ou une liberté dans le texte de la Constitution accorde à un tel droit ou liberté la dignité de droit fondamental³⁷. A ce propos l'article 8 de la loi constitutionnelle sénégalaise ne fait pas mention des libertés publiques lorsqu'elle parle de la liberté d'association. Il en va de même du préalable de la loi constitutionnelle du 18 Janvier 1996. De plus, du fait que dans les constitutions des Etats, il est souvent fait mention de l'attachement au droit international des droits et homme et des libertés³⁸. Or ce droit est constant en ce qui concerne la reconnaissance de la liberté d'association. On le voit, la liberté de d'associer est reconnue non seulement à l'égard des pouvoirs infra-

³⁴ Comme le dit explicitement le Professeur Alain-Serge MESCHERIAKOFF, « les associations et l'administration. D'une liberté encadrée a une liberté utilisée », in Claire ANDRIEU et al., (dir.), *Associations et champ politique*, éd., Sorbonne, 2001, <http://doi.org/10.4000/books.pSORBONNE.60489>, pp.231-241, spéc. p.231.

³⁵ Louis FAVAROU et al. *Droit des libertés fondamentales*, 7^e éd., Dalloz, 2016, p.103.

³⁶ Cf. Article 67 de la loi de la République du Sénégal, no.2001-03 du 22 Janvier 2001 portant constitution modifiée. JORS (no. Spécial 5963)

³⁷ Vanessa BARBE, *L'essentiel du droit des libertés fondamentales*, coll. Lextenso, Gualimo, Les carrés, 2020-2021, p.13 sq.

³⁸ Voir le Préambule de la loi constitutionnelle no.1996 /06 du 18 Janvier 1996 de la République du Cameroun

constitutionnels (sur la plan interne) mais aussi opposable au souverain même sur le plan international.

Cet assez long développement théorique n'est pas sans intérêt. Il a au moins une conséquence pratique. Le droit collectif de la liberté d'association commence par l'énonciation du texte règlementant cette dernière par le législateur. Par conséquent tout manquement ne doit pas être imputable à l'Administration qui comme on le sait ne fait souvent que rendre une volonté préexistante concrète ou mieux dans la réalité empirique. A voulant trop de faire de l'Administration l'ennemi numéro un des libertés³⁹, c'est la même chose d'attribuer l'imperfection d'un ouvrage à l'ouvrier qui comme on le sait généralement ne se contente d'appliquer les idées de l'architecte. Si mal il y a, c'est à la conception ou ici le contenu de la volonté législative.

Or si on part donc de ce constat, force est de reconnaître dans les pays objets de notre analyse en ce qui concerne des associations d'utilité publique une politisation du contrôle de la reconnaissance d'utilité publique d'une association (A). Un état de droit qui nous amène alors un problème de la possibilité d'un contentieux de reconnaissance d'utilité publique (B).

A- La politisation du contrôle de reconnaissance d'une association comme d'utilité publique

Comme on le sait, la conquête de la liberté s'est toujours opérée ou mieux fondée sur le besoin de limitation du pouvoir civil⁴⁰, il s'agissait d'affirmer l'existence de principes limitatifs du pouvoir civil⁴¹. Ainsi tout comme d'autres libertés, celle de l'associer librement est avant tout une prérogative qui s'impose à l'Etat. C'est dans ce sens que le mot politisation ne peut fréquemment être défini ou entendu ici comme le remplacement. Mais il faut le relever que toutes les associations ne sont pas qualifiées d'utilité publique, certaines sont éliminées à cause de l'insuffisance des critères pouvant conduire à mener une activité d'utilité à l'instar des critères basés sur le mérite et d'autres. Toutefois, afin d'éviter un glissement subtil qui conduirait à un passage de la liberté au libertinage de nature anémique, il est toujours nécessaire qu'il y ait des limites à l'exercice effectif de ces libertés. S'associer oui mais pas dans l'optique de nuire.

³⁹ Serge-Alain MESCHERIAKOFF, *op.cit.*, p.231 sq.

⁴⁰ Louis FAVOREU et al., *op.cit.*, p.43.

⁴¹ *Ibidem.*

Ainsi, la politisation dont il est question ici s'apprécie par la liberté que disposent les autorités dans la reconnaissance d'une association étant d'utilité publique. Ce statut semble relever de la discrétion des pouvoirs publics. Ce qui en théorie constitutionnelle semble se justifier par le fait comme dit habituellement que l'Etat dispose de la souveraineté interne ou d'un moins sur les individus présents dans son territoire. Pour apercevoir cette politisation, il suffit de comprendre que hormis, le grossissement des formalités substantielles d'une reconnaissance d'utilité publique sollicitée (1) dans un premier temps, mais surtout l'Etat dans ces deux pays semble être libre de l'accorder ou pas (2) dans un second moment.

1- L'alourdissement des formalités substantielles d'une reconnaissance sollicitée

Aux termes de la loi portant du 19 décembre relative est la liberté d'association camerounaise précisément en son article 5 il est dit *in extenso* « *les associations obéissent a deux régimes* :

- *le régime de la déclaration*
- *le régime de l'autorisation* »⁴².

Par la suite, le législateur mentionne de la nature des associations régies par le régime de l'autorisation. Il s'agit en substance, des associations étrangères s et des groupes religieux⁴³. Par une interprétation cet alinéa *a contrario* on comprend le principe ou encore le droit commun en la matière c'est la déclaration et l'exception qui doit toujours s'interpréter strictement est la règle. Il en va de même du cas sénégalais. Dans ce pays, le législateur énonce « *l'association se forme librement sans aucune formalité que celle de la déclaration préalable et l'enregistrement de cette déclaration* »⁴⁴. Par la suite la loi dispose « *aucune association étrangère ne peut se former ni exercer son activité sans l'autorisation préalable* »⁴⁵. Le régime d'autorisation aussi semble constituer l'exception en matière du droit à la liberté de s'associer. La liberté comme principe et la restriction à celle-ci comme exception.

⁴² La loi no.90/053 du 19 décembre 1990 relative à la liberté d'association

⁴³ Ibidem, article 5 alinéa 2.

⁴⁴ Article 812 de la loi no.92/007 du 15 Janvier 1992 modifiée portant code des obligations civiles et commerciales

⁴⁵ Ibid., Article 824

Il en ressort donc que avant de vouloir être reconnue comme d'utilité publique, une association doit nécessairement se constituer en tant telle mais en jouissant toutefois de la personnalité morale de droit privé. Pour emprunter un peu une analogie de la physique organique, nous dirons que la reconnaissance d'utilité publique est le passage adulte d'un regroupement mais la reconnaissance comme une association tout court est son enfance. A partir du moment où certains individus ont décidé pour des raisons subjectives de mettre en commun certains moyens ou mieux d'agir ensemble collectivement, le groupe ainsi formé relève d'emblée du domaine privé. En la matière, il y a donc un primat du privé sur le public.

Comme la vie est un processus commençant de la vie jusqu'à mort, tout vivant est nécessairement soumis au mouvement. Pour emprunter une terminologie propre au philosophe allemand HEGEL nous dirons que l'être n'est ce qu'il est. HERACLITE aurait donc raison sur PARMENIDE. La vie serait ainsi dynamique et non statique. Cette logique ne s'applique pas seulement à une substance mais aussi aux institutions. Elles sont instituées. Ce n'est donc pas sans raison que le doyen HAURIUO dans son célèbre opuscule a écrit en sous-titre, essai du vitalisme social⁴⁶. C'est ce qui permet de comprendre le passage d'une association privée a une association publique .Pour ce faire, la première doit en quelque sorte être habilitée pour rester dans la terminologie juridique par le titulaire de la souveraineté même, à savoir l'être abstrait qu'on appelle Etat. N'agissant que par et à travers ses organes cette reconnaissance se donne par les autorités publiques habilitées elles aussi par un acte de volonté à le faire.

Cette reconnaissance n'est pas unilatérale mais bilatérale. Elle est enclenchée par l'association privée elle-même ou plus précisément ses organes en conformité à leur statut. Pour s'en convaincre, il suffit de lire la lettre de la loi, celle sur la liberté d'association au camerounaise qui dispose « *Toute association dont a contribution effective est déterminante dans la réalisation des objectifs prioritaires du gouvernement peut, sur sa demande être reconnue d'utilité publique par décret (...)* »⁴⁷. Si le législateur Cameroun consacre explicitement le caractère bilatéral de l'acquisition de la dignité d'utilité publique d'une quelconque association de droit privé, celui sénégalais semble hésitant. En effet, ce dernier énonce « *l'association déclarée peut être reconnue*

⁴⁶ Maurice HAURIUO, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai du vitalisme social », in *cahier de la nouvelle journée*, no.23, 1925, 88-128. pp

⁴⁷ Article 32 alinéa 1 de la loi du 19 Décembre 1990 relative à la liberté d'association

d'utilité publique par décret »⁴⁸. C'est imprécision ne doit pas laissée penser que le principe de la bilatéralité soit violer pour la simple raison que, la procédure de déclaration émane nécessairement du groupement. Il est a noté que cette demande pour être recevable doit comporter un certain nombre d'éléments. Il s'agit d'abord des éléments propres a toutes associations de droit privé à savoir l'indication du siège, de la liste de ses adhérents ses statuts de son objet social. Et ensuite des éléments propres requis pour qu'une association soit reconnue d'utilité publique à savoir cette dernière soit déclarée ou autorisée depuis au moins deux ans⁴⁹, que son objet soit un service public administratif ou alors s'inscrit dans le cadre de la politique de la Nation telle que définie par le Président de la République. Cette demande doit être formulée au Ministre de la L'Administration Territoire au Cameroun et ou Ministre de l'Intérieur s'agissant du Sénégal.

Il en ressort que c'est toujours une association de droit privé qui « *revendique la possibilité d'accéder à la catégorie supérieure à celle de l'intérêt privé de ses membres* »⁵⁰. Face à une pareille demande quelle possibilité de réponses offre le droit aux organes compétents de l'Etat ?

2- La paradoxale affirmation d'une reconnaissance discrétionnaire de l'Etat

En matière d'action, l'Administrative jouit généralement de deux possibilités .Elle peut soit jouir d'une compétence liée soit d'un pouvoir discrétionnaire. Par la première, il faut entendre le fait que « *l'agent doit accomplir l'acte* »⁵¹ ou encore « *doit agir dans un sens entièrement prédéterminé* »⁵². Quant au second, il s'entend comme la faculté pour un agent « *d'agir sans être obligé de le faire* »⁵³ ou pour reprendre les mots célèbres de MICHOUUD « *toutes les fois qu'une autorité agit librement sans que la conduite à tenir soit dictée à l'avance par la ou une règle de droit* »⁵⁴. Après une lecture de cette dernière définition, il semble évident que l'acte déclarant une association d'utilité publique relève du pouvoir discrétionnaire des organes habiletés à le faire. Pour arriver à une telle conclusion, il est au préalable nécessaire de nuancer le propos du Professeur Paul Amssek, pour qui, c'est l'interprétation de la norme qui fixe l'élément voulu par l'auteur du

⁴⁸ Article 812 du 15 Janvier 1992 modifiée portant code des obligations civiles et commerciales

⁴⁹ Article 1 du décret de la République sénégalaise no.76-199 du 17 février 1976 fixant les conditions d'octroi et de retrait de la reconnaissance d'utilité publique aux associations

⁵⁰ Alain-Serge MESCHERIAKOFF, *op.cit.*, spéc.p.236.

⁵¹ Georges DUPUIS et al.,*Droit administratif*,10 éd.,Dalloz,Sirey,2007,p.466.

⁵² Cité par Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif*,12^e éd.,coll.préc.Domat droit public,2018-2019,p.467.

⁵³ Georges DUPUIS et al.,*op.cit.*,p.466.

⁵⁴ Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT,*op.cit.*,p .467.

texte non la formulation de celui-ci⁵⁵. En d'autres mots, pour cet auteur, la conduite prescrite dans une norme ne découlerait pas de la formulation du texte qui contiendrait la norme en puissance dans le sens Aristotélicien. Dans ce sens, il paraît bien superflu de s'attacher à la forme linguistique de l'énoncé mais plutôt à la fonction qu'on fait jouer à ce qui est énoncé⁵⁶. Le texte serait à ce titre une source où l'on peut déduire la norme ou plus exactement la signification objective ou normative. Les normes ou règles « sont des outils mentaux qui appartiennent au monde de l'intelligible et on du *sensible* »⁵⁷. Opter pour une pareille ontologie conduirait inévitablement l'analyse juridique à se limiter à l'opinion émise par les acteurs habilités par le système juridique. Or comme tout le monde le sait, l'interprétation est le propre de tout discours et elle s'effectue prioritairement suivant la lettre du texte. Dans ce sens on peut dire même la science du droit à la lecture d'un énoncé peut émettre une signification vraie à défaut de recevoir une validité postérieure. Il en va ainsi de la sécurité juridique. Quoique droit soit un langage artificiel, il ne peut s'épanouir et se légitimer que s'il s'appuie aussi sur le langage naturel.

Si des lors, on admet que la lecture d'un texte peut faire ressortir pour parler comme les normativistes signification objective, alors on peut que l'usage par le législateur du verbe pouvoir⁵⁸ renvoie à une possibilité, une liberté. L'utilisation de ce verbe par le législateur Cameroun témoigne de la liberté de décision offerte ici au ministre en charge de l'Administration Territoriale et au Président de la République. Celui n'est tenu avant de déclarer une association d'utilité publique de recevoir l'avis du premier. En tout état de cause, cet avis est loin d'être conforme. Cette exigence d'avis n'est pas existante au Sénégal. Le législateur Sénégal affirme sans aucune autre précision que la déclaration d'utilité publique est prononcée par décret. Or on pourrait croire d'emblée que seul le Président soit l'autorité habilitée à déclarer un groupement comme d'intérêt public. En effet, il est généralement admis en Afrique que le chef de l'Etat soit au centre de toutes les attentions juridiques. Or, à la lecture de la loi constitutionnelle tout porte à croire que la compétence de déclarer une association d'utilité publique est détenue conjointement par celui et son Premier Ministre. Il suffit pour s'en convaincre de lire l'article 43 en son alinéa 1 de la loi constitutionnelle

⁵⁵ Voir en ce sens Paul AMSELEK, « Les fonctions normatives ou catégories modales », téléchargeable en accès libre en ligne, p.5.

⁵⁶ Ibidem, p.6.

⁵⁷ Ibid, p.2.

⁵⁸ Art.,32 alinéa 1 « (...) du gouvernement peut (...).

qui énonce « *le Président de la République signe les ordonnances et les décrets* »⁵⁹. Par la suite le constituant Sénégal énumère un ensemble de domaines où le Président lorsqu'il agit n'a pas besoin du contreseing de son Premier Ministre. Or suivant l'interprétation *a contrario litteral*⁶⁰ parmi les actes que seul signe le Président de la République il n'est pas fait mention des actes de reconnaissance d'utilité publique d'une acte association. En conclusion ces actes sont contresignés.

Quoi qu'il en soit la reconnaissance d'utilité même après avis favorable du Ministre de l'Administration Territoriale ou de l'Intérieur en ce qui concerne ne Sénégal ne lie pas l'autorité compétente à reconnaître et par voie de conséquence déclarer qu'une association est désormais d'utilité publique. L'accession à cette dignité est donc tributaire du simple vouloir de l'organe désigné par le législateur ou par le constituant pour le faire. A titre d'exemple le décret no.2019/345 du 09 Juillet 2019 portant reconnaissance de l'association dénommée « *Afrique futur Cameroun* » d'utilité publique est assez éloquent cet égard.

En définitive, une association après avoir formulé une demande devant contenir des éléments substantiels doit s'adresser à une autorité dont l'objectif sera en quelque sorte de faire une instruction pour savoir si cette association remplit vraiment une mission de service public ou s'inscrit de par son objet dans le cadre de l'action gouvernementale. L'instruction étant faite il peut transmettre la demande à l'autorité capable de conférer le statut d'utilité publique a un groupement. A ce titre, contrairement à ce qui se passe en matière criminelle, cet organe n'est pas lié juridiquement par le résultat de l'instruction du Ministre de l'Intérieur ou de l'Administration Territoriale. Il peut donner suite à la demande ou non et ce à tout moment sans que le temps lui soit opposable. Son silence est ici interpréter comme refus explicite, seul un *instrumentum* dument promulgué atteste de l'existence d'une association comme d'utilité publique. Face donc à cet état droit il se pose à la question de la compatibilité de cette règle à la doctrine de l'Etat de droit. Ainsi la question de la possible justiciabilité d'une demande de reconnaissance d'utilité publique se pose avec acuité.

⁵⁹ La loi constitutionnelle du 22 Janvier 2001.

⁶⁰ Frédéric ROUVIERE, « Typologie des problèmes juridiques et argumentation », in *RTDciv*, Dalloz, 2022, p.559, préc. p.562 : « *Tout ce qui ne peut pas être justifié par une interprétation de la lettre doit être exclu du champ du texte* ».

B- La justiciabilité incertaine d'une demande de reconnaissance d'utilité publique

Poser sans détour la question de l'incertitude qui entoure la justiciabilité ou mieux la possibilité d'un contentieux en ce qui concerne la reconnaissance de l'utilité publique d'une association qui en a fait la demande présuppose au moins deux choses. D'une part, un tel questionnement remet en cause l'idée classique selon laquelle le droit privé ou plus exactement qu'une personne morale de droit privé agirait par nature pour des fins égoïstes tandis qu'une collectivité publique serait d'emblée porteuse de l'intérêt collectif⁶¹. Contre cette conception, il faut bien admettre avec Adam SMITH que parfois « *une main invisible se charge de convertir les intérêts les plus égoïstes des hommes en intérêt général* »⁶² par conséquence reconnaître « l'insuffisance de ce critère »⁶³ comme marque de distinction entre une personne de droit privé et public. L'intérêt général n'est pas l'apanage des personnes publiques. Il revient certainement à celles-ci de le définir mais, étant une notion floue son contenu relève au fond de la prétention subjective. On le voit, il s'agit donc pour nous d'abolir la frontière qui se veut pourtant naturelle alors qu'en réalité elle est artificielle par voie de conséquence inopérante entre les groupements privés et les collectivités publiques. D'autre part, il s'agit d'admettre la possibilité d'un droit a reconnaissance d'utilité publique. Ce droit serait lié à la vie associative quand celle-ci est non lucrative. Car comme tout le monde le sait, le service public est gratuit c'est un des principes de base du droit du service public.

En tout état de cause, du fait que la reconnaissance d'utilité publique d'une association a des conséquences juridiques importantes pour le bon accomplissement de l'objet de celle-ci il paraît évident qu'un tel acte d'accession a une dignité supérieure d'être⁶⁴ n'est pas anodine. Il en va indirectement du bien-être du corps social. Comme un marché public ou une délégation de service public, une association reconnue comme t'utilité publique devient le partenaire de l'Etat⁶⁵. Certes, il semble à première vue se produire « *une sorte de compétition entre les personnes publiques et la personne privée (...)* »⁶⁶. Mais en réalité il ne peut s'agir que d'une relation

⁶¹ Cette conception serait le critère même de distinction du droit privé et du droit public, voir en ce sens Sophie DRUFFIN-BRICA ,L'essentiel de l'introduction générale au droit, 15^e éd.,Lextenso,Gualimo,2019-2020,p.19.

⁶² Cité implicitement par Jiangyuan JIANG,*op.cit.*,p.33.

⁶³ Sophie DRUFFIN-BRICA,*op.cit.*,p.19.

⁶⁴ Alain-Serge MESCHERIAKOFF,*op.cit.*,p.236.

⁶⁵ *Ibidem*, p.234.

⁶⁶ *Ibid.*,

complémentaire. Dans cette optique, si le droit positif offre une possibilité théorique d'un contentieux de demande de reconnaissance d'utilité publique d'une association (1), tout porte à croire que dans ces deux pas il y' a une forme de refus du droit a reconnaissance d'utilité publique (2).

1- Une justiciabilité théorique ou éventuelle du droit à la reconnaissance d'utilité publique

Théorique fait référence à une ou de (s) possibilité(s) au regard du droit positif et la théorie du droit. Une étude rapide des droits positifs des Etats objets de la présente étude laisserait penser qu'il n'est consacré nulle part un droit a reconnaissance d'utilité publique pour un groupement. Pourtant à y regarder de plus près, la chose n'est pas aussi simple .Il peut se trouver dans l'ordonnement juridique un fondement à un tel recours. Pour nous en convaincre, il suffit d'avoir recours d'abord à la loi constitutionnelle de la République du Sénégal. Elle énonce non seulement en son préambule que l'Etat assure « *le respect et la consolidation d'un Etat de droit dans lequel l'Etat et les citoyens sont soumis aux mêmes normes juridiques sous le contrôle d'une justice indépendante et impartiale* »⁶⁷. Dans un autre article le constituant sénégalais affirme en outre « *les citoyens ont le droit de constituer librement des associations, des groupements économiques, culturels et sociaux, sous réserve de se conformer aux formalités édictées par les lois et règlements* »⁶⁸. En d'autres mots, s'agissant de ce dernier article de la loi, la seule obligation qui pèse sur les membres d'une associations voulant se voir reconnaître d'être t'utilité publique est le respect des exigences formelles mentionnées plus haut. Ce qui semble signifier a même temps que cette exigences sont remplies cette personne privée peut intenter une action contentieux pour renaissance en se fondant non seulement sr cet article mais aussi sur la formulation citée du préambule. On peut donc sans risque de trop nous tromper que le droit à la reconnaissance d'utilité publique a une valeur constitutionnelle au Sénégal.

Dans le cas camerounais bien que le constituant ne fait allusion que laconiquement de la liberté d'association, on peut partir du principe général du droit qui vaudrait qu'un recours soit « *ouvert même sans texte contre tout acte administratif et qui a pour effet d'assurer conformément*

⁶⁷ La loi constitutionnelle du 22 Janvier 2001.

⁶⁸ Ibidem, art.12.

aux principes généraux du droit, le respect de la légalité »⁶⁹ pour reconnaître une possibilité d’ester en justice contre un acte de refus de reconnaissance d’utilité publique. Le silence de la loi ne saurait être un château fort où doit s’abriter le juge administratif. C’est justement à ce prix, qu’il peut légitimement se considérer comme un des gardiens de l’Etat de droit. Or ce concept s’appréhende surtout comme un refus de laisser un acte produisant des effets juridiques hors de contrôle de légalité. Nul nous dit-on n’est au-dessus de loi. L’effectivité de cette maxime passe nécessairement par le courage du juge.

Dans le cas d’espèce, il s’agirait pour le juge saisi d’opérer deux opérations distinctes. Il devrait dans un premier reconnaître que le silence gardé pendant un temps par l’Administration depuis le dépôt de la demande de reconnaissance a valeur d’un silence rejet. Le silence serait normateur dans le sens de refus. Dans un autre moment, le juge devrait dans le cadre du plein contentieux de substituer à l’Administration et pourquoi pas reconnaître à la place de celle-ci le caractère d’utilité publique. Se substituer seulement en cas de carence, car comme on le sait bien le juge administratif camerounais n’est pas le droit d’adresser les injonctions à l’autorité administrative au nom du fameux principe de la séparation des pouvoirs. Un peu à l’image du contrôle que juge administratif opère en matière d’expropriation d’utilité publique. Quand il est sollicité pour effectuer un pareil contrôle, il se prononce sur l’utilité publique du projet. Il a par conséquent la possibilité là de reconnaître de l’utilité publique.

Cette approche rencontre un insuccès quand on s’intéresse à la pratique, elle s’appréhende alors péjorativement à une pure spéculation.

2- Le refus d’un droit à la reconnaissance d’utilité publique

Si le pouvoir discrétionnaire n’est pas synonyme d’arbitraire⁷⁰ c’est parce qu’il n’exclut pas la légalité. Il ne s’agit par d’un pouvoir complètement hors de contrôle. Après tout, n’est-il pas préférable de parler plutôt de compétence discrétionnaire que pouvoir afin de dissiper les ambiguïtés ? Cette appellation permettrait de comprendre qu’il ne s’agit certainement pas des actes de gouvernement insusceptible de recours. Tout semble de passer comme si il revenait

⁶⁹ Cf. Conseil D’Etat ass.17 février 1950, Ministre d l’agriculture c. dame Lamotte cité par Marceau LONG et al., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, p.649.

⁷⁰ Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *op.cit.*, p.467.

exclusivement au Président de la République de décider in fine si une association était d'utilité publique. Cette pensée est malheureusement présente au sein même de ces associations qui postulent pour accéder à cette fameuse reconnaissance. Elles se disent en gros qu'elles vont enclencher les démarches tout en croisant les doigts que le Président de la République approuve.

Il suffit pour le constater de regarder l'inexistence du contentieux à reconnaissance dans ces deux pays. Cette effectivité ne découle pas des textes juridiques mais d'une peut-être l'insuffisance de formation juridique de membres de ces groupements. Ailleurs, pour prendre le cas français lorsque les conditions et les procédures d'acquisition du statut de reconnaissance d'utilité publique d'une association sont remplies un décret pris sur avis du Conseil d'Etat entraîne automatiquement cette reconnaissance.

En somme, il faut bien dire que si le principe de liberté des associations implique le plus souvent le remplacement du contrôle a priori par celui a posteriori⁷¹ en ce qui concerne celles reconnues d'utilité publique ce constat doit être nuancé. En effet, en espèce, le contrôle s'exerce aussi a priori et a posteriori. Par ce premier contrôle qu'on a qualifié de lourd, l'Etat ou ce qui revient au même ici ses organes procèdent à la vérification de certaines conditions requises afin de bénéficier de ce statut. Si ce contrôle a priori s'avère pesant sur la possibilité d'existence de ces associations, la question du contrôle qui s'opère, quand elles ont déjà une existence légale se pose, c'est-à-dire au moment de l'octroi de la personnalité juridique.

II- La souplesse du contrôle *a posteriori* sur les associations reconnues d'utilité publique

La personnalité juridique est l'acte de naissance dans la vie du droit. Elle marque une capacité à produire les actes juridiques. Si pour les personnes physiques il suffit de naître vivant et viable, s'agissant des personnes morales de droit privé, il est nécessaire d'accomplir certaines formalités prévues par le droit positif. Tel est le cas comme nous l'avons déjà relevé plus haut pour les associations reconnues d'utilité publique. Il faut le dire, cet acte de reconnaissance qui se matérialise par un acte réglementaire, est en quelque sorte un partenariat⁷². Par la reconnaissance

⁷¹ Charles DEBBASH, Jacques BOURDON, « Le contrôle sur les associations », in *Les associations*, 2006, pp.111-115, spéc. p.111

⁷² Voir, Alain-Serge MESCHERIAKOFF, *op.cit.*, p.235 et s.

l'Etat en réalité entre dans une relation contractuelle, mais celle-ci est implicite. Comme on le sait tous depuis, l'Etat est l'unique garant du bien commun. Ce dernier est sa raison d'être même. Cette finalité de la puissance étatique ne veut pas dire que celle-ci a le monopole de la générosité. Loin s'en faut, surtout dans un contexte actuel où l'Etat social a du mal être une réalité pour les citoyens⁷³. Puisque, l'Etat pour reprendre pour reprendre une heureuse formule est « *tuteur universel* »⁷⁴, il lui incombe fondamentalement de restaurer la dignité de plus vulnérables de sa population⁷⁵.

Face à cette logique et quand on sait que dans ce continent, il existe une sorte de dilemme entre la motivation et la capacité de l'Etat⁷⁶, la nécessité pour la société de s'organiser apparait alors au grand jour. Pour reprendre littéralement un slogan tigréen nous dirons « *il n'y a pas de gouvernement, organisons-nous (...)* »⁷⁷. C'est son cet angle qu'on peut mieux comprendre pourquoi dans les deux pays objets de cette étude le contrôle du fonctionnement des associations reconnues d'utilité publique est souple. Même si le principe fondamental reste que « *l'Etat se méfie des associations qui le concurrencent* »⁷⁸. Dans un pareil contexte il y aurait donc à côté du détenteur originel du bien commun, d'autres entités qui sous une délégation expresse ou explicite de celui-ci détenir une sorte de bien commun secondaire ou subsidiaire. Dans cette optique un contrôle de l'Etat est toujours nécessaire mais s'il est relâché, ce dernier déploie par deux organes distincts. Il existe à côté du contrôle exercé par l'Administration publique (A), celui mis en branle par la juridiction des comptes(B). Si au regard du régime de contrôle des associations d'utilité publique parait plus sévère que les autres formes associatives, c'est justement au nom de l'affirmation de la souveraineté de l'Etat et aussi surtout du fait que ce statut offre plusieurs avantages.

⁷³ Voir Alexander PETRING et al. *Manuel de la démocratie sociale 3*, Friedrich Ebert Instiftung,2014, p.22 et s.

⁷⁴ Charlie MBALLA, « La protection des faibles : un baromètre de développement de l'Etat en Afrique subsaharienne »,Charlie MBALLA(dir.),*L'Etat dans les Afriques :Etat des lieux en Afrique subsaharienne*, Paris ,L'Harmattan,2022,pp.65-85,spéc.p.66.

⁷⁵ Ibidem,p.84 et s.

⁷⁶ Ibid.,p.76.

⁷⁷ Cité par Ngamondi KARIE YOUSOUFOU, « L'Etat-nation africain face à la recrudescence des irrédentismes dans le contexte de la pandémie Covid-19 :De l'ère de la gouvernance a l'instauration d'une gouvernance publique efficace »,Charlie MBALLA(dir.),*L'Etat dans les Afriques :Etat des lieux en Afrique subsaharienne*,Paris,L'Harmattan,2022,pp.19-30,spéc.p.23.

⁷⁸ Charles DEBBASCH, Jacques BOUDRON, *op.,cit.*,spéc.p.111.

A- Le contrôle minimal exercé par l'Administration publique

Par Administration publique ici, il faut entendre « *l'ensemble des organes assurant la fonction administrative, qui au sein des personnes publiques, relèvent du pouvoir exécutif, soit par un lien de subordination directe dans le cadre étatique, soit par la soumission à son contrôle* »⁷⁹. Ce constat n'est pas anodin pour la simple raison que d'un point de vue fonctionnel une association reconnue d'utilité s'appréhende comme administrative de par son activité⁸⁰. En ce sens, l'importance de séparer ces deux entités est fondamentale. Ceci pour la simple raison qu'il s'agit de montrer dans les lignes qui suivent que l'Administration ne forme pas un tout homogène avec les associations d'utilité publique.

S'il est admis qu'une « *personne morale est une entité fictive ; abstraite, chargée de protéger ses intérêts* »⁸¹ force est d'admettre ici que l'Etat et les associations reconnues d'utilité publique, strictement parlant n'ont pas les mêmes intérêts. Le premier représente l'intérêt General, le second se propose de participer à la réalisation effective de cet intérêt général. Dans ce contexte, le titulaire du pouvoir primaire de l'intérêt général doit contrôler celui-ci qui agit par sa délégation dans son domaine originel. Toutefois et c'est en cela que ce contrôle est souple. Justement du fait que ce soit l'Etat qui donne ou mieux consacre l'existence d'une association d'utilité publique, on peut dire que celle-ci bénéficie par cet acte là d'une présomption si l'on peut dire d'agir pour l'intérêt général. Le contrôle se trouve donc minimal, c'est-à-dire limité à l'ordre public et au respect du statut de l'association ainsi reconnue d'utilité publique. Il convient donc de s'appesantir sur le régime du contrôle minimal (1) et les sanctions possibles en cas de manquement (2).

1- Le régime du contrôle minimal

Ce contrôle est exercé au nom de l'Etat du Ministre de l'Administration Territoriale pour le cas du Cameroun et le Ministre de l'Intérieur en ce qui concerne le Sénégal. IL porte principalement sur le respect de l'ordre public et des statuts de l'association et les donations. Par le contrôle en vue du maintien de l'ordre public, il porte sur le caractère des activités de ces associations. La question fondamentale est de savoir si le regroupement des membres d'une

⁷⁹ Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *op.cit.*, p.21.

⁸⁰ *Ibidem*, p.22.

⁸¹ *Ibid.*, p.12.

association reconnue d'utilité publique est de nature à porter atteinte à la sécurité, tranquillité ou l'hygiène publique. Là encore il ne s'agit que l'application de la maxime qui vaudrait que l'exercice d'une liberté ne soit pas liberticide pour l'autre. Quant au contrôle des statuts, il s'agit de l'application de l'Etat de droit au sein d'un groupement d'utilité publique. A partir du moment où les membres dudit groupement ont, dans le cadre d'une création collective interne adopté des statuts, et dans l'optique de vouloir être reconnu d'utilité publique, les ont présentés à l'autorité administrative, il devient dès lors indispensable que ses statuts soient respectés. Par respect ici, il faut entendre l'objet, le siège social, le fonctionnement interne, bref le droit constitutionnel de ses associations et l'autorité administrative devient en quelque sorte le gardien de leur légalité constitutionnelle.

En ce qui concerne le contrôle des dons et legs que ceux-ci ne peuvent être reçus par une association reconnue d'utilité publique qu'après autorisation du Ministre chargé de l'Administration Territoriale⁸². En effet « contrôler le don est devenu une nécessité, alors même qu'il relève de la sphère privée et s'entend de cet acte de générosité par lequel un particulier ou une entreprise donne à un organisme sans but lucratif en vue de la réalisation de l'objet de ce dernier », « le don et plus particulièrement l'emploi qui en est fait, doivent désormais être soumis au contrôle de l'autorité publique »⁸³. Ce contrôle s'apparente par analogie à celui effectué par l'ordonnateur en droit des finances publiques avant le décaissement du comptable. Le Ministre vérifie la régularité de la provenance des fonds, de la qualité des donateurs, de l'activité qu'ils mènent.

2- Les sanctions possibles en cas de manquement

Il revient au Président de la République au Cameroun ou celui-ci contresigné par son Premier ministre de prononcer une sanction à l'encontre des associations d'utilité publique. En fonction du principe de parallélisme des formes c'est l'autorité qui prend une décision qui est aussi compétent pour défaire cette décision. A ce titre le Président de la République seul ou avec son Premier ministre est l'autorité sanctionnatrice des associations d'utilité publique. Lorsque ce

⁸² Article 32 alinéa de la loi du 19 décembre ; Article 812 du code des obligations civiles et commerciales du Sénégal.

⁸³ Stéphanie DAMAREY , « Le contrôle des dons par la cour des comptes », in ;Nathalie JACQUINOT(dir.),Le don en droit public ,LDGJ ,Presses de l'Université de Toulouse Capitole,2013,pp.181-193,spéc.p.181.

dernier constate amèrement que la gestion des biens à leur être cédé n'est pas efficace⁸⁴ et efficiente. En effet, pour le chef d'Etat de la République du Cameroun, au regard des objectifs 2035 le Cameroun se doit un pays émergent ; et pour cela, les associations dites d'utilités se doivent une gestion efficace des biens affectés à leur service⁸⁵. Il peut par son Ministre de l'Intérieur ou de l'Administration Territoriale, rappeler lesdites associations à l'ordre ou plus drastiquement prononcer leur dissolution pure et simple. Pour être plus précis, il s'agit du retrait de la reconnaissance de l'utilité publique

Cette possible dissolution est toutefois susceptible de recours devant le juge pour excès de pouvoir. S'il est saisi, il peut effectuer un contrôle restreint puisqu'en la matière l'autorité administrative jouit d'une compétence discrétionnaire.

Ce contrôle de l'autorité administrative n'est pas unique sur les associations d'utilité publique. A côté de celui-ci il s'exerce aussi un contrôle juridictionnel.

B- Le contrôle juridictionnel finaliste sur les associations d'utilité publique

La reconnaissance d'une association comme étant d'utilité publique confère en celle-ci un avantage très important. La possibilité de recevoir les dons et legs non seulement des particuliers, mais aussi et surtout des personnes publiques⁸⁶. Or en droit public, «*la notion de don n'a jamais exclu l'existence d'une contrepartie, à condition que celle-ci ne soit pas directe* » en ce sens que «*le don ne saurait être assimilé à la gratuité ou à la générosité* »⁸⁷. De même, les subventions comprises «*une aide financière prélevée sur un budget public* »⁸⁸ ne sont pas purement gratuits⁸⁹.

Ce contrôle se fonde sur deux éléments théoriques à savoir premièrement sur l'idée pertinente selon laquelle «*le don doit être utilisé conformément à la volonté du donateur* », et

⁸⁴ DIMI BIWOULE Innocent – Jésus, *La gestion des biens de l'Etat en droit camerounais*, Thèse de Doctorat/PhD en Droit public, Université de Douala 2020, 550p. En effet, l'auteur pense que « l'Etat affecte des biens à des personnes publiques physiques ainsi que qu'à des associations afin que ces derniers en fassent une utilisation efficace ».

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ Article 32 et 812 respectivement de la loi portant liberté l'association au Cameroun et le code des obligations civiles et commerciales du Sénégal.

⁸⁷ Pascale IDOUX, « Les dons et subventions des personnes publiques aux personnes privées », in Nathalie JACQUINOT(dir.), *le don en droit public*, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2013, pp.157-179, spéc.165.

⁸⁸ *Ibidem*, spéc.p.157.

⁸⁹ *Ibid.*, spéc.162.

deuxièmement que « *le don ne peut s'exprimer que dans un climat de confiance* »⁹⁰. En d'autres mots, derrière un don ou ce qui ne revient pas tout à fait au même une subvention l'intention de l'offrant doit être respectée. Il ne suffit pas créer une association qui peut par la suite se voir reconnaître d'utilité publique pour prétendre se sévir de ce haut statut en ce qui concerne la vie associative afin de servir ses intérêts égoïstes et distraire les fonds. Il s'agit en réalité d'éviter autant que faire se peut les détournements ou escroquerie. Ces fonds acquiers le statut de fonds publics dès que l'Etat y a participé ou plus important un particulier qui comme le devinera donner une participation du fait de cette reconnaissance de l'Etat. Cette dernière donne à une association une notoriété au niveau local, national et aussi mondial. Il convient par la suite de nous appesantir sur le fondement juridique d'un tel contrôle (1), la nature des sanctions de la cour des comptes (2).

1- Fondement juridique d'un contrôle juridictionnel sur les associations d'utilité publique

Par fondement ici, on entend la base légale qui justifie action ou un acte. C'est où se trouve la norme qui soutient une décision juridique.

Ainsi aux termes de l'article 3 de la loi camerounaise portant régime financier de l'Etat et des autres entités publiques il est écrit « sont considéré comme des fonds publics soumis aux règles définies par la présente loi, quels qu'en soient l'objet et la nature, les ressources de l'Etat de toute autre administration publique (...) »⁹¹. Dans cette logique lorsque l'Etat transfère ses ressources pour le fonctionnement d'une association reconnue d'utilité publique, celles-ci sont de droit considérées comme des dépenses publiques. Il suffit pour s'en convaincre de lire l'article 28 en son titre IV de ladite loi. Dans la même veine la loi organique abrogeant et remplaçant de loi organique du 08 juillet relative aux lois des finances en son article 11 que parmi les dépenses ordinaires y figurent les dépenses de transfert courant⁹².

Ainsi, puisque des ressources des associations reconnues d'utilité publique peuvent être en grande partie des fonds issus de l'Etat, ceux-ci sont donc soumis au contrôle juridictionnel de la juridiction des comptes. A ce titre, les gestionnaires de ces sociétés peuvent être considérés en espèce,

⁹⁰ Stéphanie DAMAREY, *op.cit.*, p.183 et s.

⁹¹ La loi no.2018/012 du 11 Juillet 2018 portant régime financier de l'Etat et des autres entités publiques.

⁹² La loi organique portant loi de finances de l'Etat du 26 Février 2020

comme des comptables de fait. A travers sa juridiction financière l'Etat garde un regard de l'utilisation légale des fonds alloués aux sociétés d'utilité publique

2- La nature diverse des sanctions de la juridiction des comptes sur les associations reconnues d'utilité publique

Si comme on le sait « la Cour des comptes juge les comptes des comptables publics »⁹³ il paraît à première vue que les personnes morales de droit privé ne sauraient être jugées par cette juridiction financière. Mais cette idée ne correspond pas au droit positif. Pour la simple raison que les associations reconnues d'utilité publique bénéficient du soutien des personnes publiques. Les opérations de gestion des fonds obéissent à des règles strictes. Les ressources allouées à ses associations doivent être affectées à réalisation de l'objet de cette association d'utilité publique. Ainsi, lorsque ces groupements sont coupables des fautes de gestions la juridiction des comptes peut établir un rapport destiné à garantir une gestion saine. Ou encore de façon plus importante elle peut sanctionner en amende pour les dirigeants fautifs.

Conclusion

En définitive, même dans contexte libéral, l'État demeure toujours présent dans l'espace social. Il ne se laisse pas dominer de l'intérieur, l'institution étatique garde toujours jalousement sa souveraineté. L'une des manifestations de cette dernière est le contrôle de la puissance publique sur les associations reconnues d'utilité publique. Cette exigence correspond au fond au principe de subsidiarité qui est en dernière analyse, est une forme de complémentarité entre les groupes sociaux. L'octroi ou accession à ce statut permet à ces associations de bénéficier du soutien de la puissance publique. Or on le sait subsidiarité commande que toute quelconque intervention en matière sociale est d'aider les membres du corps social et non de les détruire⁹⁴. Dans ce sens, la dynamique associative est porteuse de démocratie et de développement. L'Etat subsidiaire est ainsi celui qui s'impose deux séries d'obligations, l'une négative consistant à s'abstenir s'absorber les sociétés inférieures, l'autre positive c'est-à-dire il doit aider celles-ci à se développer pleinement⁹⁵. Toutefois, en vertu de ce qui a été dit plus haut en ce qui concerne le régime ou la situation juridique

⁹³ Article 71 de la loi organique précitée

⁹⁴ Le Pape Pie XI cité par Marjorie LEGENDRE, op.cit., spéc.110.

⁹⁵ Ibidem, spéc.p.112.

des associations reconnues d'utilité publique on ne saurait affirmer ici suivant la conception pluraliste de l'autorité que ce principe commande que « ce n'est pas l'Etat qui possède lui-même le pouvoir de décider et redistribuer à d'autres entités une partie de son pouvoir »⁹⁶. Force est de reconnaître que seul l'Etat possède le pouvoir de transférer son pouvoir, justement il est doté d'une sphère de souveraineté qui est la détermination du bien commun et son exercice. S'il ne commande pas au sein d'association reconnue d'utilité publique de l'intérieur, il dispose néanmoins d'un droit de regard sur le fonctionnement celle-ci. De plus, il est la condition de possibilité même de cette forme associative. On peut donc relever que si une pareille étude met sur la table de débat sur la fragmentation de la notion d'intérêt général par voie de conséquence de la souveraineté pris dans son sens matériel compris comme « la réification d'une conviction intime chez les participants d'un agrégat, que cet agrégat a une valeur finale »⁹⁷. Il faut tout suite souligner avec emphase que toute entité infra-étatique fut-elle dite d'utilité publique, jouit d'une délégation de l'autorité de la part de l'Etat par conséquent agit par et sous le contrôle de dernier.

A ce titre le contrôle de l'Etat sur les associations qu'il reconnaît comme relevant de l'utilité publique est un instrument permettant d'éviter une forme de chaos et un moyen de partenariat. Le chaos que pourrait entraîner un territoire où plusieurs entités se présentent comme agissant au nom et pour tous. Un partenariat qui témoigne de plus en plus que contrairement à la pensée anarchiste, l'Etat ne saurait être un absolu. Comme les humains qui le composent il est en proie à la finitude de l'existence, d'ailleurs on dit parfois de lui surtout en Afrique noire, qu'il est malade. Sans doute c'est le signe qui traduit une forme de faiblesse de la puissance de l'Etat mais cette dernière ne saurait conduire à vouloir supprimer cette forme de pouvoir, car que ce serait-une association reconnue d'utilité publique sans le financement de l'Etat dans un continent où la population est en majorité pauvre ? Simplement une volonté de vouloir. Dans le même sens, que serait le financement accordé à cette dernière si contrôle étatique il n'y avait pas ? Un moyen de gagner sa vie ou un travail à temps plein. Il suffirait alors d'investir au sein d'une association pour en retour empêcher les subventions et dons pouvant provenir de l'Etat et des institutions internationales.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Bertrand DE JOUVENEL, *De la souveraineté la recherche du bien politique*, Paris, Librairie De Médecis, 1955, p.34.

La performance des contrats publics à l'aune du régime financier de 2018 au Cameroun

The performance of public contracts in the light of the 2018 financial regime in Cameroon

Eugène MBARGA

Docteur PhD en Droit Public

Enseignant à l'Université de Garoua (Cameroun)

*Chercheur au Centre d'Etudes et de Recherches Constitutionnelles, Administratives et
Financières (CERCAF)*

eugnembarga@gmail.com.

Résumé : La maîtrise de la dépense publique est désormais un moyen de saine gestion des ressources allouées à la réalisation de l'intérêt général. Elle puise ses racines dans le constat des contre-performances ambiantes auxquelles le régime financier de 2018 est présenté comme une panacée. Celui-ci inocule et pose alors une orthodoxie nouvelle pour tous les domaines de la vie publique, et davantage dans l'activité juridique de l'administration. Ce choix politique vise la productivité et la rentabilité de ladite activité, et implique une rationalisation des ressources dans le processus de la dépense publique. Ce vœu normatif semble encore être pieu, puisque l'implémentation des exigences alors posées par le régime financier de 2018, réel vecteur de la performance dans les contrats publics, connaît un ensemble d'épreuves qui lui font barrage. Après tout, la loi dit ce qu'il faut faire, elle ne peut dire ce qu'on fera. Cette formule met clairement en exergue le paradoxe de la performance mal menée et malmenée que veut résoudre le droit public financier camerounais.

Mots clés : Contrats publics, performance, régime financier.

Abstract: The control of public spending is now a means of sound management of the resources allocated to the achievement of the general interest. It has its roots in the observation of the ambient underperformance to which the 2018 financial regime is presented as a panacea. This inoculated and established a new orthodoxy for all areas of public life, and even more so in the legal activity of the administration. This political choice aims at the productivity and profitability of the said activity, and implies a rationalization of resources in the process of public spending. This normative wish still seems to be a pious one, since the implementation of the requirements then set by the 2018 financial regime, a real vector of performance in public contracts, is experiencing a set of tests that stand in its way. After all, the law says what must be done, it cannot say what will be done. This formula clearly highlights the paradox of the poorly conducted and mishandled performance that Cameroonian public financial law wants to resolve.

Keywords : Public contracts, performance, financial regime.

Introduction

Depuis 2018, l'abolition de l'Etat dépensier est scellée par le nouveau régime financier qui met alors sur pied l'Etat modeste¹. Par ce fait, la réalisation des objectifs de développement devient le point d'orgue, qui s'observe par les résultats produits dans l'action de l'Administration. Ceux-ci ne sont évaluables que par le biais d'indicateurs qui accrochent le processus de matérialisation des programmes ficelés en amont : la logique des résultats vient damer le pion à celle des moyens, peu performante et qui avait cours jusqu'alors. D'entrée de jeu, la performance des contrats publics qu'il ne faut ni réduire ni confondre aux contrats de performance², est le fruit du murissement de l'Etat-entrepreneur³ et de l'Etat-opérateur économique, qui quant à eux sont deux dimensions de la Cité moderne procréées par la jurisprudence du Tribunal des Conflits de janvier 1921⁴.

En effet, celle-ci venait clore le débat sur la génération du profit⁵ par l'Etat et la patrimonialisation de celui-ci dans la réalisation de l'intérêt général. Cette réalité venait alors parachever le processus théorisé de l'Etat performant⁶ tant recherché par les acteurs publics, en introduisant par la même occasion la managérialisation⁷ de la vie publique, qui implique la publicisation des « bonnes » pratiques usitées dans le secteur privé. Ces-dernières encouragent une gestion axée sur les résultats. L'imaginaire⁸ de la performance des entités publiques a donc été

¹ Marc LEROY, *Sociologie des finances publiques*, Paris, La Découverte, Collection « Repères », 2007, p. 1.

² Voir à ce propos la Circulaire n°00004918/MINFI du 05 Juillet 2022 régissant les contrats de performance entre l'Etat et les Etablissements publics et Entreprises publiques, que nous examinerons plus loin. Lire utilement Lionel Pierre GUESSELE ISSEME, « Les contrats de performance entre l'Etat et les Entreprises et Etablissements publics en droit camerounais », in Gérard Martin PEKASSA NDAM, Nadine MACHIKOU NDZESOP, Jacques BIAKAN, Eric Marcel NGANGO YOUMBI, *Droit et service public*, Mélanges en l'honneur du professeur Etienne Charles LEKENE DONFACK, volume 2, L'Harmattan, 2024, pp. 277-305, spéc., p. 277. Dans cette contribution l'auteur souligne que « les contrats de performance sont des contrats administratifs destinés à apporter une solution structurelle continue et permanente en vue d'améliorer la gouvernance des entreprises publiques et des établissements publics ». Cette assertion pose d'office le *distingo* de l'objet desdits contrats dont l'objectif est de parvenir aux résultats visés par la relation contractuelle, c'est-à-dire de réaliser la performance *in fine*. La performance de ces contrats est donc appréciée à travers les résultats obtenus.

³ Mariana MAZZUCATO, *L'Etat entrepreneur : pour en finir avec l'opposition public privé*, Fayard, 2020, p. 20.

⁴ TC, affaire Société Commerciale de l'Ouest-africain dite Bac d'Eloka, 23 Janvier 1921.

⁵ Eugène MBARGA, *Le principe de transparence en droit public financier camerounais*, Thèse de Doctorat/PhD en Droit Public, Université de Maroua, 17 Octobre 2022, p. 76.

⁶ Gabriel FOUMENA BELINGA, *La problématique de "l'Etat performant" en Afrique : une réflexion sur la rénovation du droit public et la refondation de l'Etat développementaliste au Cameroun*, Thèse de Doctorat/PhD en Droit Public, Université de Yaoundé 2-Soa, 2017, p. 17.

⁷ Odile TOGOLO, *Administration fiscale et ressources humaines en Afrique : le cas du Cameroun*, Thèse, Université de Paris X-Nanterre, 1996, p. 54.

⁸ François OST, *Raconter la loi – aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004, pp. 60-72.

proposé par plusieurs économistes⁹ et juristes avant d'être réceptionné par le droit dans son ensemble et sous plusieurs variantes¹⁰. En tout état de cause, il est important de savoir que la performance émerge à la suite d'un ensemble de péripéties conjoncturelles des économies au début des années 1990.

De fait, la crise économique de 1980 ayant conduit à la vague d'ajustements structurels dans plusieurs pays, constitue le tournant majeur du changement de paradigme dans les finances publiques des Etats des zones UEMOA et CEMAC¹¹, en scellant définitivement la naissance de la troisième génération des finances publiques¹², qui a drainé avec elle une exigence de performance dans la gestion des affaires publiques. Dans ce sillage et pour mieux saisir cette nouvelle donne, il est important de se souvenir que celle-ci tire en réalité ses racines dans un passé proche. La recherche de la performance débute à travers l'efficacité budgétaire dont les fondations sont montées par la technique *Planning-Programming-Budgeting System* (PPBS) aux Etats Unis. Axé sur la planification, ce système prône la prospectivité des objectifs au moyen d'une analyse

⁹ Alain-Gérard SLAMA, *L'angélisme exterminateur : essai sur l'ordre moral contemporain*, Grasset, 1993, p. 30. Il importe de justifier le choix de proposer l'idée que la performance posée par les textes est imaginaire dans notre contexte. De fait, comme il sera étayé dans les lignes qui suivent, l'asymétrie de l'information renforce l'irréalisme financier que connaît les contrats publics au Cameroun. Elle constitue le point d'orgue des contre-performances alors observées.

¹⁰ Voir à ce propos Gérard Martin PEKASSA NDAM, « Les établissements publics à l'ère de la performance en droit camerounais : esquisse d'une budgétisation performative contingente », in Gérard Martin PEKASSA NDAM (Dir.), *Variations autour de la performance dans l'Etat*, Mélanges en l'honneur du Professeur Nicaise MEDE, Volume 1, L'Harmattan-Sénégal, 2024, pp. 45 et suivants.

¹¹ A la suite de l'UEMOA qui a adopté un ensemble de Directives pour harmoniser le cadre des finances publiques de cette zone économique en 2007, la CEMAC adopte les mêmes en 2011. Elles sont au nombre de 06 à savoir : 1. La Directive n°06/11-UEAC-190-CM-22 relative au Code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques ; 2. La Directive n°01/11-UEAC-190-CM-22 relative aux lois de finances ; 3. La Directive n°02/11-UEAC-190-CM-22 relative au Règlement général de la Comptabilité Publique ; 4. La Directive 03/11-UEAC-195-CM-22 relative au Plan Comptable de l'Etat ; 5. La Directive n°04/11-UEAC-190-CM-22 relative à la Nomenclature Budgétaire de l'Etat et 6. La Directive n°05/11-UEAC-190-CM-22 relative au Tableau des opérations financières de l'Etat.

¹² La première génération des finances publiques du Cameroun voit le jour avec l'ordonnance n°62/OF/2 du 07 Février 1962 portant régime financier de la République Fédérale du Cameroun modifiée par la loi n°2002/001 du 19 Avril 2002. Ces dispositifs consacrent le *budget des moyens*, qui impliquait simplement le fait pour le législateur d'autoriser d'engager des crédits sans la présentation d'un quelconque programme de gestion budgétaire ; La deuxième génération des finances publiques camerounaises est actée par la loi n°2007/006 du 26 Décembre 2007 portant régime financier de l'Etat. Cette loi consacre ce qui a été convenu d'appeler « *budget-programme* » (cf. article 10 alinéa 1) ; la troisième génération des finances publiques camerounaise est portée par deux voire trois lois. Principalement, il s'agit de la loi n°2018/012 du 11 Juillet 2018 portant régime financier de l'Etat et des autres entités publiques et de la loi n°2018/011 du 11 Juillet 2018 portant code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques au Cameroun. Ces deux lois sont prolongées par la loi n°2019/024 du 24 Décembre 2019 portant Code Général des Collectivités Territoriales décentralisées dont l'article 372 alinéa 2 dispose que les lois susmentionnées s'appliquent aux CTD sous réserve des spécificités qu'elle prévoit.

pragmatique, qui a pour objet de traduire les programmes en propositions budgétaires réalisables suivant des étapes prédéfinies¹³.

Cette technique a migré vers le système financier français¹⁴, « à travers la *Rationalisation des Choix Budgétaires (RCB)*. Par la suite, de nombreux systèmes de gestion ont été expérimentés toujours dans la même logique de la quête de l'efficacité budgétaire. Il s'agit, notamment, du *Budget de Productivité*, du *Budget Base Zéro (BBZ)*, du *Management By Objectives (MBO)* »¹⁵ entre autres. De toutes les façons, la marche vers la satisfaction effective de l'intérêt général à moindre coût, de la réalisation de ses vœux planifiés était en marche dans tout le monde moderne. Cette démarche était davantage justifiée par la maladministration¹⁶ qui assombrissait dorénavant le visage d'une administration de laquelle les administrés se méfiaient déjà¹⁷.

En quête de résultats concrets et vérifiables, une panacée s'est présentée dans la gestion publique toute entière, dont la managérialisation s'est aussi étendue à la contractualisation de l'activité publique où l'évolution a donné naissance à une nouvelle forme de contrats publics¹⁸, à savoir les contrats de performance. Pour ne pas inhiber l'objet de la présente étude et éclaircir toutes les zones d'ombre tendant à flouer la différence qui existe entre performance des contrats publics et contrats de performance, il importe de s'y intéresser un tant soit peu.

La performance est un terme dont l'ambiguïté n'est atténuée que par le contexte de son usage. En effet, en fonction de l'un de ses objectifs visés (réalisation *effective*, action *efficace* c'est-à-dire des résultats durables observés, et l'économie dans l'usage des ressources ou *la rentabilité*), on dira qu'il y'a performance lorsque l'un des indicateurs des résultats ci-mentionnés est atteint. Alors, notion issue de l'anglisme "*to perform*", ce terme signifie « réaliser » ; « accomplir ». Il faut aussi souligner que cette version anglaise est issue de l'ancien français « *parformer* » ou

¹³ Marc CLAIRVOIS, cité par Jean DELISLE, « Le PPBS et sa terminologie », *Meta*, vol 15, n°4, décembre 1970, p. 222.

¹⁴ Françoise RENVERSEZ, « Economie de marchés financiers et économie d'endettement », in Loïc PHILIP (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, Economica, 1991, pp. 690-696.

¹⁵ Kra Aménan Pélégie THEOUA, *Les finances publiques de l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA) et la logique de performance*, Thèse de Doctorat en Droit Public, 26 Mai 2010, p. 2.

¹⁶ Odile TOGOLO, Thèse précitée, pp. 427 et suivants.

¹⁷ Bénédicte DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'Administration et les administrés : contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, Paris, LGDJ-EJA, 1993, p. 45.

¹⁸ Tel que le relève le Professeur Lionel Pierre GUESSELE ISSEME dans son article consacré à l'étude de la circulaire n°00004918/MINFI du 05 Juillet 2022 mentionnée plus haut.

« *performance* », introduit dans le dictionnaire français pour exprimer les « *résultats* » d'un cheval de course. Inventé par Allan KAPROW, John CAGE et Georges MACIUNAS, la performance est l'art de la remise en cause de la matérialité. Elle pousse à questionner l'accomplissement effectif d'un objectif envisagé. Ce sens a été adopté par le Dictionnaire de l'académie française¹⁹, selon lequel la performance signifie « *former entièrement* ». Elle renvoie alors à la matérialisation, l'accomplissement ou plus généralement au résultat. Et suivant la théorie de KAPROW et ses alliés, la performance induit de remettre en question les résultats obtenus sur la base des prévisions originellement posées. Cela implique d'identifier l'objet et l'objectif de la performance. Tout d'abord, elle a pour objet le service à rendre, la mission à remplir, ce qui conduit logiquement à penser que l'objectif de celle-ci est l'accomplissement de ce service ou de cette mission.

Cette vision est partagée par les dispositifs normatifs en vigueur au Cameroun bien qu'il n'existe pas encore une définition communément admise de cette notion dans la doctrine²⁰. De fait, certains auteurs choisissent un pan contextuel de cette notion pour lui attribuer une définition, tandis que d'autres sont plus généralistes et regroupent à la fois l'objet et l'objectif pour lequel il est formé pour qualifier la notion de performance. A titre d'illustration, le Professeur Martin Gérard PEKASSA NDAM à la suite de ses prédécesseurs économistes et juristes à l'instar de Melchior SALGADO estime que le contenu de la notion de performance n'est pas évident²¹, qu'il s'agit d'un « *mot-valise* » multidimensionnel dont la lettre n'a de sens que dans un contexte précis²². Même si cette position est nuancée par la précision donnée par l'ordre juridique camerounais.

D'autres auteurs préfèrent considérer la performance comme l'atteinte de l'objectif préalablement prévu suivant des conditions de temps, de coût et d'effectivité qui en constituent alors les indicateurs de son évaluation. C'est dans cette optique que Messieurs Sèmiou Adéniyi

¹⁹ Dictionnaire de l'Académie française, consulté en ligne sur le site <http://www.academie-francaise.fr/le-dictionnaire/la-9e-edition>, consulté le 27 Décembre 2024 à 17h.

²⁰ Gérard Martin PEKASSA NDAM, « Les établissements publics à l'ère de la performance en droit camerounais : esquisse d'une budgétisation performative contingente », *Op. Cit.*, p. 48.

²¹ *Ibid.*, p. 48.

²² Melchior SALGADO, « La “performance” : une dimension fondamentale pour l'évaluation des entreprises et des organisations », *HAL*, 2013, Id : hal-00842219.

LASSISSI²³, AKONO OLINGA²⁴, les Professeurs Patrick Edgard ABANE ENGOLO²⁵, Lionel Pierre GUESSELE ISSEME²⁶ et Jacques BIAKAN²⁷ entre autres, ont tous adopté la qualification donnée à la fois par les lois de 2017 sur les Etablissements²⁸ et les Entreprises publics²⁹, et les dispositifs de 2018 sur le nouveau paradigme financier. De la lecture de ces dispositifs, il ressort que la performance est définie comme « *la capacité de mener une action pour obtenir les résultats conformément à des objectifs fixés préalablement, en minimisant les coûts des ressources et des procédures de mise en œuvre* »³⁰. Il devient évident que la performance renvoie à la réalisation concrète des programmes. Dans cette optique les modalités de sa matérialisation doivent remplir une triple exigence qui révèle sa configuration tridimensionnelle à savoir : *le temps mis* pour sa réalisation, *le coût amoindri*, et *la satisfaction effective ou économique* de l'action menée. En gros, elle doit satisfaire la théorie des trois (03) «E»³¹, c'est-à-dire : l'Efficacité, l'Efficiencia et l'Economie³².

Finalement dans le cadre de la présente étude, il incombe de considérer la performance comme étant l'atteinte des résultats préalablement planifiés à travers des objectifs menés suivant une chronologie lisible et efficace. Telle est la logique impulsée dans les politiques publiques actuelles et le régime financier de 2018, auxquels les contrats publics contribuent à s'affirmer comme vecteurs de développement. L'exigence de performance qui est posée dans la contractualisation publique de nos jours, a eu pour effet de transformer le droit public des contrats en admettant un nouveau-né, à savoir les contrats de performance dont la logique des résultats est

²³ Sèmiou Adényi LASSISSI, « L'administration fiscale béninoise saisie par le syndrome de la performance », in Gérard Martin PEKASSA NDAM (Dir.), *Variations autour de la performance dans l'Etat*, Mélanges en l'honneur du Professeur Nicaise MEDE, Volume 2, L'Harmattan-Sénégal, 2024, p. 285.

²⁴ André AKONO OLINGA, *L'apport de la performance au contrôle des finances locales au Cameroun*, Thèse de Doctorat/PhD en Droit Public, Université de Yaoundé 2-Soa, année académique 2019/2020, p. 18.

²⁵ Patrick Edgard ABANE ENGOLO, *Traité de droit administratif du Cameroun. Théorie générale et droit administratif spécial*, Paris, L'Harmattan, 2019, pp. 157 et suivants.

²⁶ Lionel Pierre GUESSELE ISSEME, « Les contrats de performance entre l'Etat et les Entreprises et Etablissements publics en droit camerounais », *Op. Cit.*, p. 279.

²⁷ Jacques BIAKAN, « Les réformes dans le secteur des entreprises publiques au Cameroun : la recherche de la performance », in , Mélanges en l'honneur du professeur Etienne Charles Lekene Donfack, volume 2, L'Harmattan, 2024, p. 74.

²⁸ Loi n°2017/010 du 12 Juillet 2017 portant statut général des Etablissements Publics.

²⁹ Loi n°2017/011 du 12 Juillet 2017 portant statut général des Entreprises Publiques.

³⁰ Voir Jacques BIAKAN, « Les réformes dans le secteur des Entreprises publiques au Cameroun... », *Op. Cit.*, p. 74 ; voir aussi Gérard Martin PEKASSA NDAM, « Les Etablissements publics à l'ère de la performance en droit camerounais... », *Op. Cit.*, p. 48.

³¹ Nicaise MEDE, *Finances publiques. Espace UEMOA/UMOA*, L'Harmattan-Sénégal, 2017, p. 138.

³² Alfred CHANDLER, *Organisation et performance des entreprises*, édition de l'Organisation, Paris, 1992, p. 21.

la caractéristique intrinsèquement consentie dans la relation conventionnelle. Cette nouvelle catégorie de contrats publics impose de revisiter la théorie du droit de la concurrence utile à cette étude.

A l'image de l'activité matérielle de l'Administration toute entière, « *les contrats publics se situent dans le sillage de l'intérêt général et davantage du service public* »³³. Toute chose qui l'induit dans le bain de la performance désormais exigée dans la gestion des affaires publiques. Ils doivent pourvoir au bien-être de la communauté pour laquelle ils sont mis en route. Pour ce faire, leur conception et leur mise en œuvre se distingue des autres modalités d'action des personnes publiques. En effet, à la différence d'un acte administratif unilatéral bâti « *sur le paradigme de l'entente entre l'Administration publique et son cocontractant, [ils sont conçus] en sorte que, quand bien même celle-ci bénéficie de prérogatives exorbitantes, ces-dernières demeurent encadrées par des contre-pouvoirs dont jouit celui-ci* »³⁴. Le contrat est alors une conciliation des volontés qui le forment, de quoi jaillissent les obligations réciproques. Cette considération générale posée par le Code civil³⁵, a permis aux dispositifs administrativistes de compléter les critères qui spécifient le contrat dont le caractère est public.

Ainsi, Monsieur Jean Yannick NYÉLÉ ABANDA relève que : « *le terme contrat public fait référence à une catégorie générique qui concerne en réalité (...) trois sous-ensembles possibles à savoir : les marchés publics, les délégations de service public et les contrats de partenariat* »³⁶. De cette assertion, il ressort qu'il s'agit de la première génération des contrats publics qui est complétée par la dernière-née de cette famille sous le manteau des contrats de performance ayant vu le jour avec le régime financier de 2018, mais dont les précisions intelligibles ont été faites par la circulaire de 2022 y relative.

Le Professeur Lionel Pierre GUESSELE souligne alors que : « *les contrats de performance sont des contrats administratifs* »³⁷, et sont identifiés à la fois par les critères traditionnels à savoir :

³³ Eugène MBARGA, « L'impact de la covid-19 sur l'équilibre financier dans les contrats publics au Cameroun », *RADP*, volume XI, n°29, supplément 2022, p. 451.

³⁴ Jean Yannick NYÉLÉ ABANDA, *L'équilibre contractuel en droit des contrats publics au Cameroun*, Thèse de Doctorat/PhD en Droit Public, Université de Maroua, 20 Octobre 2022, p. 6.

³⁵ Voir les articles 1134 et suivants du Code Civil en vigueur au Cameroun.

³⁶ Jean Yannick NYÉLÉ ABANDA, Thèse sus citée, p. 17.

³⁷ Lionel Pierre GUESSELE ISSEME, « Les contrats de performance entre l'Etat et les Entreprises et Etablissements publics en droit camerounais », *Op. Cit.*, p. 277.

le critère organique qui implique la présence d'une personne publique (Etat ou autre collectivité publique) dans la relation contractuelle, *le critère matériel* qui renvoie à l'exécution d'une mission générale ou spéciale d'intérêt général, et *le critère finaliste* qui est la « *la réalisation des objectifs canalisés et orientés par la stratégie gouvernementale* »³⁸. Or les contrats dits de performance créent un environnement contraignant dont le respect des obligations contractuelles et un diagnostic sans complaisance de la part de la puissance publique met un point d'honneur à l'atteinte des résultats. Ces contrats ont donc comme ligne directrice l'intégrité morale issue du consentement définitif à être lié, assuré par la bonne foi et la transparence, et la sécurité juridique issue à la fois du contrat et des normes plus globales de la gestion publique.

Au regard de ce qui précède et par stipulation, il devient fort aisé d'identifier le régime financier de 2018 comme étant le corpus des référentiels issus de la réforme des finances publiques camerounaises en 2018, qui donne une nouvelle orientation à la gouvernance des affaires publiques, tout en consolidant la troisième génération des finances publiques au Cameroun par le biais de la performance. A cet égard une réflexion sur la performance des contrats publics à l'aune dudit régime financier apparaît intéressante à plus d'un titre. Elle permet premièrement de cerner les évolutions du droit public de la concurrence, à travers l'intégration des pratiques managériales qui inondent et transforment le droit et les institutions publics actuels³⁹. Ensuite, elle donne l'occasion d'apprécier les facteurs mélioratifs de la gestion des affaires publiques⁴⁰ à travers la matérialisation des missions que remplissent les acteurs de la relation contractuelle alors étudiée. Enfin, elle conduit à la réaffirmation de la théorie sous-tendue de la patrimonialisation des services et de l'action publics. Par conséquent, dans l'ambition d'une proposition doctrinale, l'étude nous permet d'interroger l'impact du nouveau régime financier sur la performance des contrats publics à travers la question suivante : le régime financier de 2018 est-il un vecteur de performance des contrats publics au Cameroun ? A partir de l'hypothèse heuristique du régime financier de 2018 comme un vecteur paradoxal de la performance des contrats publics au Cameroun, l'analyse

³⁸ *Ibid.*, p. 278.

³⁹ Léon DUGUIT, *Les transformations du droit public*, La Mémoire du droit, collection « Bibliothèque Léon Duguit », 1999, pp. 47-55.

⁴⁰ Elvis Flavien SAWADOGO, « La constitutionnalisation de la transparence dans les Etats africains », *Revue africaine de droit constitutionnel*, n°1, Décembre 2024, p. 5.

positiviste dudit régime démontre que la performance des contrats publics est normativement affirmée (I). Toutefois, celle-ci est constamment éprouvée dans son implémentation (II).

I- Une performance affirmée

Le paradigme financier posé par les dispositifs de 2018 étaye d'une affirmation plurielle de l'exigence de performance dans les contrats publics (A), et la matérialisation est appelée à remplir un ensemble de conditions dont le visage déconcentré est sensé dévoiler le circuit de leur conception (B).

A- Une affirmation normative plurielle

Le droit dans sa globalité se déploie par les normes qui sont les vecteurs des exigences de la conduite à tenir. Elles sont alors identifiées dans un ordonnancement général ou spécial, qui met en exergue ce qu'il est commun d'appeler le cadre juridique. Il s'agit de l'ensemble des dispositifs normatifs ou référents⁴¹ qui régissent une matière donnée, dont l'espèce concerne les contrats publics. Leur contenu en constitue le régime juridique, c'est-à-dire l'ensemble de règles de droit applicables à une activité, une personne ou à une institution. Il faut alors observer que le cadre juridique incorpore le régime qui en constitue la substance⁴². Le droit public financier pose ainsi un ensemble de règles qui régissent désormais les bonnes pratiques dans la gouvernance des affaires publiques, issues des techniques managériales, et elles sont tournées vers l'atteinte effective des résultats. Dans le domaine concurrentiel, ces normes sont plurielles et affirment la performance suivant une *suma divisio* binaire qui présente un cadre juridique général d'une part (1) et des cadres juridiques spécifiques d'autre part (2).

1- L'existence d'un cadre juridique général

La nouvelle donne de la gestion des affaires publiques en général, et surtout des deniers publics, est mue par un besoin fort opportun de parvenir à la « *bonne gouvernance* », orientation ou panacée d'une gestion pathologique des affaires de la cité endolorie par la gangrène des contre-performances évidentes. L'ensemble des exigences de bonnes pratiques est donc dilué dans les

⁴¹ Patrick Edgard ABANE ENGOLO, *L'application de la légalité au Cameroun*, Thèse de Doctorat/PhD en Droit Public, Université de Yaoundé 2-Soa, 2009, p. 15.

⁴² Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 11^{ème} édition mise à jour, Quadrige/Puf, Janvier 2016, p. 879.

principes formulés et posés par les deux principales lois de 2018 que sont la loi portant régime financier de l'Etat et des autres entités publiques⁴³, souvent considérée comme une constitution financière⁴⁴, ainsi que du Code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques au Cameroun⁴⁵. Ces dispositifs sont le socle de la performance et de la rationalisation de l'utilisation des deniers publics, ainsi que de la réorganisation du contrôle⁴⁶ de ladite utilisation à travers les principes qu'ils posent.

La bonne gouvernance alors exigée à travers un ensemble de pratiques managériales, peut être située dans deux courants philosophiques assez invoqués dans tout ce qui peut être qualifié de « bon » ou de « bien », à savoir « *le vrai* » et « *le juste* » voire « *la justice* ». Ainsi, le vrai renvoie à ce qui est conforme, à ce qui est (existe) réellement. Or, en transposant cette façon de concevoir le « *vrai* » ou la vérité en droit, il faut tout de suite voir l'aspect « *conformité* » qui implique la fidélité, l'exactitude ou plus largement encore la légalité voire la licéité d'une action⁴⁷. Alors, pour qu'une décision financière (contractuelle) soit « *bonne* », elle devrait être « *conforme* » à la loi sous toutes ses déclinaisons. Le « *vrai* » renvoie aussi au « *réel* ». Plus juridiquement, la performance renverrait au résultat tangible et sans fiction ni invention des projections faites en amont. En d'autres termes, le vrai ici implique la sincérité dans la réalisation de l'action. « *La justice quant à elle, dans son appréhension éthique, représente tout ce qui est idéalement correcte tant dans sa physiologie que dans sa physionomie. De fait, la gestion juste des affaires publiques financières devrait être éloignée de toutes les pathologies égotiques d'une administration des deniers publics tournés vers la privatisation voire l'accaparement par la personne de l'autorité à son propre compte. Aussi, doit-elle absolument se détourner de la gestion marchande qui est d'ailleurs la clé de voûte de toute mal-gouvernance* »⁴⁸.

⁴³ Loi n°2018/012 du 11 Juillet 2018 portant régime financier de l'Etat et des autres entités publiques.

⁴⁴ Hugues RABAULT, *La constitution financière de la France. Sources fondamentales du droit des finances publiques*, L'Harmattan, 2020, p. 26.

⁴⁵ Loi n°2018/011 du 11 Juillet 2018 portant code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques au Cameroun.

⁴⁶ Linda Gwaldys TCHOUTOUO FANDIO, « *Le régime financier de l'Etat de 2018 et le droit public financier camerounais* », Mémoire de Master 2-Recherche en Droit Public, Université de Yaoundé 2-Soa, année académique 2016/2017, pp. 19 et suivants et pp. 53 et suivants.

⁴⁷ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique, Op. Cit.*, p. 235.

⁴⁸ Eugène MBARGA, Thèse précitée, p. 59.

La traduction de cette philosophie dans les lois de 2018 irradie à la fois le processus budgétaire dans son entièreté, et partant de la définition des politiques publiques, à travers la détermination d'un cadrage macro-économique basé sur les hypothèses réalistes, prudentes et crédibles, et la détermination des priorités budgétaires⁴⁹. Par ce fait, les budgets sont élaborés par programmes, et à chaque projet de loi de finances doit être greffée un rapport et des annexes explicatives⁵⁰ qui devront entraîner la validation des engagements sollicités pour chacun des programmes dans l'adoption du budget par le Parlement. De plus, la « *bonne exécution* »⁵¹, ou mieux l'exécution performante du budget voté implique le respect d'un ensemble d'exigences relatives aux principes classiques de l'équilibre, de l'annualité, de la spécialité des crédits. Pour un usage efficient, il est reconnu un pouvoir de régulation budgétaire et de trésorerie au Ministre en charge des finances, qui lui « *permet de programmer le rythme de consommation des crédits en fonction de la situation de la trésorerie de l'Etat* »⁵². Ces exigences d'une matérialisation planifiée, traçable et publiques des affaires publiques, donne une onction performante à l'action contractuelle publique⁵³. Et pour que cela soit étayé, une feuille de route de l'action menée et de la performance du programme⁵⁴ conduit est bâtie suivant le canevas adopté pour la gestion des deniers publics. A côté d'un cadre général commun à toute l'activité financière publique, il existe des cadres spécifiques propres à chaque type de contrat administratif procréé à partir des lois de 2018.

2- La présence des cadres juridiques spécifiques

La pluralité des contrats publics⁵⁵ expose tout autant la pluralité des cadres juridiques spécifiques à chacun d'eux. Cela se justifie non seulement par la complexité⁵⁶ qui les caractérise, mais davantage par la dimension économique qui leur est propre, et qui conforte la nature d'opérateur économique de l'Etat et des entités publiques qui le composent. De ce constat, il devient clair que des règles spécifiques sont posées en matières des Marchés publics dans leur

⁴⁹ Article 51 de la loi n°2018/012 susmentionnée, ainsi que l'article 10 de la même loi.

⁵⁰ Article 57 de la loi n°2018/012 susmentionnée.

⁵¹ Article 63 de la loi n°2018/012.

⁵² Article 63 alinéa 1 et les articles 67 et 68.

⁵³ Article 6 alinéa 1 et les articles 7 et 8 de la loi n°2018/011 portant Code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques au Cameroun.

⁵⁴ En vertu de l'article 15 alinéa 1, 6^{ème} tiret et des articles 16 et 21 alinéa 1(c) de la loi n°2018/012 susmentionnée.

⁵⁵ CS/CA, Jugement n°147/04-05/ADD du 31 août 2005, affaire UM NTJAM François c/. État du Cameroun.

⁵⁶ Article.6 al.1^{er} de la loi n°2006/012 du 29 Décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat.

ensemble⁵⁷, des délégations de service public, des contrats de partenariat et des contrats de performance, même si au font ils sont conclus sous la bannière des nouveaux principes relatifs à la performance que sont : les principes de concurrence, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures et de juste prix⁵⁸, d'efficience et d'intégrité⁵⁹. Ces contrats doivent faire l'objet d'une programmation préalable⁶⁰.

S'agissant de la diversité des Marchés publics, le Code y afférent définit le Marché public comme étant un « *contrat écrit, passé conformément aux dispositions [prescrites]..., par lequel un entrepreneur, un fournisseur, ou un prestataire de service s'engage envers l'Etat, une Collectivité territoriale décentralisée ou un établissement public, soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens ou des services moyennant un prix* »⁶¹. Avant de poursuivre, il est important de souligner qu'il existe des marchés publics des Administrations publiques ordinaires régies par le décret n°2018/366 et les marchés des Entreprises publiques régies par le décret n°2018/355. Au regard de cette précision, il existe alors des « *contrats d'infrastructures* »⁶² dont le régime juridique est fixé par le code susmentionné ainsi que ses textes d'application⁶³ y relatifs⁶⁴, et dont les critères ont été revisités par ledit décret⁶⁵, mais également les contrats de livraison des biens ou des équipements pour le compte d'un Maître d'Ouvrage (MO) ou d'une Maître d'Ouvrage Délégué (MOD)⁶⁶.

⁵⁷ En plus des marchés ordinaires, c'est-à-dire les marchés de travaux et les marchés de fourniture et des services, le Code des Marchés publics consacre plusieurs autres types de marchés en ses articles 64 et suivants. Il s'agit notamment des Accords cadres (articles 65 à 67 ainsi que les articles 114) ; des marchés pluriannuels et à tranche (article 68 et 69) ; des marchés réservés (article 70) ; des marchés spéciaux (article 71).

⁵⁸ Article 2 du Décret n°2018/355 du 12 Juin 2018 fixant les règles communes applicables aux marchés des entreprises publiques

⁵⁹ Article 2 du Décret n°2018/366 portant Code des Marchés Publics.

⁶⁰ Articles 51 à 60 de la loi n°2018/012 du 11 2018 portant régime financier de l'Etat et des autres entités publiques ; voir aussi l'article 59 alinéa 1 du Décret n°2018/366 portant Code des Marchés Publics.

⁶¹ Article 5(w) du décret n°2018/366 portant Code des Marchés Publics.

⁶² Jean Yannick NYÉLÉ ABANDA, Thèse précitée, p. 30.

⁶³ Notamment l'Annexe n°1 du Cahier des Clauses Administratives Générales (CCAG-Annexe n°1), dont l'article 1^{er} dispose que : « *sont soumis aux dispositions du présent Cahier des Clauses Administratives Générales (CCAG) de travaux, l'exécution et le contrôle des Marchés Publics de Génie civil dont les routes, les ouvrages d'art, les voiries urbaines et les bâtiments et autres infrastructures passés pour le compte de l'Etat, d'une Collectivité territoriale décentralisée, d'un établissement public* ». Même s'il convient de rappeler que les marchés des entreprises ont désormais un corpus particulier depuis 2018, avec le Décret n°2018/355 fixant les règles communes applicables aux marchés des entreprises publiques.

⁶⁴ Arrêté n°033/CAB/PM du 13 février 2007 Mettant en vigueur les Cahiers des Clauses Administratives Générales applicables aux Marchés publics.

⁶⁵ Jean Yannick NYÉLÉ ABANDA, Thèse précitée, pp. 24 et suivants.

⁶⁶ Articles 6 à 7 ainsi que l'article 61 du Décret n°2018/366 portant Code des Marchés Publics.

D'ailleurs, les dispositions de ce Code s'appliquent à tout marché public⁶⁷, à l'exception des marchés passés par les Entreprises publiques, des marchés spéciaux relevant de la sécurité nationale, des contrats de partenariat et des contrats totalement exécutés en régie⁶⁸. Cette déduction expresse est affirmée par des textes particuliers à ces autres contrats administratifs⁶⁹.

A la lecture de la lettre de ces différentes dispositions, notamment l'article 5 du décret n°2018/366, il ressort que les marchés publics sont des contrats administratifs suivant une détermination légale. Cette position avait déjà été réaffirmée par le juge administratif dans une espèce. En effet, dans Jugement n°53/ADD/04-05 du 23 mars 2005, la Chambre Administrative de la Cour Suprême énonce que : « *considérant qu'en l'espèce il ressort des clauses de l'article 4 qui...soumet la lettre commande dont s'agit aux prescriptions du décret n°86/903 du 18 juillet 1986 portant réglementation des marchés publics et ses textes modificatifs tout comme au cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de fournitures et services mis en vigueur par arrêté n°3430 du 13 octobre 1959 qui, aux termes de l'article 5 de ladite lettre commande n°033/LC/SODECAO/DG souscrite par la recourante le 27 juin 1994 et à elle notifiée le 18 août 1994 est à la fois un contrat administratif par détermination de la loi (Cf. décret n°86/903 du 18 juillet 1986 et ses modificatifs sur les marchés publics) qu'en vertu de la jurisprudence assise susvisée du Conseil d'Etat sur l'existence de clauses exorbitantes découlant de la seule référence) un cahier de clauses et conditions générales* »⁷⁰.

En matière de Délégations de service public, le cadre juridique reste très diversifié jusqu'à présent. De fait l'ordonnancement juridique de ce type de contrats publics manque de cohérence⁷¹. L'on remarquera alors que lorsque ceux-ci ne sont pas expressément rattachés au régime général des marchés publics, ils sont simplement confondus auxdits marchés. En effet, le décret n°2018/366 dispose en son article 5 que les marchés non-quantifiables⁷² sont des « *marchés des*

⁶⁷ Articles 3 alinéa 1 et 63 du Décret n°2018/366.

⁶⁸ Article 3 alinéa 4 du décret n°2018/366 sus cité.

⁶⁹ CS/CA, Jugement n°147/04-05/ADD du 31 août 2005, affaire UM NTJAM François c/. État du Cameroun.

⁷⁰ CS/CA, Jugement n°53/ADD/04-05 du 23 mars 2005, affaire Clinique vétérinaire du Mfoundi SARL c/. Société de Développement du Cacao (SODECAO).

⁷¹ Cf. notamment, les articles 9 et 10 de la loi n°98/021 du 24 décembre 1998 portant organisation du secteur portuaire, les articles 6 et 7 du décret n°99/126 du 15 juin 1999 portant organisation et fonctionnement des ports autonomes, articles 5, 6, 9, 11, 12,13 et 14 de la loi n° 2011/022 du 14 décembre 2011 régissant le secteur de l'électricité au Cameroun, entre autres.

⁷² Articles 63 et suivants du Décret n°2018/366.

prestations des services concernant, entre autres la délégation des services publics... »⁷³. Les susdits marchés n'ont donc pas un cadre aussi précis que celui des marchés publics⁷⁴ ou des contrats de partenariat⁷⁵.

Concernant alors les contrats de partenariat, il est important de souligner qu'ils dévoilent la position de l'administration vis-à-vis du monde économique⁷⁶. Il s'agit du derniers type de contrat public de l'ancienne génération, créé par la loi de 2006 et revitalisé par les dispositifs de 2018. En conséquence, *« le contrat de partenariat est un contrat par lequel l'Etat ou l'un de ses démembrements confie à un tiers, pour une période déterminée, en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, la responsabilité de tout ou partie des phases suivantes d'un projet d'investissement : - la conception des ouvrages ou équipements nécessaires au service public ; - le financement ; - la transformation des ouvrages ou des équipements ; - l'entretien ou la maintenance ; - l'exploitation ou la gestion »⁷⁷. De fait, sa conclusion est relative à la réalisation des projets dits structurants. De par leur envergure technique et financière, leur exécution se déploie dans un cadre pluriannuel⁷⁸.*

Quant aux contrats de performance, il s'agit là de la dernière génération des contrats administratifs. En réalité, il s'agit pour l'Etat et les Etablissements et Entreprises publics, de mettre sur pied un environnement synallagmatiquement contraignant dans la réalisation de l'intérêt général. En effet, *« par la contractualisation des rapports entre la puissance publique souveraine (l'Etat) et ces entités publiques (Entreprises et Etablissements publics), [les éléments organiques qui présument l'administrativité des contrats de performance] cesse[nt] de voir en la réalisation des objectifs canalisés et orientés par la stratégie gouvernementale, un objectif, mais plutôt une règle de contrainte de gouvernance. Les objectifs de performance sont ajustés à ceux de la puissance publique et suffisamment imprégnés des politiques publiques en vigueur... »⁷⁹.*

⁷³ Article 5(z) du Décret n°2018/366 portant Code des Marchés Publics.

⁷⁴ Qui ont deux corpus propres en l'occurrence le Décret n°2018/366 et le Décret n°2018/355.

⁷⁵ Ils sont notamment réglementés par la Loi n° 2006/012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat, la loi n°2008/009 du 16 juillet 2008 fixant le régime fiscal, financier et comptable applicable aux contrats de partenariat.

⁷⁶ Sophie NICINSKI, *Droit public des affaires*, 5^{ème} édition, LGDJ, Lextenso éditions, 2016, pp. 15 et suivants.

⁷⁷ Article 2 alinéa 2 de la loi n°2006/012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Lionel Pierre GUESSELE ISSEME, « Les contrats de performance entre l'Etat et les Entreprises et Etablissements publics en droit camerounais », *Op. Cit.*, p. 278.

En d'autres termes, le contrat de performance, loin de rester un vecteur de l'atteinte efficace des résultats, instaure un environnement de contrainte dans l'accomplissement des objectifs programmés. Ces-derniers sont alors ajustés à ceux de la puissance publique par le biais des obligations consenties, pour que « *matériellement, les obligations réciproques entre les parties [soient] tournées vers la réalisation de la performance* »⁸⁰. Ainsi dans ce cadre, la performance implique le respect des obligations contractuelles, ainsi qu'un diagnostic rigoureux et sans complaisance, de l'accomplissement des projets ficelés. Elle renvoie aux résultats étayés par des indicateurs qualitatifs et quantitatifs⁸¹. En gros, la ligne directrice de ces contrats tourne autour de l'intégrité morale, c'est-à-dire la bonne foi et la transparence, et la sécurité juridique issue des obligations réciproques et garanties par les dispositifs normatifs en vigueur depuis 2018. *In fine*, l'élaboration de tous les contrats publics doit obéir à un cheminement transparent délicat⁸².

B- Une matérialisation aux confins déconcentrés

Pour que le contrat public accomplisse les résultats visés par son objet, il est nécessaire qu'il soit élaboré et exécuté suivant les règles et pratiques posées. Cela implique la responsabilisation des différents maillons de la chaîne décisionnelle⁸³. Toute chose qui est appelée à renforcer l'efficacité opérationnelle de leur exécution. Pour ce faire, le processus de contractualisation doit obéir aux règles de maturation des projets (1). Et la voie électronique contribue à amplifier la transparence dans ce secteur (2).

1- L'exigence d'une maturation séquencée

Maturer un projet revient à lui donner tous les attributs utiles à sa saine réalisation. D'ailleurs, le décret n°2018/366 sur les Marchés publics adopté un jour avant le Décret n°2018/4992/PM du 21 Juin 2018 fixant les règles régissant le processus de maturation des projets d'investissement public, inspire l'article 2 de ce-dernier qui reprend la définition de l'article 55(dd) donnée de la maturation des projets par le premier. En effet, il s'agit d'un « *processus au cours*

⁸⁰ *Ibid.*, p. 279.

⁸¹ Voir à ce propos l'article 3(iv) du Décret n°2022/12060/PM du 30 Décembre 2022 fixant le régime général des contrats-plans et des contrats de ville entre l'Etat et les Collectivités territoriales décentralisées ; voir aussi l'article 25 de la loi n°2004/033 sur l'urbanisme.

⁸² Elvis Flavien SAWADOGO, « La constitutionnalisation de la transparence dans les Etats africains », *Op. Cit.*, p. 17.

⁸³ BEGNI BAGAGNA, « Le principe de transparence dans les finances publiques des Etats membres de la CEMAC », *RAFIP*, n°2, 2017, p. 187.

duquel un projet est conçu, développé, planifié et bien exécuté tout en assurant sa pérennité. Dans le domaine des investissements publics, un projet est dit mature lorsque l'ensemble des processus qui le compose est maîtrisé et permet d'atteindre les objectifs fixés. Cette maîtrise se contrôle au fur et à mesure que le projet avance ». Ce qui implique un séquençage dans les étapes de la réalisation des projets à travers les phases. Ce découpage est censé permettre une meilleure mobilisation des crédits engagés et de payer le service réellement fait, afin d'éviter les dépenses futiles⁸⁴.

Cette exigence est la tâche première qui incombe aux Commissions de passation des Marchés publics, en vertu des contrats passés sous l'égide du Décret n°2018/366 susmentionné⁸⁵. D'autant plus que : *« le processus de maturation des projets d'investissements publics a notamment pour but : d'avoir une bonne lisibilité et une maîtrise des projets d'investissement public, notamment en ce qui concerne : la localisation du projet, les procédés d'exécution, les spécifications techniques, la durée d'exécution, le coût, le planning prévisionnel et le suivi-évaluation ; - d'accroître l'efficacité de la dépense publique ; - d'améliorer les performances des administrations publiques ; - de promouvoir la gestion axées sur les résultats ; - d'atteindre les objectifs fixés par les politiques publiques pour un relèvement substantiel des indicateurs de développement humain »*⁸⁶.

En effet, pour recenser les ressources utiles à la réalisation des projets, il convient de *« procéder à l'analyse de l'ensemble de l'information nécessaire, en vue de fournir, au Maître d'Ouvrage, tous les éléments lui permettant de décider ou non de la poursuite de la préparation du projet »*⁸⁷. Par parallélisme, il est à observer que les différents Responsables de Programmes procèdent de la même manière pour réunir les informations utiles au recensement et à la classification des ressources nécessaires au déploiement des programmes. Ainsi présenté, tout

⁸⁴ Voir à ce propos le Manuel de pilotage et d'exécution du budget programme, relativement à la nomenclature d'exécution des opérations budgétaires, pp. 52 à 54.

⁸⁵ Les articles 8 et 9 du Décret n°2018/366 sont assez exhaustifs sur les missions attachées à la performance assignées aux différentes Commissions de passation des marchés publics, dont la maturation des projets en est la première (article 8 alinéa 1(a)).

⁸⁶ Article 3 du Décret n°2018/4992/PM du 21 Juin 2018 fixant les règles régissant le processus de maturation des projets d'investissement public.

⁸⁷ Article 6 alinéa 1 du Décret n°2018/4992/PM sus cité.

paraît être établi de façon à ce qu'il n'y ait aucun écart dans l'exécution des contrats publics. Sauf qu'il faut observer que le déficit public est toujours plus grand que les prévisions.

Les ressources, dont il s'agit, sont à la fois fiscales⁸⁸ et non fiscales⁸⁹, et permettent d'assurer les dépenses publiques⁹⁰ pour garantir le service à tous. Mais, le recouvrement des impôts, découlant du régime déclaratif, est marqué par l'absence de sincérité de la part des contribuables. De plus, la méga-corruption des agents publics ne contribue pas à améliorer le climat des affaires publiques. Du coup, le recensement des ressources étant faussé dès la base, il devient quasiment inévitable de contourner le déficit public en général, et le déficit budgétaire en particulier. Ceci est criard dans le droit de la concurrence et de la commande publique où les marchés ont du mal à être réalisés de façon performante⁹¹.

C'est ce qui justifie qu'il soit instauré une « obligation d'intégrité morale »⁹² dans l'exécution des contrats de performance. Cela permet d'éviter « l'érection d'un contrepoids entre les parties au contrat »⁹³. Or, celui-ci renvoie à un effet d'inertie, c'est-à-dire ce qui empêche par un simple effet de frein le pouvoir de l'instance ou de l'institution publique sur la mobilisation de l'exorbitance, pour ne prôner que la pesanteur de l'obligation contractuelle alors consentie. C'est dans cet ordre d'idées qu'en plus des exigences posées par l'article 3 du Décret n°2018/4992/PM sus cité, la circulaire n°00004918/MINFI sur les contrats de performance entre l'Etat et les Etablissements et Entreprises publics, pose six (06) séquences de la feuille de route visant la matérialisation desdits contrats. Il s'agit :

- *Du cadrage méthodologique* : suivant les exigences posées par le Chapitre III de la loi n°2018/012 portant régime financier de l'Etat et des autres entités publiques, portant sur le

⁸⁸ L'article 25(a) de la loi n°2018/012 énumères comme ressources fiscales : les impôts de tous ordres, les droits de douane, les droits d'enregistrement et de timbre..., voir aussi l'article 72 alinéa 3 du Décret n°2018/366 portant Code des Marchés publics.

⁸⁹ L'article 12 alinéa 1, paragraphes 2,3,4 et 5 de la loi susmentionnée consacre, en plus des recettes fiscales, les recettes courantes non fiscales ; les transferts cotisations, dons et legs regroupés ; les recettes en capital ; les recettes sur opérations financières ; voir aussi Stève Thierry BILOUNGA, *Finances publiques camerounaises. Budgets – Impôts – Douanes – Comptabilité publique*, L'Harmattan, 2020, pp. 78 à 91.

⁹⁰ Stève Thierry BILOUNGA, *Op. Cit.*, p. 92.

⁹¹ L'article 7 du Décret n°2018/4992 relègue au plan de la simple théorie ne pouvant être efficacement réalisé

⁹² Lionel Pierre GUESSELE ISSEME, « Les contrats de performance entre l'Etat et les Entreprises et Etablissements publics en droit camerounais », *Op. Cit.*, p. 286.

⁹³ *Ibid.*, p. 286.

cadrage des politiques publiques, et la Stratégie Nationale de Développement 2020-2030 (SND30)⁹⁴.

- *De l'élaboration d'un plan d'action stratégique ;*
- *De l'élaboration du projet de contrat de performance ;*
- *De la validation du projet de contrat de performance : suivant le contenu synallagmatique déterminé par les parties⁹⁵ ;*
- *De la rédaction définitive et la signature ;*
- *Du suivi-évaluation de l'exécution du contrat ainsi que de la performance desdits contrats sur la base d'indicateurs précis⁹⁶.*

Plus schématiquement, il s'agit de présenter l'articulation d'un programme, qui en l'occurrence peut se constituer en la réalisation d'un service public par voie de contrat. En de termes plus accessibles, le programme est un support de présentation des crédits budgétaires par finalité socio-économique. Il définit le cadre budgétaire de mise en œuvre des politiques publiques. *Le programme constitue une enveloppe globale et limitative de crédits. C'est le véritable « socle du budget-programme et la base de l'affichage des politiques par objectifs »⁹⁷. Il existe deux (02) catégories de programmes à savoir : les programmes opérationnels⁹⁸ et les programmes supports⁹⁹. Le programme budgétaire est alors décliné en actions¹⁰⁰ et celles-ci, à leur tour, sont déclinées en activités, qui, finalement, sont déclinées en tâches. Chaque unité du programme est pilotée par un*

⁹⁴ MINEPAT, SND30, « *Gouvernance économique et financière* », 1^{ère} édition, 2020, pp.100 et suivants.

⁹⁵ Les articles 124 et 125 du Décret n°2018/366 donnent une énumération exhaustive du contenu des Marchés publics au Cameroun.

⁹⁶ Christiane ABOMO EFOUA, « *Le contrôle des investissements publics au Cameroun* », Mémoire de Master 2-Recherche en Droit Public, Université de Yaoundé 2-Soa, année académique 2015/2016, pp. 110 et suivants.

⁹⁷ MINFI, Manuel de Pilotage et d'exécution du budget programme sus cité, p. 8.

⁹⁸ Il s'agit des programmes orientés vers la réalisation de résultats qui permettent la satisfaction des citoyens

⁹⁹ Ce sont des programmes orientés vers les programmes opérationnels à travers la mobilisation des moyens transversaux qui leur permettent de mobiliser à temps les intrants et les activités afin d'atteindre leurs objectifs

¹⁰⁰ L'action est la composante élémentaire d'un programme, elle vise la réalisation d'un objectif et comporte un ensemble d'activités à exécuter dans le cadre de sa mise en œuvre. Chaque action doit être rattachée et demeurer de la responsabilité d'une et une seule unité administrative, même si plusieurs unités administratives contribuent à sa mise en œuvre. Dans le cas où plusieurs unités administratives contribuent à la mise en œuvre d'une seule action, il faut désigner une seule unité administrative, chef de file, qui répondra, vis-à-vis du responsable de programme, de la réalisation des objectifs de l'action et de la mise en œuvre des activités qui en relèvent.

responsable. Ces derniers constituent hiérarchiquement les acteurs de la gestion budgétaire, en permettant une exécution efficiente et traçable du budget de l'Etat¹⁰¹.

Cette exigence de séquençage¹⁰² est aussi observée dans la mise en œuvre des marchés publics dans leur ensemble par le biais des phases de réalisation. Ces-dernières s'articulent ainsi au vu de la structuration des engagements autorisés pour un programme, et le paiement des crédits est échelonné suivant l'exécution d'une phase à la fois. Ce qui en théorie permettrait l'exécution effective d'un contrat dans les temps. Toutefois, les aléas perturbateurs peuvent survenir et entraîner l'option des plans d'urgence, ou plus globalement l'ajustement de la relation contractuelle suivant les conditions prévues par les dispositifs pertinents¹⁰³. Il est important de souligner que ces procédures matérielles d'élaboration des contrats publics se dématérialisent de plus en plus, ceci dans l'optique de renforcer l'exigence de transparence.

2- L'émergence d'une dématérialisation évolutive

L'idée de la dématérialisation de la gestion des affaires publiques émerge peu à peu en Amérique du Nord avec le système de l'*open data* (ou données ouvertes), procédé qui matérialisait le commencement de la transparence administrative, c'est-à-dire le droit de savoir ou plus précisément le droit d'accès à l'information¹⁰⁴. De fait, la *e_administration*¹⁰⁵ constitue ici le corolaire de la transformation des services publics à l'aune des réformes du moment, et dévient par le même fait un objet d'étude émergent en droit¹⁰⁶.

¹⁰¹ Il s'agit du responsable de programme, du responsable d'action, du responsable de l'unité administrative et le responsable de l'activité. Voir aussi l'article 30 alinéas 4,5,6 de la loi n°2018/012.

¹⁰² Dans le cas des Marchés publics, on recense cinq (05) étapes dans la passation à savoir : *l'identification des marchés à passer ; la planification des débuts et fins des procédures ; l'élaboration du chronogramme de chaque marché à passer ; le plan de passation des marchés et le journal de programmation.*

¹⁰³ Dans le cas des Marchés publics, voir le Décret n°2018/366 en ses articles 130 (sur l'avenant) et les articles 168 alinéa 3 et 180 alinéa 3 (sur le régime de la responsabilité) ; et le Décret n°2018/355 en ses articles 98 alinéa 4 (sur l'ajustement du prix du contrat), ainsi que les articles 98 alinéa 12 et 99 alinéa 14 (sur la révision du prix du contrat)

¹⁰⁴ Eugène MBARGA, Thèse précitée, pp. 467 et suivants.

¹⁰⁵ Gérard Martin PEKASSA NDAM, « Les transformations de l'Administration fiscale camerounaise », in Magloire ONDOA (Dir.), *L'Administration publique camerounaise à l'heure des réformes*, L'Harmattan, 2010, p. 34.

¹⁰⁶ Philippe COSSALTER, Hisham RASSAFI-GUIBAL, « Chronique de droit de l'Administration numérique », Septembre 2020-Août 2021, JCP/A, n°2291, 11 Octobre 2021, p. 1.

Littéralement, dématérialiser c'est rendre immatériel¹⁰⁷ ; c'est « l'action (...) de priver de tout support tangible »¹⁰⁸. Cette vision est juridiquement reprise dans le lexique des termes juridiques, selon lequel il s'agit de la « suppression du support papier [...] et [son] remplacement par un support électronique qui a une valeur juridique [identique] à celle du support papier »¹⁰⁹. Cela implique que sur le plan processuel l'opération ou plutôt l'action envisagée nécessite des moyens techniques liés aux nouvelles technologies, qui encore remplacent l'action matérielle par une action électronique. Il faut alors souligner que l'électronique ici ou l'internet ne constitue qu'une voie, un canal qui transforme le papier en un ensemble de clics algorithmiques qui auront pour vocation de produire un acte juridique objet de l'action informatique posée.

En matière administrative en général et contractuelle en particulier, ce procédé s'est amplifié avec la crise sanitaire de la covid-19¹¹⁰ avec l'accélération du télétravail et donc de la signature électronique, acte juridique immatériel qui donne naissance un acte administratif numérique, dont les attributs sont les mêmes que les actes ordinaires. Car en effet, « même établi sur un support électronique, l'acte repose sur une assiette physique, et l'on voudra pour preuve que son élaboration suppose des investissements massifs dans un nouveau type de matériel : clefs USB pour sa signature ; écran pour sa rédaction et sa consultation ; serveurs et disques durs pour sa conservation »¹¹¹. De cette façon, l'immatérialisation dont il s'agit ici renvoie à une substitution des anciens matériels d'édiction des actes administratifs que sont l'encre et le papier au profit d'un cerveau électronique et de tous ses attributs.

Cette évolution du papier vers le numérique est transportée dans le domaine contractuel public par tout le dispositif normatif de 2018. Alors, à titre illustratif, le Code des marchés publics dispose que : « les procédures de passation des marchés peuvent faire l'objet d'une dématérialisation par l'utilisation des moyens électroniques. [Ainsi, le recours à cette procédure]

¹⁰⁷ Stéphanie FOURNIER (Dir.), *L'immatériel et le droit. Perspectives et limites*, Institut Universitaire Varenne, Collection « Colloques & Essais », 2017, 136p.

¹⁰⁸ Janvier FERMOSE, « La dématérialisation des services publics en droit camerounais », in Gérard Martin PEKASSA NDAM et ali, *Droit et service public*, Mélanges en l'honneur du professeur Etienne Charles LEKENE DONFACK, volume 2, *Op. Cit.*, p. 476.

¹⁰⁹ Serge GUINCHARD, Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 32^{ème} édition, 2024, p. 353 ; voir aussi, Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, *Op. Cit.*, pp. 324 à 325.

¹¹⁰ Achille SUNKUM KAMDEM, « L'impact du Covi-19 sur l'exécution des obligations contractuelles », *NEMRO*, Avril-Juin 2020, p. 53.

¹¹¹ Maxime JULIENNE, « L'acte juridique immatériel : signature et authenticité à l'heure de l'acte électronique », in Stéphanie FOURNIER, *L'immatériel et le droit...*, *Op. Cit.*, p. 73.

doit obéir entre autres : a) à l'utilisation d'un système d'échange d'information adéquat assurant l'intégrité, la confidentialité et l'authenticité des informations ; b) à un système de signature électronique... »¹¹². Pour ce faire, dans l'optique de marquer la différence entre la contractualisation physique de la contractualisation immatérielle ou numérique, la théorie des contrats informatiques a émergé comme enjeu de la nouvelle économie¹¹³. Il faut ajouter qu'outre la réglementation appliquée aux marchés publics, celle appliquée aux délégations de service public suit la même logique dans l'optique de renforcer l'atteinte des résultats dans tous les secteurs de la vie publique¹¹⁴, rejoignant par la même occasion les principes, règles et bonnes pratiques internationalement reconnus et consacrés¹¹⁵. Malgré cette armada, la performance reste dévoyée.

II- Une performance éprouvée

L'article 83 de la loi n°2018/012 portant régime financier de l'Etat et des autres entités publiques dispose en son alinéa 1^{er} que : « *les opérations relatives à l'exécution des lois de finances sont soumises à un triple contrôle : administratif, parlementaire et juridictionnel* »¹¹⁶, et « *ces contrôles peuvent, selon leur conception ou les circonstances être des contrôles de régularité, ou de performance* »¹¹⁷. Or, l'activité contractuelle ne saurait se déployer en dehors du cadre budgétaire, malgré le caractère pluriannuel de certains contrats. Ces contrôles sont opérés sur la base d'un ensemble d'indicateurs préalablement prévus par les politiques publiques et ils permettent de rendre compte de la réalité pratique de la mise en œuvre des exigences de bonne gouvernance. L'analyse de ces données permet de se rendre compte que la performance des

¹¹² Article 122 du Décret n°2018/366.

¹¹³ Charles BEIGBEDER, « La nouvelle économie », in Christopher STENER, *Dictionnaire politique d'Internet et du numérique : les 66 enjeux de la société numérique*, www.latribune.fr, consulté le 02 Janvier 2025 à 20h00, p. 75. Voir aussi Clémentine KABADIANG épouse ENGONO, *La régulation du secteur du numérique en droit administratif camerounais*, Thèse de Doctorat/PhD en Droit Public, Université de Douala, 2021/2022, pp. 128 et suivants.

¹¹⁴ Article 4 de la loi n°2018/011 portant Code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques au Cameroun.

¹¹⁵ Voir normes internationales suivantes : ISO 15288 : Technologies de l'information – Gestion du cycle de vie – Étapes du cycle de vie du système ; ISO 9126 : Génie logiciel – Qualité des produits ; BS 15000 : Gestion des services informatiques ; ISO 15504 : Technologies de l'information – Évaluation des processus logiciels ; ISO 27701 : RGPD (extension à la norme ISO 27001). START Techniques logicielles pour des systèmes fiables et fiables e-GIF – le cadre d'interopérabilité pour l'administration en ligne ; ISO 18019 pour la conception et la préparation de l'orientation utilisateur pour les logiciels d'application ; la norme NK et la norme IEEE 802 qui décrit les normes relatives aux réseaux locaux (LAN) et métropolitains (MAN) basés sur la transmission de données numériques par des liaisons filaires ou sans fil.

¹¹⁶ Voir aussi les articles 40 à 46 de la loi n°2018/011 portant Code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques au Cameroun.

¹¹⁷ Alinéa 2 de l'article 83 du décret sus cité.

contrats publics reste sujette à plusieurs épreuves regroupées sous le prisme de la malgouvernance¹¹⁸ (A), dont les effets sont néfastes pour le secteur économique et financier (B).

A- L'épreuve des contre-performances persistantes

Parce que le droit dit ce qu'il faut faire et qu'il ne peut dire ce qu'on fera, la performance exigée pour l'activité contractuelle de l'Administration publique est encore sujette à plusieurs épreuves tant dans le processus de contractualisation (1), que dans la phase de l'exécution (2).

1- Dans le processus de contractualisation

La réalisation des résultats visés par la mise en route des services publics est au cœur des politiques publiques actuelles¹¹⁹, notamment avec la modernisation de l'activité publique à laquelle la contractualisation n'échappe guère. Celle-ci, en plus de contribuer à l'action publique, est l'un des moyens privilégiés pour le financement de ladite action. Car en effet, en plus des contrats administratifs visant l'activité, ceux qui font l'objet de la présente analyse, il existe des contrats de financement des budgets publics tels que les « *contrats d'emprunt* »¹²⁰ publics¹²¹ et les contrats de partenariat public-privé, dont le visage est hybride car ils permettent à la fois le financement et la réalisation d'une mission d'intérêt général.

Leur processus de négociation est donc assez essentiel pour la bonne conduite de la dépense publique qu'ils imputent. Or, il est observé une forte propension corruptive à cette phase du processus contractuel public. Certains auteurs dans leurs analyses ont conclu que celle-ci crée un

¹¹⁸ Jean Denis BREDIN, « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs*, n°97, 2001, p. 6 ; lire utilement Odile TOGOLO, *Les fautes de gestion dans le secteur public au Cameroun*, Mare & Martin, Collection « Droit et gestion publique », 2019, 384p, spéc. 4^{ème} de couverture.

¹¹⁹ MINEPAT, SND30, *Op. Cit.*, spéc. Chapitre 6 : Gouvernance, décentralisation et gestion stratégique de l'Etat, section 6.3 : Amélioration du service public de l'Etat, pp. 103 à 111.

¹²⁰ Clémentine KABADIANG épouse ENGONO, « La contractualisation des finances publiques en Afrique noire francophone : cas du Cameroun, du Gabon et de la Côte d'Ivoire », *Revue Camerounaise de Droit et de Sciences politiques (RCSP)*, n°13, Août 2023, p. 157.

¹²¹ Qu'il faut alors distinguer de l'aide publique au développement, en ce sens que les conditions juridiques et techniques des deux situations ne sont pas identiques, même si en fonction des circonstances, un emprunt peut être un moyen ou vecteur de l'aide publique au développement, à l'instar des accords de développement économiques CA2D entre le Cameroun et la France. Lire utilement Miriam CUÉ RIO, *Une approche de l'aide publique au développement par le biais de ses objectifs chiffrés : examen de la définition des objectifs comme facteur explicatif de leur non réalisation*, Thèse pour le Doctorat en Sciences économiques, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2013, pp. 5 et suivants.

panorama juridique¹²² dans l'environnement économique-financier camerounais, ce qui freine grandement l'atteinte de la performance exigée par les dispositifs et les nouvelles orientations posées depuis 2018. En effet, « *Le discours sur la corruption a pour référent une pratique constante, généralement décriée par tous, même par ceux qui se plaisent à l'effectuer dans l'ombre (...), elle contredit tout principe, c'est pourquoi elle est à l'ailleurs de la raison, du droit et de la morale (...), elle n'existe que dans le discrédit (...)* »¹²³.

En outre, « *pour se déployer, celle-ci doit aliéner les règles civiles ou les éviter* », et il devient évident que la conduite des acteurs de cette chaîne ne puisse pas devenir, au sens moral du terme, des lois universelles¹²⁴. Au Cameroun, elle est le principal vecteur de la contreperformance. Elle est devenue un phénomène endémique, un phénomène plus courant que la norme. « *Ici, la corruption est le principe du devenir. Sur la base de ce principe, le sale peut devenir le propre (...). L'argent sale est recyclé ou blanchi dans des réseaux informels et les sociétés écrans* »¹²⁵. Or, ce phénomène est pourvu de sanctions normatives depuis les premiers pas de la République du Cameroun¹²⁶.

Pourtant la performance des contrats publics se trouve encore dévoyée, surtout si l'on prend en considération la diversité desdits contrats. Tout particulièrement s'agissant des contrats de partenariat publics-privés. Il s'agit des contrats où « *les deux parties déterminent ensemble les modalités de leur partenariat* »¹²⁷. Mais l'on observe au Cameroun que ceux-ci ont le visage d'un « [...] *contrat d'adhésion dans la mesure où ses conditions sont fixées unilatéralement à l'exception de quelques rares emprunts forcés* »¹²⁸. De plus, le recours ponctuel à la préférence nationale dans la passation des Marchés publics¹²⁹, et à la procédure de gré à gré¹³⁰, contribuent

¹²² MOUNYOL A MBOUSSI, *La corruption au Cameroun : un panorama juridique. Questions de justice*, Presses de l'UCAC, 2007, p. 13.

¹²³ Lucien AYISSI, *Corruption et gouvernance*, L'Harmattan, Collection « Pensée Africaine », 2008, p. 13.

¹²⁴ Emmanuel KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, traduction de Victor Delbos, Paris, Delagrave, 1973, p. 103.

¹²⁵ Jean Paul GOUREVITCH, *L'Afrique, le fric, la France. L'aide, la dette, l'immigration, l'avenir : vérités et mensonges*, Editions Le Pré aux Clercs, 1997, p. 105.

¹²⁶ Codes et Lois du Cameroun, B.B., Tome II, p. 645 ; Chapter XII. Corruption and Abuse Office, Official Corruption (98), Judicial Corruption (43 of 1922), Corruption of Witnesses (124).

¹²⁷ Gabon, article 8 de l'ordonnance n°22/PR/2015 relative aux Contrats de Partenariat Public-Privé.

¹²⁸ Etienne Charles LEKENE DONFACK, *Finances publiques camerounaises*, Berger-Levrault, 1987, p. 186.

¹²⁹ Article 106 de du Décret n°2018/366.

¹³⁰ Articles 108 à 111 du Décret n°2018/366.

grandement à renforcer les contreperformances, du moment où lesdites procédures sont moins rigoureuses que les autres, et surtout plus opaques.

L'on peut aussi remettre en question la mutabilité¹³¹ qui est un principe phare de la stabilité de la relation contractuelle, qui donne la latitude à l'Administration d'adapter le contrat à la conjoncture afin de ne pas rompre la continuité du service public. Seulement, il n'est pas très aisé de s'assurer de la transparence et de l'équilibre financier alors consenti au départ. De plus, il est important de noter qu'en dehors des cas de force majeure qui entraînent la déstabilisation de la relation contractuelle dans son ensemble, la mauvaise maturation des projets et des contrats, suite à la mauvaise information lors de la phase de négociation, entraîne la révision de ladite relation soit par le biais de l'avenant, soit par le biais d'une consultation¹³². Et qu'importe la technique choisie il importe de souligner qu'elle a une conséquence néfaste sur les finances publiques en général, et sur la performance du contrat public en question. Or le Décret n°2018/366 dispose que les marchés de gré à gré sont passés à titre complémentaire pour des marchés initialement conclus suivant une procédure d'appel d'offre concurrentielle¹³³.

De plus le MO/MOD doit solliciter une autorisation de l'autorité chargée du marché objet de cette procédure, et en cas d'accord de la sollicitation motivée par ladite autorité, celui-ci (MO/MOD) « *procède à la consultation directe, sans obligation de publicité, d'au moins trois (03) sociétés* »¹³⁴ sauf dans les cas visés à l'article 109 de l'alinéa a) et d) du Décret n°2018/366 sus cité. Cette opacité peut créer une brèche par laquelle la corruption peut s'insérer pour l'attribution alors arbitraire et illégale du marché, même si l'examen est soumis à une Commission Passation des marchés régulièrement constituée. La sincérité du choix des soumissionnaires serait déjà biaisée en amont, ce qui saperait la transparence globale de la procédure de passation dudit marché.

¹³¹ Pierre DELVOLLE, *Droit public de l'économie*, Dalloz, Collection « Précis », 1998, p. 618.

¹³² Patrick Edgard ABANE ENGOLO, *Traité de droit administratif du Cameroun. Théorie générale et droit administratif spécial*, Op. Cit., p. 302.

¹³³ L'article 109 dudit décret dispose alors en substance que : « *Il ne peut être passé de marché de gré à gré que dans l'un des cas limitatifs suivants : (...) b) pour le remplacement, en cas d'urgence, d'entrepreneurs ou de fournisseurs défaillants ; c) pour les travaux, fournitures ou services et prestations intellectuelles qui, dans le cas d'urgence impérieuse motivée par un cas de force majeure, ne peuvent subir les délais d'une procédure d'appel d'offres ; d) pour des fournitures, services ou travaux qui complètent ceux ayant fait l'objet d'un premier marché exécuté par le même titulaire, à la condition que le marché initial ait été passé selon la procédure d'appel d'offres et que le marché complémentaire qui en découle ne porte que sur des fournitures, services ou travaux qui ne figurent pas dans le marché initial conclu mais qui sont rendus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue et extérieure aux parties, et que ces fournitures, services ou travaux ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal* ».

¹³⁴ Article 110 alinéa 3 du Décret n°2018/366.

Car, cela ne donne pas réellement à l'Administration¹³⁵ la possibilité d'apprécier de façon effective tous les éléments négociables du contrat, que sont : *le prix* en vertu du Cahier des Clauses administratives réservé aux marchés de travaux par exemple¹³⁶ ; *les délais et l'agencement par ordre des étapes constitutives du contrat*¹³⁷.

Ces aspects impactent l'attribution du contrat administratif ou public¹³⁸, qui comme tout contrat normal « obéit à plusieurs prérequis (...) qui accompagnent [sa] régularité. Ainsi la volonté de contracter doit exister »¹³⁹ pour toutes les clauses du contrat pour les différentes parties à celui-ci. Car le défaut de consentement sur l'une d'elle entraîne sa nullité d'office¹⁴⁰. Ces éléments manifestes de la volonté et de la validité du contrat doivent être complétés par les éléments de procédure globalement énumérés par les dispositifs de 2018. Le Code des Marchés publics en particulier et le décret de 2018 sur les marchés des entreprises publiques en sont davantage exhaustifs. D'ailleurs, il est admis que « le code des marchés publics est très largement un code de procédures »¹⁴¹. L'inobservance de toutes ces exigences entraîne une entrave à la performance des contrats publics, ceci d'autant plus que les détournements de fonds publics dans la phase d'exécution desdits contrats sont légions.

2- Dans la phase d'exécution

La phase d'exécution des contrats publics au Cameroun est minée par au moins trois (03) épiphénomènes que sont la corruption, l'incompétence issue de l'asymétrie informationnelle et les détournements de deniers publics qui font l'objet de nombreux contentieux devant la juridiction des crimes financiers qu'est le Tribunal Criminel Spécial (TCS) depuis sa création. La spécificité des actes administratifs contractuels vient du fait qu'à la différence des actes administratifs

¹³⁵ Notamment ses différents acteurs que sont : *Le Ministère des Marchés publics* qui est l'organe facilitateur (article 50 du Décret n°2018/366) et *L'Agence de Régulation des Marchés Publics (ARMP)* en tant qu'organe régulateur (article 48), ainsi que les organes de passation MO/MOD

¹³⁶ Articles 19 alinéa 1, 20 alinéa 2 et 62 alinéa 2 du Cahier des Clauses Administratives Générales/Travaux (CCAG/travaux) ; article 17 CCAG/fournitures ; Voir aussi les article 146 et 147 du Décret n°2018/366.

¹³⁷ Articles 49 et 62 du CCAG/travaux.

¹³⁸ « De façon technique, la passation des marchés publics renvoie à leur mode d'attribution. *Stricto sensu*, elle concerne la procédure de conclusion des contrats de marchés publics, c'est-à-dire les modes de passation », confère Patrick Edgard ABANE ENGOLO, *Traité de droit administratif du Cameroun. Théorie générale et droit administratif spécial*, Op. Cit., p. 320.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 320.

¹⁴⁰ CE sect. 11 fév. 1972, office public HLM du Calvados, p. 135, AJ, 1972. Voir René CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1. 15^{ème} édition, n° 1364.

¹⁴¹ René CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, 15^{ème} édition, n° 1365.

unilatéraux qui entrent en vigueur dès qu'ils sont publiés et n'ont pas besoin de la volonté des bénéficiaires pour ce fait, dans la théorie générale des contrats, « *les modalités financières de gestion, d'exploitation et de rémunération de l'investissement sont fixées d'accord parties* »¹⁴². Le contrat est la loi des parties suivant cette même théorie, et l'exécution des obligations réciproques doit être faite de bonne foi¹⁴³ et suivant les conditions fixées par les cahiers des charges¹⁴⁴.

L'exécution des contrats publics procède de la matérialisation des obligations consenties par les deux parties ; du transfert effectif de propriété et de la mise en route du service public dans son aspect matériel. Cette phase est la suite logique de la passation ou plus largement de la conclusion du contrat, et c'est à juste titre qu'elle est assez étudiée par la science du droit¹⁴⁵. De fait, c'est la phase de la relation contractuelle où le déploiement des trois « E » est appelé à se magnifier par la mise en œuvre des obligations contractuelles. En effet, « *les obligations ne naissent que parce qu'elles sont destinées à être exécutées et c'est tout naturellement que la formation du contrat doit être suivie de son exécution* »¹⁴⁶.

Or la matérialisation peu convaincante des contrats publics témoigne de la difficile mesure de l'efficacité de la gestion financière dans son ensemble. L'évaluation de l'activité financière publique au Cameroun est assez déficitaire¹⁴⁷. Pourtant, « *l'évaluation permet d'améliorer l'efficacité et le rendement de l'action publique et constitue pour les pouvoirs publics, un moyen de rendre compte de leurs actions* »¹⁴⁸. D'ailleurs, « *si la logique de l'évaluation est celle du permanent "peut mieux faire" (...), c'est aussi la contrainte inlassable du "doit mieux faire"* »¹⁴⁹.

¹⁴² Article 13 de la loi n° 2008/009 du 16 juillet 2008, fixant le régime fiscal, financier, et comptable applicable aux contrats de partenariat.

¹⁴³ Cette théorie est consignée par l'article 1134 du Code Civil napoléonien en vigueur au Cameroun.

¹⁴⁴ S'agissant des marchés publics particulièrement, l'article 129 du Décret n°2018/366 dispose que : « *Les cahiers des charges déterminent les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés. Ils comprennent les documents généraux et les documents particuliers suivants a) le cahier des clauses administratives générales qui fixe les dispositions relatives à l'exécution et au contrôle des marchés publics, applicables à toute une catégorie de marchés ; b) les cahiers des clauses administratives particulières qui fixent les dispositions administratives et financières propres à chaque marché c) tous les autres cahiers techniques, les documents généraux et les documents particuliers définissant les caractéristiques des travaux, des fournitures ou des services* ».

¹⁴⁵ La phase d'exécution a fait l'objet de tout un colloque tenu en 2017 en France avec pour thème : L'exécution des contrats administratifs. Pour une modernisation et une adaptation des régimes d'exécution aux contextes et enjeux contemporains.

¹⁴⁶ Yvette KALIEU ELONGO, « La distinction de la formation et de l'exécution des contrats », *Afrilex*, n°05, Juin 2006, p. 119.

¹⁴⁷ Gabriel FOUJENGA BELINGA, Thèse précitée, p. 523.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 523.

¹⁴⁹ Fabien GALZIN, *La dictature du chiffre : Le libéralisme, la science et le "psy"*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 56.

Mais, la compréhension des chiffres publiés pour servir de reddition des comptes peut être factice, si la réalité des réalisations attendues soulève des questionnements, d'autant plus que les indicateurs de résultat consacrés¹⁵⁰ ne sont pas intelligibles pour tous. Le citoyen¹⁵¹ financier¹⁵², usager et contribuable veille à ce que l'activité de l'administration soit tenue de s'inscrire en termes de performance. La reddition des comptes¹⁵³ permet de faire état des activités, de cibler les objectifs d'amélioration et de comparer les écarts avec les résultats obtenus. Et il convient de préciser que les informations mises à la disposition du public et de la société civile seront, à leur tour évaluées, et les écarts de sincérité susciteront bien évidemment des remous.

Il en a été le cas dans les marchés de construction des infrastructures sportives de la Coupe d'Afrique des Nations (CAN) Total énergie Cameroun 2021, dont la date a glissé vers 2022. En fait, dans un décret du 16 Février 2021¹⁵⁴, le Président de la République du Cameroun, habilitait le Ministre de l'Economie de l'Aménagement et de la Planification du Territoire (MINEPAT) à passer un emprunt des crédits auprès de plusieurs Institutions étrangères pour financer le parachèvement des travaux de construction du complexe sportif d'Olembé. Cela témoigne à suffisance de la mauvaise maturation des projets d'investissement publics comme le recommande le décret de 2018 y relatif¹⁵⁵, qui sape la concrétisation de certains marchés publics¹⁵⁶.

Outre la mauvaise élaboration préalable des contrats, l'inflation d'acteurs dans les processus contractuel tend à alourdir ledit processus. En effet, on observe au Cameroun « *le phénomène toujours plus prégnant (...) de comités et de commissions* »¹⁵⁷, qui sont pourtant des organes chargés de mettre sur pied des programmes d'investissement efficaces. Mais, loin de favoriser la performance des administrations, cela favorise une évaluation difficile ; tant du point

¹⁵⁰ MINEPAT, SND30, Annexe 2, « Liste des indicateurs pour le suivi des stratégies sectorielles », notamment le secteur des infrastructures, p. 145.

¹⁵¹ Sybile Elsa SAME MOUKOUDI, « *Le contrôle citoyen du budget au Cameroun* », Mémoire de Master 2-Recherche en Droit Public, Université de Yaoundé 2-Soa, année académique 2016/2017, pp. 45 et suivants.

¹⁵² Sylvie NGUECHE, « Le contrôle par le citoyen des finances publiques au Cameroun », *RADP*, Volume VII, n°13, Juillet-Décembre 2018, p. 172.

¹⁵³ Qui sera examinée plus haut dans la partie réservée au contrôle participatif

¹⁵⁴ Décret n°2021/100 du 16 Février 2021 habilitant le Ministre de l'Economie, de la planification et de l'Aménagement du Territoire à signer, avec la *Standard Chartered Bank* de Londres et BPI France Export, une Convention de Crédit d'un montant de 84.101.978,98 Euros, soit environs 55.166.693.111 de francs CFA, pour le financement des travaux du Complexe Sportif d'Olembé

¹⁵⁵ Articles 5 à 7 du décret n°2018/4992/PM sur la maturation des projets d'investissement publics.

¹⁵⁶ Article 49 du CCAG/Travaux.

¹⁵⁷ Gabriel FOUJENGA BELINGA, Thèse précitée, p. 523.

de vue qualitatif que quantitatif. De plus, la multitude et la multiplication des acteurs contribue à rendre l'Etat plus dépensier que jamais et, par voie de conséquence, à handicaper les projets visant à rendre économe l'activité financière. C'est donc à partir de ces quelques éléments de fait qu'on observe un déficit public assez constant. Celui-ci ne favorise guère la transcription documentée, lisible et intelligible de la matérialité des programmes.

De plus, la reddition des comptes factices qui découlerait d'un processus faussé à la base n'entraîne d'office que des contre-performances (mauvais résultats). Or, le régime financier indique clairement la conduite à tenir pour une reddition sincère. Ainsi, « *les objectifs et les indicateurs de performance sont ensuite décrits dans une Matrice de Cadre Logique (MCL) pour permettre de mobiliser les équipes. Ils devront être déclinés en objectifs et indicateurs qui portent directement sur les leviers d'action au niveau opérationnel. Ceux-ci se matérialisent par des ajustements du processus interne, par des réallocations de moyens et de ressources, par des réorganisations administratives, ou encore, par des améliorations continues de la qualité des prestations financières. Ils doivent donc découler du suivi minutieux des tableaux de bord. En effet, des tableaux synoptiques doivent être réalisés par chaque Responsable de Programmes, pour assurer la traçabilité de l'ensemble des acteurs, des objectifs et des indicateurs de performance. Ce tableau est l'instrument permettant la mesure des enjeux et défis des programmes et, par ricochet, l'identification des leviers d'action qui permettent l'amélioration des résultats d'un programme* »¹⁵⁸. Tout ce rendu explicite les différentes déstabilisations des relations contractuelles vécues dans le contexte camerounais.

B- Les preuves de la déstabilisation économique-financière

Le principal obstacle théorique à l'épanouissement de la performance des contrats publics, serait sans doute la difficile conciliation entre l'application du droit administratif à travers la poursuite de l'intérêt général, et l'activité économique des acteurs qui peuvent être extérieurs aux entités publiques dans la réalisation desdits contrats, et dont le principal objectif est le profit, surtout lorsque les entreprises du secteur de production entrent en jeu dans cette relation. En effet, c'est probablement « *la théorie de l'effet utile* »¹⁵⁹ de l'objectif ou de la finalité recherchée qui a eu pour

¹⁵⁸ Eugène MBARGA, Thèse précitée, p. 89.

¹⁵⁹ Sophie NICINSKI, *Droit public des affaires*, Op. Cit., p. 62.

effet de tenter une réconciliation des deux réalités juridiques. La performance des contrats publics est très largement éprouvée dans leur mise en œuvre. Les écarts observés entre les programmes et les résultats sont le fait d'une mauvaise maturation des projets, souvent mue par des manœuvres dolosives, synonymes d'une asymétrie de l'information manifestée (1), qui a pour conséquence directe la déstabilisation manifeste du contrat (2).

1- L'asymétrie informationnelle manifestée

L'asymétrie de l'information témoigne de l'irréalisme financier latent dont la théorie et les normes vantent pourtant le caractère patent au vu des objectifs présentés comme étant des valeurs optimistes de la performance¹⁶⁰. Principale conséquence du flou dans la phase de la conclusion des contrats, l'asymétrie de l'information est le décalage et le déphasage entre la réalité et l'information fournie. Celle-ci étant l'un des éléments clés dans les négociations, elle aura pour but de tromper la vigilance des différentes commissions de passation des marchés publics par exemple, dans le processus d'attribution du marché¹⁶¹. Cela a permis de bâtir une opposabilité certaine du droit de la concurrence à travers la construction des fonctions économiques¹⁶² de l'administration contractantes à côté de ses fonctions régaliennes traditionnelles¹⁶³. Dans cet ordre d'idées, les contrats de performance instaurent un environnement où leur exécution de bonne foi devient l'une des matrices, y compris pour tous les types de contrats publics d'ailleurs. « *Idee irréfragable reçue de la théorie générale des obligations* »¹⁶⁴ la bonne foi constitue le fondement même d'une certaine sécurité juridique de l'environnement contractuel. Elle se décompose alors en des exigences de

¹⁶⁰ Michel Collins MBARGA, « L'impôt réaliste en droit fiscal camerounais », in Gérard Martin PEKASSA NDAM (Dir.), *Variations autour de la performance dans l'Etat*, Mélanges en l'honneur du Professeur Nicaise MEDE, Volume 1, *Op. Cit.*, p. 286.

¹⁶¹ Voir les Articles 72 et suivants du Décret n°2018/366.

¹⁶² Dans une jurisprudence du Conseil d'Etat français datant de Novembre 2002 en France, le juge reconnaît l'application du droit de la concurrence aux décisions prises par les opérateurs publics définissant leur propre comportement sur un marché concurrentiel : voir CE, 29 Juillet 2002, CEGEDIM, voir aussi CE 29 Septembre 2003, Fédération nationale des géomètres experts.

¹⁶³ Car plus en avant dans la sphère régaliennne, on trouve toute l'activité de gestion du domaine public, support d'activités économiques. En France encore, bien que n'ayant *a priori* aucun objet concurrentiel ou interventionniste, ont néanmoins été soumises au droit de la concurrence les décisions de police spéciale (CE Avis Sect. 22 Novembre 2000, Société L&P Publicité SARL) ou générale (CE 15 Mai 2009, Société Compagnie des Bateaux Mouches), les mesures fiscales ou budgétaires (CE 17 Mai 2000, APERF) ou les actes portant création d'une autorité administrative (CE 02 Octobre 2002, SARL Even Média, SARL Copper communication). Lire utilement Sophie NICINSKI, *Droit public des affaires*, *Op. Cit.*, pp. 65 et suivants.

¹⁶⁴ Lionel Pierre GUESSELE ISSEME, « Les contrats de performance entre l'Etat et les Entreprises et Etablissements publics en droit camerounais », *Op. Cit.*, p. 285.

« confiance mutuelle, d'exemplarité du comportement des parties et d'honnêteté dans l'exécution du contrat »¹⁶⁵, il s'agit plus largement de l'exigence de loyauté¹⁶⁶.

Pourtant, la déloyauté dont il est question ici est manifestée lors de la conclusion du contrat, qui obstrue la fluidité de l'exécution du programme dans toutes ses séquences, rendant alors le réalisme financier qu'il vise inutile et superflu¹⁶⁷. « *Le droit des contrats est vu comme le support des actions d'agents dotés d'une rationalité limitée, qui cherchent à stabiliser et à sécuriser leurs relations, ou au cours du temps, dans un environnement changeant et non appréhendable a priori* »¹⁶⁸. Mais, il faut avant tout protéger une concurrence efficace, et non pas forcément pure et parfaite. Elle doit être praticable¹⁶⁹ par la multitude d'acteurs et d'opérateurs présents sur le marché, car les produits ne sont qu'imparfaitement substituables et l'information est inégalement répartie entre ceux-ci.

Vu le fait que « *les caractéristiques des biens et services ou l'ensemble des prix ne sont pas connus avec la même certitude par tous les agents* »¹⁷⁰, l'asymétrie de l'information sur le marché justifie amplement l'intervention de la transparence. Ainsi, l'incertitude du marché engendre un problème d'anti-sélection : si une personne ne connaît pas la qualité du produit qu'elle achète, elle va proposer un prix rendant compte de la probabilité de son achat, cela induit que l'éventualité que le produit soit mauvais¹⁷¹. C'est dans cette perspective que « *les obligations mutuelles d'information entre cocontractants doivent permettre d'éviter au maximum toutes les incertitudes sur la nature et les conséquences de l'échange produit. La transparence contribue à éclairer le contractant, qui se trouve en mesure de connaître tous les coûts et bénéfices à tirer du contrat* »¹⁷². Il s'agit là de l'image proposée par FRIEDRICH HAYEK sur la sécurité des anticipations légitimes.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 285.

¹⁶⁶ Marion UBAUD-BERGERON, « Sécurité juridique et contrats administratifs », *RDP*, n°3, 2016, p. 779.

¹⁶⁷ Jean Jacques BIENVENU, Thierry LAMBERT, *Droit fiscal*, Paris, PUF, Collection « Droit fondamental », 2010, 4^{ème} édition, p. 68.

¹⁶⁸ Thierry KIRAT, *Economie du droit*, Paris, La Découverte, Collection « Repères », 1999, p. 19.

¹⁶⁹ CJCE, Affaire 26/76 Metro c/ Saba, pt.20, Rec., 25/10/1977, pp.I-1875

¹⁷⁰ Kenneth ARROW, *Théorie de l'information et des organisations*, Paris, Dunod, Collection « Théories économiques », 2000, p. 30.

¹⁷¹ Georges AKERLOF, "The Market for Lemons. Quality uncertainty and the market mechanism", *Quarterly Journal of Economics*, Volume 84, 1970, pp. 480 à 500.

¹⁷² Jean François KERLEO, *La transparence en droit. Recherche sur la formation d'une culture juridique*, Mare & Martin, Collection « Bibliothèque des thèses », 2016, p. 260.

A propos des mécanismes d'enchères dans les contrats publics, « *l'analyse du sujet ne peut se faire indépendamment de l'examen de la situation concrète dans laquelle les procédures de commande publique, actes de la gestion publique, s'inscrivent dans l'économie réelle* »¹⁷³. L'on remarque même que cette procédure est préférée par les décideurs, car elle échappe à la surveillance et aux critiques qui peuvent en découler. C'est une procédure dominée par la corruption et elle n'est pas exempte des risques de collusion et de favoritisme¹⁷⁴. En fait, « *la pratique des enchères peut avoir des effets anticoncurrentiels lorsque le marché sur lequel le contrat est conclu est un marché concentré, comprenant un nombre minimum d'enchérisseurs et une importante asymétrie d'informations entre le pouvoir adjudicateur et les candidats* ». Mais, la réalisation du contrat dans un environnement de favoritisme et de corruption comporte le risque que ledit contrat ne soit jamais réalisé de façon efficace.

La nombreuse jurisprudence du juge administratif sur le contrôle des actes précédents la conclusion du contrat¹⁷⁵, ainsi que son office dans les procédures de concurrence et de transparence¹⁷⁶ étayent s'il était encore besoin de le prouver, les contre-performances prégnantes dans l'environnement contractuel public au Cameroun. D'ailleurs les différentes missions de certification des Comptes publics¹⁷⁷ menées par la Chambre des Comptes de la Cour Suprême,

¹⁷³ Caroline MONTALCINO, « Concurrence et commande publique », in Elie COHEN, Michel MOUGEOT (Dir.), *Enchères et gestion publique*, Paris, La Documentation française, 2001, p. 8.

¹⁷⁴ Patrick HUBERT, « La confrontation des enchères avec les principes généraux de la concurrence », in *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Collection « Droit et Economie de la régulation », Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, pp. 129 à 134.

¹⁷⁵ CS/CA, Jugement n°55/2001-2002 du 29 Août 2002, Etablissements de Paysan c/ Etat du Cameroun (MINDEDUC) (relative aux actes détachables après la conclusion des marchés publics).

¹⁷⁶ Hortence NGUEDIA MEIKEU, *Le contentieux des Marchés publics au Cameroun*, L'Harmattan, 2023, pp. 206 à 212. ; voir aussi CS/CA, jugement n°14/94-95 du 26 Janvier 1996, YAP Emile c/ Etat du Cameroun ; CS/CA, Jugement n°254/2010 du 22 Septembre 2010, Société TMI Sarl c/ Etat du Cameroun (Port autonome de Douala). (Sur la régularité des procédures de passation des marchés publics) ; CS/CA, Jugement n°07 du 27 Octobre 1988, Compagnie Forestière Sangha Oubangui c/ Etat du Cameroun. (Sur la sanction des règles de formation des marchés publics). Arrêt n°022/CRIM/TCS du 22/09/2021, Affaire MP et CAMWATER contre ATANGANA KOUNA Basile, MASSART Jacques Michel Viviane Jean, YONDO KOLKO Vanessa, NAMA ALOA Thomas et BELLO OUSSOUMANA (Détournement de biens publics) ; Arrêt n°024/CRIM/TCS du 01/11/2021, Affaire MP et ART c/ BEH MENGUE Jean Louis, MARYAMOU épouse IDRISOU, ETETA'A NTONGA Gaston Michel et NGONO Anne Marlyse (Détournement de biens publics) ; Arrêt n°25/CRIM/TCS du 15/11/2021, Affaire MP et MINFI contre HASSANE LAMINOU, ETOA Maurice, SOKENG TIOTSOP Faustin, MBO KPWANG Sylvie Félicité VOULA ONDOUA Thomas Cyrille (Détournement de biens publics en coaction et complicité)...

¹⁷⁷ Confère Compte Général de l'Etat de l'Exercice 2023, Rapport de certification : « Non-respect de l'arrêté périodique des états financiers et de l'irréversibilité de l'information comptable » ; « sens anormaux des soldes des Comptes »..., Octobre 2024, pp. 7 et suivants.

Institution Supérieure de contrôle des Comptes publics¹⁷⁸, fait état de nombreux écarts dans la conduite de la dépense publique, y compris dans plusieurs contrats publics.

A titre illustratif, le rapport d'audit de la Chambre des Comptes de la Cour Suprême sur l'utilisation des fonds alloués pour la lutte contre la Covid-19 fait état de plusieurs éléments contraires à la loyauté de l'information dans les contrats conclus. Ainsi, sur l'attribution des marchés spéciaux et lettres de commandes spéciales, la Cour relève que les critères de sélection des prestataires et les conditions dans lesquelles les marchés spéciaux ont été attribués suivant la décision n°0512/D/MINSANTE/CAB du 04 Mai 2020 n'ont pas été communiquées à la Chambre des Comptes, ce qui « traduit une certaine opacité dans l'attribution de ces marchés et lettres commandes spéciales, laquelle a affecté la plupart des contrats »¹⁷⁹ passés pour garantir la santé publique en cette période de crise, traduisant par la même occasion, la violation de l'article 71 alinéa 1 du Décret n°2018/366 portant Code des Marchés publics.

A cet effet, la juridiction des Comptes relève que pour l'acquisition des équipements de protection individuelle (EPI), « cette activité a été budgétisée pour un montant de 2 941 000 000 FCFA. Les opérations d'engagement dans le cadre de l'acquisition desdits équipements ont été menées en violation des règles encadrant l'exécution de la commande publique. Les engagements dans le cadre des EPI ont été faits à hauteur de 23 786 888 219 FCFA dépassant ainsi largement les crédits alloués pour cette mesure, soit un écart de 20 845 888 219 FCFA. [De plus, l'asymétrie informationnelle est manifestée par] l'application des prix supérieurs à ceux de la mercuriale et des fiches de validation du Ministère du Commerce. [Cela a pour effet de causer] un préjudice financier de 1 277 604 763 FCFA à l'Etat du Cameroun... »¹⁸⁰. Sans être exhaustif il devient clair que les manœuvres visant à fausser l'ensemble des informations essentielles à l'élaboration des contrats dans le cas d'espèce, sont monnaie courante dans l'ensemble des processus de contractualisation publics au Cameroun. Cette situation met à mal le processus de performance de la gestion des deniers publics posé par les dispositifs actuels, conduit logiquement aux sempiternelles contre-performances issues des déséquilibres alors provoqués.

¹⁷⁸ Etienne-Charles LEKENE DONFACK, « Constitution, Chambre des Comptes, Comptes publics en droit public financier camerounais », *RAFIP*, n°12, 2022, p. 11.

¹⁷⁹ Chambre des Comptes de la Cour Suprême du Cameroun, Premier rapport sur l'utilisation des ressources du fonds spécial de solidarité nationale pour la lutte contre le coronavirus, Synthèse du rapport général, Mars 2022, p. 3

¹⁸⁰ Lire utilement l'ensemble de la synthèse du rapport général susmentionné.

2- Le déséquilibre contractuel manifeste

La conséquence logique de la conclusion d'un contrat passé sous le prisme du dol est le déséquilibre. Celui-ci tient à deux choses à savoir : le déséquilibre dans obligations et le déséquilibre financier. Pour cerner de quoi il s'agit, il faut procéder par un raisonnement *a contrario*, ce qui nous conduit à appréhender le déséquilibre à partir des éléments naturels de l'équilibre des contrats. A ce propos, il convient de relever « *qu'à la différence d'un acte administratif unilatéral, [les contrats publics sont bâtis] sur le paradigme de l'entente entre l'administration publique et son cocontractant. En sorte que, quand bien même celle-ci bénéficie de prérogatives exorbitantes, ces dernières demeurent encadrées par des contre-pouvoirs dont jouit celui-ci* »¹⁸¹. Et comme il ne s'agit pas de mettre en exergue la relation contractuelle en elle-même, mais plutôt les effets de celle-ci, il est préférable de parler des « *contre-poids* »¹⁸².

Ceux-ci sont en réalité constitués d'un ensemble de contre-mesures sensés renforcer la sécurité juridique des acteurs et de pourvoir à la réalisation saine de l'objectif envisagé. Car de toute façon, la performance procède aussi des procédés de bonne conduite menant à l'objectif à atteindre. Le déséquilibre contractuel s'entend alors comme étant la déstabilisation du contrat tant dans son armature que dans sa substance, de telle sorte que l'objectif et les programmes envisagés ne soient plus réalisable ni réalistes, puisque plusieurs catégories de faits émergent en dehors du droit¹⁸³ de la concurrence dans ce cas. Et cela confirme le propos de Jean RIVERO selon lequel « *l'évènement dément le pronostic* »¹⁸⁴. Cela a pour conséquence d'alourdir les charges contractuelles par la progression de la dette publique, de renchérir les marchés financiers et le coût des contrats et d'installer un environnement contractuel insécurisé par les multiples ajustements contractuels pourtant strictement encadrés.

Lorsqu'on se réfère ainsi au rapport d'audit de la Chambre des Comptes convoqué plus haut, l'on s'aperçoit malheureusement de la perpétuation de cette ambiance néfaste dans les contrats publics au Cameroun. En effet, la Cour a relevé des écarts manifestes entre les prévisions budgétaires faites par le ministère de la santé publique sur l'articulation de plusieurs marchés passés

¹⁸¹ Jean Yannick NYELE ABANDA, Thèse précitée, p. 6.

¹⁸² Lionel Pierre GUESSELE ISSEME, « Les contrats de performance... », *Op. Cit.*, p. 286.

¹⁸³ Michel Collins MBARGA, « L'impôt réaliste en droit fiscal camerounais », *Op. Cit.*, p. 312.

¹⁸⁴ Jean RIVERO, « Droit public et droit privé : conquête, ou statu quo ? », *Recueil Dalloz*, Chronique, 1947, p. 71.

dans la lutte contre le coronavirus, et les prestations effectivement réalisées sous la conduite de plusieurs opérateurs par le biais de la sous-traitance¹⁸⁵. Ce déséquilibre est aussi observé dans les différentes lois de règlements depuis 2018, et particulièrement celle de l'exercice 2023 où le solde budgétaire est très déficitaire à raison de 1 708 410 259 FCFA, sur le budget général qui à 6 662 500 000 000 FCFA équilibré en recettes et en dépenses.

La performance des programmes basés en autorisations d'engagement et en crédits de paiement pour l'exercice 2023 s'élève à 5 838 910 938 091 FCFA déclinés par programmes. Et il faut relever que le Chapitre 10 de cette loi, réservé aux Marchés Publics, relate une performance quasi parfaite dans les taux de réalisation des crédits de paiement. Si cette retranscription textuelle est très souvent éloignée de la matérialité effective des contrats, il est légitime d'interroger l'apparence que ces chiffres cache au regard de la durabilité des réalisations menée, qui sans doute sont la traduction de *l'efficacité* recherchée ; l'un des maillons faibles de la théorie des trois « E » qui tarde à devenir viable, encore moins *l'efficience ou l'économie* (la rentabilité). Sommes toute que la sincérité des comptes ne réside finalement pas dans la tenue des documents comptables quant à leur écriture, mais davantage en cette conscience professionnelle, qui impute la bonne foi dans la conduite des affaires publiques. C'est du moins cet esprit qui est mis en avant dans les nouveaux contrats dits de performance issus du régime financier de 2018. Cette donne vient remettre au goût du jour la difficile conciliation entre managérialisation et « *bonne* » administration de la chose publique minée par l'apparence¹⁸⁶.

Conclusion

En somme, l'étude de la performance des contrats publics menée sous le prisme du régime financier de 2018, s'est avérée fort intéressante au moins pour deux raisons. La première étant qu'il s'agit d'un aspect des évolutions récentes¹⁸⁷ du droit public, la seconde étant que l'adaptation à cette nouvelle donne est encore difficile. Cela n'exclut tout de même pas d'affirmer que ledit

¹⁸⁵ Chambre de Comptes de la Cour Suprême du Cameroun, Premier rapport sur l'utilisation des ressources du fonds spécial de solidarité nationale pour la lutte contre le coronavirus, Synthèse du rapport général, *Op. Cit.*, pp. 3 à 13.

¹⁸⁶ Nathalie JACQUINOT (Dir.), *Juge et Apparence(s)*, Acte du colloque des 4 et 5 Mai 2009, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2010.

¹⁸⁷ Comme le témoignent de nombreuses études récentes sur les finances publiques en Afrique. Parmi celles-ci, lire utilement : Nicaise MEDE, *Les nouveaux chantiers de finances publiques en Afrique*, Mélanges en l'honneur de Michel BOUVIER, L'Harmattan-Sénégal, 2019, 569p ; Gérard Martin PEKASSA NDAM (Dir.), *Variations autour de la performance dans l'Etat*, Mélanges en l'honneur du professeur Nicaise MEDE, volume 1 (628p), volume 2 (621p), volume 3 (511p.), L'Harmattan, 2024.

régime constitue un vecteur de performance des contrats publics. Il est d'ailleurs indiscutable qu'à plusieurs égards, la performance est affirmée dans tous les référents normatifs depuis 2018. Toutefois, il est indéniable que son application progressive est encore encline à plusieurs épreuves relevant alors de l'absence de culture de la bonne gouvernance, et davantage de la non transparence dans la manipulation de la chose publique, toutes choses qui conduisent aux contre-performances décriées.

Celles-ci se manifestent à la fois par un gap insatisfaisant entre les planifications et les réalisations, mais davantage par l'entremise des dépenses opaques et injustifiées comme le relève ponctuellement la Chambre des Comptes lors de ses missions d'audit et de certification des Comptes publics. Aussi, l'apparition d'un contrat public de type nouveau sous la coupole d'un cadre juridique inédit, ne semble pas encore résoudre cette équation à plusieurs méfaits connus et diversement sanctionnés. Cela étant une autre question émerge : comment protéger efficacement la fortune publique dans les contrats publics au Cameroun ?

Le principe de la légalité criminelle et l’incrimination par renvoi

The principle of criminal legality and incrimination by reference

ABDEL NASSER Issa Pave

Docteur/ Ph.D en Droit Privé

Enseignant-chercheur à l’Université de Garoua (Cameroun)

abdelnasserpave@yahoo.com

Résumé : Considéré comme le principe cardinal en matière pénale, le principe de la légalité criminelle postule, sur le plan des incriminations, la rédaction d’infractions brèves, claires et précises. Ce principe implique une certaine qualité de la production normative en matière pénale. Les textes doivent ainsi être suffisamment clairs et précis pour qu’il n’existe aucune ambiguïté dans l’esprit du justiciable sur la sanction que son comportement pourrait lui faire encourir. Il est devenu pourtant courant de fustiger la piètre qualité de la production législative en matière pénale. On cite entre autres raisons, le recours à l’incrimination par renvoi. Celle-ci est une technique législative qui oblige praticiens et justiciables à se référer à plusieurs textes, voire à plusieurs codes, pour réunir la norme de comportement à sa norme de pénalité et ainsi reconstituer pièces par pièces l’incrimination. Le recours croisant à cette technique constitue, pour la doctrine majoritaire, une négation du principe de la légalité. La présente étude vise à prendre le contrepied de cette doctrine. En dépit de l’éclatement structurel du texte pénal qu’elle engendre, la technique du renvoi n’est pas intrinsèquement constitutive d’une atteinte au principe légaliste. Même si l’on peut convenir que cette technique législative manque d’élégance !

Mots clés : Principe de la légalité criminelle, incrimination par renvoi, légalité formelle, légalité matérielle.

Abstract: Considered as the cardinal principle in criminal law, the principle of criminal legality postulates, in terms of incrimination, the drafting of brief, clear and precise offences. This principle implies a certain quality of normative production in criminal matters. Texts must be sufficiently clear and precise to ensure that there is no ambiguity in the mind of those liable to prosecution as to the penalty that their conduct may incur. Yet it has become commonplace to criticize the poor quality of legislative production in criminal matters. One of the reasons cited is the use of incrimination by reference. This is a legislative technique that requires practitioners and litigants to refer to several texts, or even several codes, in order to combine the standard of conduct with its standard of penalty, and thus piece together the incrimination. In the view of the majority of legal writers, cross-referencing in this way constitutes a denial of the principle of legality. This study aims to counter this doctrine. Despite the structural fragmentation of the penal text it generates, the cross-referencing technique does not intrinsically constitute an infringement of the legalistic principle. Even if we can agree that this legislative technique lacks elegance!

Keywords: Principle of criminal legality, incrimination by reference, formal legality, material legality

Introduction

Pour qu'un acte soit pénalement sanctionné il faut qu'il soit incriminé c'est-à-dire, érigé en infraction¹. L'acte par lequel un comportement passe de simple fait en une infraction est appelé incrimination². Celle-ci se conçoit alors, comme « *la définition fournie par le législateur, de l'activité ou de l'abstention répréhensible* »³. L'incrimination ainsi définie est rigoureusement encadrée par des principes au rang desquels figure, en bonne place, le principe de la légalité criminelle. Lequel postule qu'il n'y a pas d'infraction, ni de peine sans texte légal⁴. Aux origines de ce principe, on cite les œuvres philosophiques des auteurs du siècle des Lumières qui établissent indiscutablement que la loi est la donnée fondamentale du droit pénal⁵. Selon le Professeur SPENER YAWAGA, ce principe « *impose trois sortes d'obligations au législateur : l'obligation de garder le monopole de la répression, l'obligation de ne pas faire des textes rétroactifs et celle de rédiger des textes en termes clairs et précis. Implicitement (...) cela conduit à exclure l'exécutif de toute intervention en matière pénale* »⁶.

Considéré comme le « *pilier du droit* »⁷ pénal selon le Professeur Adolphe MINKOA SHE, le principe de la légalité de la répression est intimement associé à l'Etat de droit⁸. Traditionnellement, on avance trois arguments en faveur de la légalité criminelle⁹. D'abord l'argument psychologique, selon lequel, il faut que la loi avertisse avant de frapper, afin que le

¹ A- C. DANA, Essai sur la notion d'infraction pénale, t. XXIII, LGDJ, 1982, p. 12.

² G. GORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 21^e éd., 2018, p. 1150 ; S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 25^e éd., p. 1110 ; R. CARIO, *Introduction aux sciences criminelles. Pour une approche globale et intégrée du phénomène criminel*, L'Harmattan, 6^e éd., p. 18. ; S. YAWAGA, « Le principe de proportionnalité en matière pénale. Réflexion à partir du droit pénal camerounais », in J. C. MEBU NCHIMI (dir.), *Le droit au pluriel. Mélanges en hommage au Doyen Stanislas MELONE*, PUF, 2018, p. 942.

³ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, t. 1 Droit pénal général*, Cujas, 6^{ème} éd. 1988, p. 262 ; J. PRADEL, *Principes de droit criminel, Droit pénal général*, Cujas, 1999, p. 55 ; M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, PUF, 1986, 1^{ère} éd., « Quadrige », 2004, p. 56 : « *incriminer c'est définir un crime, au sens large d'infraction. Donc à la fois nommer et diviser. Nommer une situation, un comportement parfois innomé jusqu'alors. Diviser l'espace social en licite-illicite, et, plus précisément, restreindre l'espace de liberté par un nouvel interdit (ou une nouvelle obligation s'il s'agit d'un délit d'action)* ».

⁴ En latin : « *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* ».

⁵ C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, trad. par Collin de Plancy, éd. Du Boucher, 2002, §V, p. 14.

⁶ SPENER YAWAGA, « Les principes directeurs du droit pénal moderne à l'épreuve de la crise : Appréciation au regard des mesures de lutte contre la Covid-19 », LE NEMRO, dossier spécial : La Covid-19 et le droit, 2020 p. 209.

⁷ A. MINKOA SHE, *Droits de l'homme et droit pénal au Cameroun*, Paris, Economica, 1999, p. 35. V. dans le même sens R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome 1, 7^e éd., Cujas, 1997, p. 235.

⁸ B. DE LAMY, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », *Les Cahiers de droit*, vol. 50, n° 3-4, 2009, p. 587.

⁹ H. RENOUT et F. FOURMENT, *Droit pénal général*, 18^e éd., Larcier, coll. « Paradigme », 2013, p. 28.

citoyen sache avant d’agir ce qui est interdit et puni. Ensuite, un argument politique : c’est le contrat social. Vivant en société, les individus ne doivent cependant pas être brimés par la collectivité, sous peine de perdre toute liberté, et ce conflit ne peut être réglé que par la loi, expression de la volonté générale¹⁰. Enfin, l’argument institutionnel : le principe de la séparation des pouvoirs confié au pouvoir législatif, expression de la volonté populaire, une compétence exclusive en la matière. C’est le législateur qui a le pouvoir d’établir les normes pénales et procédurales. Il a alors le devoir d’élaborer des textes clairs et précis.

Sur le plan des incriminations, le paradigme officiel de la rationalité pénale moderne que nous a légué les Lumières¹¹ postule que la détermination de l’incrimination serait de type moniste, abstraite et donc, complète¹². De ce point de vue, la loi seule découpe, « *selon une vision définitive des valeurs et de la vie en société, ce qui est pénal et ce qui ne l’est pas* »¹³. Cette place centrale de la loi¹⁴, constitue le fondement du principe de la légalité pénale qui charpente « *la totalité de l’ordre juridique pénal* »¹⁵.

Aujourd’hui cependant, cette rationalité pénale moderne relève de l’ancien temps. Ce qui caractérise le droit pénal contemporain ce n’est plus la stabilité de ses normes à travers la figure du code pénal absolutiste et mono-centré¹⁶, mais plutôt l’écriture des incriminations à « *plusieurs*

¹⁰ D. REBUT, « Le principe de la légalité des délits et des peines », in Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 2010, n° 860 p. 710 ; R. MERLE et A. VITU, Traité de droit criminel, t. 1, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général, Cujas, 1981, n° 151, p. 217 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, Droit pénal général, 7ème éd., Armand Colin, coll. U, Paris, 2004, n° 91 p. 62 ; B. BOULOC, et H. MATSOPOULOU, Droit pénal général et procédure pénale, 19ème éd., Sirey, coll. Manuel intégral concours, 2014, n° 81 p. 54.

¹¹ Y. CARTUYVELS, « Droit pénal et droits de l’homme, un retournement ? », In : Y. CARTUYVELS (dir.) ; H. DUMONT (dir.) Fr. OST (dir.) ; S. VAN DROOGHENBROECK (dir.) ; M. VAN DE KERCHOVE (dir.), Les droits de l’Homme : épée ou bouclier du droit pénal ? FUSL : Bruxelles 2007, p. 23.

¹² Y. CARTUYVELS, « Les paradigmes du droit pénal moderne en période « post moderne » : évolutions et transformations », In : M. MASSE, (dir.) ; J.-P. JEAN (dir.) ; A. GIUDICCELLI, (dir.), Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspectives des évolutions et ruptures contemporaines, PUF : Paris, 2009, p. 76.

¹³ M. DELMAS-MARTY, Le flou du droit, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2004, p. 57.

¹⁴ Cf. G. BEAUSSONIE, « Prolégomènes à l’étude de la force normative de la loi en droit pénal contemporain », in C. THIBIERGE et Alii, La force normative. Naissance d’un concept, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2009, p. 364 : « La loi est l’alpha et l’oméga de la matière pénale : de l’incrimination à la peine, c’est au législateur de poser ce qui doit être ».

¹⁵ P. E. TROUSSE, Les principes généraux du droit pénal positif belge, Bruxelles, Larcier, t. 1., vol. 1, 1956, n°27 – 28.

¹⁶ F. TULKENS, « Le mouvement de réforme des codes et le nouveau code pénal français », Archives de Politique Criminelle, 1995, n°17, p. 28.

mains »¹⁷. On assiste, en effet, à un recours croissant à « *la redoutable technique du renvoi* »¹⁸.

L'incrimination par renvoi est « *l'invitation formelle, énoncée par la règle, à se reporter à une ou plusieurs autres dispositions* »¹⁹. Par cette technique, la loi se contente de fixer les règles de principe, de déterminer les infractions ou sanctions et renvoie à une réglementation ultérieure édictée par les autorités administratives, le plus souvent, pour préciser les éléments constitutifs de l'infraction. Il y a dès lors renvoi chaque fois qu'un texte invite formellement à se référer à une autre disposition. Cette définition vise donc la simple référence du texte principal à un autre. Du point de vue de sa situation, le renvoi peut être interne ou externe²⁰. Le renvoi est interne lorsque le texte de renvoi et le texte répressif initial se situent dans le même texte de loi. En revanche, lorsque le texte complémentaire et le texte incriminateur initial ne se situent pas dans le même texte de loi, le renvoi est dit externe. Il faut alors rechercher le texte de renvoi dans un texte extérieur à celui du texte répressif originel. Du point de vue de son objet, il existe deux types de renvois. D'abord, le renvoi de pénalité. Ici, le législateur définit l'infraction puis impose de se reporter à une sanction prévue dans un autre texte. Ensuite, le renvoi à la définition de l'infraction encore appelé « *loi pénales en blanc* »²¹. Le législateur fixe cette fois-ci la sanction pénale et laisse le soin de définir l'infraction à une autre autorité. Il sera ici question de ces deux types de renvois. C'est pour cela qu'il conviendra de parler d'incrimination par renvoi car cela englobe la pénalité et la définition de l'infraction.

La technique du renvoi offre, en droit pénal, trois avantages qui incitent le législateur à y recourir de manière fréquente. D'abord, le caractère transversal du droit pénal aurait pour inconvénient de générer, par l'effet de la duplication des textes, un arsenal répressif trop important. Pour cette raison, le législateur préfère recourir à un texte de renvoi pour spécifier l'obligation pénalement sanctionnée. Ensuite, cette technique permet au législateur de réaliser une économie de dispositions répressives avec la possibilité de cibler plusieurs situations par le truchement d'un seul texte. Enfin, l'incrimination par renvoi concourt à la stabilité de la loi. En effet, cette technique

¹⁷ M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELI, *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, coll. « Droit et justice », 2009, p. 84

¹⁸ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, op. cit., p. 69.

¹⁹ N. MOLFESSIS, « Le renvoi d'un texte à un autre », in *Les mots de la loi*, Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. 55.

²⁰ J. PRADEL, *Droit pénal général*, 19^e éd., CUJAS, 2012, n° 139.

²¹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, droit pénal général*, 7^{ème} éd., Cujas, 1997, n° 183, p. 265.

permet au législateur d'ajuster les contours de l'agissement infractionnel sans qu'il soit nécessaire de procéder à une modification du texte incriminateur initial.

S'il est indiscutable que la technique du renvoi existe de tout temps²², elle interpelle particulièrement aujourd'hui. Deux raisons au moins peuvent justifier ce regain d'intérêt. D'une part, ces renvois se multiplient dans le domaine du droit pénal des affaires facilitant l'inflation législative en ce qu'elle épargne au législateur le fastidieux travail de définition des infractions²³. D'autre part, le législateur renvoie aujourd'hui à des textes autres que la loi ou le règlement. En effet, par un phénomène de cascade, la loi renvoie au décret, celui-ci renvoyant à un ou plusieurs décrets. Il en résulte que pour cerner avec précision l'infraction, il est nécessaire de procéder à une lecture globale de plusieurs textes émanant d'autorités différentes. Toute chose qui interroge forcément quant à l'adéquation de cette technique au principe de la légalité criminelle. Autrement dit, l'incrimination par renvoi est-elle conforme aux exigences du principe cardinal de la légalité criminelle ? L'intérêt de cette question est à la fois théorique et pratique.

D'une part, l'étude permet, en évitant de s'arrêter aux effets de surface, de cerner le sens et la portée de cette typologie de production de la norme pénale. Le but de la présente réflexion est alors d'aller plus loin que le simple constat pour tirer les conséquences positives de la technique du renvoi.

D'autre part, la question dont traite la présente réflexion intéresse en premier chef la sécurité juridique associée à la liberté et la sûreté des citoyens. L'étude permettra de voir alors si la technique législative du renvoi permet ou pas à la norme pénale de remplir certaines qualités que sont la clarté et la précision. Qualités sans lesquelles le principe de légalité criminelle, paragon de la sécurité juridique et judiciaire, serait vidé de sa substance²⁴.

Par rapport à notre interrogation, la doctrine, dans sa portion majoritaire, estime que l'incrimination par renvoi viole le principe de la légalité criminelle. Pour la pénaliste française

²² N. MOLFESSIS, « Le renvoi d'un texte à un autre », in *Les mots de la loi*, Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. 57.

²³ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, op. cit., p. 70.

²⁴ S. YAWAGA, « Réflexion sur la constitutionnalisation de certains aspects du droit pénal camerounais de fond », *RSC*, 2000, p. 356.

Christine LAZERGES, il y a là « *négarion partielle du principe de légalité* »²⁵. En effet, énonce-t-elle, « *classiquement, un seul et même texte définit le comportement incriminé et prévoit la sanction* »²⁶. De même, le Professeur Paul CAZALBO soutient que « *l'exigence de clarté de la loi pénale, composante du principe de légalité, ne sort pas grandie du recours à une telle technique* »²⁷. Allant dans le même sens, le Professeur Bertrand de LAMY estime que le législateur ne saurait consentir à un démembrement de la loi pénale et devrait s'astreindre à une description complète du comportement qu'il souhaite voir puni²⁸. Procédé dit de la « *loi pénale en blanc* » qui soumet en définitive l'existence et le contenu de l'incrimination pénale au bon vouloir du pouvoir exécutif, l'incrimination par renvoi méprise ouvertement, selon Mireille DELMAS-MARTY, le principe de la légalité des délits²⁹. On le voit, pour la doctrine dominante, l'incrimination par renvoi est à l'évidence, une forme de négation du principe cardinal de la légalité criminelle au point où l'on s'interrogeait récemment si « *l'art de légiférer se perd-il ?* »³⁰.

C'est pourtant un point de vue différent qui sera ici défendu. Ces auteurs sont restés trop classiques dans leur conception du principe légaliste. Le monisme législatif, structure qui se trouve à la base d'une conception stricte du principe de la légalité en matière pénale, a vécu et la compréhension dudit principe a évolué quoi qu'on en ait pensé³¹. En ayant une conception actualisée, mieux *postmoderne* du principe de la légalité criminelle³², il est possible de soutenir que

²⁵ Ch. LAZERGES, « Le principe de la légalité des délits et des peines », in R. CABRILLAC, M-A. FRISON ROCHE et T. RIVET, Droits et libertés fondamentaux, Paris, Dalloz 4e éd., 1997, p. 415.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ P. CAZALBO, « Les incriminations redondantes de la fraude aux prestations sociales », in M. NICOD (dir.), Les affaires de la qualification juridique, Nouvelle édition, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2015, p. 95.

²⁸ B. DE LAMY, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », Les Cahiers de droit, vol. 50 n° 3-4, 2009, p. 593.

²⁹ M. DELMAS-MARTY, « Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain », *Revue de science criminelle*, 1993, p. 338 ; Adde. A. GOGORZA, « Le droit pénal de l'environnement », *Droit pénal*, n° 9, Septembre 2013, dossier 4, p. 2 ; V. JAWORSKI, « La protection pénale de la biodiversité », *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro spécial : Biodiversité et évolution du droit de la protection de la nature, 2008. p. 42.

³⁰ Ph. CONTE, « L'art de légiférer se perd-il ? Réflexion en forme de pamphlet à partir de quelques illustrations de droit pénal », in *Mélanges Lapoyade-Deschamps*, PUB, 2003, p. 307.

³¹ A. MINKOA SHE, Droits de l'homme et droit pénal au Cameroun, op. cit., p. 37 ; P. DURANT, « La décadence de la loi dans la Constitution de la V^e République », *JCP*, 1959. I. p. 1470.

³² Sur la modernité ou la reconfiguration du principe de la légalité voir, C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, Hachette supérieur, 1994, p. 13. Pour l'auteur, la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire en matière pénale dans la Constitution française de 1958 a élargi le sens du principe de la légalité contenue dans l'ancien code pénal français de 1810. Le « principe classiquement dénommé de légalité » est substitué « au principe de la textualité » qui est présenté comme le « nouveau nom du principe de la légalité » ; M.-L. DRAGO, *Le principe de normativité criminelle, reconfiguration du principe de légalité criminelle*, Thèse, Université de Montpellier 2016, p.6 ; M.-L. RASSAT, *Droit*

l'incrimination par renvoi n'est pas antinomique « à la théorie de la séparation des pouvoirs »³³ en ce qu'elle n'est pas, en dépit de l'éclatement structurel du texte pénal qu'elle engendre, intrinsèquement contraire au principe légaliste. Ceci peut s'expliquer par le fait que cette technique législative ne remet pas fondamentalement en cause l'essence même dudit principe qu'est : « la soumission de l'application du droit pénal à une prédétermination textuelle »³⁴. Cette conformité, que l'on se propose de démontrer ici, peut se vérifier aussi bien au niveau de la dimension formelle (I) que matérielle (II) du principe de la légalité.

I- L'adéquation de l'incrimination par renvoi à la légalité formelle

Le principe de légalité criminelle signifie, dans un sens formel, que le droit de créer des infractions appartient au législateur³⁵. Par conséquent, seul le Parlement est source du droit pénal. Il apparaît à l'évidence que, l'exigence de légalité formelle a toujours conduit à limiter les sources du droit pénal. Aujourd'hui cependant, ces sources se sont multipliées. D'où la tendance au partage de compétence³⁶. Il faut en effet rappeler que l'accélération du système de vie socio-économique exige une prise de décision rapide. Or, la procédure législative est lourde et longue pour adapter le droit au fait³⁷. La nécessité est alors apparue de prendre des décisions parfois pressantes par le pouvoir exécutif. D'où les multiples délégations du pouvoir normatif au pouvoir exécutif. Dans ce sillage, nous pouvons dire que l'incrimination par renvoi, dont la jurisprudence semble valider le principe (A), trouve son fondement dans la délégation de compétence des règlements d'applications en matière criminelle et délictuelle (B).

A- La validation de la technique du renvoi par la jurisprudence

La multiplication des interventions de l'Administration en matière criminelle et délictuelle est devenue l'un des principaux points de contrôle des incriminations par renvoi par la

pénal spécial. Infraction du code pénal, D., 8^e éd., 2018, p.5.

³³ Selon l'éminent juriste, le professeur LEVOA AWONA, le principe de la séparation des pouvoirs n'exclut pas qu'un organe participe à l'exercice de plusieurs pouvoirs. Cf. S.-P. LEVOA AWONA, « La fongibilité des fonctions législative et juridictionnelle : la dialectique du maître et de l'esclave est-elle en voie de renouvellement ? C.J.P., revue F.S.J.P. de l'Université de Ngaoundéré, n° spécial : Le juge et le droit, 2014, p. 173.

³⁴ P. MAISTRE DU CHAMBON, « Le déclin du principe de la légalité », in Mélanges en l'honneur du Doyen Roger Decottignies, PUG, 2003, p. 209, cité par X. PIN, Droit pénal général, Dalloz, 10^e éd., 2018, p. 24.

³⁵ A. GOGORZA, « Le droit pénal de l'environnement », Droit pénal, n° 9, 2013, dossier 4, p. 2.

³⁶ Ce partage du pouvoir normatif découle des articles 26, 27 et 28 de la Constitution du 18 janvier 1996. Pour plus d'approfondissement lire : B. MATHIEU, « La part de la Loi, la part du règlement », Pourvoirs, n° 114, 2005, p. 73.

³⁷ Ch. ATIAS et D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du fait au droit », D. 1977, chron. p. 251 et s.

jurisprudence³⁸. En effet, le Conseil constitutionnel veille, de plus en plus, sur les bases du droit pénal. Appelé à statuer sur la validation formelle de la technique de l'incrimination par renvoi, le Conseil constitutionnel français a validé cette technique, en affirmant « *qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur d'ériger en infraction le manquement à des obligations qui ne résultent pas directement de la loi elle-même* »³⁹. Ainsi, amené à statuer sur la validité du décret fixant la liste des substances actives de la famille des néonicotinoïdes dont l'utilisation est interdite conformément à la Loi relative aux conditions de mise sur le marché de certains produits phytopharmaceutiques en cas de danger sanitaire pour les betteraves sucrières ; le Conseil constitutionnel français a estimé que « *ce renvoi à un décret ne saurait s'interpréter comme conférant au pouvoir réglementaire la faculté de décider de ne pas soumettre à l'interdiction certaines des substances en cause. Il vise seulement à imposer au pouvoir réglementaire d'en établir la liste, en faisant le cas échéant usage de la possibilité que lui confère le règlement du 21 octobre 2009 d'interdire des substances dont il estime que, bien qu'approuvées par la Commission européenne, elles présentent un risque grave pour la santé humaine ou animale ou l'environnement* »⁴⁰.

Allant dans le même sens, la Cour constitutionnelle belge a, dans son arrêt du 2 février 2005, affirmé qu' « (...) *une délégation conférée au Roi [au pouvoir exécutif, en l'occurrence aux Administrations] n'est pas contraire au principe de légalité en matière pénale pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur* »⁴¹.

On le voit, pour la jurisprudence, bien que le contenu des obligations pénalement répréhensibles soit déterminé en fonction des normes réglementaires, celle-ci n'ont pas pour effet d'altérer la définition légale des infractions. Autrement dit, le législateur peut dans la loi pénale renvoyer à une *autorité tierce* à condition que celle-ci ne détermine pas l'essence même des infractions et des peines relatives à cette loi. Concrètement, cela signifie que le renvoi de la loi à une norme réglementaire est possible, si elle précise uniquement les éléments constitutifs de

³⁸ B. DE LAMY, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », Les Cahiers de droit, vol. 50 n° 3-4, 2009, p. 659.

³⁹ Cons. const., déc. 10 nov. 1982, n° 82-145 DC : Juris Data n° 1982-600322, 3^e considérant.

⁴⁰ Décision n° 2020-809 DC du 10 décembre 2020.

⁴¹ C. const., 2 février 2005, n° 27/2005, <http://www.const-court.be> consulté le 28/01/21 à 23h 37.

l'infraction ou son champ d'application. Le Conseil constitutionnel retient la même solution lorsque la loi pénale renvoie à un acte administratif pour définir les actes sanctionnés par les peines prévues dans la loi⁴².

En emboîtant le pas au Conseil constitutionnel, la Cour de cassation française valide elle aussi le mécanisme du renvoi, notamment à propos de l'article 459 du Code des douanes. La Cour affirme qu'« *étant une disposition législative, l'application des sanctions qu'il édicte à tout manquement dont la détermination relève du pouvoir réglementaire est conforme tant au principe de légalité des délits et des peines qu'aux prescriptions de la Convention européenne des droits de l'homme* »⁴³. Autrement dit, la Cour de cassation déclare la conformité du renvoi de la définition de l'infraction au pouvoir réglementaire au motif que, la peine était prévue par la loi. Il faudrait ainsi comprendre que le renvoi est conforme au principe de légalité criminelle dès lors qu'un des éléments de l'incrimination est prévu par la loi pénale⁴⁴. En bref, selon la jurisprudence, le législateur n'est pas astreint à une description complète du comportement qu'il souhaite punir, il peut consentir au démembrement de la loi pénale.

Il ne faut cependant pas se méprendre. L'admission de l'incrimination par renvoi par la jurisprudence ne fait pas l'unanimité. En effet, une partie importante de la doctrine, critique énergiquement cette technique législative⁴⁵. Pour le Professeur Bertrand DE LAMY, par exemple, c'est au législateur d'épuiser « *sa compétence en décrivant lui-même la totalité des éléments constitutifs d'une infraction et en édictant la peine qui l'assortit.* »⁴⁶. A ce titre, le législateur ne saurait donc consentir au démembrement de la loi pénale et devrait s'astreindre à une description complète du comportement qu'il souhaite voir puni⁴⁷.

A notre avis, les incriminations par renvoi sont conformes, sur le plan formel, au principe de la légalité criminelle. En effet, du moment où la loi a fixé le cadre général des infractions en

⁴² Cons. const. 25 juill. 1984, n 84-176 DC.

⁴³ Cass. crim. 13 nov. 1989, n° 88-801.

⁴⁴ M.-L. DRAGO, *Le principe de normativité criminelle, reconfiguration du principe de légalité criminelle*, Thèse, Université de Montpellier, 2016, p. 139.

⁴⁵ Voir par ex., A. GOGORZA, « Le droit pénal de l'environnement », op. cit., p. 2 ; V. JAWORSKI, « La protection pénale de la biodiversité », *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro spécial : Biodiversité et évolution du droit de la protection de la nature, 2008. p. 42.

⁴⁶ B. DE LAMY, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », op. cit., p. 593.

⁴⁷ *Ibidem*.

prévoyant les sanctions, une compétence déléguée aux règlements d'application en matière criminelle et délictuelle pour compléter ces infractions est tout à fait conforme au principe légaliste. Dans tous les cas, le texte de référence est incorporé dans la loi, grâce au renvoi. Il est donc une partie intégrante de la loi pénale⁴⁸.

B- La délégation de compétence aux règlements d'application, fondement théorique de l'incrimination par renvoi

Même si la jurisprudence admet le principe de l'incrimination par renvoi. Encore faut-il trouver le fondement légal de cette technique législative. En effet, le démembrement de la loi pénale aux autorités administratives suscite un premier type de difficultés. La Constitution, ne reconnaît aucun pouvoir aux Administrations en matière criminelle et délictuelle⁴⁹. Dès lors, quel peut être le fondement juridique du pouvoir d'incrimination de l'Administration en matière criminelle et délictuelle ? C'est la question de la légitimité même du droit de punir qui est ainsi posée⁵⁰.

Par rapport à cette interrogation, nous pensons que le fondement du pouvoir d'incrimination de l'Administration ressort de la compétence déléguée aux règlements d'applications par la *loi incriminatrice*. Comme on le sait, deux types de règlements se rencontrent en matière pénale⁵¹. On a d'une part, les règlements autonomes qui sont pris au Cameroun par exemple en application de l'article 27 de la constitution du 18 janvier 1996⁵² ; et d'autre part, les règlements d'application qui viennent préciser une disposition légale ou réglementaire dans des matières où le législateur a fixé une incrimination ou une peine dans son principe, mais a renvoyé au pouvoir exécutif le soin de préciser le détail technique. Ces règlements d'application, subordonnés à la loi interviennent souvent en matière criminelle et délictuelle, non pour déterminer les crimes, délits, peines applicables, lesquels restent de la compétence exclusive du législateur, mais pour préciser les

⁴⁸ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, 16^{ème} éd., Economica, coll. Corpus droit privé, 2009, n° 243. P. 176.

⁴⁹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2^e tirage, 2010, p. 89.

⁵⁰ Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 7^e éd., Paris, A. Colin, 2004, n° 107 : « l'atteinte aux libertés individuelles n'est tolérable que si elle est décidée par les représentants du Peuple ».

⁵¹ X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 73.

⁵² Selon cet article : « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ressortissent au pouvoir réglementaire ».

éléments constitutifs de l’incrimination déterminer par la loi, sous réserve de respecter celle-ci⁵³. Ces règlements sont soit des décrets, soit des décrets simples, soit encore des arrêtés ministériels, des actes administratifs unilatéraux voire des délibérations du conseil municipal⁵⁴.

Il apparaît dès lors que c’est dans le cadre de la compétence déléguée des règlements d’application en matière criminelle et délictuelle que les administrations puisent leur pouvoir d’incrimination. C’est donc par *délégation* que l’Administration incrimine en matière criminelle et délictuelle sans que pour autant le principe de la légalité criminelle soit violé. C’est qu’en réalité, comme l’explique Mme le Professeur Michèle- Laure RASSAT⁵⁵, la réelle question qui se pose ici est à un autre niveau, c’est uniquement celle de savoir si une intervention pénale est réellement nécessaire dans les domaines techniques. Mais si on la résout par l’affirmative, il est clair que le législateur ne peut tout régler à lui seul et qu’une *délégation partielle* est indispensable et acceptable du moment que la loi se réserve l’essentiel.

La règle contraire ne s’impose que si la délégation attribuée à une autorité tierce prive, sans l’intervention de celle-ci, la loi elle-même de toute consistance de sorte que c’est définitive l’autorité tierce qui décide⁵⁶. Or, justement, dans le cadre de l’incrimination par renvoi, c’est le législateur qui confère à une autorité tierce, généralement au pouvoir exécutif, le soin de compléter les éléments constitutifs des infractions. En effet, le pouvoir exécutif ne peut pas, du moins en ce qui concerne des infractions qualifiables de crimes ou de délits, édicter elles-mêmes des peines. Leurs prescriptions ne sont sanctionnées que par les peines fixées par la loi en exécution de laquelle elles ont été prises.

Il en résulte que le *législateur* doit prévoir lui-même une peine déterminée pour chaque incrimination qu’il établit. S’il peut parfois laisser au pouvoir exécutif le soin de décrire les incriminations, il ne peut lui confier le choix des peines⁵⁷. De là, on ne peut que convenir avec certains auteurs que, la délégation a une tierce autorité – convention internationale, autorité règlementaire, convention collective – du pouvoir de fixer des éléments de détails d’une

⁵³ H. RENOUT et F. FOURMENT, *Droit pénal général*, éd. Larcier, coll. « Paradigme », 2013, p. 46.

⁵⁴ I. P. ABDEL NASSER, *Le droit pénal et la protection de l’environnement au Cameroun*, Thèse, Université de Ngaoundéré, 2021, p. 34.

⁵⁵ M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, 2^e éd., coll. « Cours magistral », Paris, Ellipse, 2006, n° 112.

⁵⁶ M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 108.

⁵⁷ B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 126 et s.

incrimination reste légal dans son principe⁵⁸.

Comme on peut le voir, l'incrimination par renvoi n'est pas en soi contraire au principe légaliste ; même s'il faut reconnaître que cette technique législative de création de la norme pénale manque d'élégance. De ce point vue, cette technique législative apparaît également conforme à la dimension matérielle du principe de la légalité criminelle.

II-L'adéquation de l'incrimination par renvoi à la légalité matérielle

Sous son aspect matériel ou substantiel, le principe de la légalité des incriminations impose au législateur de rédiger des textes en termes clairs et précis⁵⁹. La conception matérielle de la légalité criminelle ainsi présentée pose incontestablement, le besoin de qualité des lois pénales. PORTALIS disait à ce sujet qu' « *en matière criminelle, où il n'y a qu'un texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises et point de jurisprudence* »⁶⁰. Cette exigence se manifeste dans deux qualités de la loi pénale, régulièrement rappelées par la Cour européenne des droits de l'Homme⁶¹ : son accessibilité et sa prévisibilité ; qualités sans lesquelles le principe de la légalité criminelle serait vidé de sa substance⁶². Le vœu de Portalis a-t-il été exaucé ? Autrement dit, les incriminations faites par renvoi répondent-elles au besoin de qualité de la loi pénale ? La question est d'autant plus pertinente que, comme l'affirme une doctrine autorisée, notamment le Professeur Spener YAWAGA, la conception matérielle de la légalité criminelle implique « *implicitement, mais certainement, (...) à exclure l'exécutif de toute intervention en matière pénale* »⁶³. Partant du postulat de la Cour européenne des droits de l'Homme selon laquelle la conception matérielle de la légalité criminelle se manifeste par l'accessibilité et la prévisibilité de la loi pénale, nous pouvons affirmer que la technique du renvoi reste conforme à la légalité

⁵⁸ M.-L. RASSAT, préc.

⁵⁹ B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 132 ; H. RENOUT et F. FOURMENT, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 30.

⁶⁰ J.-É.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de Code Civil », in, *Ecrits et discours juridiques et politiques Aix en Provence*, Presses de l'Université de Aix-Marseille, 1978, pp. 60-63. Dans le même sens, C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, traduction par Collin de Plancy, éd. Du Boucher, 2002, §V, p. 20.

⁶¹ V. notamment CEDH, 1er sept. 2016, no 48158/11, X et Y c. France, Dr. pénal 2017, chron. 6, n} 16, obs. E. Dreyer, § 54 : « [l'exigence de légalité] englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle et implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité ».

⁶² S. YAWAGA, « Réflexion sur la constitutionnalisation de certains aspects du droit pénal camerounais de fond », *op.cit.*, p. 356.

⁶³ S. YAWAGA, « Les principes directeurs du droit pénal moderne à l'épreuve de la crise : Appréciation au regard des mesures de lutte contre la COVID-19 », *op. cit.*, p. 209.

matérielle. En effet, l'analyse du contenu de ces renvois montrent qu'elles sont à la fois accessibles (A) et prévisibles (B).

A- Le contenu accessible des renvois

L'une des exigences du principe de la légalité criminelle et non des moindres, est l'accessibilité de la loi pénale. Celle-ci signifie que tout citoyen doit disposer de « *renseignements suffisants, dans des circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables* »⁶⁴. Plus que toute autre loi, la loi pénale doit être accessible. Sinon, comment connaître la loi avant d'agir si elle n'est pas accessible ? Autrement dit, si la loi n'est pas accessible au moment des faits, alors il n'était pas possible pour le prévenu de connaître les conséquences pénales de ses actes. Le principe de légalité criminelle n'est alors pas respecté.

L'accessibilité de la loi est constituée d'une accessibilité matérielle et intellectuelle⁶⁵. La première exigence est assurée par la publication de la loi. On pourra dès lors opposer l'accessibilité de la loi, une fois cette dernière promulguée⁶⁶. La seconde exigence est remplie lorsque les incriminations sont définies en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire⁶⁷. Ces deux exigences sont-elles remplies par la technique du renvoi ?

S'agissant de l'accessibilité matérielle, lorsque le texte renvoie à un article de la même loi, toute la norme pénale se trouve *in fine* dans le même texte. Il n'y a alors pas de problème d'accessibilité de la norme pénale. La question devient plus complexe en matière de renvoi externe. Lorsque la loi renvoie à un autre texte national réglementaire ou à une convention internationale ou collective, il suffit de se reporter au texte cité dans la loi pour avoir accès à la totalité de la norme pénale. L'accessibilité est encore respectée. La norme pénale est donc accessible dans le sens où, les textes sont matériellement accessibles. Si, classiquement, outre la publication, l'accès « *matériel* » des textes impliquait aussi le regroupement de toutes les dispositions pénales existantes

⁶⁴ CEDH, 2 août 1984, Malone, série A, n° 82, cité par X PIN, Droit pénal général, op. cit., p. 62.

⁶⁵ M. DELMAS-MARTY, « Nouveau code pénal, avant-propos », *Revue de science criminelle*, 1993 p. 436 ; M.-L. DRAGO, Le principe de normativité criminelle, reconfiguration du principe de légalité criminelle, op. cit., p.18.

⁶⁶ KOERING-JOULIN, « Pour un retour à une interprétation stricte (...) du principe de la légalité criminelle (à propos de l'art. 7 al. 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme) », *Mélanges en l'honneur de M. A. EISSEN*, LGDJ 1995, p. 253.

⁶⁷ Ph. MALAURIE, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 131 : « l'obscurité des lois rend le droit imprévisible, en fait, un instrument de l'arbitraire ».

dans un ensemble unique comme le souligne Mireille DELMAS- MARTY⁶⁸, une telle exigence n'est plus de mise aujourd'hui. Ce d'autant plus que la législation pénale n'est pas entièrement contenue dans le Code pénal, et elle ne le sera sans doute jamais⁶⁹. Ceci est d'autant plus vrai que, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, l'appréciation matérielle de l'accessibilité du droit n'implique pas, un accès absolu et complet aux textes. En effet, pour la juridiction européenne, il importe simplement qu'au regard des circonstances de la cause, le justiciable ait obtenu les informations suffisantes. Dans sa décision du 28 mars 1990, elle pose que « *la portée des notions de prévisibilité et d'accessibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte en cause, du domaine qu'il couvre, ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires* »⁷⁰. La Cour opère donc une appréciation *in concreto* de l'accessibilité de la loi en prenant en compte les paramètres énoncés. Ces derniers sont censés disposer de la compétence ou des moyens nécessaires pour accéder à la norme parce qu'ils évoluent dans le secteur concerné. À cette fin, ils doivent tout mettre en œuvre, quitte à s'entourer des conseils pour accéder à la norme applicable. Il suffit donc au professionnel de s'entourer de conseils éclairés pour accéder au texte applicable. Dans ce cas la loi pénale est alors accessible⁷¹.

L'accès « *intellectuel* » des incriminations faites par envoi est également indiscutable. En effet, lorsque le texte de renvoi spécifie une notion contenue dans le texte pénal initial, il a vocation à énoncer les propriétés essentielles de la chose que le mot désigne. Et s'il s'agit d'une définition légale, elle est « *choix et clarification* » et « *fait émerger le sens qu'elle retient, au moins pour l'effet du droit qu'elle détermine* »⁷². Comme le relève fort opportunément un auteur, « *lorsque des agissements contraires aux conditions d'autorisation sont répréhensibles, les circonstances et les comportements interdits et passibles de sanction sont – d'habitude - soigneusement définis au préalable* »⁷³.

⁶⁸ M. DELMAS-MARTY, « Nouveau code pénal, avant-propos », *op.cit.* p. 436.

⁶⁹ J.-B. THIERRY, « La question de la complétude du Code pénal vue au travers de son Livre V », in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 11.

⁷⁰ CEDH, 28 mars 1990, Groppera Radio AG et autres, Série A, p. 25-26.

⁷¹ R. CABRILLAC, *Libertés et droits fondamentaux*, 22ème éd., Dalloz, coll. CRFPA grand oral, 2016, n° 717 et s., p. 586 et s. ; E. SCHOETTL, LPA, 22 déc. 200, p. 12 : « l'objectif à valeur constitutionnel d'intelligibilité implique que la loi soit compréhensible par les destinataires compte tenu de leur degré de connaissance juridique et technique »

⁷² Selon G. CORNU, le propre de la définition légale d'une notion est qu'elle privilégie une acception parmi d'autres : « Les définitions dans la loi », *Mélanges offerts à J. VINCENT*, éd. Dalloz, 1981, p. 78-79.

⁷³ G. FAURE MICHAËL, « Vers un nouveau modèle de protection de l'environnement par le droit pénal », *op. cit.*, p.

Allant dans le même sens, M. Alain DE NAUW affirme que : « *la technique* [du renvoi] *devrait théoriquement permettre aux justiciables de connaître les obligations qui s'imposent à eux en vertu de la loi ou d'une autorisation* »⁷⁴. Vu sous cet angle, nous pouvons affirmer que les incriminations faites par renvoi sont intelligibles aussi bien pour le justiciable que pour le juge. Pour le citoyen d'abord, les renvois permettent une précision en décrivant les comportements répréhensibles de la manière la plus précise possible. Fondamentalement, qu'y a-t-il de technique, lorsqu'une *loi incriminatrice* renvoie à son texte d'application le soin de préciser la liste des espèces protégées et qu'on y trouve lister le lion, la girafe, les orang-outans ? Dès lors, on peut convenir avec le Professeur Siméon Patrice KOUAM que ce qui importe dans la loi, c'est son aptitude à exprimer des règles de droit et à être comprise par ses destinataires⁷⁵.

Quant au juge, les renvois sont, pour l'essentiel, hautement accessibles. En effet, l'incrimination par renvoi apporte de nombreuses avantages au juge pénal dans le cadre de son office⁷⁶. La méthode est porteuse de simplicité puisqu'il incombe mécaniquement au juge d'appliquer les différents cas de renvoi, sans y apporter d'appréciation. A titre d'illustration, si une loi sanctionne l'abattage des espèces protégées figurant dans un arrêté ministériel, il revient au juge de sanctionner uniquement l'abattage des espèces figurant dans ledit arrêté. Elle est ainsi en même temps porteuse de sécurité juridique puisque tous ses contrevenants sont censés y être soumis de manière uniforme.

B- Le contenu prévisible des renvois

La notion de contenu prévisible des incriminations par renvoi signifie que tout citoyen « *peut savoir, à partir du libellé de la clause pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité* »⁷⁷. L'idée de prévisibilité amène à considérer que, quel que soit le cadre dans lequel il s'exprime, le pouvoir de punir n'est légitime que si son exercice est soumis à une prédétermination textuelle des infractions⁷⁸. Le

7.

⁷⁴ A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, op. cit., p. 85.

⁷⁵ S. P. KOUAM, « La simplification du langage législatif au Cameroun », *R.I.D.C.*, 2021, p. 3.

⁷⁶ DELHOSTE M.-F., « Le langage scientifique dans la norme juridique », *art. cit. préc.*, p. 65 : « La science oriente le cadre juridique de protection ».

⁷⁷ CEDH 30 mars 2004, *Radio France c. France*, § 20, D. 2004. IR 1212, cité par X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 51.

⁷⁸ A. GIUDICELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français. Aspects légistiques et jurisprudentiels », *Rev. sc. crim.*, 2007, p. 509.

principe de prédétermination s'oppose à la rétroactivité des lois pénales et impose leur précision⁷⁹. Mais l'exigence de précision est distincte de celle de clarté, en ce qu'elle condamne des formulations qui, bien que claires, seraient trop vagues⁸⁰.

La question de la prévisibilité de la loi pénale se pose avec acuité en cas de renvoi *in futurum*, lorsqu'une loi vise un autre texte qui peut tarder à venir. Dans ce cas, bien que la loi pénale existe, elle ne représente qu'une partie de la norme pénale, l'autre dépendant de l'édiction d'un acte futur. L'un sans l'autre n'ont pas d'effet contraignant et donc pas d'effet normatif. Sans le texte de référence, la loi est donc incomplète. Une problématique mérite d'être posée : le caractère incomplet de la loi pénale en cas de renvoi futur contrevient-il aux exigences légalistes de clarté et de précision ? Autrement dit, une disposition incomplète est-elle une disposition imprécise et donc imprévisible ? Selon le Conseil constitutionnel français⁸¹, une loi pénale en blanc peut être vide sans pour autant être imprévisible. En effet, la juridiction constitutionnelle ne soumet la loi pénale en blanc à aucune exigence de précision. Il suffit juste que l'incrimination apparaisse décrite de manière suffisamment claire et précise une fois le recoupement textuel effectué. L'appréciation de la précision des termes législatifs ne s'opère qu'à l'aune de la norme répressive complètement reconstituée. C'est pour cette raison que des dispositions vides telles que l'article L. 2243-1 du Code du travail français⁸², relatif à l'obligation annuelle de négociation pesant sur l'employeur, ne portent théoriquement pas atteinte au principe de la légalité criminelle. En effet, le texte pénal d'origine ne comporte pas tout le descriptif du comportement infractionnel. À ce stade, il est imprécis et ne recouvrera une précision suffisante qu'en synergie avec le texte complémentaire⁸³.

S'il est vrai que la technique du renvoi complexifie la connaissance de la loi pénale en ce qu'elle invite fréquemment à se référer à de nombreuses dispositions complémentaires, il n'en demeure pas moins que cette technique permet au législateur de donner une définition précise de

⁷⁹ S. CIMAMONTI, « Sécurité juridique et mécanismes d'application du droit dans le temps », *revue du notariat*, vol. 110, n° 2, 2008, p. 635.

⁸⁰ X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 52.

⁸¹ Cons. const., n° 2000-437, DC du 19 décembre 2000, JO 24 décembre 2000, p. 20576.

⁸² Lequel dispose que : « L'employeur qui se soustrait aux obligations prévues à l'art. L. 132-27, à celle prévue à l'art. L. 132-28 premier alinéa, ou à celle prévue aux art. L. 932-2 et L. 932-4, est passible des peines fixées par l'art. L. 471-2 du présent code. »

⁸³ A. HOLLENDER-CERF, *Le déclin du principe de la légalité criminelle en droit pénal du travail*, Thèse, Université de Montpellier, 1992, p. 379 : « étant totalement ou partiellement vide, le texte pénal, pris isolément, est imprécis, et ne prend un sens déterminé que combiné avec le texte extra pénal auquel il renvoie »

l'agissement infractionnel en laissant à des dispositions de renvoi le soin de compléter le texte de loi initial.

Dans le domaine de l'environnement par exemple, parce que les notions de pollution ou d'atteinte à l'environnement sont difficiles à définir, il est indispensable qu'une règle administrative vienne les définir. C'est , « *qu'une pénalisation de la " pollution" serait trop imprécise pour permettre de déterminer quels comportements doivent être considérés comme illicites sur le plan pénal* »⁸⁴. A cette fin, seule une incrimination par renvoi permettrait de concrétiser ce qui est illicite en droit pénal, et d'en clarifier ainsi les choses. Comme l'affirme très justement M. Patrick GIROD, « *il [le droit pénal] ne peut énoncer des interdictions générales ou trop vague, ni même sanctionner n'importe quel comportement, sans aucune référence à ce que la réglementation cherche à définir précisément comme étant licite ou pas. Il risquerait, sinon, de devenir arbitraire ou surtout ineffectif.* »⁸⁵. Une incrimination générale de pollution ou d'atteinte à l'environnement, appelée de tout vœu par une partie de la doctrine ne peut remplir, à l'évidence, la condition de clarté et de précision découlant du principe de la légalité des incriminations⁸⁶. Cette imprécision constitue un écueil inévitable auquel se sont heurtées les propositions faites par le passé. La première, très vague, résultait de l'article premier de la loi déposée au Sénat en 1978 qui disposait que : « *quiconque aura par inattention, imprudence ou négligence, directement ou indirectement porté atteinte à la santé de l'homme, des animaux ou des plantes, en altérant soit l'équilibre du milieu du naturel, soit les qualités essentielles du sol, de l'eau ou de l'air, est coupable du délit de punition* »⁸⁷. La deuxième, plus précise sans l'être suffisamment pour satisfaire aux exigences de prévisibilité, émanait de l'éminente pénaliste française Mme Mireille DELMAS-MARTY, selon laquelle : « *commet le délit de pollution, quiconque, sans justification*

⁸⁴ M. FAURE, « Vers un nouveau modèle de protection de l'environnement par le droit pénal », op. cit., p. 7.

⁸⁵ In J. JUNG et C. DE VILMORIN, *La lutte contre les atteintes à l'environnement*, Rapport de la commission interministérielle pour la lutte contre les atteintes à la protection de l'environnement, ministère de l'environnement et du cadre de vie, 1980, p. 62, cité par C. COURTAIGNE-DESLANDES, *L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement*, op. cit., p. 201.

⁸⁶ P. LASCOURMES, « La « nature » comme intérêt protégé par le droit pénal. Les trois étapes d'un parcours incertain », op. cit., p. 142 : « une telle qualification d'atteinte générale au milieu et aux espèces serait contraire au principe de légalité et ne serait qu'une infraction-balai pour permettre la qualification éventuelle des atteintes que les multiples infractions techniques déjà existantes ne permettraient pas de poursuivre ». Dans le même sens D. GUIHAL, *Droit répressif de l'environnement*, Economica, Paris, 3^e éd., 2008, p. 486 : « il ne faut pas se dissimuler qu'il est malaisé de définir un délit d'atteinte à l'environnement en des termes suffisamment précis pour ne pas attenter au principe de la légalité des incriminations ».

⁸⁷ Proposition de loi n° 292, sénat, 6 avril 1978.

d'intérêt social commet par incurie, ou dans un but lucratif, une action ayant pour effet, soit de modifier de façon grave et irréversible l'équilibre biologique, soit de porter atteinte à la santé de l'homme ou aux possibilité de vie animales en provoquant une altération du sol, de l'eau, ou de l'air »⁸⁸. Il ne semble donc pas possible, comme le veulent certains, de réduire la protection pénale de l'environnement à la création d'un délit unique de pollution du milieu naturel : parce qu'une telle incrimination ne serait pas suffisamment discriminante ; elle conduirait à pénaliser toutes les activités humaines ; elle provoquerait soit la paralysie, soit l'arbitraire de la répression⁸⁹.

Au bout du compte, s'il est vrai comme l'affirme Jérémie BENTHAM qu'« *il faut, autant qu'il est possible, ne mettre dans un corps de lois que des termes de droit familiers au peuple. Si l'on est forcé de se servir de termes techniques, il faut avoir soin de les définir dans le corps des lois mêmes* »⁹⁰, l'on ne doit pas perdre de vue, comme le relève à juste titre le Professeur Siméon Patrice KOUAM, « *de veiller à ce que ce souci d'étoffer le texte au moyen des définitions n'entre pas en conflit avec la seconde vertu de la simplification, c'est-à-dire la sobriété, la concision* »⁹¹.

Au vu de ce qui précède, nous pouvons dire que les renvois sont utilisés pour permettre une plus grande précision de l'incrimination sans s'encombrer du recopiage de tous les détails, qui viendraient alourdir la loi pénale. Dès lors, l'exigence de précision et, partant, de prévisibilité de la loi pénale est respectée. Par conséquent, quand bien même le renvoi se ferait en cascade, une fois les différents textes regroupés, ils rendront généralement la norme pénale encore plus claire. C'est ainsi que le Conseil Constitutionnel français a estimé « *suffisamment claires et caractérisées pour satisfaire aux exigences du principe constitutionnel de légalité des délits et des peines* »⁹², les infractions résultant des actes administratifs – l'émission sans autorisation, l'émission en méconnaissance d'une décision de retrait ou de suspension de l'autorisation, l'émission faite en ne respectant pas les conditions fixées par l'autorisation – de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relative à certaines dispositions applicables aux services de

⁸⁸ Cité par M. PRIEUR, *droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 5e éd., 2004, p. 903.

⁸⁹ M.-J. LITTMANN-MARTIN, « Le droit pénal français de l'environnement et la prise en compte de la notion d'irréversibilité », *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro spécial : L'irréversibilité, 1998, p.158 ; G. CANIVET et D. GUIHAL, « Protection de l'environnement par le droit pénal : l'exigence de formation et de spécialisation des magistrats », *D.*, 2004, Chr., p.2731.

⁹⁰ J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, Dalloz, 2010 p. 399.

⁹¹ S.P. KOUAM, « La simplification du langage législatif au Cameroun », *op. cit.*, p. 22.

⁹² Cons. const. 25 juill. 1984, n 84-176 DC.

communication audiovisuelle. Ainsi compris, les renvois apparaissent incontestablement comme une garantie de précision, un rempart contre l'arbitraire, un gage de sécurité juridique.

Conclusion

Au total, l'invitation formelle d'un texte de loi à se référer à un ou plusieurs autres textes pour réunir la norme de comportement à sa norme de pénalité et ainsi reconstituer pièces par pièces l'incrimination n'est pas en soi contraire au principe de la légalité criminelle. Au contraire, cette forme de production de la loi pénale est conforme à celui-ci. D'abord du point de vue formel, le principe légaliste n'implique pas ou plus que ce soit la loi au sens strict qui soit seule source des incriminations. Une délégation de compétence est possible et même souhaitable du moins dans les domaines techniques, à une autorité tierce pour compléter la norme pénale. C'est d'ailleurs ce qui justifie que la jurisprudence valide cette forme d'incrimination. Ensuite, loin de complexifier l'accessibilité ou la prévisibilité de la loi pénale, le renvoi apporte, du point de vue matériel, une plus grande précision de l'incrimination, sans s'encombrer du recopiage de tous les détails, qui viendraient alourdir celle-ci.

L'Etat de l'application de la compétence pénale dans l'espace OHADA

The state of the application of criminal jurisdiction in the OHADA area

HADIDJATOU OUSMANOU

Docteure Ph/D en droit privé

Assistante à l'Université de Garoua (Cameroun)

Housmanou41@gmail.com

Résumé : La signature du traité instituant l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) a donné place à une nouvelle pensée de l'intégration communautaire par le droit. Par cet instrument juridique, les États signataires ont manifesté leur volonté de contribuer en Afrique à l'instauration d'un espace économique unifié et apte à répondre aux aspirations des investisseurs. Pour atteindre cet objectif, les États membres de l'OHADA ont entendu remédier à un certain nombre de non-conformités liées à la présence massive de lois nationales contradictoires, au contenu souvent obsolète. Mais en matière pénale, matière charnière du droit, l'on constate que cette uniformisation n'est pas effective. Même si c'est le législateur OHADA qui organise la norme de comportement, la norme de sanction est laissée à la charge de chaque Etats parties. Cette disparité peut alors s'avérer être un frein à la volonté des Etats membres. De ce fait, il est impératif qu'une unification soit faite pour la matière pénale dans le but d'atteindre l'objectif souhaité qui est celui de la sécurité juridique mais surtout l'exigence d'efficacité et d'effectivité du droit OHADA.

Mots clés : compétence, matière pénale, OHADA, unification, efficacité, effectivité.

Abstract: The signing of the treaty establishing the Organization for the Harmonization of Business Law in Africa (OHADA) gave way to a new way of thinking about community integration through law. Through this legal instrument, the signatory States have demonstrated their desire to contribute in Africa to the establishment of a unified economic space capable of meeting the aspirations of investors. To achieve this objective, OHADA member states intended to remedy a certain number of non-compliances linked to the massive presence of contradictory national laws, often with obsolete content. But in criminal matters, a pivotal area of law, we see that this standardization is not effective. Even if it is the OHADA legislator who organizes the standard of behavior, the standard of sanction is left to the responsibility of each State party. This disparity can then prove to be a brake on the will of Member States. Therefore, it is imperative that a unification be made for criminal matters in order to achieve the desired objective which is that of legal security but above all the requirement for efficiency and effectiveness of OHADA law.

Keywords: jurisdiction, criminal matters, OHADA, unification, efficiency, effectiveness.

Introduction

Les jalons d'une harmonisation du monde des affaires en Afrique ont abouti à la naissance de l'Organisation en Afrique du droit des Affaires (ci-après OHADA)¹. Pour atteindre cet objectif, il fallait s'unir pour réagir ou résister face à la mondialisation de l'économie lancée dans les années 1990². Telle que pensée, l'intégration juridique³ amorcée par l'OHADA constitue selon le Professeur Paul-Gérard POUGOUE une véritable rupture épistémologique en Afrique⁴.

Pour arriver à leurs fins, les Etats membres de la zone OHADA ont tablé leur fonctionnement autour de certains piliers au rang desquels la Cour Commune de Justice et d'arbitrage (ci-après CCJA/la Cour). Cette dernière est une institution judiciaire communautaire qui exprime la supranationalité judiciaire de l'OHADA vis-à-vis des Etats⁵. Elle est constituée d'une Cour de cassation, doublée d'une chambre d'arbitrage. Elle est dotée d'un pouvoir de contrôle et de sanction. Avec le concours des juridictions nationales des Etats membres de l'OHADA, la CCJA compte de nos jours une jurisprudence abondante et matériellement diversifiée⁶.

¹ L'OHADA est née à la faveur d'un traité signé à Port-Louis (Île Maurice) le 17 octobre 1993 (JO OHADA, n° 4, 1er novembre 1997, p. 1) et entré en vigueur le 18 septembre 1995. Elle regroupe aujourd'hui seize pays membres. Sur l'OHADA en général v. P.-G. POUGOUE, *Présentation générale et procédure en OHADA*, Yaoundé, PUA, 1998 ; J. ISSA-SAYEGH, J. LOHOUES-OBLE, OHADA, *Harmonisation du droit des affaires*, Bruylant, 2002 ; G. De LAFOND, « Le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Gaz. Pal.*, 20-21 sept. 1995, doctr., p. 2 ; J. ISSA-SAYEGH, « L'OHADA, instrument d'intégration juridique des pays africains de la zone franc », *Revue de jurisprudence commerciale*, 1999, p. 237 ; J. LOHOUES-OBLE, « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », *RIDC*, 1999, p. 543 ; M. KONE, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA. Comparaisons avec le droit français*, LGDJ, Biblio. Dr. privé, 2003, t. 406 ; A. CISSE, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : l'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie », *RIDE*, 2004, 2, p. 197 ; K. M'BAYE, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », *Petites affiches*, 13 oct. 2004, n° 205, p. 4.

² P-G POUGOUE, « Doctrine OHADA et Théorie juridique », *Revue de l'ERSUMA*, Numéro spécial, novembre-décembre 2011, pp.6 et s.

³ L'intégration, pour reprendre la définition de P.F. GONIDEC, cité par P-G POUGOUE est « un processus et une situation qui, à partir d'une société internationale morcelée en unités indépendantes les unes les autres, tendent à leur substituer de nouvelles unités plus ou moins vastes, dotée au minimum du pouvoir de décision soit dans un ou plusieurs domaines, soit dans l'ensemble des domaines relevant de la compétence des unités intégrées, à susciter au niveaux des consciences individuelles une adhésion ou une allégeance et à réaliser, au niveau des structures, une participation de tous au maintien et au développement de la nouvelle unité » in les organisations internationales africaines, l'Harmattan, Paris, 1987, p. 54.

⁴ P.-G. POUGOUE, l'OHADA, « instrument d'intégration juridique », *Revue africaines des sciences juridiques*, vol. 2, n°2, p. 11.

⁵ A. CISSE « l'harmonisation du droit des affaires en Afrique : l'expérience de l'Ohada à l'épreuve de sa première décennie », *RIDE*, 2004, p. 201.

⁶ Nous pouvons relever dans ce cadre, la matière civile, commerciale et même pénale.

Si les Etats membres de la zone OHADA n'ont pas trouvé un inconvénient de céder sans réserve leur compétence en matière civile et même commerciale à la Cour, il n'en est pas le cas lorsqu'on évoque la compétence de la CCJA en matière pénale⁷.

Notion polysémique, la compétence peut signifier pour une autorité publique ou une juridiction, l'aptitude légale à accomplir un acte ou à instruire et juger un procès. Il peut aussi s'agir de la compétence à connaître d'un litige : *ratione materiae* (les procès hors du champ pénal, en fonction de leur nature civile ou commerciale, etc. ; les infractions en fonction de leur gravité), *ratione personae* (en fonction de la personne), *ratione loci* (en fonction d'une circonstance de lieu)⁸. Enfin pour un professionnel du droit, il s'agira de la qualification technique permettant de remplir ses fonctions au mieux des intérêts dont il a la charge dans le respect des règles déontologiques. L'avocat, par exemple, est tenu d'un devoir de compétence, l'obligeant à accomplir toutes les diligences utiles à la défense des intérêts de son client et à faire valoir une évolution jurisprudentielle dont la transposition à la cause qu'il défend a des chances sérieuses de la faire prospérer⁹. La deuxième approche définitionnelle qui sied à notre contexte d'analyse permet de lever le voile sur la question de la compétence de la CCJA. Le déclinatoire de compétence quant à lui est une exception de procédure permettant de contester la compétence du tribunal saisi, qui doit être soulevée avant toute conclusion au fond et toute fin de non-recevoir et contenir l'indication de la juridiction que le plaideur estime devoir être compétent¹⁰.

Investis des pleins pouvoirs de consultation et de jugement, la CCJA de l'OHADA est la juridiction de cassation des Etats parties lorsqu'elle est saisie pour des litiges qui mettent en conflit l'application des Actes Uniformes. Ainsi, à la lecture du Traité instituant l'OHADA, il ressort que « *la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage assure dans les Etats parties, l'interprétation et l'application commune du présent Traité, des règlements pris pour son application et des Actes uniformes* »¹¹ le législateur OHADA ajoute que « *La Cour peut être consultée par tout Etat Partie ou par le Conseil des ministres sur toute question entrant dans le champ de l'alinéa précédent. La*

⁷ E. KITIO, « le contentieux du droit pénal des affaires devant les hautes juridictions nationales et devant la CCJA », *Revue de l'ERSUMA*, n° mars 2013, p. 309.

⁸ Cf. le lexique des termes juridiques, Dalloz, 2017-2018.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Art. 14 (1) du traité relatif à l'OHADA, fait à Port-Louis le 17 octobre 1997 et modifié par le traité de Québec du 17 octobre 2008.

même faculté de solliciter l'avis consultatif de la Cour est reconnue aux juridictions nationales saisies en application de l'article 13 du traité »¹². Il mentionne expressément que la Cour est « saisie par la voie du recours en cassation » et qu'elle « se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'appel des Etats parties, dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes... à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales »¹³. Pour certains auteurs, cette disposition traduit la supranationalité judiciaire au sein de l'OHADA¹⁴. Nous n'en sommes pas encore au niveau d'une telle conclusion mais pouvons affirmer sans crainte de se tromper que cette disposition (*article 14 in fine*) est le fondement de la problématique de la compétence de la CCJA en matière pénale.

Selon l'article 5 alinéa 2 du traité OHADA, « Les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'article 1 du présent Traité sont qualifiés 'actes uniformes'. Les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les Etats-Parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues ». Cette disposition met en exergue le problème du concours de compétences normatives entre l'OHADA et les Etats parties au traité. Elle instaure un véritable « partage de compétences »¹⁵ entre les instances de l'OHADA et les États membres, les premières ayant la faculté d'édicter, en matière de droit des affaires, les normes de comportement, et les seconds étant chargés de déterminer les sanctions encourues. Une partie de la doctrine justifie ce partage par la souveraineté des Etats en matière pénale et explique que le pouvoir d'infliger des sanctions pénales est traditionnellement considéré comme intimement lié à la souveraineté des États plutôt qu'aux compétences des organisations communes d'intégration auxquelles ils adhèrent¹⁶. Une telle justification contestable alimente l'abondante doctrine sur la question qui s'incline tantôt sous le couvert de la compétence¹⁷ de la CCJA en matière pénale tantôt sous celui

¹² Art 14 (2) du traité de Port-Louis du 17 octobre 1993, modifié par le traité de Québec du 17 octobre 2008.

¹³ Art. 14B(3) du traité de l'OHADA op. cit.

¹⁴ D. ABARCHI, « La supranationalité de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) », RBD, 2000, spéc. p. 18 et s. ; J. ISSA-SAYEGH, *La fonction juridictionnelle de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA*, Mél. Decottignies, Presses Univ. de Grenoble ; G. KENFACK DOUAJNI, « L'abandon de la souveraineté dans le Traité Ohada », Rec. Penant, 1999, p. 125 et s.

¹⁵ B. GUEYE et S. N. TALL, « Commentaire du Traité OHADA », in *OHADA – Traité et actes uniformes commentés et annotés*, éd. du Juriscope, 3e éd., 2008, p. 28.

¹⁶ D. LOUKAKOU, « de la diversité des sources du droit et de quelques implications sur le processus d'intégration juridique dans l'espace OHADA », Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose, DBB.book, février 2013 p. 284.

¹⁷ J. FOMETEU, « le clair-obscur de la répartition des compétences entre la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales de cassation », *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, n°4/2008, pp. 491-515. ; F. ANOUKAHA, « la délimitation de compétence entre les juridictions nationales et la CCJA », *Juridis*

de l'incompétence¹⁸ de celle-ci en la matière voire même sous le sens du déclinatoire de ladite compétence en matière pénale. Ce foisonnement de la doctrine sur la question témoigne de la profondeur de la problématique car la jurisprudence qui se dégage nécessite une réelle étude.

En statuant pour la première fois sur sa compétence pénale, la CCJA de l'OHADA rend un arrêt sur un pourvoi formé contre une décision rendue en matière criminelle par les juridictions nationales des États parties¹⁹. Dans ladite décision, la Haute juridiction communautaire déclinaît alors sa compétence. Saisi du pourvoi contre la décision rendue en *matière purement et exclusivement criminelle* par la Cour d'appel du Wouri, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA, au visa de l'article 14 alinéa 3 et 4 du Traité, s'est déclarée incompétente au motif que la décision déférée concerne l'application des sanctions pénales. Il est de bon ton de savoir, le sens donné au groupe de mots '*application des sanctions pénales*'. Est-ce une partie, ou le tout fondant la compétence en droit pénal des affaires de l'OHADA ? ces interrogations méritent des réponses en vue de lever le voile sur la perception de la compétence de la CCJA en matière pénale.

L'on a l'habitude de dire généralement '*qu'une fois n'est pas coutume*'. Mais le contraire c'est-à-dire une répétition de l'acte devient une coutume. Cette approche témoigne du fait que le déclinatoire de compétence de la CCJA de l'OHADA en matière pénale devient une pratique courante. Ce déclinatoire de compétence ne devait en principe pas inquiéter car ressortant des dispositions législatives des textes communautaires. Mais en pratique, les juges des juridictions nationales se comportent comme si c'est l'entièreté de la compétence en matière pénale en droit des affaires de l'OHADA qui leur est dévolue. Dans une autre décision rendue en 2016²⁰, la CCJA

Périodique, n°59, 2004. ; R. AKONO ADAM, « exclusion d'une décision nationale appliquant des sanctions pénales du champ matériel de compétence de la CCJA », *ATDA*, n°6 Aout 2020.

¹⁸ T. AMADOU NDIIOGOU, « leurre et lueur sur l'incompétence de la CCJA dans le contentieux répressif OHADA », *LEGIAFRICA*, décembre 2019.

¹⁹ Cf la décision de la CCJA, n°053/2012 du 07 juin 2012, Pourvoi n°059/2009/PC du 19 juin 2009 affaire Port Autonome de Douala (P.A.D.) et Ministère Public c/ monsieur ETONDE EKOTO Edouard Nathanael.

²⁰ Cf. CCJA, arrêt n°143/2016 du 14 juillet 2016. *Dans les faits de la cause, les sieurs K.M.W., I.A., M.P., K.A., M.A., E.R. et M.T. sont poursuivis et condamnés en premier et dernier ressort par la Cour de répression de l'enrichissement illicite du Sénégal (CREI) à des peines d'emprisonnement et d'amendes ainsi qu'à certaines peines complémentaires pour enrichissement illicite et complicité d'enrichissement illicite. Contestant cette condamnation, les sieurs A. et P. vont saisir la CCJA et évoquent, pour soutenir la compétence de cette juridiction que l'arrêt de la CREI a retenu la fraude dans la constitution des sociétés AHS en se fondant sur de simples déclarations de témoins, en violation des règles de preuve prévues par les articles d 10,13,390,391,393 à 396 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Selon eux qualifiée d'infraction pénale par les dispositions de l'article 886 du même acte. Ainsi, et selon eux toujours, ces moyens ne peuvent relever que de la compétence de la CCJA. De son côté, le Sénégal soulève l'incompétence de la CCJA au motif que l'arrêt de la CREI a statué sur des*

de l'OHADA va une fois de plus prononcer son incompétence. Les motifs de cette allégation étant les mêmes que ceux de la première décision. Il faut noter que malgré la prolifération des cas de décisions sur l'incompétence de la CCJA de l'OHADA, celles du domaine pénal sont rares²¹. Et lorsqu'elles sont rendues en la matière, on constate plus le déclinatoire dû à l'application de la sanction qu'une saisine pour interprétation des dispositions des actes uniformes OHADA²². Tout se passe comme si les juridictions nationales ne retiennent pas des qualifications qui entrent dans le cadre des actes uniformes OHADA malgré le fait que l'infraction laisse présager une qualification qui entrerait dans le cadre du droit communautaire²³.

Dans une autre décision²⁴ rendue bien avant celle de 2016, la Cour va une fois de plus prononcer son incompétence au motif que la matière relève du pénal et que le demandeur en cassation a été condamné par les juridictions nationales à une peine d'emprisonnement (*en occurrence une peine correctionnelle*)²⁵. En effet, par un attendu bien ciselé, la Cour reprend les dispositions de l'article 14 alinéa 3 et 4 du Traité et précise dans son motif décisif qu'elle « *ne peut connaître, par la voie du recours en cassation, des affaires qui, bien que soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des Règlements prévus au Traité, concernent des décisions appliquant des sanctions pénales* ».

Il convient alors de retenir de ces différentes décisions que les sanctions pénales constituent la frontière de la compétence de la CCJA de l'OHADA. Il semble qu'elle n'est pas compétente pour connaître par voie de cassation les décisions rendues en matière pénale, bien qu'appliquant les Actes uniformes. En effet, frappé par cette ambiguïté de la compétence de la CCJA, un auteur s'interrogeait déjà en ces termes : « *Quelle est, en effet, la haute juridiction compétente pour*

incriminations de corruption et d'enrichissement illicite relevant du droit pénal sénégalais et les sanctions pénales ont été prononcées par la juridiction correctionnelle sénégalaise.

²¹ Il faut retenir que sur les 38 (trente-huit) décisions rendues sur l'incompétence de la CCJA, 1 (un) seul cas concerne l'Etat du Cameroun.

²² H. TCHANTCHOU, *La supranationalité judiciaire dans le cadre de l'OHADA : étude à la lumière du système des communautés européennes*, l'Harmattan, 2014 p. 313.

²³ Tel a été le cas pour la décision rendue au Cameroun, dans laquelle les juges de l'instance comme ceux de cassation ont retenu contre le sieur Edouard ETONDE EKOTTO, la qualification de détournement de deniers publics au détriment de la qualification d'abus de biens sociaux.

²⁴ Cf CCJA, compétence de la CCJA, affaire soulevant des questions relatives à un acte uniforme mais concernant des sanctions pénales : incompétence de la CCJA, arrêt n°188/2015 du 23 décembre 2015, affaire ADAMA COULIBALY C/ Procureur Général près la Cour d'Appel d'Abidjan.

²⁵ Aff. ADAMA COULIBALY C/ Procureur Général près la Cour d'Appel d'Abidjan, P. n°129/2012/PC du 24/09/2012.

connaître du contentieux du droit pénal des affaires OHADA ? »²⁶. En effet, pour assurer l'efficacité des normes qu'elle a édicté, le législateur de l'OHADA et les États membres ont convenu de 'couper la poire en deux' : au premier l'exclusivité de la compétence pour incriminer les comportements néfastes à la bonne application des normes de droit substantiel qu'il édicte et aux seconds l'exclusivité de la compétence d'édicter les sanctions à ces incriminations c'est-à-dire le droit de punir. Qualifié de « *compromis heureux de la répartition des compétences* »²⁷, cette démarche procède d'une politique prudente et opportune de l'intégration juridique dans un espace qui était jusqu'alors caractérisé par les disparités criardes en matière législative et les replis souverainistes surtout en matière pénale²⁸. Cette démarche porte-t-elle les fruits escomptés ?

Ces différentes affaires nous offrent l'illustration d'une répartition de cette compétence pénale en droit des affaires de l'OHADA. Même si la haute juridiction de l'OHADA ne le fait pas savoir clairement, il ressort de son raisonnement que le contentieux de l'application des sanctions pénales, même en cas d'application des Actes uniformes ne relève pas de sa compétence, mais de celle des juridictions nationales (*de fond et de cassation*). Cependant, même si elle ne le dit pas expressément, le contentieux de la qualification (*détermination de la norme de comportement*) des infractions pénales en matière d'application des Actes uniformes relèverait de sa compétence sur le fondement de l'article 14 alinéas 3 et 4 du Traité de l'OHADA. En effet, ce texte exclut la compétence de la CCJA uniquement en matière d'application des sanctions pénales et ne dit mot du contentieux de qualification des infractions pénales édictées par le législateur de l'OHADA.

Ainsi, au regard de la jurisprudence constante sur la question, il se pose le problème de l'évaluation de l'application de la compétence pénale dans l'espace OHADA au regard des exigences d'efficacité et d'effectivité du droit OHADA. En d'autres termes, l'application actuelle de la compétence pénale dans l'espace OHADA permet-elle d'atteindre les objectifs attendus par le traité ?

²⁶ E. KITIO, op. cit. note 12.

²⁷ M. SEREKOÏSSE SAMBA et J. BILE-AKA, « Le contentieux pénal des affaires OHADA », *Communication au séminaire de formation complémentaire des auditeurs de justice et jeunes magistrats des États membres de l'OHADA*, zone Afrique de l'ouest, Thème : Pratique et contentieux des Actes Uniformes de l'OHADA, Grand Bassam (Côte d'Ivoire, 26 au 30 novembre 2012).

²⁸ J. KAMGA, « Contentieux des sanctions pénales : dernier refuge des souverainetés étatiques dans l'espace de l'OHADA. (À propos de l'arrêt, CCJA, n°053/2012 du 07 juin 2012, Pourvoi n°059/2009/PC du 19 juin 2009 Affaire : Monsieur E.E.E c/ Port Autonome de Douala (P.A.D) et Ministère Public). », *Ohadata*, J-09-77.

Au demeurant, le besoin de consolider le droit pénal des affaires dans l'espace communautaire par l'uniformisation du droit est l'objectif poursuivi par l'Organisation. Certes, les États membres de l'OHADA ne sont pas tous favorables à céder leur souveraineté juridique notamment en matière pénale à un organisme supranational²⁹. Cette réticence fait naître non pas un 'clair-obscur'³⁰ sur la compétence pénale de la CCJA comme le pense le Professeur Joseph FOMETEU mais plutôt une 'obscurité' qu'il faille éclaircir car cette compétence est difficile à circonscrire. Partant de la démarche descriptive, la réponse à cette question nous amène à constater que l'idée d'unification du droit des affaires dans l'espace OHADA est encore à mi-chemin et qu'un réel effort reste à faire sous le versant pénal pour pouvoir lever les équivoques qui existent autour de la compétence de la Cour en matière pénale. Si d'une part, certains arguments fondent l'effritement de la compétence en matière pénale à l'instar de la souveraineté pénale des Etats membres qui paraît comme un principe fondamental (I), d'autre part, l'uniformisation du droit des affaires qui se présente comme une nécessité pour l'intégration doit être parfaite en matière pénale (II).

I- Le maintien de la souveraineté pénale des Etats membres dans l'espace communautaire : une limite à l'uniformisation du droit pénal des affaires

La matière pénale relève du domaine délicat de l'expression de la souveraineté des Etats. Le fait d'ériger un comportement en infraction en l'assortissant d'une sanction pénale appartient à l'Etat. Il exerce ce pouvoir dans le strict respect du principe de la légalité criminelle³¹. A ces propos, Michel VIRALLY précise que le droit pénal général « est au cœur du sanctuaire de la souveraineté »³² des Etats. C'est peut-être pour cette raison que la mondialisation du droit pénal semble se présenter comme une illusion. Ce postulat est confirmé à travers le maintien du rôle central de la souveraineté des Etats en matière pénale (A) et la diversité des Etats membres qui forment la communauté (B).

²⁹ K. E. YAO, « Uniformisation et droit pénal : esquisse d'un droit pénal des affaires dans l'espace OHADA », *RIDC*, 3-2011, p. 669.

³⁰ J. FOMETEU, « le clair-obscur de la répartition des compétences entre la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales de cassation », *op. cit.*

³¹ A.-M. MDONTSA FONE, « A propos de l'extension de la compétence pénale OHADA », *Revue africaine des sciences juridiques (RASJ)*, vol. 5, N°1, 2008, p. 77-91.

³² M. VIRALLY, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1983, t. 183, p. 124, voire également M. MAHOUE « Le système pénal OHADA ou l'uniformisation à mi-chemin », *Penant*, n°846, janvier-mars, 2004, p. 87 à 96.

A- Le maintien du rôle central de la souveraineté des Etats en matière pénale

Si, a priori, la matière pénale relève du « *noyau dur de la souveraineté des États* »³³, il n'en était pas moins inévitable que, compte tenu de la répartition des compétences matérielles entre la Communauté et les États membres de l'OHADA, la sphère pénale ne puisse rester étanche à l'influence du droit « *né du traité* ». Le mouvement de « *pénétration* » du droit communautaire dans le domaine du droit pénal s'est très tôt enclenché dans deux directions distinctes. Le droit communautaire est venu encadrer le pouvoir de sanction du législateur national d'une part, et, d'autre part, imposer aux autorités nationales l'adoption des sanctions destinées à assurer le respect du droit communautaire. C'est dans cette logique que certains États membres de la communauté ont d'ailleurs mis à jour leurs codes pénaux à l'effet de les conformer aux exigences OHADA³⁴. De ce fait, l'on procède à un encadrement de la compétence pénale nationale des États qui se trouve rognée (1) surtout que l'on pense d'ailleurs à une instrumentalisation du droit pénal national malgré la souveraineté (2).

1- L'encadrement de la compétence pénale nationale des États membres de la communauté

La juridiction communautaire installée en avril 1997, est venue se substituer aux Juridictions nationales de cassation, jadis seules compétentes en matière d'interprétation et d'uniformisation de la loi, dans l'interprétation et l'application communes du Traité, des Règlements pris pour son application et dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes, à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales. Cette substitution de la CCJA, venue grignoter dans le domaine traditionnel de compétence des dites Hautes juridictions, ne s'est pas faite sans frictions³⁵. Elle a entraîné, notamment dans la délimitation de la portée exacte de cette substitution, des réactions conflictuelles, souvent brutales, dans les relations nécessaires entre la CCJA et les Hautes juridictions nationales de cassation des

³³ V. par ex. en ce sens, B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Droit constitutionnel*, PUF 2004 § 384.

³⁴ Le NIGER, et le TCHAD ont rejoint la liste des États qui ont déjà mis leur droit pénal interne en conformité avec les actes uniformes OHADA : le BENIN, le CAMEROUN, la CENTRAFRIQUE, le CONGO, le GABON, la GUINEE et le SENEGAL.

³⁵ I. YAYA « Les conflits de compétence entre la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) et les Juridictions nationales de cassation des États membres de l'espace OHADA », *Communication présentée dans le cadre d'une conférence publique organisée à Abidjan le 19 avril 2018 par le Réseau Ivoirien des Juristes d'Affaires (R.I.J.A.F)*, p. 3.

Etats-parties³⁶. Force est cependant de reconnaître que, beaucoup d'eau a coulé sous le pont, malgré la survenance çà et là de quelques velléités de contestation du rôle de la juridiction de cassation supranationale notamment en matière de pourvoi dit mixte, les juridictions nationales de cassation hésitent moins à se dessaisir au profit de celle-là.

Ce sont ces constats conflictuels qui poussent à délimiter une frontière franche en matière pénale et soulever le déclinatoire de la juridiction communautaire en matière pénale. De ce fait, il est nécessaire d'encadrer la compétence pénale nationale au nom de la souveraineté des Etats parties. L'article 5 du traité de l'OHADA en son alinéa 2 est le fondement de cet encadrement de compétence. A cet effet, il énonce que « *Les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les États Parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues* ». Cet article instaure un véritable « *partage de compétences* »³⁷ entre les instances de l'OHADA et les États membres, les premières ayant la faculté d'édicter, en matière de droit des affaires, des incriminations pénales, et les seconds étant chargés de déterminer les sanctions encourues.

Cette répartition des compétences permet de préserver les prérogatives des États en matière de détermination des sanctions pénales. En effet, le pouvoir d'infliger des sanctions pénales est traditionnellement considéré comme intimement lié à la souveraineté des États plutôt qu'aux compétences des organisations communes d'intégration auxquelles ils adhèrent³⁸. Même si ce partage met en exergue le souci de souveraineté des Etats membres, certaines critiques montent à l'effet de justifier ce partage de compétence. Car Le partage de compétence en matière de droit pénal des affaires paraît une source de difficultés³⁹, situation qui amène à s'interroger sur les motivations dudit partage, sur sa justification, ses enjeux et ses conséquences.

En effet, la consécration de prérogatives aux instances de l'OHADA en matière de définition des infractions et de leurs éléments constitutifs, découplée de l'initiative en matière de détermination des sanctions, porte en germe l'expression de conflits et de résistances de la part des

³⁶ *Ibid.*

³⁷ B. GUEYE et S. N. TALL, « Commentaire du Traité OHADA », in *OHADA – Traité et actes uniformes commentés et annotés*, éd. du Juriscope, 3e éd., 2008, p. 28.

³⁸ D. LOUKAKOU, « De la diversité des sources du droit et de quelques implications sur le processus d'intégration juridique dans l'espace OHADA », *DBBI*, 2013, p. 224.

³⁹ J. ISSA SAYEGH et P.-G. POUGOUÉ, « L'OHADA : défis, problèmes et tentatives de solutions », *Rev. dr. unif.*, 2008, p. 467.

États membres. Elle annonce des conflits entre revendication de souveraineté et volonté d'efficacité en matière de sécurité juridique et judiciaire et en matière d'intégration juridique⁴⁰. Au regard de cette analyse, un auteur s'interroge et dégage la problématique selon laquelle « *Sans méconnaître la difficulté de consacrer, sans transition, une compétence générale des instances de l'OHADA en matière pénale et partant d'admettre une substitution des États par lesdites instances, il est permis de s'interroger sur l'impact de la dualité des compétences établie par le Traité sur les exigences d'effectivité et d'efficacité du droit OHADA et sur le processus d'intégration juridique dans la zone* »⁴¹. A cet effet, si la prise en compte du partage de compétence est de principe, l'on peut se retrouver dans une situation d'instrumentalisation du droit pénal national.

2- l'instrumentalisation du droit pénal national

Avec la technique d'écriture à deux mains⁴², l'on constate que la souveraineté des Etats parties en matière pénale est préservée du fait que se sont ces Etats qui sont chargés d'établir les normes de sanction. Mais il se pose une instrumentalisation du droit pénal national car le droit pénal communautaire peut également exercer une influence « *positive* » dans l'effet de solliciter la compétence pénale nationale en vue de sanctionner le respect des normes communautaire⁴³.

L'obligation générale, en vertu notamment du principe de loyauté communautaire, « *de tout faire pour assurer l'effet utile* » de la réglementation communautaire⁴⁴ se traduit par le droit et le cas échéant l'obligation pour les États membres de prévoir des sanctions pénales. Du côté de l'Europe, L'affaire célèbre dite *des maïs grecs* a donné à la Cour de justice de l'Europe l'occasion d'indiquer la portée de l'obligation faite aux autorités nationales de jouer le rôle de bras séculier dans la répression des infractions au droit communautaire : « *À cet égard, il convient de relever que, lorsqu'une réglementation communautaire ne comporte aucune disposition spécifique prévoyant une sanction en cas de violation ou renvoie sur ce point aux dispositions législatives,*

⁴⁰ D. LOUKAKOU, « De la diversité des sources du droit et de quelques implications sur le processus d'intégration juridique dans l'espace OHADA », *op. cit.*, p. 285.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² La technique d'écriture à deux mains permet de mettre en exergue l'idée selon laquelle la détermination de l'incrimination en droit pénal de l'OHADA permet d'une part que l'écriture de la norme de comportement soit faite par le législateur communautaire et d'autre part, l'écriture de la norme de sanction par le législateur national.

⁴³ D. SIMON, « Constitution, souveraineté pénale, droit communautaire », *Cahier du conseil constitutionnel*, N°26, Aout 2009, p. 2.

⁴⁴ Cour de Justice de la Communauté Européenne, 17 décembre 1970 Scheer, 30/70 ; 10 juillet 1990 Hansen, C-326/88 ; 18 octobre 2001 *Commission c/ Irlande*, C-354/99.

réglementaires et administratives nationales, l'article 5 du traité impose aux États membres de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire. À cet effet, tout en conservant le choix des sanctions, ils doivent notamment veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif. En outre, les autorités nationales doivent procéder, à l'égard des violations du droit communautaire, avec la même diligence que celle dont elles usent dans la mise en œuvre des législations nationales correspondantes »⁴⁵.

Le droit pénal national est ainsi mis au service de l'application efficace du droit communautaire. Si les États membres gardent en principe le pouvoir de choisir la nature et le quantum des sanctions, ces dernières doivent impérativement être, selon une formule récurrente dans la jurisprudence communautaire, effectives, proportionnées et dissuasives, la Cour n'hésitant pas à condamner des sanctions internes qui seraient soit différentes de celles appliquées à des infractions comparables de droit interne, soit insuffisantes pour assurer le plein effet du droit communautaire. Cette approche de la communauté européenne doit servir d'exemple pour la construction du droit pénal de l'OHADA malgré la diversité des États membres.

B- La diversité des États membres de la communauté

La diversité de la composition de la communauté OHADA se présente comme une cause logique de la répartition de compétence pénale communautaire. En effet, la différence de systèmes tout comme la différence de cultures des membres composant la communauté permettent de soulever la place des États membres dans le processus d'uniformisation des règles dans la communauté OHADA.

1- La diversité culturelle des États membres de l'OHADA

La diversité des sociétés africaines reflète incontestablement une pluralité culturelle donc un projet d'assimilation à l'aune du prétexte d'une harmonisation du droit en Afrique, impose de

⁴⁵ CJCE 21 septembre 1989 Commission c/ Grèce, 68/88. V. notamment obs. Constantinesco (V.), JDI 1990, 453. Cette obligation de congruence des sanctions soulignée par la formule « analogue à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires » est d'ailleurs expressément prévue dans le domaine de la protection des intérêts financiers de la Communauté par le traité lui-même (art. 280 CE).

remettre en question l'identité et l'incidence sociale de la norme dérivée⁴⁶. Si la société est avant tout un fait de culture et non un assemblage d'individus, les sociétés africaines désignent profondément les valeurs identitaires particulières des peuples originaires de l'Afrique. Elles font Aussi littéralement référence dans notre texte aux États membres signataires du traité de l'OHADA, lequel matérialise *ipso facto* un pluralisme culturel⁴⁷ sur son espace⁴⁸. Or, précisément, selon Jean Tardif, « *La culture, c'est le système symbolique qui permet à un groupe humain de se définir, de se reconnaître et d'agir, grâce à un ensemble de valeurs, de pratiques, de codes, de représentations et d'institutions qui le caractérisent, le différencient des autres et lui permettent en même temps de définir les conditions de ses rapports avec son environnement et avec les autres groupes humains*⁴⁹ ». La culture s'impose naturellement comme le substrat normatif de l'objectivation des habitudes sociales.

La réception du droit de l'OHADA dans les ordres internes ne se déroule pas souvent comme le prédit le modèle théorique d'intégration. L'objectif d'homogénéisation des législations nationales se heurte à un phénomène de résistance de la part des États membres. En effet, la généralisation de la « *marge nationale d'appréciation* » comme condition d'intégration du droit uniforme laisse subsister des pans entiers des législations à harmoniser⁵⁰. Cette tendance décrite par le Professeur CISSE découle d'une impossibilité plus politique que technique et offre un rapprochement des législations autour des concepts les plus généraux. En effet, plus la matière à

⁴⁶ H. LEVY-BRUHL, « Introduction à l'étude du droit coutumier africain », *R.I.D.C.*, 1956, p. 67-68,

Où l'auteur s'est offusqué de la volonté occidentale d'assimiler les cultures des peuples en Afrique : Il est désormais impossible, comme on le faisait autrefois, de considérer les populations africaines comme constituant un bloc homogène plus ou moins indifférencié Non seulement l'origine de beaucoup de ces tribus est très diverse, mais, future la même, les conditions d'habitat et les modes de vie, si radicalement différents, n'auraient pas manqué de les diversifier profondément. En l'absence d'un pouvoir politique qui fasse sentir à toutes son autorité, il est impensable que des tribus de la savane aient les mêmes règles juridiques que celles de la forêt tropicale, et que celles-ci soient régies par le même droit qu'une population vivant de la pêche ou exerçant le commerce maritime.

⁴⁷ Cf. la Déclaration Universelle sur la diversité culturelle du 2 novembre 2001 en son Préambule.

⁴⁸ V. BEPYASSI OUAFO, « Le droit issu de l'organisation pour l'harmonisation en Africaine du droit des affaires : regard critique sur une illustration du déni de l'essence culturelle du droit », *les cahiers de droit*, vol 61, N°3, sep 2020, p. 782.

⁴⁹ J. TARDIF, « Mondialisation et culture : un nouvel écosystème symbolique », *Questions de communication*, N°13, 2008, p. 197.

⁵⁰ A. CISSE, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : l'expérience de l'OHADA », *Revue internationale de droit économique*, 2004, p. 220.

harmoniser présente des relations profondes avec l'héritage socioculturel d'un pays membre, plus grande est la méfiance à l'endroit d'une gestion commune et transnationale⁵¹.

L'existence d'une résistance à l'unification n'est pas spécifique au domaine du droit, d'autres secteurs de régulation des phénomènes sociaux ou naturels connaissent des cas de rejet (la société, la religion...). Toutefois, l'édification d'un système communautaire requiert une certaine stabilité dans la composition de ses différents éléments. Sur ce point, mis à part l'élaboration collective des actes uniformes, les mécanismes de leur réception doivent être clairement établis⁵². Cette diversité entre les membres qui composent l'environnement étatique de l'OHADA réconforte la souveraineté des Etats qui sont hostiles à l'ouverture vers l'extérieur que certains analysent comme « *un saut vers l'inconnu* ». Cette méfiance est aussi animée par la diversité politique.

2- La diversité juridique des Etats membres de l'OHADA

L'uniformisation et surtout la solidité d'un droit puise sa source dans un fondement unique. A cet effet, le droit d'un Etat se construit généralement autour d'un système juridique qui matérialise sa solidité. Dans sa conception initiale, le droit OHADA était construit pour les pays ayant en commun la même monnaie à savoir le Franc CFA et surtout l'usage de la langue française. Le droit OHADA, droit d'origine romano-germanique a depuis lors vocation à s'élargir aux Etats lusophones, anglophones et arabophones, ce qui devra lui permettre de matérialiser malgré certaines réticences⁵³ son « ambition panafricaine »⁵⁴ et même internationale⁵⁵.

De manière concrète, ce rapprochement s'effectue par l'incorporation dans son arsenal juridique des notions ou concepts empruntés des systèmes d'inspiration *anglo-saxon* ou *Common law* et largement utilisés dans les conventions internationales⁵⁶. En effet, l'adaptation du droit des contrats classiques aux nouvelles réalités économiques⁵⁷ a nécessité l'aménagement de certains

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ P. G. POUGOUE, « L'OHADA au service de l'économie et de l'entreprise », *Centre for comparative law in Africa* (CCLA), 2013, pp. 20-27.

⁵⁴ F. ANOUKAHA, « L'OHADA en marche », *Annales de la Faculté de droit de Dschang*, 2002, n° 20, p. 7.

⁵⁵ J. LOHOUES-OBLE, « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 51, N°3, 1999, p. 546.

⁵⁶A. NJI AKONUMBO, C. MONKAM, V. PIRONON, « L'attractivité du droit OHADA », intervention au Colloque « *L'attractivité du droit OHADA* », Institut de Recherche en Droit Privé, Décembre 2023, NANTES, France.

⁵⁷ C'est le avec l'introduction de concepts étrangers tels que les contrats de gestion ou le know-how, le leasing, le factoring, le franchising et la fiducie. D'ailleurs, l'arrivée de ces contrats a enrichi la classification classique des

principes jadis intangibles dans ce droit⁵⁸. Ces réformes et l'intégration des normes de la *Common law* viendrait des critiques qui ont été adressées au système civiliste à l'essence de la création du droit OHADA. Pour répondre à ces critiques, le législateur OHADA entreprendra des réformes tout en intégrant dans l'environnement du droit des affaires en Afrique, des règles spécifiques au système *Common law*. Ce changement est donc au cœur de l'évolution de cet environnement juridique et surtout à l'origine des diversités juridiques que l'on observe aujourd'hui et qui est un marqueur fort de la souveraineté des Etats, source d'une discorde entre le droit issu de l'OHADA et le droit national des Etats parties.

Empruntant les idées développées par Atangcho NJI AKONUMBO, Cyrille MONKAM, et Valérie PIRONON, à titre d'illustration, l'on a la consécration des règles relatives à la *favor contractus*⁵⁹. Tirée de la *Common law*, elle est marquée essentiellement par des intrusions multiformes du juge dans la sphère contractuelle pour apprécier au cas par cas des concepts mous⁶⁰, et en conséquence, elle supplée l'autonomie de la volonté et permet au juge considéré comme un *penitus extranei* ou même à une seule partie au contrat de réguler le contrat⁶¹. L'analyse précédente qui tourne autour de la souveraineté pénale des Etats membres de l'OHADA et surtout la diversité des Etats membres de la communauté de l'espace OHADA vient poser les bases d'une complexification du droit pénal communautaire. La domination voire la main mise des Etats vient mettre en mal les dispositions fondamentales d'une uniformisation certaine et peut se présenter d'ailleurs comme un germe de l'impunité dans la zone géographique communautaire. De plus, une disparité de sanction peut encourager la criminalité économique dans certains Etats membres dans la mesure où ces sanctions peuvent ne pas atteindre les résultats escomptés. Il y'a nécessité d'une unification dans ce sens en dépit du principe de souveraineté tant prôné par la plupart des auteurs.

contrats spéciaux, en ce sens J. C. MEBU NCHIMI, *Contrats civils et professionnels, comprendre, conclure et exécuter*, PUA, 2019, p. 24, cité par A. NJI AKONUMBO, *op. cit.* note 57.

⁵⁸ C'est l'hypothèse de la force obligatoire du contrat.

⁵⁹ E. S. DARANKOUM, « La protection du contrat dans l'avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution », *Revue de droit uniforme*, 2008, p. 229. Il affirme que malgré le fait que la notion de *favor contractus* ébranle certains aspects de la conception classique de la liberté contractuelle, elle renforce l'idéal d'une justice contractuelle.

⁶⁰ C. MONKAM « Le 'raisonnable' en droit OHADA : Réflexion à partir du droit des contrats de transport de marchandises par route », *Revue de droit international et de droit comparé* (RDIC), No. 4, 2016, pp. 537-564.

⁶¹ A. NJI AKONUMBO, C. MONKAM, V. PIRONON, « L'attractivité du droit OHADA », *op. cit.* note 57.

II- L'uniformisation du droit pénal des affaires dans l'espace communautaire : une nécessité pour l'intégration

A l'analyse, il ressort du critère de discrimination des compétences entre les juridictions nationales de cassation que l'application des sanctions pénales en droit des affaires harmonisé ou non, a été entièrement abandonnée aux juridictions nationales, y compris à l'échelle de la cassation⁶². Cette règle qui résulte de la combinaison des articles 5, alinéa 2, et 14, alinéa 3 du traité signifie que le droit uniforme n'a conservé que le pouvoir d'établir des incriminations et a délégué aux systèmes juridiques nationaux, le soin de définir les sanctions y afférentes et de les appliquer conformément aux exigences de droit interne⁶³. Cette compétence déléguée aux droits et juridictions nationaux par l'OHADA se justifierait, d'une part, par « le fait que la détermination des sanctions répressives doit résulter de la politique pénale adoptée par chaque Etat membre du traité dans la mesure où il est difficile de concilier, voire impossible de rapprocher les options individuelles des Etats en ce domaine »⁶⁴. D'autre part, elle serait basée sur le souci d'assurer aux incriminations prévues dans le droit des affaires OHADA une identité de contenu⁶⁵. En tout état de cause, il est nécessaire qu'il y'ait une communautarisation des sanctions pénales (A) ainsi que celle des procédures (B) pour répondre efficacement au souci l'uniformisation, fondement de l'idéologie du traité OHADA.

A- La nécessité de l'uniformisation des sanctions pénales dans les pays membres de l'OHADA

Même si les Etats garde une philosophie de peur, celle de céder leur zone de confort de compétence à quiconque, il est important qu'une certaine fédération des normes soit faite dans l'espace commun pour mieux atteindre les objectifs escomptés. Dans cet élan de pensée, l'un des objectifs majeurs est donc l'intégration des Etats dans tous les sens possibles. De ce fait, le domaine

⁶² J. FOMETEU, « Le clair-obscur de la répartition des compétences entre la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales de cassation », *Revue de droit international et de droit comparé*, N°4, 2008, p. 491.

⁶³ Lire utilement dans ce sens B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS et S. THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Litec, 2004, n°48, p. 12.

⁶⁴ A. KANTE, « La détermination de la juridiction compétente pour statuer sur un pourvoi formé contre une décision rendue en dernier ressort en application des actes uniformes (observations sur l'arrêt de la cour suprême du Niger du 16 août 2001) », *OHADATA*, D-02-29.

⁶⁵ Pour une critique des arguments justifiant l'abandon par l'OHADA, du pouvoir d'instituer des sanctions lire : A. FOKO, « Analyse critique de quelques aspects du droit pénal OHADA », *Penant*, n°859/2007, p. 195.

pénal ne devrait pas être en reste. De ce fait, les Etats doivent se positionner au-delà de leur fierté souverainiste car l'harmonisation se présente comme un levier de sécurité juridique.

1- L'harmonisation comme levier de sécurité juridique

Il faut reconnaître que l'uniformisation des normes juridiques est au cœur de l'intégration juridique dans l'espace OHADA. Cette uniformisation permet de réduire les disparités législatives entre États membres et d'assurer une prévisibilité pour les opérateurs économiques. C'est cette disparité en perspective en matière pénale qu'il faut faire disparaître afin de maintenir haut la flamme de l'uniformisation dans cet espace législatif OHADA.

Il convient de remarquer que l'objectif de sécurité juridique et judiciaire poursuivi par l'OHADA ne peut être atteint s'il n'y a pas adéquation entre norme de comportement et norme de sanction entre tous les Etats parties de la communauté OHADA. A cet effet, le Professeur LOHOUES OBLE remarquait déjà « qu'il s'opère un partage de compétence entre l'OHADA qui définit les éléments matériels et moraux de l'infraction et les Etats parties qui déterminent les sanctions pénales que les auteurs encourent »⁶⁶.

Pour Théodore GEOGOPOULOS, « La régulation sans sanction pose inévitablement le problème de son efficacité »⁶⁷, repris par Anne-Marie MDONTSA FONE, cet auteur précise que si le positivisme juridique énonce que le droit est un ordre de contrainte, ce n'est pas par obsession doctrinale mais plutôt par souci de pragmatisme. Allant dans le même ordre d'idées, FORNASIER déclare que « le pouvoir de prévoir les sanctions est inhérent à celui de fixer les règles et ne peut pas en être dissocié »⁶⁸. Il existe dans ce cas plusieurs raisons qui militent vers l'intégration juridique dans l'espace OHADA.

Prenant l'hypothèse de l'éclatement des compétences pénales, ce procédé semble difficilement conciliable avec l'objectif premier d'uniformisation du droit des affaires. Les lenteurs dans l'adoption de ces sanctions par les Etats peuvent provoquer soit un vide juridique dans la

⁶⁶ J. LOHOUES OBLE, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, sous la direction de J. ISSA-SAYEGH, P-G. POUGOUE, F. M. SAWADOGO, Juriscope, 2^{ème} éd. 2002, p. 314.

⁶⁷ T. GEOGOPOULOS, « La méthode ouverte de coordination européenne : en attendant Godot ? », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, 2006-2 pp. 989-1004.

⁶⁸ R. FORNASIER, « Le pouvoir répressif des communautés européennes et la protection de leurs financiers », *Revue du marché commun*, 1982, pp. 398-413.

répression ou encore une répression à plusieurs vitesses selon les exigences judiciaires de chaque Etats membres. Le constat peut d'ailleurs être fait à travers les différents textes nationaux des Etats ayant déjà adoptés des lois réprimant des infractions aux droit des affaires dans l'espace OHADA. Ce manque d'harmonisation peut donc provoquer une disparité des normes pénales de sanctions dans une même zone législative.

2- La non uniformisation comme risque de disparité pénale

L'exclusivité d'édicter des sanctions pénales laissée entre les mains des Etats au nom de la souveraineté peut s'avérer être un danger au regard des perspectives et objectifs des Etats membres. D'un pays à un autre, les sanctions peuvent différer alors que les uns et les autres sont dans une même sphère juridique. L'adoption des sanctions nationales par chaque Etats et selon sa loi nationale entraine des différences entre les systèmes répressifs des Etats. On peut, par ces disparités, aboutir à une application différente du droit communautaire. Or de telles différences ne peuvent être concevable que dans l'harmonisation juridique⁶⁹. Par contre, l'uniformisation qui est une idée plus poussée à surtout besoin de sanctions pénales communes.

Au regard de l'enjeu d'uniformisation, les Etats membres de l'espace OHADA peuvent se référer au mécanisme mis en place par l'Union européenne. A cet effet, Au-delà de l'obligation générale de sanctionner de manière effective le respect des règles communautaires, les dispositions relatives à la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures (JAI) et surtout à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, ont intensifié l'impact du droit de l'Union européenne sur le droit pénal national. Dans le cadre du « troisième pilier », sur la base du Titre VI du Traité sur l'Union européenne, le Conseil est habilité à adopter des décisions-cadres aux fins du rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres (art. 34 § 1 b TUE) dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale. C'est sur cette base que le Conseil avait notamment adopté une décision-cadre définissant une série d'infractions au droit de l'environnement, que les États membres devaient sanctionner pénalement, y compris, pour certaines infractions graves, par des peines privatives de liberté pouvant donner lieu à extradition. La Commission, soutenue par le Parlement européen, a contesté cette pratique, en estimant que les dispositions du pilier communautaire étaient suffisantes pour autoriser les institutions à imposer aux États membres de

⁶⁹ J. PRADEL et G. CORTENS, *Droit pénal d'Europe*, Paris, Dalloz, 1999, p. 3 et 4.

prévoir de telles sanctions. La Cour a rendu dans ce contexte un arrêt spectaculaire⁷⁰, qui a suscité des réactions politiques et médiatiques considérables, procédant parfois d'une inexacte compréhension de l'enjeu juridique⁷¹, mais posant indéniablement « une question éminemment constitutionnelle ». Le juge communautaire, tout en rappelant le principe de l'absence de compétence pénale autonome de la Communauté, a en effet jugé que cela n'exclut pas que le législateur communautaire puisse « *prendre des mesures en relation avec le droit pénal des États membres* », et notamment prévoir l'obligation de sanctions pénales en cas d'infractions graves aux règles communautaires de protection de l'environnement par voie de directive adoptée sur la base du pilier communautaire⁷². Le même conseil peut être fait en ce qui concerne les procédures.

B- La nécessité d'uniformisation des procédures pénales dans l'espace OHADA

S'il faut noter que l'absence d'une répression concertée des infractions relatives aux actes uniformes OHADA peut décourager les investisseurs étrangers, qui recherchent une certaine stabilité juridique et judiciaire dans la prospérité de leurs activités. Ainsi, il est important de redéfinir un cadre de compétence « partagé » entre les États membres et l'institution supranationale. Dans ce cas par exemple, la CCJA pourrait intervenir pour assurer une uniformité dans la qualification des infractions en lien avec les Actes uniformes, laissant aux juridictions nationales la charge de prononcer et d'appliquer les sanctions pénales. Cela permettrait de garantir une cohérence dans l'interprétation du droit communautaire sans empiéter directement sur la souveraineté pénale des États. Le législateur OHADA devrait donc penser à une procédure pénale dérogatoire qui permettrait la fixation même de manière implicite des sanctions.

1- Le pouvoir pour le législateur OHADA d'organiser une procédure pénale dérogatoire

En l'état actuel du droit européen, la situation a été clarifiée par une nouvelle prise de position du juge communautaire, à la suite d'un recours en annulation dirigé contre la décision-

⁷⁰ CJCE 13 septembre 2005, Commission soutenue par Parlement européen c/ Conseil soutenu par Danemark, Allemagne, Grèce, Espagne, France, Irlande, Pays-Bas, Portugal, Finlande, Suède, Royaume-Uni, C-176/03. Voir D SIMON, « Arrêt de mort de deux mythes : la décision-cadre n'est pas la bonne à tout faire en matière de sanctions et surtout la matière pénale n'est pas un sanctuaire national dans lequel le droit communautaire serait interdit de séjour », *Europe*, 2005 comm. 369.

⁷¹ V. par ex. R. RIVALS, « La Cour de Luxembourg limite la souveraineté des États en matière pénale », *Le Monde*, 15 septembre 2005.

⁷² D. SIMON, « Constitution, souveraineté pénale, droit communautaire », *op. cit.*, p. 5

cadre visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de la pollution causée par les navires, qui a été l'occasion d'une intervention record de 19 États membres à l'appui de la position du Conseil⁷³. Si l'arrêt confirme la solution précédente, il n'en est pas moins fondamental dans la mesure où la Cour précise cette fois clairement que la compétence communautaire au titre du premier pilier ne s'étend pas à la détermination de la nature et de l'intensité de la sanction pénale, qui ne peut procéder que d'une décision-cadre prise sur la base du troisième pilier. Cette solution même si elle pose certaines questions d'ordre logique et implique une certaine complexité sur le terrain pratique, n'en est pas moins la seule, en l'absence de dispositions conventionnelles spécifiques telles que celles envisagées par le traité de Lisbonne, qui permette de concilier l'effectivité de la sanction du droit communautaire et l'exclusion des révisions rampantes des traités⁷⁴. Cette avancée de la jurisprudence européenne en la matière peut orienter le législateur OHADA dans son processus d'unification du droit des affaires.

Le législateur OHADA peut donc dans ce sens avoir le pouvoir de mettre sur pied une procédure pénale dérogatoire comme c'est d'ailleurs le cas en matière de banqueroute⁷⁵. Dans ce cas, une procédure à suivre est indiquée à la juridiction pénale nationale compétente, en cas de commission de ces infractions⁷⁶. Sont également prescrites dans ce sens, les règles à suivre par le ministère public en cas de redressement ou de liquidation judiciaire⁷⁷. Toujours dans le même sens, la procédure d'information et d'appel du ministère public est prévue en cas de faillite personnelle. Ces pistes de solutions existantes déjà en d'autres matières devraient éclairer le législateur OHADA en ce qui concerne la matière pénale.

2- La redéfinition d'un cadre de compétence partagé

Ce cadre nouveau et concerté doit fondamentalement passer par la création d'une coopération judiciaire. Dans ce sens, une certaine fluidité dans la gestion des poursuites et des

⁷³ CJCE (grande chambre), 23 octobre 2007, Commission soutenue par Parlement européen c/ Conseil, soutenu par Belgique, République tchèque, Danemark, Estonie, Grèce, France, Irlande, Lettonie, Lituanie, Hongrie, Malte, Pays-Bas, Autriche, Pologne, Portugal, République slovaque, Finlande, Suède, Royaume-Uni, C-440/05, Europe 2007 comm. 326 obs. D. SIMON V. également nos obs., AFDI 2007 sp. p. 801 s.

⁷⁴ D. SIMON, « Constitution, souveraineté pénale, droit communautaire », *op. cit.* note 73.

⁷⁵ Le législateur dans ce cas s'est mis au-dessus de la conception souverainiste et adopté une procédure pénale dérogatoire à travers les articles 234 à 239 de l'acte uniforme relatif à l'organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

⁷⁶ A-M. MDONTSA FONE, « A propos de l'extension de la compétence pénale OHADA », *op. cit.*, note 64.

⁷⁷ Ibid. p. 82.

sanctions doit être trouvée entre les deux paliers à savoir le national et le communautaire. Par exemple, Une collaboration entre la CCJA et les juridictions nationales pourrait être institutionnalisée. La juridiction communautaire pourrait rendre des avis contraignants sur des questions de qualification ou d'interprétation des normes communautaires, y compris en matière pénale.

Le législateur pourra d'ailleurs dans la même logique, mais ce, de manière implicite proposer des sanctions à mettre en application. Ceci à même déjà fait l'objet d'implémentation dans certains cas⁷⁸. Car lorsque le législateur procède par désignation de la catégorie de la législation applicable, elle exerce ainsi un pouvoir en matière de déclaration d'application des sanctions pénales. Elle peut alors déterminer le champ d'application de la législation pénale des affaires. Le souci de qualification s'accompagnant de celui de répression de l'auteur de l'infraction, bien que l'adoption et l'application des peines soient le privilège du législateur national⁷⁹. Il indique le type de peines applicables en cas de non observation de certaines infractions. En agissant comme tel, et sans empiéter le domaine de compétence du législateur national, le législateur OHADA procède de manière implicite à la fixation des limites de la peine.

Tel est également la perception au niveau européen comme l'explique d'ailleurs le Professeur Denys Simon lorsqu'il explique cette corrélation entre les instances nationales et communautaire, surtout sur des éventuelles modifications de l'ordre juridique interne à travers les changements au niveau communautaire. Il dit : « *L'éventuelle modification sous l'influence du droit communautaire ou du droit de l'Union des procédures pénales passe normalement par l'adoption de conventions spécifiques, comme ce fut le cas pour les accords de Schengen, ou par la révision formelle des traités constitutifs, comme ce fut le cas pour les traités de Maastricht, d'Amsterdam, le traité établissant une Constitution pour l'Europe ou le traité de Lisbonne. En tout état de cause, l'incidence de ces modifications sur le droit pénal français sera normalement soumise à un contrôle du Conseil constitutionnel et le cas échéant à une révision préalable de la Constitution* »⁸⁰.

⁷⁸ Cf. les articles 226 et 246 de l'acte uniforme organisant les procédures collectives d'apurement du passif ainsi que l'Art. 876 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêts économiques.

⁷⁹ A-M. MDONTSA FONE, « A propos de l'extension de la compétence pénale OHADA », *op. cit.*, note 77.

⁸⁰ D. SIMON, « Constitution, souveraineté pénale, droit communautaire », *op. cit.*, note 73.

En effet, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, les dispositions qui transfèrent à l'Union européenne des compétences « inhérentes à l'exercice de la souveraineté nationale », telles que celles relatives à la coopération judiciaire en matière pénale, ou qui visent à la création d'un parquet européen, supposent une révision préalable de la Constitution. Cette exigence s'étend aux dispositions fixant des modalités nouvelles d'exercice des compétences déjà transférées, ainsi qu'aux clauses passerelles et aux procédures de révision simplifiée⁸¹.

Conclusion

L'état actuel de l'application du droit pénal des affaires dans l'espace OHADA amène encore à être questionné compte tenu de sa constitution normative. Comme analysé, il est fait constat d'un éclatement des compétences pénales dans l'espace OHADA. D'une part, il revient au législateur OHADA la compétence de déterminer la norme de comportement et d'autre part aux Etats parties de mettre en exergue par chaque Etat la norme de sanction. Si cet éclatement semble être justifié par le souci de sauvegarder la souveraineté des Etats ou encore par le problème de diversité des Etats membres de la communauté tant sous l'angle juridique que culturel, cet éclatement ne va pas sans conséquences. Il est observé que cette manière de gérer la matière pénale dans l'espace OHADA peut s'avérer être une source d'incohérence dans cet environnement juridique compte tenu que l'ensemble des individus des Etats membres de la communauté doivent être soumis aux mêmes exigences juridiques tant du côté de la définition de la norme de comportement que du côté de la sanction.

Pour que certains Etats ne paraissent pas comme des « *refuges* » pour des « *voleurs à col blanc* » ou encore comme des « *paradis pénaux* », il est impératif qu'une unification soit faite pour la matière pénale dans le but d'atteindre l'objectif souhaité qui est celui de la sécurité juridique mais surtout l'exigence d'efficacité et d'effectivité du droit OHADA. A l'heure actuel, le schémas mis en place semble répondre de manière mitigée à ces exigences.

⁸¹ Cons. const., déc. n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 (Traité établissant une constitution pour l'Europe) ; déc. n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007 (Traité de Lisbonne).

La spécificité des contrats de transaction des moyens de paiement dématérialisés

The specificity of transaction contracts for dematerialized means of payment

TOUAÏBA TIRMOU Alice

Docteur en Droit des Affaires

Assistante à l'Université de Garoua

Résumé : Les contrats de transaction des moyens de paiement dématérialisés se caractérisent par une certaine spécificité. Spécificité empreinte d'imprévisibilité juridique. Cette spécificité se voit liée à l'objet du contrat qu'est « la transaction des moyens de paiement dématérialisés ». En effet, il est avéré que les moyens de paiement dématérialisés recèlent une grande complexité, une grande ambiguïté qui rend difficile la compréhension et le mécanisme de son fonctionnement. Cette spécificité ambiguïté contenue dans les moyens de paiement dématérialisés, est ancrée dans les relations contractuelles relatives à la transaction des moyens de paiement dématérialisés par le fait de la complexité liée à la formation du contrat et par le fait de l'entremêlement des responsabilités des deux parties au contrat.

Mots-clés : Contrat - Moyens de paiement dématérialisés - transaction - imprévisibilité juridique - Responsabilité.

Abstract: Transaction contracts for dematerialized means of payment are characterized by a certain specificity. Specificity marked by legal unpredictability. This specificity is linked to the purpose of the contract which is “the transaction of dematerialized means of payment”. Indeed, it is proven that dematerialized means of payment contain great complexity, great ambiguity which makes it difficult to understand and the mechanism of its operation. This specific ambiguity contained in dematerialized means of payment is anchored in the contractual relationships relating to the transaction of dematerialized means of payment due to the complexity linked to the formation of the contract and due to the intermingling of the responsibilities of the two parties to the contract.

Keywords: Contract - Dematerialized means of payment - transaction - legal unpredictability - Responsibility.

Introduction

Divers instruments et mécaniques techniques du droit permettent d'assurer la sécurité juridique des relations humaines, économiques et sociales. On pourrait en faire un inventaire à la Prévert : systèmes de publicité, délais de réflexion ou de rétractation et délais d'actions en justice, prescriptions, preuves, formalisme, non-rétroactivité de la loi, l'autorité de la chose jugée, la prévisibilité des situations juridiques qui tend à établir l'équilibre entre les parties¹ et la théorie de l'apparence². La sécurité de chaque partie prend alors sa source dans le contrat lui-même et réside dans l'application pure et simple du contrat. Alors, en matière contractuelle, il n'y a pas d'antinomie entre le droit de chaque partie à sa sécurité juridique et la sécurité objective de la règle de droit, puisque celle-ci réside justement dans le contrat lui-même et dans les textes auxquels il se réfère. On peut donc dire qu'en droit des contrats, « *il n'y a pas de différence entre la sécurité subjective³ et la sécurité objective⁴, puisque tout s'y exprime en termes de droit subjectif* ». A côté de solutions destinées à protéger la sécurité juridique, comme la théorie de l'apparence, il faut insister sur le respect des prévisions contractuelles des parties qui marquent la sécurité des transactions. Par exemple, le rejet de la théorie de l'imprévision où dans certains cas, le sacrifice de l'exercice de bonne foi s'explique par la volonté d'assurer la sécurité juridique dans le droit des contrats.⁵ Toutefois en l'absence de ces mécanismes précités, il existera une insécurité juridique au sein des contrats. En effet, dans les relations contractuelles relatives aux transactions des moyens de paiement dématérialisés, relations existantes entre un établissement émetteur et le porteur de l'instrument de paiement, il y a une certaine complexité ou une certaine ambiguïté contractuelle empêchant ou alors limitant ainsi la prévisibilité des règles y afférentes. C'est dans ce sens que va

¹ Il existe de nombreux mécanismes permettant de réduire le déséquilibre pouvant naître entre les parties à un contrat. Il s'agit entre autres des clauses de révision, des clauses résolutoires, des clauses d'arbitrage... etc.

² En application de cette théorie, il arrive que, en raison de son apparence, la croyance erronée dans l'existence d'une situation juridique conduit, dans certaines conditions, à faire prévaloir certains effets de cette apparence sur la réalité juridique. Cela suppose que, se fiant à une apparence, une personne se trompe sur l'existence d'une situation juridique. En pareil cas, il arrive que le droit attache des conséquences à cette croyance erronée et refoule corrélativement l'application normale des règles de droit.

³ Le droit subjectif désigne une prérogative juridique attribuée à une personne par le droit pour régir ses rapports en société, dont elle peut se prévaloir dans son propre intérêt. Ce droit peut être de différentes natures à savoir, le droit de créance, droit à la liberté d'expression, droit de propriété, ...etc. On l'oppose souvent au droit objectif.

⁴ Le droit objectif est la norme juridiquement obligatoire quel que soit sa source (règle légale, coutumière), son degré de généralité (règle générale, règle spéciale), sa portée (règle absolue, rigide, souple). Il désigne l'ensemble des règles juridiques qui régissent les hommes dans la vie en société, et dont la violation est sanctionnée par l'autorité publique.

⁵ Voir Jean-Louis BERGEL, « *La sécurité juridique* », Revue du notariat, 271-285.

Jean Louis BERGEL lorsqu'il affirme que « *la complexité excessive du droit est un phénomène commun à la plupart des pays développés. Elle tient (...) à de nouveaux domaines d'activité humaine, à des avancées scientifiques et technologiques, à la nécessité d'encadrer les activités des opérateurs économiques et au souci de protéger les plus faibles. Cela provient aussi d'une production normative souvent improvisée et désordonnée pour répondre aux aspirations contradictoires de l'opinion publique* »⁶.

Cette complexité reconnue aux contrats de transaction des moyens de paiement témoigne de leur spécificité, objet de notre réflexion. A cet effet, cette spécificité empreinte d'imprévisibilité juridique, se décline du fait de la complexité liée à la formation du contrat (I) et du fait de l'entremêlement des responsabilités des deux parties au contrat qui se voit récurrent (II).

I- La spécificité de la formation du contrat de transaction des moyens de paiement dématérialisés

Certains principes et obligations qu'on retrouve dans le droit commun en matière contractuelle existent également dans le contrat de transaction des moyens de paiement dématérialisés. Il s'agit entre autres de l'obligation d'informer⁷, de l'obligation de confidentialité⁸, du principe de la confiance dans les relations contractuelles et du principe des libertés contractuelles⁹. Toutefois, en matière de dématérialisation, ces principes et valeurs existent de manière très accentuée et parfois de manière un peu plus ambiguë. Pour ce qui est des obligations d'informer et de confidentialité, elles sont appliquées de manière rigoureuse. De même, la confiance est renforcée dans les relations relatives aux moyens de paiement dématérialisés (A) et la liberté contractuelle souffre d'une ambiguïté fort perceptible (B).

⁶ Jean Louis BERGEL, « *La sécurité juridique* », Revue du notariat, Page 276.

⁷ Voir Laure Reine MENGUETE BETGA, L'obligation d'information du banquier, Mémoire, master II recherche en droit des Affaires, université de Douala-Cameroun, 2008.

⁸ L'obligation de confidentialité est l'obligation faite aux cocontractants de ne pas divulguer les informations confidentielles concernant l'objet de leur contrat ou concernant la personne de son cocontractant.

⁹ Marie-pierre CASQUEL, « *La liberté contractuelle du consommateur* » projet de thèse en droit et science politique, Montpellier, 30 Janvier 2018.

Huguette Eliane NDOUNKEU, « *La liberté contractuelle dans les suretés personnelles en droit OHADA* », thèse en droit communautaire, université de Dschang, 2006.

Le principe de liberté contractuelle est un principe, une règle juridique générale liée à l'autonomie de la volonté, selon lequel un sujet de droit est libre de contracter ou non. Sur le fond, la liberté contractuelle peut se décliner en trois libertés distinctes : la liberté de contracter ou de ne pas contracter, la liberté de choisir son cocontractant et la liberté de déterminer le contrat.

A- La nécessité d'une confiance accrue dans les relations contractuelles relatives à la transaction des moyens de paiement dématérialisés

« *En matière d'argent, dématérialisation ne rime pas toujours avec transparence* »¹⁰. S'il est vrai que les moyens de paiement dématérialisés sont rapides et facile à utiliser, ils n'en sont pas moins porteurs de problèmes du fait de leur caractère immatériel telles les contestations de transactions. La réussite des innovations en matière de moyens de paiement repose sur la facilité, la sécurité et surtout sur la confiance de son utilisateur. Les transactions y relatives se font ainsi sur la base de la confiance. L'instauration de la confiance en matière contractuelle ne date pas d'aujourd'hui. La confiance a été instaurée depuis la pratique naissance des échanges¹¹. Elle a juste été renforcée au fil du temps avec transactions se rapportant à la monnaie traditionnelle ou mieux, à la monnaie fiduciaire et a suivi son cours avec un renforcement plus accentué dans les transactions relatives à la monnaie dématérialisée. D'ailleurs, le mot fiduciaire d'origine latine « *fiducia* », signifie « *confiance* ». Toutefois sa conception se matérialise différemment selon qu'on soit en présence des moyens de paiement traditionnels ou des moyens de paiement dématérialisés (1) et elle doit être accompagnée des garanties pour renforcer la confiance des consommateurs dans l'utilisation de la monnaie dématérialisée (2).

1- La conception de la notion de confiance en matière de la dématérialisation des moyens de paiement

Le succès d'un moyen de paiement repose sur la confiance que lui accorde l'utilisateur. L'utilisation d'un moyen de paiement ne serait pas possible si les utilisateurs se méfient de sa valeur et de la sécurité qui en découlent. Divers philosophes, psychologues et chercheurs en sciences sociales ont travaillé sur la notion de confiance qui, selon une définition assez largement acceptée, peut être entendue comme « *un état psychologique se caractérisant par l'intention d'accepter la vulnérabilité sur la base de croyance optimiste sur les intentions (ou le comportement) d'autrui* »¹². La confiance renvoie à l'idée que l'on peut se fier à quelqu'un ou à quelque chose. Dans l'étymologie latine, le verbe confier, du latin « *confidere* » : « *cum* » qui

¹⁰ Jeanes LAZARUS, « *En matière d'argent, dématérialisation ne rime pas toujours avec transparence* », tribune « *le monde* », 2 Avril 2021

¹¹ Troc, monnaie marchandise

¹² Michela MARZANO, *Qu'est-ce que la confiance ?*, tome 412, Etudes, 2010, page 53.

signifie « *avec* » et « *fidere* » qui signifie fier, signifie qu'on remet quelque chose de précieux à quelqu'un, en se fiant à lui et en s'abandonnant ainsi à sa bienveillance et à sa bonne foi (b). Cette origine souligne les liens étroits qui existent entre la confiance, l'espoir, la foi, la fidélité, la confiance, le crédit et la croyance¹³ la familiarité au sein des relations, le traitement entre les personnes lorsqu'elles sont à l'aise les unes des autres. La confiance repose également et avant tout sur l'instrument de paiement (a).

a- La confiance en l'instrument de paiement

L'utilisation d'un moyen de paiement repose d'abord sur la confiance qu'ont les utilisateurs en l'instrument de paiement. Contrairement au troc la monnaie marchandise et la monnaie divisionnaire¹⁴ dont la valeur se rapportait à la chose échangée elle-même ou à la matière de la chose échangée¹⁵, la détermination de la valeur de la monnaie fiduciaire se complexifie dans la mesure où il y a discordance entre la valeur nominale¹⁶ et la valeur intrinsèque¹⁷ du moyen de paiement. Cette complexité s'accroît avec l'avènement des moyens de paiement dématérialisés.

La monnaie fiduciaire, monnaie comprenant des pièces modernes et des billets de banque, se spécifie par le fait que sa valeur est déterminée par la confiance que lui accordent ses utilisateurs plutôt que par celle de son coût de production. Cela signifie qu'un billet de 5000 Franc CFA vaut cette valeur non pas en raison de son coût de production, mais en raison du fait que les utilisateurs

¹³ *Ibid*

¹⁴ De l'antiquité jusqu'au XIX^e siècle, la monnaie marchandise a été la toute première apparue après le troc, une forme primitive de l'échange consistant à échanger un bien contre un autre et dont le succès est tributaire de la coïncidence des besoins des parties concernées. Dépendamment des pays où elles étaient utilisées, cette monnaie revêtait plusieurs formes : céréales, grains, fèves, épices, thé, bétail, fourrures, vin, coquillages, perles...etc. La monnaie divisionnaire quant à elle prend la forme de pièces métalliques qui ont été échangées successivement sous forme pesée, comptée et frappée. Jadis, ces pièces étaient fabriquées avec de l'argent, de l'or ou du cuivre, leur poids variant considérablement selon les époques et les émetteurs. Aujourd'hui elles sont produites à l'aide d'alliages, car leur valeur ne dépend plus de leur poids en métaux précieux.

¹⁵ La pièce étant fabriquée avec de l'or, de l'argent ou du cuivre.

¹⁶ La valeur nominale encore appelée valeur faciale est celle fixée à l'émission. La valeur nominale d'un billet de banque par exemple, ne réside manifestement pas dans le coût de la matière qui lui sert de support matériel (le papier-monnaie). Contrairement aux instruments monétaires matérialisés sous la forme de métaux précieux, la valeur de cette matière est nettement plus faible que la valeur nominale attribuée à un billet. Le coût de fabrication d'un billet est très inférieur à sa valeur faciale.

¹⁷ La valeur intrinsèque correspond à la valeur effective d'un actif, qu'il s'agisse d'une pièce de monnaie, d'une entreprise ou d'un titre boursier. La valeur intrinsèque de la monnaie est égale à son coût de fabrication réelle, elle est donc inférieure à sa valeur de marché, aussi appelée valeur faciale. C'est la valeur réelle de l'objet-monnaie lui-même. Par exemple, la valeur intrinsèque d'une pièce d'or est la valeur de l'or dont elle est constituée. Ce sont les pièces en monnaies précieuses qui sont utilisées comme monnaie dans les échanges.

considèrent que ce billet lui permettra d'acheter un bien ou de payer un service d'une valeur de 5000 Franc CFA.

Cette question de confiance instaurée dans les échanges se veut plus exigeant dans les échanges reposant sur les moyens de paiement dématérialisés, car la valeur ici repose sur un simple jeu d'écriture contenu dans un système bancaire et inscrit sur une feuille volante ordinaire ou simplement repose sur un système électronique. On distingue alors la monnaie scripturale, la monnaie électronique et la monnaie virtuelle. La monnaie scripturale désigne la monnaie qui est transférée d'un compte à un autre compte, et circule grâce à un simple jeu d'écriture possible avec un chèque, une carte bancaire, un virement et des effets de commerce. Elle est donc constituée en solde des comptes dont la valeur est connue grâce aux écritures bancaires. Selon un économiste¹⁸, elle est « *une monnaie qui passe de compte en compte au lieu de circuler de la main à la main* ». La monnaie scripturale est créée et circule par des écritures d'où le qualificatif de scriptural. Elle regroupe l'ensemble des dépôts à vue¹⁹ détenus par des institutions financières et ne sont pas visiblement des monnaies.

De nos jours, un virement ou un prélèvement ne s'accompagne d'aucun transfert matériel de monnaie ; un nombre conséquent de monnaie en circulation sur le marché sont des monnaies virtuelles.

La valeur de la cryptomonnaie est extrêmement instable. Il suffit en effet que la confiance diminue pour voir baisser drastiquement la valeur de ce type de monnaie ou que, voyant sa valeur monter, de plus en plus de personnes l'achètent, faisant monter son prix sans limite apparente et « *dans le vide* ». On fait alors face à une spéculation folle, à des bulles spéculatives qui peuvent monter et éclater à tout moment. On « *joue* » donc avec la valeur de cette monnaie, par le seul jeu de la demande et de l'offre, qui n'ont d'autre référentiel que la confiance que l'on a dans ce que seront la demande et l'offre futures, sans aucune objectivation liée à la valeur d'une entreprise ou à l'évolution de l'économie. Nous sommes dans ce cas de figure dans une pure autoréférentialité. Il s'agit donc au fond d'un actif hyper spéculatif. L'une des caractéristiques marquantes des

¹⁸ Maurice ANSIAUX, économiste, *La question monétaire en Belgique*, Liège, 1891 ; *Principes de la politique régulatrice des échanges*, travaux de l'institut de sociologie, Bruxelles, 1912

¹⁹ Dépôt fait dans un organisme bancaire et que l'on peut retirer à tout moment, sans qu'il soit soumis à un délai, au contraire du dépôt à terme. Les fonds peuvent être retirés totalement ou en partie.

cryptomonnaies est qu'elles permettent de réaliser des transactions de manière anonyme. Avec une monnaie classique, les transactions doivent passer par une banque qui connaît l'identité et les coordonnées de ses clients ainsi que les personnes et organismes avec lesquels ils réalisent des transactions ; la monnaie virtuelle fonctionne au contraire selon un système décentralisé et grâce à des clés de chiffrement²⁰ qui ne nécessitent aucune identification

L'utilisation de la monnaie devra alors reposer sur la confiance des utilisateurs basée sur l'acceptation de tous. En effet, ces moyens de paiement ont un cours légal, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent d'aucune façon être refusées en paiement de tout achat ni en règlement de toute dette, sous réserve notamment de certaines limites légales²¹ aux fins de lutte contre le blanchiment d'argent.

b- La confiance entre les parties

L'utilisation d'un moyen de paiement repose ensuite sur la confiance que les utilisateurs ont les uns envers les autres. Pour faire confiance, il faut pouvoir croire en les autres et accepter le risque de la dépendance. C'est pour cela que la confiance n'est jamais neutre, elle est fondamentale, car sans confiance il serait difficile d'envisager l'existence même des relations humaines. Il s'agit alors ici de faire confiance à la bonne foi²² des uns et des autres. La bonne foi est un principe intervenant dans tout type de contrat. Elle intervient dès la phase des pourparlers lors des négociations²³. La bonne foi est alors la croyance qu'a une personne de se trouver dans une situation conforme au droit, et la conscience d'agir sans léser les droits d'autrui. Selon le professeur CORNU, la bonne foi au sens général c'est l'attitude traduisant la conviction ou la volonté de se conformer au droit qui permet à l'intéressé d'échapper à la rigueur de la loi. Selon cet auteur, c'est un comportement loyal qui requiert l'exécution d'une obligation. C'est alors une attitude d'intégrité et d'honnêteté, un souci de coopération, une absence de mauvaise volonté, une absence d'intention malveillante. Il faut observer que la notion de bonne foi est large et a beaucoup évolué, la jurisprudence a également consacré la bonne foi comme étant une obligation de collaboration et

²⁰ Principe de block Chain

²¹ Cf. *infra*.

²² La bonne foi ou bona fides en latin est un concept qui tente de désigner la bonne intention, l'honnêteté, la sincérité ou la croyance juste.

²³ P. Jourdain, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Rapport français aux journées de l'association H. Capitan 1992, Travaux de l'association, 1992, P. 128 et s.

de loyauté. Il faut retenir que la notion de bonne foi est en effet une notion large qui possède plusieurs facettes. En matière contractuelle c'est une obligation fondamentale. En effet, l'art 1134 alinéa 3 du code civil camerounais prévoit que les conventions : « *doivent être formées et exécutées de bonne foi* ». C'est du fait de l'interprétation des juges de fond que la bonne foi est devenue une exigence dans la phase de formation des contrats. Durant pratiquement toute l'utilisation de l'article 1134 du code précité, l'alinéa 3 restait relativement peu utilisé. Il a fallu attendre ces vingt dernières années pour qu'il soit utilisé par les juridictions. C'est ainsi un moyen efficace pour le juge de faire rentrer la morale dans le droit des contrats. Cependant, il est assez clair que l'interprétation de la bonne foi est entre les mains du juge, c'est alors à lui de l'apprécier.

Il convient de remarquer que le principe de bonne foi figure à l'article 1134 du code civil, plus précisément dans le chapitre consacré à l'effet des obligations. Ainsi, la bonne foi est mise en relation avec les principes contractuels, la bonne foi joue dans les contrats. Alors, par la place qu'occupe ce principe, il est clair qu'il est un principe directeur du droit des contrats.

Le consommateur souhaite autant pouvoir faire confiance à l'établissement qui émet le moyen de paiement ainsi qu'à l'instrument ou au mécanisme qui accompagne le moyen de paiement en vue de s'assurer de la stabilité et de la régulation de la transaction. En psychologie sociale et en sociologie, la confiance est une hypothèse faite sur le futur comportement d'autrui. Il s'agit d'une conviction selon laquelle une personne serait capable d'agir d'une certaine manière face à une situation donnée.

En ce sens, la confiance peut être renforcée ou affaiblie en fonction des actions de l'autre personne. En effet, en matière de transaction monétaire, il est mis en place certains mécanismes dans le but de maintenir ou de renforcer la confiance de l'utilisateur. Ainsi, la confiance ²⁴que lui accorde l'utilisateur comme valeur d'échange, moyen de paiement, et donc comme monnaie, repose sur un principe de garantie défendu par une institution centralisatrice.

2- Les garanties de la confiance

L'échange des moyens de paiement repose sur l'idée, au moins implicite ; les valeurs des moyens de paiement sont connues par les cocontractants (il n'en est pas toujours ainsi, même pour

²⁴ *Fiducia* en latin

les moyens de paiement traditionnels). Cependant, les valeurs n'étant pas fondées sur la matière de fabrication du support ou sur le coût du procédé utilisé, elles demeurent instables. Il en est ainsi pour les transactions portant sur les monnaies fiduciaires, et à fortiori sur les monnaies dématérialisées. De ce fait, l'incertitude domine et la nécessité de mise en place d'un certificat ou mieux, d'une garantie de la confiance se fait ressentir. La prégnance du risque encouru est d'autant plus perceptible avec l'évolution des modes de transaction favorisant l'anonymat : failles dans le système de transaction, dévaluation de la monnaie, virement sans provision...etc. Avec la place croissante prise par la monnaie électronique dans la vie des affaires, la dépersonnalisation des relations banquiers-clients, acheteurs-vendeurs conduit progressivement à se demander comment la confiance de l'utilisateur des moyens de paiement peut s'exprimer et être garantie. Par-delà les garanties juridiques dérivées de l'existence d'un engagement contractuel entre les parties (a), la confiance interagit avec les éléments formels de gouvernance (b).

a- Les garanties institutionnelles

Pour que la confiance à un instrument de paiement soit effective, et que celui-ci devienne un moyen d'échange, il doit être garanti²⁵ et imposé par un organisme centralisateur, une autorité reconnue : un Etat, une banque centrale, une ville, une union de commerçants,...etc. Les moyens de paiement utilisés sont ceux ayant cours légal²⁶ dans une zone bien précise. Le moyen de paiement a cours légal sur un territoire. Certains pays se réfèrent à la monnaie nationale officielle, tandis que d'autres ne visent que la monnaie légale en circulation. Par exemple, en ce qui concerne la monnaie fiduciaire, au Cameroun la monnaie ayant cours légal est le Franc cfa, en France c'est l'Euro, en Amérique c'est le Dollars, au Japon le Yuan,...etc. Pour ce qui est de la monnaie dématérialisée, elle ne bénéficie pas de ce pouvoir libératoire légal. Les moyens de paiement que la loi est venue consacrer d'un pouvoir libératoire général sont le papier monnaie et les pièces de monnaie, c'est-à-dire la monnaie fiduciaire. En revanche, les instruments de transfert de la monnaie scripturale, tels les chèques ou les cartes de paiement, ne bénéficient pas de cette force légale et

²⁵ Michel DEBRYNE, « *La certification, substitut ou complément de la confiance dans les relations entre les agents économiques* », La revue des sciences de gestion, n°252, p.47.

²⁶ Ce terme désigne que personne ne peut refuser de la recevoir en paiement d'une dette libellée dans la même unité monétaire, et cela à sa valeur nominale. Le cours légal est différent du cours forcé, car ce dernier renvoie à la valeur de la monnaie et sa fixation alors que le cours légal renvoie à la circulation de la monnaie. L'expression cours forcé ou inconvertibilité correspond au régime monétaire dans lequel les banques sont dispensées d'échanger le papier-monnaie contre le métal précieux.

peuvent donc, en théorie être refusés par un créancier. L'expression cours légal ne concerne donc pas une monnaie ou unité monétaire mais seulement certains moyens de paiement qui peuvent lui servir de support. Les moyens de paiement ayant cours légal ne peuvent être refusés dans les termes de l'échange et dans les limites de la démonétisation du support²⁷, à quelques exceptions près. En effet, le cours légal est atténué par d'autres dispositions légales limitant son pouvoir libératoire. Il en est ainsi des dispositions obligeant un débiteur à effectuer les paiements au-delà de certains montants par chèque ou virement. En outre, l'obligation faite au créancier de recevoir une monnaie divisionnaire ayant cours légal ne lui interdit pas d'exiger du débiteur de faire l'appoint. Le cours légal ne garantit pas toujours de pouvoir utiliser sa monnaie. Dans les pays soviétiques, certains magasins étaient strictement réservés, soit aux détenteurs de devises étrangères, soit aux membres de la Nomenklatura²⁸. Il était impossible de payer avec la monnaie « *légal* ».

Les cryptomonnaies par contre, échappent au contrôle de l'Etat, leur cours est basé sur des spéculations. Elles fonctionnent selon un système décentralisé sans qu'aucun organisme ne régule son cours. Ce dernier suit la loi du marché et ne dépend que de l'offre et de la demande. Son cours est ainsi extrêmement volatile.

La confiance interagit avec les éléments formels de gouvernance et en particulier, le contrat liant les 2 parties.

b- Les garanties juridiques

Les garanties juridiques découlant de l'existence d'un engagement contractuel entre les parties, le législateur, à travers certaines dispositions, tend à conforter la protection des utilisateurs de la monnaie. Il en est notamment de la loi française du 21 Juin 2004 sur la « *confiance dans l'économie numérique* » qui régleme les pratiques de e-commerce de manière à aiguiser la confiance des utilisateurs de ce type de monnaie. C'est aussi le cas des nombreux règlements CEMAC, UEMOA, de l'Union Européenne ou encore des textes nationaux, légiférant de la dématérialisation des moyens de paiement. La garantie juridique renferme en réalité toutes les règles contenues dans des textes juridiques et qui concoure à la protection des utilisateurs des moyens de paiement dématérialisés.

²⁷ Retirer de la circulation une monnaie.

²⁸ Liste de personnes privilégiées dans les pays de l'Est, du temps du régime soviétique.

Il n'est plus à démontrer que la cryptomonnaie permet de réaliser des transactions de manière anonyme, elle fonctionne selon un système décentralisé et grâce à une technique qui ne nécessite aucune identification. De ce fait, l'utilisation de ce type de monnaie favorise les transactions criminelles, les blanchiments d'argent ainsi que les fraudes fiscales²⁹. Au-delà du risque d'encouragement des activités illégales, comme susmentionné, la spéculation sur les cryptomonnaies représente de nombreux risques qui peuvent se répercuter sur l'ensemble des marchés financiers si cette pratique venait à se généraliser. En dépit de tous ces risques, il n'existe pas assez d'outils garantissant la confiance dans ce type de monnaie. La cryptomonnaie est une monnaie non-régulée, aujourd'hui encore très peu encadrée par la législation. Si plusieurs Etats ont mis en place des mesures ces dernières années pour s'adapter à l'apparition de cette monnaie, celles-ci restent encore rares et peu adaptées aux spécificités de ce type de monnaie. Aucun organisme à l'heure actuelle ne garantit la sécurité des « *coffres forts* » virtuels où sont stockés les cryptomonnaies. En cas de cyber attaque, les usagers de cette monnaie n'ont donc aucun recours possible à moins d'avoir au préalable souscrit à une assurance. Par ailleurs, en cas de contestation en paiement la victime ne dispose d'aucune base légale pour lancer les poursuites contre les prestataires.

B- L'ambiguïté de la liberté contractuelle dans le contrat de transaction des moyens de paiement dématérialisé

La liberté contractuelle³⁰ est un principe juridique contenu dans la législation de nombreux pays. Cette notion nait de la théorie de l'autonomie de la volonté³¹. De ce principe découle l'idée selon laquelle les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter avec la personne de leur choix. La liberté contractuelle est triple : la liberté de choisir son cocontractant, la liberté de déterminer le contenu et la liberté de déterminer la forme du contrat. Toutefois, il existe des limites liées au principe de la liberté contractuelle. C'est le cas en droit commerciale où il est fait interdiction aux commerçants de choisir leur cocontractant (client) si non cet acte relèverait de la

²⁹ En 2013, les activités illégales représentaient en effet 90% des transactions de cryptomonnaie. Ce chiffre a considérablement baissé aujourd'hui (il a été estimé à 10% en 2018) mais les cryptomonnaies n'en demeurent pas moins souvent assimilées à ce type d'opérations criminelles.

³⁰ Cf. *Supra*

³¹ L'autonomie de la volonté est issue d'une théorie qui érige la volonté en source créatrice de droit. Ce principe signifie que l'obligation contractuelle repose exclusivement sur la volonté des parties, toute obligation doit être fondée sur la liberté.

discrimination. Le droit relatif aux instruments de paiement qui relève du droit commercial permet aux établissements émetteurs de choisir leurs cocontractants. En France, la loi n°2006-396 du 31 Mars 2006 portant sur l'égalité des chances, est révélatrice de l'importance que revêt la lutte contre la discrimination pour le législateur. En effet, le code pénal punit les actes de discrimination. Les articles prépondérants en la matière se trouvent aux articles 225-1 à 225-4. L'article 432-7 du même code punit plus sévèrement la discrimination lorsqu'elle est le fait d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public. Ainsi, nous comprenons que les pratiques discriminatoires sont interdites dans toutes les activités que ce soit des activités civiles, politiques et surtout commerciales (1), mais que dire de l'activité bancaire au vue de leurs pratiques à tendance discriminatoire? Rappelons que les banques sont légalement tenues de « discriminer » pour classer, catégoriser leurs clients (2). Si l'on reprend la définition du code pénal, il y aurait discrimination soit pour refus de fourniture d'un bien ou d'un service, soit pour entrave à l'exercice normal d'une activité économique.

1- L'interdiction en droit commercial des pratiques discriminatoires

L'application des conditions commerciales différentes selon ses clients peut entraîner la mise en jeu de la responsabilité d'un commerçant. Les différents types de discrimination peuvent porter sur les prix, les conditions de vente. C'est ainsi que le choix sélectif ou discriminatoire des clients tel que le «*refus de vente*»³² est interdit par la loi³³. La législation commerciale sur le refus de vendre interdit les pratiques discriminatoires en matière d'offre des produits et services. En effet, est interdit le fait de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime. La jurisprudence a dégagé quelques catégories de motifs légitimes. Un refus de vendre à un consommateur peut d'abord être justifié par la loi qui réglemente certaines ventes notamment, la vente de l'alcool aux mineurs, l'alcool le soir dans les stations-services, les armes, les produits toxiques, substances dangereuses pour la santé, ...etc. Dans ces hypothèses c'est le commerçant qui vend qui est hors la loi. Le refus de vente est légitime si le produit est indisponible ou absent du stock, il n'est pas fait obligation au vendeur de reconstituer ses stocks. Il s'agit en outre de la demande anormale (lorsqu'un consommateur demande une quantité démesurée de

³² Le refus de vente est le fait de refuser la vente d'un produit ou la prestation d'un service à un professionnel ou un consommateur. Il est constitutif d'une infraction sanctionnée pénalement.

³³ Cf. article 24 de la loi n°90-031 du 10 Aout 1990 régissant l'activité commerciale au Cameroun. Cf. *Infra*.

vente), de comportement inapproprié du consommateur (mauvaise foi), de l'insolvabilité du consommateur et du refus de certains moyens de paiement³⁴. En tout état de cause, le caractère légitime du motif sur le fondement duquel le vendeur refuserait la vente d'un bien ou la prestation d'un service relève de l'appréciation souveraine du juge.

Toutefois, le refus de vente entre professionnels est autorisé par la loi. Un professionnel (fournisseur par exemple) peut ainsi refuser de vendre un produit ou de fournir un service à un client professionnel si ce dernier est mauvais payeur, s'il n'est pas à mesure d'assurer un service après-vente satisfaisant ou encore si le produit ou la prestation de service ne s'adresse qu'à une catégorie de consommateurs. Cependant, dans certains cas particuliers, un refus de vente peut être appréhendé comme un abus et sera alors susceptible d'une peine se résumant en des dommages et intérêts.

Le refus de vente est sanctionné par la loi de 1990 relative à l'activité commerciale au Cameroun³⁵ en son article 24 qui précise que : « *il est interdit de refuser, sauf motif légitime, à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service dès lors que la demande du consommateur ne présente aucun caractère anormal par rapport aux pratiques habituelles du fournisseur et de ses biens* ».

La discrimination est un délit correctionnel. Le code pénal camerounais en ses articles 242-242 et le code pénal français en ses articles 225-1 à 225-4 sanctionnent toutes les formes de discrimination , mais également le refus d'une vente ou d'une prestation de service ayant pour cause une discrimination fondée sur l'origine, le sexe, la situation familiale, l'apparence physique, le patrimoine, l'état de santé, le handicap, les caractéristiques génétiques, les mœurs, l'âge, les opinions politiques, les activités syndicales, l'appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion (dans ce cas, la sanction est plus importante). Au Cameroun, les peines privatives de liberté peuvent aller de six jours deux ans et les amendes peuvent aller de 5000 à 500.000 francs CFA. En France, les amendes peuvent aller jusqu'à 45000 euros et/ou un emprisonnement jusqu'à trois ans ; pour les sociétés la sanction est multipliée par cinq. Toutefois ces motifs sont considérés

³⁴ Le commerçant n'est pas tenu d'accepter les paiements par chèque ou par carte bancaire dès lors qu'il en a averti le consommateur au préalable.

³⁵ La loi n°90-031 du 10 Aout 1990 régissant l'activité commerciale au Cameroun.

comme légitimes et excluent toute condamnation à l'exemple du fait pour un institut de soins de n'accueillir que des femmes.

Le refus de vente étant interdit en matière commerciale, en droit bancaire il est plutôt constitutif d'un droit des banques. En effet, l'interdiction des pratiques discriminatoires en matière d'offre des produits et services en droit commercial n'est pas applicable aujourd'hui à la profession bancaire³⁶

2- L'admission en droit bancaire de certaines pratiques

Le contrat porteur présente toutes les caractéristiques d'un contrat d'adhésion. Le contrat d'adhésion selon le professeur Jacques GHESTIN, peut être défini comme l'adhésion à un contrat type, qui est rédigé unilatéralement par l'une des parties et auquel l'autre partie adhère sans possibilité réelle de le modifier³⁷. Dans notre cas, le contrat type ici est celui qui lie l'établissement émetteur et le client. Le contrat porteur doit être écrit³⁸, il implique une demande signée du client, d'adhésion à un texte standard dont les clauses ne sont pas, en pratique, discutables. Après examen du dossier, l'acceptation de l'émetteur de la carte emporte formation du contrat. L'acceptation de la banque résulte de la remise de la carte au client. Toutefois, la délivrance d'une carte ne se réalise pas de manière systématique à tous les clients d'un établissement bancaire. De même, l'établissement émetteur a le droit de refuser d'ouvrir un compte bancaire et de rompre la relation contractuelle : Le droit de refus d'ouvrir un compte bancaire et la rupture unilatérale du contrat au porteur.

Un établissement émetteur garde un droit discrétionnaire de délivrer ou non une carte à chacun de ses clients. Il peut refuser une carte de paiement ou de crédit, sans fournir de motif, et ce, même si le demandeur est titulaire d'un compte. Il faut savoir avant toute chose qu'en la matière, le principe est que le banquier est libre de refuser d'ouvrir un compte. Rappelons à cet égard que la législation commerciale sur le refus de vendre, qui interdit normalement les pratiques discriminatoires en matière d'offre des produits et services n'est pas applicable aujourd'hui à la

³⁶ Voir H. Hillard, « *Association Française de Banque* », in *Informatique et information, Recueil des conférences de la convention informatique*, 1980, Le refus de vente ou de prestation de service est sanctionné par l'article 37-1 de l'ordonnance du 30 Juin 1945.

³⁷ Jacques GHESTIN, traité de droit civil, *La formation du contrat*, L.G.D.J., 3^e édition, Paris, 1993, Page 94

³⁸ Le code européen de bonne conduite en son article 111 et la législation canadienne exigent que le contrat soit écrit. Il s'agit de protéger le consommateur contre les dangers et les mirages du crédit.

profession bancaire. En effet, hormis le cas où il est tenu par un engagement antérieur, le banquier est toujours libre, sans avoir à justifier sa décision qui est discrétionnaire, de proposer ou de consentir un crédit quelle qu'en soit la forme, de s'abstenir ou de refuser de la faire. C'est d'ailleurs l'argument le plus utilisé par le banquier lorsqu'il est accusé de discrimination. Il donne alors l'argument qu'il peut refuser un service bancaire. L'intuitu personae et la responsabilité de l'émetteur justifient³⁹ cette faculté de refuser la délivrance d'une carte⁴⁰.

Par ailleurs, le banquier peut également prévoir contractuellement une clause de rupture. Cette possibilité est à l'heure actuelle utilisée de manière générale dans les contrats régissant les cartes de crédit, et d'une façon particulièrement rigide puisque la banque n'a pas l'obligation de motiver cette rupture. Il en résulte que le banquier peut à tout moment retirer, de faire retirer ou de bloquer l'usage de la carte au porteur à tout moment, pareillement qu'il a la latitude de refuser le renouvellement comme le prévoit le contrat⁴¹. A partir de la résiliation unilatérale qui se présente comme l'exercice d'un droit, le titulaire est tenu de s'abstenir d'effectuer la moindre opération avec sa carte et doit normalement la restituer à l'institution émettrice.

Cependant, ce droit est susceptible d'abus. Il a certes le droit de refuser ou de retirer la carte mais son refus, bien que non motivé vis-à-vis du client, doit s'appuyer sur des critères autres que ceux qualifiés de discriminatoires. Il doit être à mesure de justifier vis-à-vis des tribunaux ou des autorités administratives les raisons de son refus.

En outre, le client à qui le refus est adressé dispose d'un moyen légal pour obtenir un compte. Il exerce alors son droit au compte. En effet, un client peut faire valoir son droit au compte auprès d'une autre banque dès lors qu'aucune banque n'a accepté de lui ouvrir un compte. Le droit au compte est entendu comme le droit pour toute personne d'avoir un compte de dépôt, y compris les personnes ayant des difficultés financières. Le principe est le suivant : le client à qui on refuse l'ouverture d'un compte en banque peut engager une procédure devant la banque centrale afin que celle-ci désigne un établissement qui sera contraint de l'accepter comme client. La banque ainsi choisie ouvrira un compte de dépôt au nom du demandeur, ce qui lui permettra de bénéficier des

³⁹ Paris, 5^e chambre, 30 Septembre 1998, Juris-data n°025502

⁴⁰ Christian GALVADA et Jean STOUFFLET, Droit du crédit 2 : Effets de commerce, chèque, carte de paiement et de crédit, Litec 3^e édition, Paris 1998, Page 399.

⁴¹ TGI Créteil, 15 Janvier 1985, Vasseur.

services bancaires de base. En pratique, le droit au compte ne signifie pas qu'une banque a l'obligation d'accepter une demande d'ouverture de compte. Une agence bancaire reste donc libre de refuser une personne comme cliente. Ce n'est que lorsque, en raison d'un ou plusieurs refus, le client ne parvient pas à ouvrir de compte qu'il doit faire valoir son droit en entamant la procédure de droit au compte sur présentation d'une attestation de refus. Il est généralement considéré comme un contrat à durée déterminée avec une durée d'un an ; le contrat est renouvelable tacitement, par reconduction, sauf dénonciation par le porteur ou par le titulaire du compte dans les délais prévus.

Toutefois, cette liberté contractuelle instaurée dans les relations établissements émetteurs et leurs clients peut-elle être maintenue en l'état ?

II- Une responsabilité mitigée des parties au contrat de transaction des moyens de paiement dématérialisés

Il existe dans les contrats relatifs aux moyens de paiements dématérialisés, une certaine ambiguïté au regard de la responsabilité des parties. Responsabilité qui se voit mitigée. La notion de mitigé ici n'est pas prise dans le sens d'adoucissement, d'atténuation ou de rendre moins strict mais elle est utilisée dans un sens autre qui se trouve être celui de l'entremêlement, de mélange, partage et d'autres idées qui vont dans le même sens. Déjà, en ce qui concerne les obligations dans lesquelles il existe des liens étroits au point où l'on perçoit les parties non comme des cocontractants mais comme des partenaires qui doivent se serrer les coudes pour réussir ensemble dans un intérêt commun, or qui dit contrat dit en toute légalité conflit d'intérêt (A). Il s'en suit une ambiguïté après la survenance d'un incident de paiement notamment au moment et après un procès concernant précisément la détermination de la preuve et le contenu du prononcé de la sanction (B).

A- Un rapport de corrélation et de concurrence entre les différentes obligations des parties au contrat

La conclusion des contrats est source d'obligations ente les parties. Cette force obligatoire est contenue dans le code civil en son article 1134 qui stipule que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait (...)* ». De plus, il est clairement précisé dans le règlement UEMOA que : « *Les relations entre l'émetteur, le titulaire de la carte ou d'un autre*

instrument de paiement électronique et le bénéficiaire sont régies par la convention des parties ». ⁴²

Les parties sont invitées au respect de leur engagement. Le contrat porteur, au-delà du contenu varié, dispose des obligations classiques. Ces obligations diffèrent selon que nous sommes en présence de l'émetteur de l'instrument et du porteur. En tout état de cause, il existe un lien étroit entre les obligations des deux parties (contrairement aux contrats classiques tels que la vente où le mécanisme de répartition des prestations est bien défini). ⁴³ Ce sont des rapports de corrélations et/ou de concurrence. En effet, il y a des obligations dont l'une ne peut se faire sans l'autre ou alors que l'une est une conséquence de l'autre, c'est le rapport de corrélation. Il y a également des obligations qui nécessitent l'exécution concomitante des deux parties chacune de son côté mais qui concourent à un même dessein et dont si l'une des parties n'a pas exécuté la sienne, l'infraction sera susceptible d'être commise. En bref, il existe des rapports de corrélation relative aux obligations se rapportant au dispositif de sécurité (1) et également dans les obligations relatives au paiement (2).

1- Les rapports de corrélation dans les obligations relatives au dispositif de sécurité

Il est mis en place un dispositif de sécurité dans les relations existant dans tout contrat et plus particulièrement dans les contrats délicats tels que le contrat au porteur. Ce dispositif de sécurité est en général imposé ⁴⁴ par la partie forte qui est dans notre contexte l'établissement monétaire et non le porteur. Le porteur est celui qui sollicite la mise à sa disposition d'un instrument de paiement. Le principe est celui de la liberté, la banque ne pouvant pas imposer l'usage de son instrument au porteur. L'établissement monétaire est celui qui met l'instrument à la disposition de son client qui est le porteur. La réception de l'instrument de paiement marque le début de la relation contractuelle. A ce moment, les parties se doivent de respecter le dispositif de sécurité établi dans le contrat. Ce respect est matérialisé par les différentes obligations ou prestations respectives de chaque partie. Toutefois, il y a dans ces différentes obligations un rapport de corrélation et/ou de substitution. C'est ainsi qu'on note un rapport de corrélation entre l'obligation de maîtrise de

⁴² Article 137 du règlement n°15/2002/CM/UEMOA relatif au système de paiement dans les Etats membres de l'UEMOA, 19 Septembre 2002.

⁴³ Le vendeur est tenu de livrer la chose vendue avec et l'acheteur est tenu de payer la somme convenue.

⁴⁴ On le trouve dans la plupart du temps dans les contrats d'adhésion. Le contrat au porteur est un contrat d'adhésion au même titre que le contrat effectué avec les services parapublics ou privés (contrat avec les opérateurs de téléphonie mobile, ou avec ENEO et la CDE au Cameroun).

l'instrument par le porteur et l'obligation d'information de l'établissement monétaire (a) entre l'obligation d'opposition ou de contestation et l'obligation de vigilance du banquier (b).

a- Rapport de corrélation entre l'obligation de maîtrise de l'instrument par le porteur et l'obligation d'information de l'établissement monétaire

L'établissement émetteur est obligé de mettre en place des mesures de sécurités qui assurent à son porteur une utilisation paisible de son instrument. Ainsi, il se doit de respecter le dispositif de sécurité personnalisé mis en place. Ces mesures de sauvegarde de l'instrument sont en partie, la maîtrise de l'utilisation de l'instrument de paiement dématérialisé.

Le client de l'établissement émetteur qui reçoit un instrument de paiement, est supposé recevoir un instrument dont il a la maîtrise. Il a besoin de connaître l'utilisation de son matériel pour entrer en possession de ses fonds disponibles sur son compte. Il peut alors faire usage de son instrument qu'il reçoit en connaissance de cause et surtout avec une parfaite maîtrise des risques de son utilisation.

Pour pallier au déficit de maîtrise de l'instrument par le porteur que la loi impose au banquier une obligation d'information portant sur l'utilisation de l'instrument. Cette obligation d'information porte sur les caractéristiques de l'instrument, les tarifs pratiqués par la banque, les délais d'exécution des ordres de paiement, la contestation des paiements, le mode opératoire des virements et des prélèvements, le mode opératoire des paiements et le délai d'annulation de toutes opérations de paiement. Ces informations sont exigées au moment de la conclusion du contrat, plus précisément au moment de la signature du contrat et à la réception.

En guise de connaissance, comme autre mesure de sécurité, nous pouvons faire mention de l'usage personnel de son instrument de paiement. Le support d'un instrument de paiement dématérialisé n'est pas cessible⁴⁵. Le client qui le reçoit, réceptionne un document personnel dont il a la direction et le contrôle. Il est ainsi le seul censé l'utiliser. Tous ces instruments de paiement dématérialisés restent une affaire personnelle que l'on n'échange pas, à moins qu'il soit effectué par procuration formalisée et signifiée à la banque pourvu qu'elle n'emporte pas transfert de responsabilité. Une question se pose ainsi sur la gestion des comptes joints. En effet, les signatures

⁴⁵ Le chèque est cessible mais le chéquier ne l'est pas. Le chéquier est un petit bloc contenant plusieurs feuilles de chèques.

des personnes qui partagent le compte sont valables sur le compte. L'établissement émetteur doit s'assurer que la signature du client est celle attendue. Au vue de la nature et des spécificités liées à certains instruments de paiement dématérialisés, des mesures de sécurité plus appropriées doivent être respectées. C'est le cas des instruments relevant des moyens de paiement scripturaux et des instruments de paiement électronique. Le porteur a l'obligation de veiller à la sécurisation de son instrument. Pour ce qui est du chéquier par exemple, la vigilance sur le chèque reçu pèse sur le porteur⁴⁶. Le chèque de banque est un moyen de paiement sûr qui garantit au bénéficiaire l'encaissement. Mais le phénomène des chèques volés, des feuilles coupées et des faux chèques de banque, véritable escroquerie, appelle à la prudence et à la vigilance du tiré⁴⁷. Dans ces cas, c'est au porteur d'être responsable de son imprudence ou bien de son manque de vigilance. Il se doit également de s'assurer de référencer et d'archiver le chèque qu'il reçoit jusqu'à la présentation au paiement. Le tireur dispose toujours de la souche⁴⁸ utile en cas de vol et d'opposition au paiement. Tout ceci contribue à sécuriser son chéquier et le chèque, mais le risque y est moindre au regard de la lourdeur du traitement du chèque.

En ce qui concerne la carte de paiement, l'obligation consiste à la signature et à la conservation du code secret. En effet, le client qui reçoit de la banque sa carte de paiement, de retrait, se doit de prendre des mesures visant à la sauvegarde de son code secret. Cependant, la loi lui fait obligation de signer sur sa carte, en effet, le règlement CEMAC fait obligation au client de signer la carte dès la réception de celle-ci. Il s'agit en effet d'une mesure visant à personnaliser sa carte. Le porteur par cet acte, certifie être le seul utilisateur de la carte dont il a le contrôle et le monopole de son utilisation. D'ailleurs, il est censé être le seul détenteur du code secret. Ce dernier doit rester inconnu même par son banquier. En effet, la banque qui remet au client sa carte, lui donne sous pli fermé, le code nécessaire aux opérations liées à cette carte. L'obligation de conserver le code secret implique que le porteur de la carte s'assure que même son conjoint ne connaît pas le code. Il doit s'abstenir de communiquer toutes les données⁴⁹ de sa carte à toutes

⁴⁶ Bénéficiaire.

⁴⁷ Bénéficiaire.

⁴⁸ Chaque feuillet du chéquier comporte des souches à remplir avec les mêmes informations du chèque principal.

⁴⁹ Les données comprenant le numéro de sa carte et le code secret.

personnes, même sur les sites internet non sécurisés. Selon une jurisprudence française, il incombe au porteur de s'assurer du caractère non frauduleux du destinataire des données de sa carte⁵⁰.

L'un des éléments de la sécurisation, est la nature particulière des fonds électroniques qui sont immatériels, le support de la monnaie électronique pouvant être un appareil tel que le téléphone. Toutefois, le porteur reste le légitime propriétaire de la monnaie électronique, même s'il incombe à l'établissement émetteur la garde de la propriété⁵¹ du support dont il est garant de son fonctionnement. Nonobstant la charge de la garde de la propriété du support à l'établissement émetteur, le porteur n'en est pas totalement déchargé. Ce dernier a l'obligation de conserver le code qui lui permet de retirer des fonds ou d'effectuer des transactions de telle sorte que ce code ne puisse pas se retrouver entre les mains des tiers.

Le porteur de l'instrument de paiement est tenu d'utiliser l'instrument conformément à la réglementation mise en place et en vigueur. Il faut noter que l'utilisation est tributaire du type d'instrument de paiement. Ainsi, le porteur ne saurait en faire un usage non indiqué. Par exemple utiliser un chèque pour effectuer une opération reconnue à la carte de crédit. Il importe de constater que le porteur est tenu à donner à l'instrument reçu son rôle légitime et doit respecter scrupuleusement les engagements contenus dans le contrat.

b- Les rapports de corrélation ou de complémentarité entre l'obligation d'opposition ou de contestation et l'obligation de vigilance du banquier

Après la survenance d'un incident de paiement, il est fait obligations aux deux parties d'adopter un certain comportement afin de limiter les pertes des sommes d'argent. Il est ainsi fait obligation au porteur de l'instrument de paiement de faire opposition en cas de dépossession de l'instrument⁵² et de faire contestation en cas de non dépossession⁵³. L'établissement émetteur est quant-à lui soumis à une obligation de vigilance accrue. Ici on note une sorte de rapport de corrélation ou de complémentarité dans la mesure où l'un ne peut s'exercer sans l'autre au risque de dévier le but de la mise en place de ces obligations (éviter un incident de paiement ou mieux,

⁵⁰ Cour de cassation, arrêt du 25 Octobre 2017.

⁵¹ Alice TIRMOU TOUAIBA, « *La nature du droit du titulaire d'un compte* » *RIDSP*, Vol., n° 4, décembre 2021.

⁵² Dépossession par perte ou par vol par exemple.

⁵³ Cas de l'utilisation du numéro du compte par exemple, falsification d'un instrument ou alors toute opération de soustraction frauduleuse de la somme effectuée à distance.

éviter un nouvel incident de paiement). Ces différentes obligations concourent donc à un même but : éviter la soustraction frauduleuse d'une nouvelle somme sur le compte du porteur. Après opposition ou contestation, l'établissement monétaire doit prendre des mesures pour éviter un nouvel incident, et par la même occasion trouver des mesures pour mettre la main sur les malfrats. Ainsi, si le porteur se limite à faire opposition ou contestation, le risque est grand qu'une nouvelle infraction se produise puisque les mesures n'ont pas été prises pour l'éviter ; Le mieux est de mettre en place, de manière concomitante des mesures appropriées pour éviter une nouvelle infraction. Ces mesures peuvent être le blocage du compte ayant subi l'incident, la vérification des signatures ou de l'originalité de l'instrument de paiement utilisé...etc.

Un autre aspect important qui complexifie le mécanisme d'opposition est la non détermination de son délai. Ni le code monétaire et financier français ni le règlement CEMAC n'a imparti de délai pour faire opposition. Il est simplement mentionné que celle-ci doit avoir lieu dans les meilleurs délais compte tenu des habitudes d'utilisation de l'instrument par le titulaire. En tout état de cause, la notion de meilleur délai rappelle celle des délais raisonnables et ambivalents en tant que standard juridique. Elle est suffisamment élastique et peut profiter pour nuire au titulaire de l'instrument en fonction de son appréciation. En d'autres termes, la nécessité d'une terminologie exacte s'impose. Lorsque les concepts n'ont pas de contenus précis et certains, leur utilisation est essentiellement subjective et peut ouvrir la voie à l'arbitraire. Une terminologie plus précise avec indication des délais clairs de déclaration serait favorable à l'intérêt de l'établissement émetteur et surtout à celui du titulaire victime de la perte ou du vol qui s'expose d'ailleurs à des sanctions en cas de défaillance. De ce fait, après perte ou vol d'un instrument de paiement, la victime qui n'a pas fait opposition ou qui l'a fait avec retard est responsable des prélèvements frauduleux effectués au moyen de son instrument de paiement.

Il existe également un lien dans les obligations relatives au paiement.

2- Les rapports de concurrence dans les obligations relatives au paiement

Les moyens de paiement dématérialisés facilitent l'utilisation de la monnaie. De manière générale, les moyens de paiement doivent être utilisés pour se libérer d'une obligation. Celle-ci doit se faire de bonne foi et dans le respect des clauses du contrat et de l'ordre public. Le débiteur

d'une obligation surtout pécuniaire doit s'exécuter de bonne foi⁵⁴. Il doit s'assurer que le créancier a effectivement reçu la somme à payer. C'est ainsi que la réception d'un chèque n'est pas libératoire pour le débiteur. De même, la validation d'une opération de paiement dans le système, ne peut signifier le paiement. Il va falloir apporter la preuve de paiement électronique. La bonne foi du débiteur doit se manifester par le désir de se libérer et de contraindre le créancier à accepter le paiement⁵⁵. Aujourd'hui, avec le développement de la monnaie électronique, il se pose le problème de la preuve puisque le paiement peut se faire même sans contact. Il reste que la charge de la preuve, comme l'exige le règlement CEMAC, incombe au débiteur.

Toutefois, il est fait, dans le même sillage, obligation à l'établissement monétaire et aux prestataires de service de paiement d'exécuter les ordres de paiement de son client. Or plus haut, il a été fait obligation au débiteur (porteur) de s'assurer de la réception effective de la somme payée (la réception d'un chèque n'est pas libératoire). C'est dire en d'autres termes que, après avoir fait un ordre de paiement, le porteur doit s'assurer que l'établissement ait effectivement exécuté l'ordre ; ce qui semble à notre avis dérisoire dans la mesure où il est du devoir de l'établissement d'exécuter l'ordre du porteur. Selon notre analyse, il pourrait arriver que le débiteur soit responsable du non-paiement de sa dette s'il ne s'est pas assuré de l'effectivité de la réception.

Pour revenir à l'obligation d'exécuter un ordre de paiement, l'établissement monétaire qui a émis un instrument de paiement est garant de la mise en place d'un mécanisme de compensation⁵⁶. Ce mécanisme facilite le paiement et assure la crédibilité des instruments de paiement. Elle s'oblige principalement, en ce qui concerne leur utilisation sans incident à deux choses, notamment l'exécution des ordres de paiement des clients et la vérification de l'intégrité des ordres de paiement et du bon fonctionnement.

L'établissement monétaire, à travers le contrat porteur, s'engage à l'exécution des ordres de paiement de son client et à la compensation des prestataires en cas de paiement via sa plateforme. La banque qui reçoit un ordre de paiement, soit sur présentation du chèque soit sur une commande

⁵⁴ François CAMPAGNOLA, « Bonne foi et loyauté en droit des contrats », village-justice, septembre 2016.

⁵⁵ Article 1345 du Code civil camerounais précise que : « Lorsque le créancier, à l'échéance et sans motif légitime, refuse de recevoir le paiement qui lui est dû, ou l'empêche par son fait, le débiteur peut le mettre en demeure d'en accepter ou d'en permettre l'exécution ».

⁵⁶ La compensation est un mécanisme permettant à des banques et institutions financiers, membres d'une chambre de compensation, de régler les montants dus et de recevoir les actifs de leurs opérations ou de leurs clients.

de son distributeur, est tenue à honorer les paiements⁵⁷. Dans le cas particulier du chèque, il est tenu de s'exécuter dès lors qu'il a reçu provision et en absence d'opposition. Dans le cas des cartes de paiement, le banquier exécute un ordre de paiement ou de retrait automatique émanant de son client. Le banquier doit également honorer au paiement des factures d'achat effectué par son client au moyen de sa carte⁵⁸. Dans le cas de la monnaie électronique, cette obligation est plus complexe. La banque doit avoir un système qui permet la réception des commandes⁵⁹ et une réponse automatisée, dans un délai raisonnable. Si l'on s'en tient au porte-monnaie électronique, le déposant doit être capable d'utiliser son argent à tout moment pour effectuer un paiement ou une transaction. Le bénéficiaire du paiement doit pouvoir entrer en possession du paiement dans les minutes de l'opération de son versement. D'ailleurs, que le banquier n'est que le dépositaire des fonds du client, ce dernier doit en disposer à tout moment, à défaut pour le banquier de se rendre coupable d'abus de confiance. Le banquier est donc tenu au paiement et au règlement des achats de son client dans le montant et l'heure sollicitée par lui. Dans le cas des cartes de service et de la monnaie mobile en cas de légalité et de régularité dans les transactions, la banque ou l'opérateur est tenu de procéder à la compensation de tout paiement effectué par le prestataire.

Avant tout paiement, l'établissement émetteur doit s'assurer, sous peine d'engager sa responsabilité, qu'il exécute bien un ordre de son client. Il procède à des vérifications par le jeu des signatures sur l'instrument et vérifie qu'il n'existe aucune opposition. L'article 167 alinéa 3 fait obligation à l'émetteur, avant tout paiement par carte, de «(...) s'être assuré de la validité de l'ordre du paiement». L'article 13 retient la signature comme étant une mention obligatoire. L'article 26 quant à lui oblige que le paiement se fasse après justification de l'identité. A cela l'on peut ajouter la vérification de la concordance du code secret. Toutes ces énumérations (vérification de l'identité, de la signature) attestent de la légalité de la vérification faite par le banquier. En effet, pour les cartes de paiement et les monnaies électroniques, la banque doit disposer d'un système de certification informatique et de décryptage du code secret. Avec l'avènement de la biométrie⁶⁰ en

⁵⁷ C'est l'effet obligatoire du contrat qui pèse sur le débiteur de l'obligation. Martin DIDIER, *Elément de droit bancaire*, 3^e Edition CFPB, collection ITB, 1993.

⁵⁸ Toutefois, il doit au préalable vérifier que son client n'est pas sur le coup d'une interdiction bancaire ou d'une interdiction judiciaire et qu'une décision de retrait de la carte n'y figure pas contre le porteur.

⁵⁹ Ordre de paiement.

⁶⁰ La biométrie permet d'identifier et d'authentifier une personne sur la base d'un ensemble de données reconnaissables et vérifiables, uniques et spécifiques à celles-ci. L'authentification biométrique est le processus consistant à comparer les données des caractéristiques de la personne au modèle biométrique, de cette personne afin de déterminer les

banque, la fiabilité sera plus assurée. Il reste au législateur CEMAC d'appréhender ce nouveau mode de sécurité électronique. En effet, le législateur s'est limité à imposer à la banque de prendre des mesures de sécurité, mais il devrait avec le développement de la monnaie électronique, se pencher sur le contenu, la protection juridique de la biométrie et penser bien évidemment au respect des droits des personnes enregistrées par automatisme. L'ordre de paiement, que ce soit du chèque ou de la carte de paiement, est susceptible d'opposition. L'opposition au paiement constitue une révocation immédiate de l'ordre donné par le titulaire du compte au banquier. La loi fait obligation au banquier de s'assurer qu'il n'existe pas d'opposition au paiement sinon il fait un paiement irrégulier qu'il se doit de restituer en totalité. Le règlement CEMAC en son article 170 n'admet qu'une opposition motivée⁶¹. Selon une jurisprudence française, seule la légalité du motif est exigée⁶².

L'on remarque par-là que les différentes obligations attribuées respectivement à chaque partie sont en réalité en corrélation ou sont complémentaires, ce qui aboutit le plus souvent à un partage de responsabilité entre les deux parties en cas de sanction.

B- Ambiguïté découlant de l'établissement de la preuve et de la sanction

L'ambiguïté ou la complexité des relations contractuelles se perçoit tout aussi lors d'un litige opposant l'établissement monétaire et son client. Il s'agit de l'établissement de la preuve. En effet, il est difficile d'établir des preuves dans une relation contractuelle dont l'objet est basé sur la dématérialisation surtout pour la partie la moins outillée techniquement (1) du moment où le mécanisme de dématérialisation requiert une connaissance et une maîtrise avisées dans le domaine de la technologie. L'ambiguïté se poursuit jusque après le procès pour se retrouver au moment de la sanction, notamment lorsqu'il y a partage de responsabilité sur une même infraction, entre le porteur d'un instrument de paiement et l'établissement émetteur (2).

similitudes. Le modèle de référence est le premier enregistré dans une base de données, comme le portable sécurisé, une carte à puce. Les données stockées sont ensuite comparées aux données biométriques de la personne à authentifier.

⁶¹ Article 170 du règlement CEMAC n°O2/03/CEMAC/UMAC/CM relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement : « *L'ordre de l'engagement de payer donné au moyen d'une carte de paiement est irrévocable.*

Seuls sont autorisés, les oppositions motivées par la perte, le vol, l'utilisation frauduleuse de la carte ou des données liées à son utilisation, l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens à l'encontre du bénéficiaire du paiement ».

⁶² Cass. com., 16 Juin 2015. N° 14-13, 493, la gazette n° 5 Janvier 2016.

1- Les difficultés liées à la preuve

Les transactions relatives aux moyens de paiement dématérialisés posent le problème de l'établissement de la preuve. Il est en effet difficile d'établir la preuve en matière de dématérialisation des moyens de paiement surtout en ce qui concerne le porteur.

Le code confidentiel remis par la banque au titulaire du moyen de paiement ne permet pas d'identifier le titulaire, mais seulement de constater que le porteur connaît effectivement ce code confidentiel, la présomption étant que seul le titulaire connaît ce code, sauf négligence de sa part. Tout le dispositif repose sur le maintien de cette confidentialité. Les contrats qui régissent actuellement les cartes de crédit et de paiement incluent une clause prévoyant la responsabilité du titulaire dans le cas où le code est dévoilé à un tiers à la suite d'une négligence ou imprudence du porteur. Les banques ont voulu que les tribunaux constatent que lorsqu'une carte déclarée perdue ou volée est utilisée, cela impliquait nécessairement la responsabilité du titulaire. Les tribunaux ont rejeté cette présomption et ont laissé aux banques la charge de la preuve de la négligence. Ils ont en effet constaté qu'une défaillance technique du système de sécurité n'était pas à exclure⁶³.

Des développements techniques sont en cours et quelques systèmes existent déjà qui permettent une identification de l'individu liée à ses caractéristiques physiques. C'est ainsi qu'existent déjà des machines de reconnaissance dynamique de la signature, du spectre de la voix, de la forme de la main, ainsi que des prototypes de systèmes de reconnaissance des empreintes digitales. L'introduction de ces technologies devrait normalement faire évoluer le débat juridique. Dans la mesure où l'identificateur n'est plus transmissible, la responsabilité du porteur du moyen de paiement en cas d'usage par un tiers devrait être déchargée, sauf à démontrer l'existence d'une manœuvre frauduleuse. Mais il semble qu'avec l'utilisation de nouvelles technologies de ce type il deviendrait clairement de la responsabilité de la banque de démontrer que le système fonctionnait correctement au moment de la transaction contestée.

Indépendamment de l'identification de l'intervenant à la transaction, se pose la question de la preuve de la transaction dans son ensemble, à savoir le montant, la date et le lieu. Dans la plupart des expériences en cours, le système émet des reçus dont le double doit être signé par le client et

⁶³ Voir arrêt de la cour de Paris du 1^{er} Décembre 1980, chronique L.M. Martin in revue « *Banque* », n°403, février, 1981, page223.

conservé par le commerçant, au moins lorsque la transaction porte sur un montant supérieur à une valeur fixée.

Une telle solution n'est évidemment pas très satisfaisante. Elle implique des coûts supplémentaires⁶⁴, des contraintes⁶⁵ et une perte de temps à chaque opération qui peut être pénalisante dans le cas de terminaux point de vente dans des grandes surfaces par exemple. En outre, dans le cas d'adaptation de télépaiement, quelle serait l'utilité d'un ticket émis chez l'utilisateur et qui ne correspondrait pas à la transaction effectuée, ou voulue ? Quelle sera la situation juridique en cas de contestation d'une telle transaction ? Comme nous l'avons déjà relevé, la preuve sera le plus souvent libre. Mais lorsque c'est le titulaire du moyen de paiement qui conteste la transaction, il pourra difficilement apporter des éléments de preuve contrairement aux gestionnaires du système, c'est-à-dire la banque. C'est la raison pour laquelle une partie de la doctrine est aujourd'hui favorable à un renversement de la charge de la preuve dans ce cas, ce qui prendrait mieux en compte la situation technique et économique des partenaires et ne mettrait pas systématiquement en position de faiblesse le titulaire du moyen de paiement⁶⁶.

Certains avancent que la carte à mémoire apporterait un terme à ce débat juridique de la preuve⁶⁷. La carte à mémoire permet de garder une trace de toutes les transactions effectuées par le porteur, et ces informations restent en sa possession. Mais ces informations constituent –elles des éléments de preuve qui peuvent lui être présentés par le titulaire ou au contraire des éléments

⁶⁴ Imprimante, papier...etc.

⁶⁵ Stockage des bandes de papier.

⁶⁶ Cf Pierre LECLERCQ, « *Les problèmes juridiques posés par les nouveaux moyens de paiement* » in Rapport au congrès de l'association nationale des docteurs en droit, (A.N.D.D.), Informatique, banque et affaires, Lyon, 27-29, Novembre 1981; cf également la position du Conseil Économique et Social qui « *estime d'une part que l'initiateur d'une technique a, par le choix qu'il exerce, la maîtrise et la responsabilité du seuil de fiabilité d'un système et que d'autre part le préjudice subi à l'occasion d'un incident par le banquier est relatif tandis que celui subi par le client prend un caractère exceptionnel et qu'enfin la disproportion des moyens dont dispose le client pour engager et nourrir un contentieux place déjà ce dernier en situation d'infériorité de fait* », p.579.

⁶⁷ Ce sont les promoteurs commerciaux de la carte à mémoire qui insistent surtout sur cet aspect juridique cf par exemple une brochure télépaiement des PTT, Télécommunications, qui cite comme avantage du télépaiement la sécurité : « *identification certaine des partenaires, confidentialité absolue des échanges, exactitude vérifiable des données, validité assurée des opérations* ». Un article journalistique reprenait le thème suivant : La carte à mémoire : une sécurité absolue », 01 Hebdo, n° 696, 10 mai 1982, P. 34.

Le Conseil Économique et Social a été sensible à ce type d'argument: « *le système carte à mémoire apporte un élément de réponse au risque d'imputation par erreur du compte du client ainsi qu'à celui de mauvaise foi de l'usager; (...) En cas de difficulté la confrontation des enregistrements peut constituer un élément de preuve pour les tribunaux et en tous cas un facteur dissuasif pour les fraudeurs* ». La monnaie électronique, supra, note I, p. 578

de preuve qui peuvent lui être opposés ? Peut-on considérer par exemple que si les éléments sont identiques sur la carte et dans le système bancaire, cela entraîne une preuve certaine de la transaction ?

On ne peut exclure la possibilité que l'erreur effectuée au moment de la transaction soit inscrite à l'identique dans la carte. Dans ce cas, que peut faire le porteur lorsqu'il constate l'écart, chez lui par exemple ? Par ailleurs, en cas de différence, quel est le support qui emporterait gain de cause, celui du titulaire ou celui du banquier ?

Il n'est pas à considérer que cette évolution technologique doive favoriser l'abandon de la thèse du renversement de la charge de la preuve car, en définitive, c'est le gestionnaire du réseau qui garde techniquement la maîtrise de toutes les opérations inscrites sur les différents supports, y compris sur les cartes à mémoire.⁶⁸

L'ambiguïté se poursuit jusqu'après le procès pour se situer dans le prononcé de la sanction. Il s'agit donc de la difficulté du partage de responsabilité, décision récurrente dans le domaine des moyens de paiement dématérialisés.

2- Un partage usuel de responsabilité entre les parties au contrat

Le partage de responsabilité découle naturellement de la commission d'une même faute sur un même fait ; ou alors de la commission de fautes à titres différents mais qui conduit à un même préjudice. En effet, dans la norme, lorsqu'il existe une faute imputable à un tiers, celui-ci engage sa responsabilité et doit réparer le dommage. Dans la loi Badinter⁶⁹, on examine surtout la notion de faute en ce qui concerne le conducteur, puisque pour lui c'est toujours la notion de faute qui régit le droit à indemnisation. Lorsque les conducteurs commettent une ou plusieurs fautes importantes, ils n'ont pas droit à la réparation de leurs propres dommages, sauf s'ils ont souscrit une assurance conducteur ou s'il y a partage de responsabilité, auquel cas ils peuvent être indemnisés d'une partie de leur dommage. Cette même notion de faute est importante dans la

⁶⁸ Voir Henri DELAHAIE et André GRISSONNANCHE, « Les nouveaux moyens de paiement ont-ils besoin d'un cadre juridique spécifique : l'expérience française », *les cahiers de droit*, 279-304.

⁶⁹ La loi Badinter, loi n°85-677 du 5 juillet 1985, est le texte de référence régissant l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation (codifiée à l'article L211-8 du Code des assurances). Cette loi dispose que les piétons, cyclistes et les passagers d'une voiture accidentée (sauf le conducteur), sont considérés comme victimes et doivent percevoir une indemnisation de la part de l'assurance, même s'ils sont en tort.

réparation délictuelle devant les tribunaux correctionnels, car c'est le fait dommageable qui va engager la responsabilité délictuelle de l'auteur et qui va permettre de définir s'il est coupable totalement, partiellement ou non coupable de l'infraction. Cette idée de la détermination du degré de culpabilité rend difficile la répartition des responsabilités respectives de chaque partie (a). Mais avant de déterminer cette difficile répartition, nous allons au préalable établir un bref exposé sur le partage de responsabilité (b).

a- Exposé sur le partage de responsabilité en matière de dématérialisation des moyens de paiement

En matière contractuelle relative à la dématérialisation des moyens de paiement, le partage de responsabilité est prononcé couramment à cause de la complémentarité des obligations des parties au contrat ou à cause du lien étroit qui lie ces obligations. Ce fut le cas entre la poste française et le bénéficiaire d'une carte d'épargne volée⁷⁰. Dans le même sens, il a été admis un partage de responsabilité entre un client qui, en faisant opposition avait communiqué un numéro de carte erroné à la banque sans que cette dernière ne s'en rende compte.⁷¹ De plus, les juges français ont admis un partage de responsabilité en cas de vol d'une carte bancaire déclarée défectueuse par son titulaire, mais conservée par lui dans un endroit où se trouvait aussi l'indication écrite du numéro du code confidentiel.⁷² Nous notons également la situation où la banque manque à son obligation de mise en garde et son client ayant fait preuve d'une imprudence notoire ; la cour de cassation s'est prononcée sur un partage de responsabilité entre les parties en raison de leurs fautes respectives.⁷³

Le partage de responsabilité est prononcé à titre indicatif à plus de la moitié des décisions juridictionnelles ; en termes de pourcentage, il est de plus de 50% voire plus. Ainsi, si 50% de responsabilité est reconnue à la charge des deux parties, leur droit de réparation sera imputé de moitié chacun.

⁷⁰ Cf. tribunal d'instance de Pau, 13 Mai 1997, bull. d'info de la cour de cassation 1997, n°1058.

⁷¹ Cf. Paris 21 Mars 1990, Dalloz 1990, info rapide, n°89.

⁷² Cf. cassation 10 Janvier 1995 bulletin civil n°4, Arrêt n°7, Dalloz 1995 info rapide n°41.

⁷³ Cf. Chambre commerciale de la cour de cassation, décision du 4 Novembre 2014, bulletin civil n°12-27.072.

b- La difficile répartition des responsabilités respectives de chaque partie

De ce partage de responsabilité, il ressort la difficile détermination de la responsabilité attribuable à chaque partie. D'emblée l'on dira, et ce, de manière fort paisible, que la responsabilité de chaque partie est déterminée en fonction de leur participation au préjudice. Dit ainsi, cette détermination semble être facile ; Toutefois, elle ne l'est pas. Il est assez difficile de répartir la responsabilité de chaque partie à un contrat lorsqu'ils n'ont pas commis la même faute, et surtout lorsqu'il y a disproportion entre les fautes. Le droit de la responsabilité civile s'est largement concentré sur le cas simple où un seul agent cause un dommage à une ou plusieurs victimes. Or, il est des litiges beaucoup complexes, ceux où plusieurs acteurs ont eu un rôle causal dans la réalisation du dommage (appelés causalité multiple). Peu traités par la doctrine, à l'exception de quelques travaux de POSNER KORNHAUSER et Ben SHAHAR, ces cas sont pourtant nombreux. Quelques exemples simples permettent de l'illustrer. En droit des accidents, c'est le cas par exemple lorsqu'un accident de voiture a impliqué plusieurs conducteurs. En droit monétaire, plus précisément en matière de dématérialisation des moyens de paiement, nous nous référons aux multiples exemples cités plus haut (dans le petit 1 intitulé : exposé sur le partage de responsabilité en matière de dématérialisation des moyens de paiement).

S'il est un domaine en droit de la responsabilité où la doctrine juridique est mal à l'aise, c'est bien la question de la causalité et de ses conséquences sur la réparation. Dans la plupart des systèmes juridiques, la causalité est une condition nécessaire (à côté du fait générateur et du préjudice) pour mettre en jeu la responsabilité d'un individu : un agent A ne devra compenser le préjudice D subi par une victime que si l'on peut prouver qu'il a bien été causé -par son action ou son omission- de D. Toutefois, il est des cas où la causalité débouche sur des problèmes analytiques et pratiques redoutables : ce sont les cas où plusieurs personnes causent un unique dommage à une victime. Les juridictions manquent le plus souvent de principes clairs et déterminés pour résoudre ces espèces.

Lorsque l'on considère un dommage généré par plusieurs individus, il apparaît difficile pour le droit de parvenir à appliquer des principes clairs et simples pour répartir la réparation. Ces nombreuses difficultés tiennent au fait que la doctrine juridique, plus que la jurisprudence, a cherché dans la causalité la solution à la réparation. Dit autrement, les théories de la causalité

cherchent parfois à résoudre un double problème avec un seul concept : la détermination de la causalité et la répartition de la dette de réparation. Or, le passage de l'un à l'autre n'est nullement nécessaire. On peut tout à fait dire que chaque action a été déterminante dans la réalisation du dommage et considérer que les agents ne doivent pas réparer la même chose. Cela dépend de la part qu'ils ont pris à la réalisation du dommage. Cependant, cette balance des causalités ouvre à de multiples difficultés, si bien qu'aucune des propositions de la doctrine ne semble résoudre complètement le problème.

Les trois piliers du droit de la responsabilité civile sont bien connus : un fait générateur comme une faute par exemple, un préjudice effectif à réparer et un lien de causalité entre les deux. C'est parce que le fait générateur a causé le préjudice que celui qui l'a fait est tenu de le réparer et que la victime a droit alors à réparation intégrale de son dommage. Or, en dépit d'une compréhension assez intuitive de ce qu'est une cause, l'usage de ce concept s'avère délicat dès lors que l'on en fait le fondement de la clef de répartition du dommage entre les co-auteurs.

On distingue assez classiquement deux théories déterministes principales de la causalité. La première, la théorie de l'équivalence des conditions, avance qu'une cause est un événement sans lequel le dommage ne se serait pas produit. En effet, pour savoir si un événement A est cause d'un préjudice D, il convient de se demander si D aurait eu lieu en l'absence de A. Si c'est le cas, A ne peut être dit causalement lié à D. Dans le cas contraire, A est une cause de D. Si elle est la plus intuitive, la théorie de l'équivalence des conditions ne va pas sans poser quelques questions. En effet, dans le développement des événements qui ont mené au dommage, de nombreux éléments ou comportements peuvent avoir joué un rôle causal. Il y a ici un risque à remonter l'ensemble de la chaîne causale car tout l'univers risque finalement de devoir être condamné sur ce fondement.

La seconde théorie, dite théorie de la causalité adéquate, énonce que l'on doit distinguer, parmi toutes les causes possibles, celles qui sont réellement efficientes de celles qui ne le sont pas. Autrement dit, parmi toutes les causes matérielles, on tente de "*mesurer leur degré d'efficience*". On dit alors que certains événements sont des causes réelles juridiquement admises en tant que causes, tandis que d'autres sont plutôt des occasions du dommage qui, suivant le cours normal de la nature, n'avaient aucune raison de produire ce résultat dommageable. À l'intérieur des causes

ainsi identifiées, il s'agit alors d'attribuer à chacune un rôle causal qui pourrait ensuite servir d'étalon à la répartition de la réparation.

Chacune de ces théories de la causalité a une conséquence sur la répartition du dommage, dont aucune ne semble complètement satisfaisante pour l'esprit. L'équivalence des conditions, d'abord, peut déboucher sur deux manières d'envisager la répartition. La première est de dire que, si A et B ont causé le dommage, chacun d'eux devrait être responsable pour le tout puisque, sans leur action, le dommage dans son entier n'aurait pas eu lieu. On peut également considérer que la répartition devrait se faire par parts égales.

Inversement, la théorie de la causalité adéquate semble plus à même de mesurer le degré de contribution de chacun au dommage puisque, dans la chaîne causale, on reconnaît que certaines causes sont plus importantes que d'autres. Dès lors, la réparation du dommage se fait au prorata de la "*force causale*", ici conçue comme une mesure de la contribution individuelle des différents faits générateurs. On dispose d'une théorie plus maniable mais qui frise l'illogisme, puisqu'elle revient à considérer que tel événement a causé le fait dommageable à hauteur de tel pourcentage et tel autre à hauteur de tel autre pourcentage, alors même que les deux événements ont conjointement causé le dommage. Comme. Il y a évidemment un risque d'arbitraire dans cette évaluation, arbitraire d'autant plus grand qu'il repose sur une théorie violant la matérialité empirique de la chaîne causale. De manière plus définitive, STARCK précise qu'« *il n'existe aucun critère concevable pour apprécier l'influence causale de divers facteurs ayant contribué à provoquer le dommage* »⁷⁴.

Toutes ces difficultés rendent la doctrine incertaine et fluctuante et l'amènent à préconiser du pragmatisme plutôt que de la théorie. Comme le rappellent GENEVIÈVE VINEY et PATRICE JOURDAIN (1998), de nombreux auteurs ont ainsi défendu une approche empirique appelant même à renoncer à tout raisonnement scientifique en cette matière⁷⁵. C'est le cas du doyen RIPERT, pour qui « *la jurisprudence sera bien inspirée en refusant de se livrer à l'analyse de la causalité* »⁷⁶, de LÉON MAZEAUD, selon lequel « *il s'agit d'une question de bon sens plus que de*

⁷⁴ Boris STARCK, *La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile*, n°6, JCP, 1970.

⁷⁵ GENEVIÈVE VINEY et PATRICE JOURDAIN (Dir), « *Traité de droit civil* », in Jacques GHESTIN, *Les conditions de la responsabilité*, 2^e éd., Revue internationale de droit comparé, vol.51 N°1, 1999, P. 214.

⁷⁶ Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., N°117, 1949.

science »⁷⁷ ou encore de Boris STARCK allègue, en parlant de la causalité, que « *sur ce point, tout essai de raisonnement scientifique s'avère inefficace* »^{78,79}.

Conclusion

Réflexion faite, il a été question pour nous de démontrer la spécificité des relations contractuelles relatives à la transaction des moyens de paiement dématérialisés empreint d'une certaine ambiguïté, une certaine complexité qui rend difficile la compréhension du mécanisme contractuel et même, rend difficile ce mécanisme de fonctionnement des relations contractuelles et qui, par ce fait, compromet la sécurité juridique des utilisateurs des moyens de paiement dématérialisés. Il en ressort donc que le contrat de transaction de moyens de paiement dématérialisés se trouve alors menacée du fait de la complexité liée à la formation du contrat et du fait de l'entremêlement des responsabilités des deux parties au contrat qui se voit récurrent dans ce type de relation. L'ambiguïté liée à la formation du contrat se matérialise par le renforcement de la confiance dans les relations relatives aux moyens de paiement dématérialisés et par l'ambiguïté fort perceptible de la liberté contractuelle contenue dans ce type de contrat. La responsabilité mitigée des parties quant-à elle se matérialise par une certaine corrélation entre les obligations respectives de chaque partie au point où l'on perçoit les parties non comme des cocontractants mais comme des partenaires qui doivent, se soutenir mutuellement, pour réussir ensemble dans un intérêt commun, or qui dit contrat dit en toute légalité conflit d'intérêt. Il s'en suit une ambiguïté après la survenance d'un incident de paiement notamment au moment et après un procès concernant précisément l'établissement de la preuve et le contenu du prononcé de la sanction dans la mesure où l'établissement de la preuve se trouve être difficile et dans la mesure où le partage de responsabilité est une sanction très souvent prononcée dans ce type de relation et dont les difficultés y engendrées ne sont pas ignorées⁸⁰.

⁷⁷ Cf. Henri, Léon et Jean Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6e éd., t. II, Paris, édition Montchrestien, 1970, 1151 P.

⁷⁸ Boris STARCK, *La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile*, n°6, JCP, 1970.

⁷⁹ Samuel FERREY, « Valeur de Shapley et répartition des dommages civils en cas de multiples co-auteurs », *Economie et prévision*, n°202-203, Pp 37-52, 2013.

⁸⁰ Il faut préciser que cette ambiguïté n'a pas de conséquence seulement sur les consommateurs ou sur les établissements monétaires, elle influence également la tâche des représentants de la justice tels que le législateur et le juge. Ainsi si un juge, auquel il est fait obligation de juger (sous peine de sanction)⁸⁰, se trouve face à une situation ambiguë et que le texte auquel il doit se référer présente ce même caractère d'ambiguïté, il sera buté et il y aurait de fort risque qu'il adopte une décision arbitraire ou alors une décision injuste aux yeux de la loi du fait de sa mauvaise interprétation.

La place des époux dans la pratique des affaires en droit OHADA

The place of spouses in business practice under OHADA law

Dr. MAINIBE TCHIOMBE CALICE CLEOPATRE

Assistante à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université d'Ebolowa

Résumé : Le mariage est une institution fondamentale dans de nombreuses sociétés africaines, et le droit OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires) joue un rôle clé dans la régulation des relations entre époux. Depuis son adoption en 1993, le droit OHADA a visé à harmoniser les législations nationales en matière de droit des affaires et de la famille, le législateur s'est également intéressé aux époux. Dans ce contexte il est essentiel de comprendre la place des époux en droit OHADA, notamment en ce qui concerne les droits et devoirs des époux, la gestion des biens communs et personnels dans leurs activités économiques en mettant en lumière les principaux aspects de ce sujet fascinant.

Mots clés : époux ; OHADA ; place

Abstract : Mariage is a fondamentale institution in many African societies, and OHADA law plays a key role in regulating relations between spouses. Since its Adoption in 1993. The aim of OHADA law has been to harmonise national legislation on business and family law, and the legislator has also taken an interest in spouses. In this context, it is essential to understand the place of spouses in OHADA law particularly as regards the rights and duties of joint and personal property in their economic activities, by highlighting the main aspects of the subject.

Key words: Spouses, OHADA, Place

Introduction

Le statut juridique des époux dans le monde des affaires a toujours été au cœur des débats doctrinaux et précisément en droit des sociétés commerciales et droit commercial¹. La prise en compte des époux en droit des affaires OHADA est une manière d'emboîter le pas au législateur français qui, à travers ses diverses réformes prend les époux en compte. Cette prise en compte par le législateur traduit également la considération de la place de la femme qu'elle soit mariée ou non dans le développement économique². Le législateur OHADA a toujours pris en compte le statut des époux mais cette prise en compte a été longtemps considérée discriminatoire non pas à l'égard des deux époux mais plus précisément à l'égard de la femme mariée, car l'époux était considéré comme le véritable sujet de droit capable de jouir de ses droits d'entreprendre.

Examiner la prise en compte du statut des époux en droit OHADA d'après les réformes du droit commercial et le droit des sociétés commerciales revient à s'intéresser sur les considérations évolutives sur le couple et particulièrement sur la femme mariée. Questionner le statut des époux relativement au droit commercial général, ne pose plus le problème d'accès à la profession commerciale. Cette possibilité remonte à travers la consécration du principe de la liberté du commerce et de l'industrie affirmé pour la toute première fois dans le décret d'Allarde des 2-17 mars 1791 dispose en son article 7 que « (...) *il sera libre à toutes personnes de faire tel négoce ou d'exercer telle profession (...)* »³

Cependant, la profession commerciale comportant un certain nombre de dangers, le législateur OHADA est intervenu pour poser les règles qui visent à organiser l'accès à cette profession car l'État doit régulariser étroitement le commerce et l'industrie pour les maintenir dans les limites de l'intérêt.

¹ Le droit des sociétés commerciales est l'ensemble des règles juridiques applicables aux sociétés commerciales et groupements d'intérêt économiques. Leurs créations, fonctionnements et disparition etc... Régis par l'Acte Uniforme OHADA portant sur le Droit des Sociétés Commerciales et Groupements d'Intérêts Economiques (AUDSCGIE). Le droit commercial est l'ensemble des règles juridiques applicables aux commerçants et à l'activité commerciales. Régis par l'Acte Uniforme OHADA portant Droit Commercial Général (AUDCG).

² EYANGO DJOMBI (A.-D.), « *La prise en compte du statut d'époux par le droit des affaires de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* », In *juridical Tribune*, Volume 5, du 02 Décembre 2015, PP. 142.

³ Article 7 de la loi du 2-17/Mars 1791 portant sur pression de tous les droits d'aide de toutes les maîtrises et jurandes et établissements des droits de patente.

Ici, c'est mettre l'accès à la profession commerciale à une soumission à des conditions de qualification et d'agrément pour garantir la probité et la compétence des acteurs⁴. C'est pour cela le législateur OHADA avait déjà posé les bases en 1997 en consacrant la liberté aux conjoints d'exercer les activités commerciales. A ce titre il déclare que « *le conjoint du commerçant n'a la qualité de commerçant que s'il accomplit des actes de commerce à titre de profession et séparément de ceux de l'autre conjoint* »⁵.

Le droit des sociétés commerciales s'est également ouvert aux différents mouvements de lutte contre les discriminations de genre au plan mondial, régional et national⁶. Ainsi, sous l'influence a sous de la CEDEF⁷, le législateur OHADA consacre une égalité entre les conjoints en leurs permettant d'être associé à une société à responsabilité limitée. En reconnaissant la possibilité pour un couple marié de constituer une société entre eux et accordé à chacun des époux la possibilité d'acquérir individuellement la qualité de commerçant. Par ailleurs voulant protéger le patrimoine commun des époux, le législateur interdit qu'ils soient associés dans une société à responsabilité limitée. Une exigence qui conditionne le conjoint du commerçant de bénéficier le statut du commerçant. Le terme époux renvoie à l'union entre un homme et une femme mariée⁸, c'est-à-dire une personne à une autre de par le lien du mariage.

On définit le droit généralement au sens objectif et subjectif, le sens objectif c'est l'ensemble des règles de conduite qui gouvernent les rapports des hommes vivant dans une société et dont le non-respect est assuré par l'autorité public. Le sens subjectif considère le droit comme le pouvoir accordé à un individu d'user d'une chose ou exiger une autre personne l'exécution d'une prestation au regard de ce qui précède la question d'époux en droit OHADA ne de pose que par rapport au statut de la femme marié qui particulièrement depuis fort longtemps discriminé par le groupe masculin⁹. Envisager le problème du statut des époux en droit OHADA revient en principe à savoir s'ils peuvent être associés dans une société commerciale. Nous avons choisi de mener cette

⁴ Ces conditions relèvent du droit interne des Etats sur la détermination de la capacité et les déchéances aux activités commerciales.

⁵ Article 7 alinéa 2 de l'AUDCC de 1997

⁶ Les organes tels ONU-Femmes, les mouvements Africains de lutte contre les inégalités de genre et les mouvements nationaux lutte contre les inégalités et les discriminations à l'égard de la femme.

⁷ HCDH, Membres, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes

⁸ Connu (G) *vocabulaire juridique* PUF, 10ème édition PUF, 2014, page 409.

⁹ BITOTA NUAMBA (J.), *Recherche sur le statut juridique des femmes en Afrique*, Thèse, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2023, P. 4.

étude sur le prisme du droit des sociétés. Mieux comprendre cette thématique nécessite les précisions terminologiques qui constituent le thème.

La place renvoie au lieu, l'endroit à l'espace qu'occupe ou que peut occuper une personne ou une chose. En d'autres termes le lieu ou l'endroit que doit occuper une personne ou une chose par rapport aux convenances à la bienséance¹⁰. Il s'agit un aménagement d'un statut juridique applicable particulièrement à une personne, groupe de personnes ou à une chose.

Epoux est une expression qui renvoie au rattachement de deux personnes de sexes différents liée par le mariage. L'expression époux renvoie aux conjoints ça peut être un homme marié ou femme mariée¹¹. En d'autres termes la moitié de l'un de l'autre réunis par lien de mariage. Juridiquement, l'expression époux en droit civil renvoie au conjoint c'est-à-dire personne mariée à une autre¹². Etymologiquement « *conjungere* » qui signifie conjoindre, le conjoint ou la conjointe est une femme ou un homme uni par le lien conjugal par opposition le célibataire¹³. Ces conceptions définitionnelles ne changent par au fond la signification de la notion de l'époux. Deux idées directrices traduisent ces définitions. La première plus explicite est l'existence d'un mariage entre la femme et l'homme pour avoir la qualité d'époux et épouse. Le régime¹⁴ du mariage n'a aucun incident sur ladite identité d'époux ou d'épouse. Deuxième moins explicite mais importante dans le contexte africain en général et camerounais en particulier, c'est le sexe. Le mariage dont il s'agit ici est celui qui uni deux sexes opposés le féminin et le masculin. C'est d'ailleurs une condition de validité du mariage en droit camerounais.¹⁵ En d'autres termes le mariage entre deux personnes de même sexe n'existe pas en droit camerounais et donc ne peuvent pas acquérir la qualité d'époux.

Le droit des affaires OHADA renvoie à un ensemble d'instruments juridiques et institutionnels qui légifère les activités économiques dans le cadre bien défini dénommé espace OHADA¹⁶. C'est une organisation qui a été mise en place par certains pays africains ayant des objectifs bien définis pour les échanges économiques et commerciaux en Afrique. Parmi les

¹⁰ Dictionnaire universelle, PUF, Paris, 2014, p. 2087.

¹¹ Ibid. P. 1456.

¹² PUILGELIER (C.), Dictionnaire Juridique, Larcier, Bruxelles, 2011, p. 465 ; CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Op.cit., p. 409.

¹³ Ibid. 237.

¹⁴ Dans le contexte africain il existe le mariage monogamique et le mariage polygamique

¹⁵ Cf BOKALLI (E.-V.), Cours de droit de la famille, Licence 1, Université d'Ebolowa, année 2023-2024.

¹⁶ L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA). Créée par le traité de Port -Louis au Togo en 1993

objectifs visés par l'OHADA, Les principales missions sont de garantir une sécurité juridique et judiciaire de l'environnement des affaires africains sous le prisme d'harmoniser les législations dans les Etats membres.¹⁷ La compétence matérielle OHADA est assez vaste, ceci se justifie par l'existence d'un ensemble d'actes uniformes. La présente étude se focalise en droit des sociétés commerciales et droit commercial général.

C'est dire, centrer l'étude sur la place des époux en droit commercial et droit des sociétés commerciales OHADA d'après la réforme implique une analyse des actes uniformes OHADA en la matière avant et les différentes réformes de 2010 et 2014. L'objectif est de voir si dans une certaine mesure les époux ont bénéficié un statut juridique nouveau, une amélioration, ou relâchement de certaines restrictions à leurs égards dans les réformes du droit commercial général et droit des sociétés commerciales. Le débouchement de cette étude passe nécessairement par une question centrale qui servira non seulement l'orientation de l'étude mais également d'aboutir à un résultat.

La problématique est la question centrale qui oriente la recherche. Il s'agit en quelques sorte le nœud du problème justifiant la présente réflexion étant évacué, la question centrale, l'hypothèse et l'intérêt structurant la présente étude doit être envisagée. Tout travail scientifique découle d'un ensemble d'interrogations, toutes déclenchées par une préoccupation qu'est la problématique. Problématiser consiste à effectuer « *la recherche de ce qui pose problème* »¹⁸. Celle-ci, selon Rejean HUOT, est « *la toile de fond sur laquelle repose le travail de recherche* »¹⁹. Ainsi appréhendée, la problématique fait référence à la raison du choix du sujet, l'interrogation qui l'a suscité, et c'est au chercheur de l'identifier en faisant une étude critique des données juridiques et de la littérature existante. Dès lors l'on peut se demander, les restrictions imposées aux époux dans en droit OHADA tiennent t- ils encore au regard des réformes intervenues dans les AUDCG de 2010 et AUSCGIE de 2014 ?

L'hypothèse de l'étude est généralement la phrase qui permet à elle seule de répondre à la question posée. Il convient tout de même à relever qu'une question centrale posée en débat doit

¹⁷ Cf. le Traité OHADA, de 1993 à Port-Louis au Togo, modifié au Québec, le 17 Octobre 2008.

HUOT (R.), *La pratique de recherche en sciences humaines*. Boucherville, Gaétan Morin Editeur, 1992 ; Cité par OLIVIER (L.), BEDARD (G.) et FERRON (J.), *L'élaboration d'une problématique de recherche*, L'Harmattan, 2009, p. 11. ¹⁸

¹⁹ Ibid.

suscitée plusieurs hypothèses qui traduisent sa pertinence et son importance. Comme hypothèses possibles nous avons : nous pouvons dire le statut de l'époux est réitéré dans les reformes de 2010 et 2014 cette déclinaison, ne nous semblent pas pertinente. Pas pertinente parce qu'elles ont une démarche unique. Par contre compte tenu des impératifs en lien avec l'actualisation, la deuxième hypothèse est celle qui est retenue dans le présent exercice : Les restrictions imposées par les époux en droit des affaires OHADA ont été considérablement relativisées par les reformes de 2010 et de 2014.

L'intérêt étant la contrepartie que l'on gagne d'une action, le présent travail poursuit à la fois un intérêt théorique et pratique. Au plan théorique, il nous amène à réviser le statut juridique des époux et de la femme mariée en droit OHADA, compte tenu des évolutions mondiales. Au plan pratique, il permettra également d'offrir aux acteurs économiques notamment les époux et la femme mariée en particulier, une appréhension palpable de leurs places dans l'environnement des affaires dans l'espace OHADA.

Ayant justifié l'existence du présent article, son explication articulera autour des restrictions dépassées à l'égard des époux (I) et les restrictions maintenues à l'égard des époux (II) par les reformes de 2010 du droit commercial général et 2014 du droit des sociétés commerciales et groupements d'intérêts économiques dans l'espace OHADA

I- Les restrictions annihilées à l'égard des époux en droit OHADA

Les années 2010 marquent début d'un ensemble des reformes au sein du droit OHADA. Le souci du législateur OHADA est d'arrimer le droit ce droit à l'évolution du monde des affaire actuel, renforcer la sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA. Dans ces reformes l'un points remarquable est l'évolution du statut des époux dans ledit espace des affaires. Les restrictions atténuées par les réformes sont non seulement à l'égard du couple, et aussi à l'égard de la femme mariée en particulier. Cette altération des restrictions concerne le couple lui-même (A) et la femme mariée à titre individuel (B).

A- L'anéantissement de la discrimination du couple en droit OHADA

L'une des innovations les plus importantes de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés et groupement d'intérêts économiques est l'ouverture du couple dans droit des affaires, notamment,

droit des sociétés. Il s'agit en fait d'une consécration du statut couple dans le droit des sociétés, notamment, dans la création de la société commerciale. Ainsi, l'article 9 de l'AUDSCGIE dispose « *Des époux ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils ne seraient tenu des dettes indéfiniment et solidairement* ». L'analyse de cette disposition, consacre liberté aux époux de créer une société commerciale (1) dans laquelle le principe d'égalité prévaut entre le couple (2).

1- L'affirmation de la liberté contractuelle du couple en droit commercial OHADA

Les réformes OHADA de 2010 et 2014 intègrent les positions législatives des Etats qui diminuent de plus en plus les inégalités sociales. Bien que les dispositions de l'article 9 sus évoquées ne précisent pas explicitement que les époux peuvent créer une société, mais son analyse peut laisser comprendre que les époux peuvent se décider de créer une société commerciale²⁰. De ce fait l'on peut donc déduire que les époux ont la possibilité de créer une société de droit ou une société de fait.

La création de droit une société commercial ou une société de forme. La société c'est celle que les actionnaires ou l'actionnaire prend l'option de l'immatriculation. Ils acceptent de lui conférer une personnalité qui découle de l'accomplissement des formalités de publicité requises par la loi²¹. L'immatriculation l'action d'inscrire sur un registre, sous un numéro d'ordre, le nom d'une personne, d'une chose en vue de l'identifier à des fins diverses. Au sens des activités commerciales, c'est une inscription préalable obligatoire des agents commerciaux sur le registre des personnes désirant exercer la profession d'agent commercial avec attribution d'un numéro matricule de chaque intéressé²².

Le droit OHADA l'exige d'immatriculation comme modalités d'attribution de la personnalité juridique à toutes formes de société. Cette formalité fait exception uniquement aux sociétés participation²³. C'est l'AUDCG qui définit la procédure d'immatriculation des sociétés commerciales qu'il qualifie des personnes morales. Ainsi il précise que toute personnes morale soumises par les exigences légales d'immatriculation doivent solliciter leur immatriculation dans

²⁰ EYANGO DJOMBI (A.-D.), « *La prise en compte du statut d'époux par le droit des affaires de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* », In *juridical Tribune*, Volume 5, du 02 Décembre 2015, PP. 142.

²¹ DUQUESNE (F.), *Droit des sociétés commerciales*, Larcier, Bruxelles 2014, P.14

²² CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Op.cit., P. 518.

²³ Article 87 AUDSCGIE.

le mois de leur constitution, auprès du greffe près de la juridiction compétente ou l'organe compétent de l'Etat dans le ressort de leur principal établissement²⁴. Au Cameroun la juridiction compétente est le tribunal de grande instance du ressort auquel est situé le principal établissement.

L'immatriculation de la société commerciale confère un certain nombre de conséquences aux actionnaires ou associés. L'effet positif est que l'immatriculation est la qualité de commerçant. Ainsi l'article 59 de l'AUDCG affirme que « *toute personne immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier est présumée, sauf preuve contraire, avoir la qualité du commerçant au sens du présente acte uniforme* ». Lorsqu'elle est donc créée par les époux ces derniers acquièrent la qualité de commerçant. Deuxième effet est ensemble d'obligations qui doivent désormais respecter au regard de la qualité de commerçant acquise par cette formalité²⁵.

Le législateur reconnaît également implicitement aux époux la liberté de créer une société de fait. Ici les époux décident d'écarter les conséquences d'immatriculation. Les raisons de ce choix sont diverses. D'abord les associés peuvent opter pour la discrétion et simplification²⁶. L'ensemble des avantages sont attachés à l'absence des formalités d'inscription. Il s'agit d'une société de participation. La société en participation est la société commerciale par laquelle l'objet n'est représenté que par les sociétés dépourvues de personnalité juridique²⁷. Les époux peuvent exprimer la volonté de conserver le secret sur l'existence de leur accord. Par la réforme du droit des sociétés OHADA, le législateur consacre cette forme de société en son article 864²⁸. Ce type de société peut être prouvée par tout moyen²⁹. La société de fait est une société qui n'est pas dotée de la personnalité juridique, une société qui n'est pas soumise aux formalités de d'immatriculation, ainsi la preuve de son existence ne se traduit que par les rapports entre les associés.

La constitution d'une telle société est animée par la liberté contractuelle entre les époux comme c'est le cas pour la création des autres types de société commerciale. Les époux conviennent

²⁴ Article 46 AUDCG, l'article 88 de l'AUDSCGIE.

²⁵ L'article 59, Al 3 de l'AUDCG « *Toute personne physique ou morale immatriculée au registre du commercial et du crédit mobilier est tenue d'indiquer sur ses factures, bons de commande, tarif, et documents commerciaux, ainsi que toutes correspondance, son numéro et son lieu d'immatriculation au registre commerciale et du crédit mobilier* ».

²⁶ DUQUESNE (F.), *Droit des sociétés commerciales*, Op.cit., P. 15.

²⁷ Ibid. P.14.

²⁸ « *La société en participation est celle dans laquelle les associés conviennent qu'elle n'est pas immatriculée au registre commercial et du crédit mobilier. Elle n'a pas de personnalité morale, elle n'est pas soumise à la publicité* ».

²⁹ L'al 2 de l'article 864 de l'AUDSCGIE.

librement de l'objet et des conditions de leurs activité commune³⁰. Toutefois, le choix de la création d'une société en participation prive les associés et donc les époux de certains privilèges. Les époux ne peuvent pas se prévaloir de la qualité de commerçant droit, ils se prévalent plutôt de la qualité de commerçant de fait, dans ce cas les règles de droit civil peuvent leur être imposées dans leurs rapports avec les tiers³¹. Le législateur reconnaît donc aux époux une liberté contractuelle de création de la société commerciale. Cette collaboration évolue dans un esprit d'égalité entre les époux dans la gestion de leur société.

2- L'affirmation de la qualité de commerçant des époux en droit commercial OHADA

La réforme du droit commercial a également n'a pas ignoré les époux. L'acte uniforme présente les conditions d'acquisition de la qualité de commerçant. Il dispose les conditions générales d'acquisition de la qualité de commerçant. Les conditions générales sont mises en exergue dans la définition du commerçant par l'AUDCG. Dans ces dispositions il stipule que « *le commerçant est celui qui de l'accomplissement des actes de commerce par nature sa profession* »³². De le contenu de cet article, les époux peuvent avoir la qualité de commerçant comme tout autre personne s'ils accomplissent les actes de commerce par nature et faire de ça une profession. Ainsi, « *l'acte de commerce par nature est celui par lequel une personne s'entretient dans la circulation des biens qu'elle produit ou qu'elle achète ou par lequel qu'elle fournit des prestations de service, avec intention d'en tirer le profit pécuniaire. Ont notamment le caractère d'acte de commerce par nature : l'achat des biens, meubles ou immeuble en vue leur revendre ; les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d'assurance et de transit ; les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce (...)* »³³. La liberté des époux de poser tous ces actes a été réaffirmée dans la réforme du droit commercial OHADA. Il faudrait qu'ils soient capables au regard des dispositions réglementaires³⁴.

Le critère de profession est également important dans cette définition. Les époux ont la liberté de devenir des commerçants professionnels. La profession renvoie à l'exercice d'une

³⁰ Cette liberté s'exerce sous le prisme des exigences de licéité de l'objet commercial, l'exigence de la capacité des acteurs, et la nécessité du consentement.

³¹ Ces rapports avec les tiers peuvent être celles dans lesquelles les époux actionnaires a la société de fait débiteurs ou créanciers vis-à-vis des tiers.

³² L'article 2 de l'AUDCG.

³³ L'article 3 de l'AUDCG.

³⁴ Cf. les articles 6 et sui. De l'AUDCG.

activité habituellement exercée par une personne pour se procurer les ressources nécessaires à son existence³⁵. L'exercice d'une activité professionnelle implique qu'elle soit faite habituellement. Cela suppose si c'est un seul conjoint qui accomplit ces actes et l'autre vient juste l'assister, ce dernier ne peut se prévaloir de la qualité de commerçant.

L'acte uniforme pose certaines considérations particulières à l'égard des époux à coté des conditions d'ordre général d'acquisition de la qualité de commerçant. Le conjoint ne peut acquérir la qualité de commerçant si son activité est séparée de celui de son conjoint, « *le conjoint d'un commerçant n'aura la qualité que s'il accomplit les actes visés aux l'articles 3 et 4 ci- dessus, à titre de profession habituel et séparément de ceux de son époux* »³⁶. Le législateur lève tout équivoque sur quelques considérations discriminatoires qui peuvent empêcher les époux à s'investir dans les activités commerciales.

B- L'anéantissement de la discrimination de l'épouse en droit des affaires OHADA

La réforme du droit des affaires OHADA réaffirme l'objectif des mouvement mondiaux, régionaux et nationaux de lutte contre les discriminations et les inégalités à l'égard de la femme notamment dans les activités économiques et commerciales. Affirmer l'égalité de la femme mariée dans le monde des affaires justifierait en quelques sorte la place importante de la femme dans le développement économique d'un pays. En fait, le législateur OHADA affirme que la femme mariée n'est plus ce sujet de droit incapable dans son univers juridique au détriment du mari qui était le seul véritable sujet de droit capable d'exercer librement les activités commerciales³⁷.

1- La consécration de l'égalité entre les époux en droit des affaires OHADA

Les déclinaisons de l'affirmation de l'égalité entre les époux dans la pratique des affaires en droit OHADA s'opèrent aussi dans le droit commercial que le droit des sociétés commerciales. En droit des sociétés commerciale, l'article 9 de l'AUDSCGIE sus-évoqué est le fondement de cette affirmation qui confère la qualité d'associé aux époux qui créent une société commerciale. Cette attribution de qualité d'associé ne tient pas compte du sexe. Cette disposition suppose les

³⁵ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Op.cit., p.813.

³⁶ Article 7 alinéa 1 de l'AUDCG.

³⁷ EYANGO DJOMBI (A.-D.), « *La prise en compte du statut d'époux par le droit des affaires de l'organisation pour l'Afrique du droit des affaires (OHADA)* », Op.cit. PP. 142.

époux peuvent faire des apports aux mêmes pieds d'égalité. D'après l'article 40 l'AUDSCGIE ils peuvent faire les apports en numéraire, en nature et en industrie³⁸.

La détermination de la qualité d'associé a un impact direct sur la participation à la vie de la société et aussi à l'attribution des droits pécuniaires et politiques. La création par les époux soulève le problème d'indivision. L'indivision est une situation juridique qui existe jusqu'au partage d'une chose (immeuble acquis en commun) ou d'un ensemble de choses (masse successorale, communauté dissoute), entre ceux qui ont sur cette chose ou cet ensemble un droit de même nature (propriété, nue-propriété, usufruit), chacun pour une quote-part égale ou inégale ; aucun n'ayant le droit privatif cantonné sur une partie déterminée et tous ayant des pouvoirs concurrents sur le tout (usage, jouissance, disposition)³⁹. En d'autres termes une situation juridique du bien qui est objet des droits indivis. Le législateur confère la qualité d'associé à tous les coindivisaires lorsqu'ils sont copropriétaires des parts sociales ou des actions⁴⁰. Sans toute forme de discrimination, la femme mariée acquiert au même titre que son époux la qualité d'associé ou d'actionnaire si la société est créée par le couple.

La qualité d'associé des époux ne pose pas véritablement pas le problème quand il s'agit de la communauté des biens ayant constitué l'apport, dans ce cas les deux époux sont associés. Il y va de même lorsque c'est la séparation des biens, c'est uniquement l'époux qui a fait l'apport de son bien qui peut avoir la qualité d'associé. Toutefois le problème peut se poser dans une situation polygamique. La solution à cette problématique conduit à se référer plutôt aux législations nationales que la législation OHADA qui n'a véritablement pas traité la question⁴¹.

1- La portée de la disparition des dispositions discriminatoires à l'égard de l'épouse en droit des affaires OHADA

La consécration de l'égalité des époux en droit des affaires a une portée significative très importante soit autant à l'égard du couple en générale, ou de la femme en particulier. L'AUDCG

³⁸ L'article 40 AUDSCGIE « *chaque associé peut apporter à la société*

(i) *De l'argent par apport en numéraire ;*

(ii) *Des droits portant sur les biens en nature, mobiliers, immobiliers ou incorporels par apport en nature ;*

(iii) *Des connaissances techniques ou professionnelles ou des services par apport en industrie ».*

³⁹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Op.cit., P. 541.

⁴⁰ POHE (D.), *Droit des sociétés commerciales et coopératives dans l'espace OHADA*, Op.cit., P. 69.

⁴¹ Ibid. P.71.

consacre une certaine indépendance une certaine égalité de traitement entre les conjoints en faisant disparaître les mots qui renvoient aux considérations de genre

En matière commerciale, la réforme OHADA réaffirme également l'égalité des époux dans les activités commerciales, plus précisément la femme mariée. La réforme démontre une certaine évolution conceptuelle affirmant l'altération des velléités de discrimination qui présageaient. L'on peut constater que le législateur OHADA a innové par l'expression de conjoint en faisant disparaître celle de « *femme mariée et mari* ». L'objectif ici est de mettre en exergue l'état d'époux sur une base égalitaire⁴².

Le conjoint est renvoi à une personne qui peut être un homme ou une femme unie à une autre personne par un mariage.⁴³ Dans le contexte camerounais le lien de mariage n'existe qu'entre un homme et une femme, le mariage homosexuel n'étant pas autorisé au Cameroun, donc les conjoints ne sauraient être de me sexes. Le conjoint suppose donc à cet effet un lien conjugal⁴⁴. L'expression conjoint ici ne fait pas allusion au sexe, cela suppose le législateur ne trouve plus l'importance de ces précisions de genre, car il veut prendre aux mêmes pieds d'égalité les époux qui exprime la liberté d'exercer à titre professionnel une activité commerciale.

L'article 2 de l'AUDCG énonce en ce sens que « *est commerçant celui qui fait l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession* ». Dans cet énoncé, il n'existe pas des considérations sur le sexe, ni de statut conjugal. Le législateur OHADA va plus loin en consacrant une certaine indépendance voire d'émancipation des conjoints dans leurs activités commerciales en exigeant la séparation d'exercice de leur commerce. Cette séparation est une condition exceptionnelle d'acquisition de la qualité de commerçant. L'AUDCG énonce que « *le conjoint du commerçant n'a la qualité de commerçant que s'il accomplit les actes visés aux articles 3 et 4 ci-dessus, à titre de profession et séparément de ceux de l'autre conjoint* »⁴⁵. L'on peut constater qu'il n'existe pas de discrimination de genre dans l'acquisition de la qualité de commerçant et dans la gestion de son activité commerciale. Les époux sont indépendants chacun maître de son activité commerciale. Le législateur reconnaît en l'homme marié et femme marié les

⁴² EYANGO DJOMBI (A.-D.), « La prise en compte du statut d'époux en droit des affaires de l'organisation pour l'harmonisation en l'Afrique du droit des affaires (OHADA) », Op.cit., PP. 148.

⁴³ CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Op.cit., P. 237.

⁴⁴ Ce qui suppose l'exclusion des fiancés et concubins dans cette qualification.

⁴⁵ Article 7 al. 2

capacités de devenir commerçant. Leur collaboration professionnelle est donc considérée comme professionnelle entre deux commerçants indépendants. C'est l'épanouissement consacré du couple dans la pratique des affaires en droit OHADA.

En droit des sociétés commerciales la femme mariée associée occupe le même statut au même titre que son mari associé ou actionnaire. Le traitement des dividendes et bénéfices entre les époux associés sous le respect des dispositions de l'AUDSCGIE. La conjointe associée bénéficie également au même titre que son conjoint associé les prérogatives de contrôle de la gestion de l'entreprise, le pouvoir de consultation des documents de la société, du droit d'information. La participation à l'assemblée générale se fait à titre personnel et individuel de la femme mariée. Elle participe à la prise des décisions par l'exercice du droit de vote.

L'exercice du droit de vote des associés se réalise sous plusieurs critères définis par les statuts de la société. Le droit de vote se détermine proportionnellement à la participation de chaque associé au capital social, excepté la présence d'une disposition contraire à l'acte uniforme. Le législateur prévoit des sanctions en cas de délibération en violation des dispositions prescrites dans l'acte uniforme⁴⁶. Elle peut exercer ce droit personnellement ou se faire représenter. La représentation a soulevé des problèmes pour les parts sociales ou action indivision, notamment dans le couple l'article 127 de l'AUDSCGIE a levé ces équivoques en précisant que à défaut des clauses contraire aux statuts, les copropriétaires de ces titres sont représentés par un mandataire unique choisi par les indivisaires. En cas de désaccord, le choix est fait par la juridiction compétente.

Toutefois, les réformes du droit des affaires OHADA a réaffirmé ou parachevé l'intégration du couple en général et de la femme mariée dans l'espace OHADA. Mais toutefois, il est resté vigilant pour maintenir la stabilité de la famille dans la pratique des affaires.

Le principe d'exclusion des époux en matière commerciale signifie que, dans le cadre d'une entreprise commerciale, les époux ne peuvent pas être simultanément : copropriétaire, cogérant, cosignataire des contrats et des engagements de l'entreprise. Ils visent à éviter les conflits d'intérêts et les problèmes de responsabilités qui pourraient survenir si les époux étaient trop impliqués dans

⁴⁶ L'article 129, al. 1 de l'AUDSCGIE dispose « est nulle toute délibération ou décision prise en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions ou parts sociales ».

l'entreprise ensemble. Il permet également de protéger les intérêts de l'entreprise et des tiers qui contractent avec elle.

II- Les restrictions maintenues à l'égard des époux dans la réforme du droit des affaires OHADA

L'activité économique implique une production des biens et services qui ferons par la suite l'objet des échanges à l'issue de laquelle les acteurs se font des bénéfices et des chiffres d'affaire. Il s'agit donc une activité libérale qui implique la concurrence. Les autorités interviennent à cet effet pour règlementer, réguler, en posant certaines restrictions aux libertés d'entreprendre pour des raisons de sécurité économique, financières, sociales. C'est ainsi le législateur OHADA a maintenu certaines restrictions aux libertés des époux d'entreprendre compte tenu de leur statut conjugal et également du régime matrimonial. Le maintien de ces conditions restreint de la liberté d'entreprendre se traduit par le soucis du législateur OHADA de garantir la stabilité familiale (A), et aussi assurer la sécurité des créanciers des époux (B).

A- Le maintien des restrictions relatives a la stabilité de la famille

En anéantissant toute discrimination à l'égard du couple ou de la femme mariée dans le droit des affaires OHADA, le législateur s'est soucié de la famille qui ne devrait pas être emballée dans les affaires du couple. La conception de la famille est double, celle large⁴⁷ ne sera pas retenue ici. Au sens restreint, la famille est un groupe restreint de père et mère et leurs enfants vivant avec eux⁴⁸. Il s'agit donc de la famille directe fondée par les époux entreprenants : leurs enfants directs et leurs biens familiaux que le législateur essaye de protéger. Cela s'opère par l'exclusion du couple dans certaines sociétés (1) et la justification de la mesure (2).

1- Le maintien de la prohibition des époux dans les sociétés à responsabilité illimitée

En partant du principe exposé l'AUDSCGIE⁴⁹ que « *des époux ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales indéfiniment ou solidairement* ». Cette disposition n'évoque directement ni la question de l'admission de la société commerciale

⁴⁷ L'ensemble des personnes qui sont unies par un lien du sang, qui descendent d'un auteur commun. Cette conception englobe ascendants, descendants, les collatéraux aux degrés successibles. Cf. CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Op.cit., p. 448.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ L'article 9 l'AUDSCGIE.

entre les époux ni celle de de l'égalité entre eux. C'est ce qui explique le fait que les époux sont associés dans une société à risque ou responsabilité limitée. L'interdiction faite aux époux par le droit OHADA de faire partie d'un type de sociétés dans lesquelles ils seraient tenus indéfiniment et solidairement responsables du passif social a été inspirée par la Loi française n° 85-1372 du 23 décembre 1985 qui a posé pour la première fois en droit français.⁵⁰ le principe conformément au droit civil, l'état des personnes comprend le statut personnel et le statut patrimonial. Le statut personnel à l'ensemble des règles déterminant les conditions d'emploi et de travail des d'une grande entreprise⁵¹. Tant dis que le statut patrimonial renvoie à la réglementation du patrimoine d'une personne physique ou morale.

L'interdiction de certaines catégories de sociétés entre époux. C'est cette responsabilité illimitée que le législateur OHADA a entendu éviter aux époux. L'interdiction qui leur est faite d'être tous associés d'une société à responsabilité illimitée, est essentiellement fondée sur l'atteinte que de telles sociétés portent au fonctionnement normal du régime matrimonial, en particulier aux règles du passif. Elle tient en outre selon la doctrine au fait que, le régime matrimonial qui gouverne les relations pécuniaires des époux constitue une espèce de société trop différente de la société commerciale pour qu'un cumul entre les deux formes de sociétés soit envisageable.

Le principe de l'exclusion des époux, dans le contexte des sociétés commerciales, se réfère généralement à l'idée que certaines personnes ou entités ne peuvent pas faire partie d'une même structure ou d'un même projet en raison de conflits d'intérêts, de valeurs divergentes ou d'autres raisons qui pourraient nuire à l'harmonie et au bon fonctionnement de l'entreprise. Cela peut également être vu comme une manière de préserver l'intégrité et la réputation d'une société.

En pratique, cela se décline souvent par des clauses dans les statuts de la société ou dans les accords entre associés, stipulant que certaines personnes (comme des concurrents directs ou des individus ayant un passé d'infractions) ne peuvent pas être actionnaires ou membres du conseil d'administration. Cela vise à protéger les intérêts de l'entreprise et à éviter des situations qui pourraient compromettre sa stabilité. La déclinaison du principe d'exclusion des époux en matière commerciale peut variés selon les législations nationales et les spécificités de chaque pays, mais

⁵⁰ EYANGO DJOMBI (A.-D.), « La prise en compte du statut d'époux en droit des affaires de l'organisation pour l'harmonisation en l'Afrique du droit des affaires (OHADA) », Op.cit., PP. 17.

⁵¹ CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Op.cit., p. 988.

voici quelques éléments qui peuvent être inclus : séparation des biens, dans la mesure où les biens personnels et professionnels des époux doivent être séparés ; la nomination d'un représentant.

Société à Responsabilité Limitée (SARL)⁵² Dans une SARL, les statuts peuvent prévoir des restrictions concernant la cession de parts sociales. Cela signifie que l'apport ou l'entrée d'un époux en tant qu'associé peut nécessiter l'accord des autres associés, limitant ainsi la participation des époux.

Société par Actions Simplifiée (SAS)⁵³ : La SAS offre une grande flexibilité en matière de rédaction des statuts. Les associés peuvent y inclure des clauses qui restreignent la participation des époux, par exemple, en exigeant que les actions ne puissent être transférées à un conjoint qu'avec l'accord des autres actionnaires. Société Anonyme (SA)⁵⁴ : Dans une SA, les statuts peuvent également interdire ou restreindre la participation d'un époux au conseil d'administration ou à la prise de décisions, afin d'éviter les conflits d'intérêts.

2- La justification du principe : La stabilité de la famille des époux

Les sociétés commerciales à responsabilité illimitée sont des sociétés dans lesquels les associés sont tenus indéfiniment et personnellement des dettes sociales par opposition de la société à responsabilité limitée.⁵⁵ Ils sont liés par le mécanisme de solidarité des dettes sociales envers les créanciers de la société. Cette prohibition se justifie sur deux raisons. La raison principale est la préservation par le législateur OHADA de la stabilité de la famille, la raison secondaire est la volonté de distinguer le patrimoine social du patrimoine familial.⁵⁶

S'agissant de la principale raison, la famille des époux engagés dans les affaires doit être préservée de toute poursuite que l'époux associé pourrait faire personnellement objet. Cette préservation concerne non seulement ses biens et des ayants droits de la famille. Le législateur les

⁵² Article 309 de l'AUDSCGIE.

⁵³ Article 853-1 de l'AUDSCGIE.

⁵⁴ Article 385 l'AUDSCGIE

⁵⁵ DUQUESNE (F.), *Droit des sociétés commerciales*, Op.cit., P. 12.

⁵⁶ EYANGO DJOMBI (A.-D.), « *La prise en compte du statut d'époux en droit des affaires de l'organisation pour l'harmonisation en l'Afrique du droit des affaires (OHADA)* », Op.cit., PP. 17 et Sui.

exposerait à la ruine s'il acceptait qu'ils soient indéfiniment ou solidairement responsables du passif social en mettant en danger leur patrimoine familial.⁵⁷

La deuxième raison subsidiaire est la distinction du patrimoine social de celui familiales également importante. Il faut éviter la confusion du patrimoine familiale gérée par l'un époux de celui de la société ou il est personnellement et indéfiniment tenu. Pour certains c'est une mesure préventive de la mauvaise gestion du patrimoine de chacun des époux contre les mauvaises affaires faites par l'autre conjoint⁵⁸.

Toutefois, cette mesure rencontre quelques difficultés pratiques. L'inégalité entre les époux, la complexité de la séparation des biens, la difficulté de gestion des conflits d'intérêt, l'inadaptation aux entreprises familiales, posent quelques soucis aux époux de faire ls apports de certains biens indivis à la société.

De ce fait, certaines conditions sont requises pour que l'époux acquiert la qualité d'associé. Ces critères tiennent compte du régime matrimonial choisi. En présence de la communauté de biens, c'est celui dans lequel tout ou partie des biens des époux forme une masse commune destinée à être partagée entre les époux ou leurs héritiers lors de la dissolution de la communauté⁵⁹. Il peut se constituer par des modalités diverses. Il peut être conventionnel⁶⁰, légal⁶¹ ou universel⁶² biens acquis pendant le mariage sont considérés comme appartenant à la communauté. Voici quelques points à considérer

Dans ces situations, deux époux ont généralement des droits égaux sur les biens de la communauté, ce qui inclut les bénéfices d'une société commerciale. Si l'un des époux exerce une activité commerciale, l'autre peut revendiquer une part des bénéfices. Le consentement de l'autre

⁵⁷ Ibid. p. 17.

⁵⁸ Ibid. p.18.

⁵⁹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Op.cit., p.207.

⁶⁰ Le régime matrimonial dans lequel les règles légales du régime de communauté sont modifiées par le contrat de mariage des parties soit en la gestion, soit en la composition. Ibidem.

⁶¹ Régime matrimonial dont l'actif se compose seulement des acquêts et le passif des dettes communes correspondantes. Ibidem.

⁶²Régime conventionnel de la communauté dans lequel tous les biens tant meubles qu'immeubles, présents et à venir des époux font partie de la masse commune et où toutes les dettes sont communes. Ibidem.

époux est important.⁶³ Ce consentement est mutuel et peut être requis, surtout si cela affecte le patrimoine commun.

Dans le Régime de la séparation de biens, chaque époux conserve la propriété de ses biens personnels. Les implications sont les suivantes. Il existe une Indépendance de gestion pour chaque époux de gérer ses biens. Chaque époux peut participer indépendamment à une société commerciale sans avoir besoin du consentement de l'autre. Chacun gère ses propres biens et revenus. Le partage des bénéfices Les bénéfices réalisés par un époux dans le cadre d'une activité commerciale lui appartiennent exclusivement, sauf si un accord spécifique a été établi entre les conjoints. L'on peut noter que le régime matrimonial joue un rôle crucial dans la façon dont les époux peuvent participer à une société commerciale. Chaque régime présente ses avantages et inconvénients en matière de droits sur les biens et responsabilités.

B- Le maintien des restrictions relatives à la protection des tiers

Les tiers renvoient aux personnes étrangères ou exclues dans une situation bien déterminée.⁶⁴ Juridiquement, c'est une personne étrangère à un acte juridique ou à une situation juridique.⁶⁵ Ces tiers sont les potentiels créanciers des époux (1) et les enfants héritiers (2)

1- La protection des tiers créanciers des époux

Le créancier est le titulaire d'une créance détenu par le débiteur. La restriction des libertés des époux dans les affaires de l'espace OHADA véhicule également l'idée de protection de leurs créanciers, personne bénéficiant d'une créance par opposition le débiteur⁶⁶. Sujet actif d'une obligation, personne qui a un débiteur qui doit quelque chose en nature ou en argent⁶⁷.

Le législateur a voulu que les tiers soient au courant de la situation matrimonial de leurs cocontractants. La relation contractuelle de ces derniers à l'égard des époux peut varier soit en qualité de créancier ou de débiteur. C'est dans cette perspective l'avant-projet du code civil camerounais précise que « *le jugement de divorce est opposable aux tiers en ce qui concerne les*

⁶³ Comme à la cession des parts sociales

⁶⁴ Dictionnaire universel, Op. cit., p. 3145.

⁶⁵ PUILEGIER, (C.), Op.cit., p.1342, n° 5607.

⁶⁶ Idem. P. 329, n° 1429.

⁶⁷ CORNU (G.) vocabulaire juridique, Op.cit., p. 284.

biens (...) »⁶⁸. Cela peut donc se justifier que les relations contractuelles des époux et les tiers qui intéressent le législateur surtout celle d'affaire tant dans l'exercice du commerce ou les sociétés commerciales.

Les époux peuvent être créanciers, et donc avoir un droit de créance dans leurs relations contractuelles avec les tiers. Créancier est une personne à qui le débiteur doit quelque chose en nature ou en argent. Un sujet actif d'une obligation, titulaire d'une créance. Inversement, les époux peuvent également être débiteur d'une obligation contractuelle dont ils devraient s'exécuter même après la dissolution du mariage. Le débiteur est un sujet passif de l'obligation. C'est celui qui doit quelque chose à quelqu'un, celui qui est tenu d'une dette, qu'il s'agisse d'une obligation en nature ou d'une obligation de somme d'argent.

Le législateur pose le mécanisme usable dans l'opposabilité à l'égard des tiers, ces derniers peuvent le faire par le droit de suite. Le droit de suite « *est un droit réel permettant à un créancier de saisir un bien grevé en quelque main qu'il se trouve* »⁶⁹. Cette opération est règlementée autant dans le code civil de 1834 que l'avant-projet de code civil. En effet, il s'agit du règlement des dettes qui forment le passif conjugal des époux selon qu'elles sont commun ou propres à chaque époux, dans le régime légal de la communauté des meubles et acquêts⁷⁰

Ainsi le code civil règlemente le régime de la communauté légale, il s'agit du régime qui s'impose aux époux qui n'ont pas choisi préalablement eux même les règles applicables à leurs biens par un contrat de mariage avant de passer devant l'officier d'état civil.⁷¹ Selon l'article 1400 du code civil, la communauté « *s'établit par simple déclaration qu'on se marie sous le régime de la communauté ou à défaut du contrat et elle est soumise aux règles appliquées dans les articles* ».

Par opposition l'on comprend que le régime de la communauté conventionnelle est celui que les parties ont convenu préalablement dans un contrat de mariage.⁷² De ces deux régimes, l'on peut confondre l'union des personnes se confond à l'union des biens. Pour mieux exercer le droit de suite contre les époux il est important de mieux établir la composition des biens de la

⁶⁸ L'article 438 de l'Avant-projet du code civil camerounais.

⁶⁹ PUILGIER (C.), *Dictionnaire juridique*, Op.cit., n° 1902, P. 427.

⁷⁰ AKOMNDJA AVOM (V.), *Cours de Droit des régimes matrimoniaux*, Master 1, Carrière-judiciaire et Droit des affaires, Université de Yaoundé 2, année académique : 2019-2020, P. 94.

⁷¹ Il est choisi indépendamment de la forme monogamique ou polygamique du mariage.

⁷² Cf la distinction à l'article 1399 du code civil.

communauté. La communauté est composée des biens et acquêts. Selon du code civil, dans le régime de la communauté légale, les biens des époux présents, avenir, actifs et passif, sont repartis en 3 masses. On distingue les biens communs de la communauté qui entrent dans la composition de la communauté, les biens propres à l'homme et les biens communs à la femme. Dans le cadre de cette étude il est nécessaire de partir de la divisions actifs et passifs des biens.

Activement, le régime de la communauté légale se reparti en 3 masses : l'actif commun de la communauté, l'actif propre à l'homme et l'actif propre à la femme. Cette distinction se fonde sur le critère des biens mobiliers et immobiliers d'après l'article 1401 du code civil.⁷³ On identifie alors dans ce cas plusieurs meubles communs qui entrent dans la communauté et bien immobiliers. Pour ce qui est des actifs propres aux époux, il s'agit également des biens mobiliers et immobiliers. Pour les biens meubles propres aux époux il s'agit les meubles propres par nature,⁷⁴ les meubles acquis à titre gratuit au cours du mariage et droits attachés à la personne, les meubles incorporels,⁷⁵ et les droits de la propriété littéraires ou artistiques.

Pour des immobiliers propres aux époux, il s'agit des donations d'immeubles qui ne sont faites pendant le mariage qu'à l'un des époux ne tombant pas en communauté et appartiennent au donataire seul à moins que la donation ne contienne expressément que la chose donnée appartiendra à la communauté.⁷⁶ Quant au passif, il se reparti également en trois masses dans la communauté : le passif commun des époux, le passif propre à l'époux et le passif propre à l'épouse. Pour le passif commun au époux l'article 1409 du code civil précise les dettes communes aux époux soumis au régime e la communauté.⁷⁷

⁷³ « La communauté se compose activement :

1° de tout le mobilier que les époux possédaient au jour de l célébration du mariage, ensemble de tout le mobilier qui leur échoit pendant le mariage à titre de succession ou même de la donation, si le donateur n'a exprimé le contraire ;
2° de tout les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, échus ou perçus pendant le mariage, et provenant des biens qui appartenaient aux époux lors de sa célébration, ou de ceux qui leur sont échus pendant le mariage à quelque titre que ce soit ;

3° de tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage »

⁷⁴ Vêtements linges à usage personnel, outils de travail etc....

⁷⁵ Le fonds de commerce, le fonds d'exploitation agricole ou artisanal, créance sociales etc...

⁷⁶ Cf les articles 1405 à 1408.

⁷⁷ « La communauté se compose passivement :

1° de toutes les dettes mobilières au jour de

La célébration de leur mariage, ou dont se trouve chargées les successions qui leur échoient durant le mariage, sauf la récompense pour celles relatives aux immeubles propres à l'un ou l'autre des époux ;

2° des dettes, tant aux capitaux qu'arrérages ou intérêts, contractées par le mari pendant la communauté, ou par la femme du consentement du mari, sauf la récompense dans les cas où elle a lieu ;

La compréhension des règles de ventilation des dettes entre passif commun et actif propres s'appuie sur la distinction entre deux principes : d'une part, la règle de la contribution aux dettes c'est-à-dire l'obligation de contribution aux charges du ménage entre époux impliquant le principe de la solidarité aux dettes, et d'autre part, la règle de l'obligation aux dettes c'est-à-dire obligation de paiement des dettes à l'égard des tiers⁷⁸. C'est cette dernière règle qui nous intéresse dans le cadre de cette étude. La règle d l'obligation des dettes s'examine dans les relations qui opposent d'une part les époux dans leur ménage, et d'autre part dans leur relation avec les créanciers du ménage qui sont les tiers. Ladite règle permet de déterminer l'étendue des biens⁷⁹ sur lesquels s'exerceront le droit de paiement des créanciers avec lesquels les époux ont traité et envers lesquels ils se sont engagés.

Les dettes nées du seul chef de l'époux dans les besoins de la famille peuvent tomber dans le passif provisoire parce qu'il devrait payer, le créancier et bénéficiaire d'un droit de récompense dans la communauté.⁸⁰ Par contre, les dettes nées du chef des deux époux ou plusieurs époux, la règle applicable est la solidarité dans les rapports de l'obligation de paiement de dette des époux envers les créanciers tiers au regard de l'article 220 alinéa 2 du code civil. La communauté et les propres constituent ainsi le gage général du droit de poursuite des créanciers tiers. Toutefois le mécanisme ne semble pas identique pour les tiers non contractants avec les démarriés.

2- La protection des droits des tiers héritiers des époux

Les héritiers sont les enfants des époux qui commerçants, associés ou actionnaires d'une société commerciale. C'est celui que la loi appelle à recueillir une succession. Personne ayant vocation à recueillir la succession d'un défunt⁸¹. Les héritiers directs des époux sont donc les enfants légitime, légitimés, les enfants adoptifs, les enfants naturels reconnus. Qui sont appelés à venir à la succession de leurs épouses.

3° des arrérages et intérêts seulement des rentes ou dettes passives qui sont personnelles aux deux époux ;

4° des réparations usufructuaires des immeubles qui n'entrent point en communauté ;

5° des aliments des époux, de l'éducation et entretien des enfants et des enfants et de toute autre charge du mariage »

⁷⁸ AKOMNDJA AVOM (V.), *Cours de Droit des régimes matrimoniaux*, Op.cit., P.67.

⁷⁹ Il s'agit des biens susceptibles de saisie et servir de gage au paiement des droits des créanciers du ménage.

⁸⁰ Cf l'article 1409 du code civil.

⁸¹ PUILEGIER (C.), *Dictionnaire juridique*, Op.cit., p. 592, n° 2636.

Le mot succession est utilisé dans deux sens il désigne d'abord la transmission à une ou plusieurs personnes vivantes du patrimoine d'une personne décédée. La succession est à cet effet un mode de transmission à cause de mort, donc un mode dérivé d'acquisition de la propriété au décès du propriétaire des biens⁸², et du point de vue de cette transmission, le patrimoine du défunt ou de *cujus* est envisagée, en principe, entant que tel, i.e. comme une universalité dans tous ses éléments actifs et passifs. - Il désigne également le patrimoine transmis. On dit alors d'une personne qu'elle recueille la succession du *de cujus* ; dans ce cas, succession est synonyme d'hérédité. Les personnes appelées à recevoir l'hérédité ou succession sont qualifiées de successeurs, d'héritiers ou, pour les opposer à leur auteur, d'ayants cause ou ayants droit de celui-ci. Le droit des successions est alors l'ensemble des règles juridiques qui s'organisent à l'occasion de la mort d'une personne et qui ont pour but d'établir des rapports avec les personnes dont cette personne (*de cujus*) dépend ou qui dépendent d'elle (*du de cujus*), ainsi que le sort qui sera réservé à son patrimoine. Le droit successoral subit également l'influence du principe jurisprudentiel selon lequel l'option de juridiction emporte option de législation.

A cet effet, le législateur OHADA tient compte de la préservation des intérêts des enfants. C'est pour cette raison il ne voudrait pas que le patrimoine de la famille soit mélangé à celui des entreprises commerciales à responsabilité illimitée. A coté des devoirs classiques que les époux doivent exercer sur leurs enfants⁸³, il y'a également ceux relevant à la préservation du patrimoine pour assurer leur avenir. Le droit confère aux parents un pouvoir de gestion sur les biens mais aussi un droit particulier, le droit de jouissance légale.

Les pouvoirs de gestion. Si le mineur est à la tête d'un patrimoine effectif, il appartient à ses père et mère de gérer ses biens : ils en sont les administrateurs légaux⁸⁴. La loi leur donne à cet effet le pouvoir de représenter leur enfant : il leur appartient de conclure tout acte juridique conforme à l'intérêt de l'enfant au nom et pour le compte de celui-ci⁸⁵. L'administration des biens relève de l'autorité parentale sur la personne et gestion des biens sont liées à un double titre : l'exercice unilatéral de l'autorité parentale sur la personne va en principe de pair avec l'exercice unilatéral du pouvoir de gestion sur les biens du mineur. A cet effet les limites posées par le

⁸² Article 711 du code civil.

⁸³ Le devoir d'entretien, devoir d'éduquer, le devoir de nourrir, le devoir de soigner ... Cf. le code civil.

⁸⁴ Article 382 du code civil

⁸⁵ FENOUILLET (D.), *Droit de la famille*, 4^e édition, Dalloz Paris, 2019, p.481, n°603.

législateur OHADA dans le droit des sociétés commerciales concourent à éviter les époux à faillir à leurs devoirs envers leurs enfants en cas d'exercice des poursuites par leurs créanciers.

Conclusion

Le droit OHADA manifeste un intérêt particulier pour les époux. Cette marque de considération se manifeste par la prise en compte des époux qui n'est pas l'œuvre des réformes de 2010 sur le droit commercial général et 2014 sur le droit des sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économiques. Le législateur OHADA avait déjà pensé bien auparavant en limitant la liberté des époux d'entreprendre. Toutefois, après les réformes un examen des avancées sur la place des époux en droit des affaires OHADA est nécessaire. Au bout de la présente étude l'on constate une certaine évolution a été faite en altérant certaines restrictions discriminatoires à l'égard des époux et de la femme mariée en particulier d'une part, tant dis que le législateur OHADA est resté constant dans son souci de protéger la famille des époux et ainsi que les tiers qui ont lien juridique avec ces derniers.

En fin de compte la place des époux doit être comprise comme un équilibre entre les responsabilités et libertés pour garantir la justice et légalité au sein de leur couple. Il ressort de tout ce qui précède que le législateur OHADA cherche à concilier deux exigences contradictoires le mariage et l'implication aux activités économiques susceptible d'engager le patrimoine des époux.

Les collectivités autonomes dans la vie internationale

Autonomous communities in the international scene

DIONLALTAREL TILO

Docteur en Droit Public

Enseignant-chercheur à l'Université de Doba-Tchad

diontilo2007@hotmail.com

Résumé : Dans un contexte mondial, les collectivités autonomes cherchent de plus en plus à développer des partenariats avec des acteurs internationaux. La coopération décentralisée permet aux collectivités autonomes de participer à des initiatives mondiales ou régionales, comme la gestion des crises environnementales, les projets de solidarité internationale, ou les échanges économiques. Le développement des compétences externes des collectivités autonomes leur permet également d'avoir la capacité d'interagir, collaborer et influencer les acteurs extérieurs à leur sphère locale. Ces compétences externes sont essentielles pour mieux répondre aux enjeux de gouvernance, de financement, d'innovation, et de développement durable. L'objectif de notre travail est de mieux comprendre les enjeux et les défis de la coopération internationale des collectivités territoriales. Pour atteindre cet objectif, nous avons procédé à un examen des pratiques de coopération recueillies dans divers documents gouvernementaux. Nous avons également analysé des articles et d'autres documents scientifiques. De cette analyse, il ressort que les relations internationales des collectivités autonomes doivent se faire dans le respect des compétences des États, ce qui impose une coordination et une collaboration entre les différents niveaux de gouvernance.

Mots clés : collectivité autonome, décentralisation, coopération internationale, droit international public

Abstract : In a global context, autonomous collectivities are increasingly looking to develop partnerships with international actors. The decentralized cooperation enables autonomous communities to participate in global or regional initiatives, such as environmental crisis management, international solidarity projects or economic exchanges. Developing the external competencies of autonomous communities also enables them to interact, collaborate and influence players outside their local sphere. These external competencies are essential to better respond to the challenges of governance, financing, innovation and sustainable development. The aim of our work is to gain a better understanding of the issues and challenges involved in international cooperation between local authorities. To achieve this objective, we conducted a review of cooperation practices collected in various government documents. We also analyzed articles and other scientific documents. From this analysis, it emerged that the international relations of autonomous communities must respect the competences of States, which requires coordination and collaboration between the different levels of governance.

Keywords: autonomous community, decentralization, international cooperation, public international law.

Introduction

Tous les Etats connaissent une organisation administrative et politique comprenant une collectivité territoriale nationale et des collectivités autonomes qui sont dans un rapport de hiérarchie en fonction d'une distribution de compétences territoriales¹. Les collectivités autonomes disposent parfois d'une certaine autonomie, mais, selon une formulation passée de mode, elles sont normalement inféodées à la Collectivité étatique. Par définition ces collectivités autonomes relèvent du droit national quant à leur existence et quant à leurs compétences et pouvoirs. Elles ne sont au regard du droit international que des composantes structurelles et fonctionnelles de l'Etat.

Toute collectivité autonome tend cependant à développer son action en cherchant à obtenir la plénitude des compétences possibles dans son cadre territorial ou dans son domaine². Cette tendance conduit à revendiquer une dimension externe dans les rapports avec les collectivités voisines et les entités d'autres Etats qui partageraient des intérêts communs.

L'Etat est lui-même une collectivité territoriale, mais qui a une nature exceptionnelle³ car il a une compétence générale ainsi qu'une personnalité internationale, corollaires de sa souveraineté plénière. Les collectivités autonomes revendiquent la compétence pour gérer leurs intérêts, qu'ils soient culturels, économiques ou sociaux. La tendance de certains Etats⁴ (Italie, Espagne, Belgique⁵, France, Etats fédéraux) est d'accepter une distribution interne de compétences en fonction de l'importance des collectivités territoriales. Elles n'ont pas pour autant de personnalité internationale et relèvent de la souveraineté de l'Etat. Cependant, le fait tend à précéder le droit et on constate en pratique que nombreuses sont les collectivités autonomes qui coopèrent dans une relation transfrontière⁶ avec une collectivité relevant de la souveraineté d'un autre Etat⁷.

¹ D. Carreau, *Droit International*, éd. Pedone. 3^e éd. 1991, p. 29 ;

² L. Favoreu, *Libre administration et principes constitutionnels. Réflexion sur la décentralisation*. éd. Economica, 1984, P. 71 ;

³ ; J. Fürstenberg, « Droit et pratique de l'action extérieur des collectivités locales », *Revue juridique du Centre-Ouest*, 1988, n° 1 et 2, pp. 12-23 ;

⁴ R. Lafore, « L'action à l'étranger des collectivités locales », *R.D.P.* 1988, pp. 763-765 ;

⁵ M. A. Lejeune, *Les relations internationales des Communautés et des Régions belges*, Ed. Faculté de droit de Nancy, 1987, p. 1 ;

⁶ Y. Luchaire, B. Dolez, A. Van troys, *Les relations extérieures des régions françaises, recueil des conventions conclues par les régions françaises avec des collectivités publiques étrangères*, Ministère de l'Intérieur, Ed. La documentation française, 1992, p. 356

⁷ P.M. Dupuy, *La coopération régionale transfrontalière et le droit international*, A.F.D.I. 1977, p. 837 ;

Les entités autonomes correspondent à plusieurs catégories : certaines se rattachent clairement à l'Etat comme les autorités administratives centrales ou déconcentrées ; elles relèvent du principe de hiérarchie interne et peuvent ainsi être contrôlées dans le cadre administratif de l'Etat. Les autres ont une certaine autonomie. Les établissements publics, comme les Universités, ont des compétences fonctionnelles, mais leur caractère spécial limite leur potentialité de relations externes. Ce sont les collectivités autonomes, parfois qualifiées de locales ou territoriales décentralisées, qui, fortes d'une légitimité obtenue par l'élection de leurs dirigeants, considèrent qu'elles ont vocation à gérer leurs affaires dans leurs dimensions interne et externe avec la plus grande autonomie⁸ et posent ainsi une question délicate tant au regard du droit interne que pour le droit international.

Les collectivités territoriales décentralisées connaissent plusieurs niveaux de compétence : l'Etat, en premier chef, qui a la plénitude des compétences, et en second lieu, selon le choix constitutionnel ou administratif, des collectivités ayant des compétences territoriales restreintes réparties soit hiérarchiquement en fonction du champ territorial, soit par une distribution privilégiant la complémentarité. La dimension internationale est à priori non partagée : l'Etat a seul la personnalité juridique dans l'ordre international. Cependant, on constate que toute collectivité tend à exercer la plénitude de ses compétences⁹, et le cadre étatique ne peut empêcher des relations entre collectivités publiques infra-étatiques par-delà les frontières¹⁰. C'est ainsi que les collectivités locales développent des relations transfrontières¹¹ et définissent des diplomaties actives auprès des organisations internationales¹².

⁸ L'article 2 de la loi n° 014 du 30 juillet 2024, portant Statuts des collectivités autonomes dispose : « les collectivités autonomes sont dotées de la personnalité morale. Leur autonomie administrative, financière, patrimoniale et économique est garantie par la constitution ».

⁹ J. Chapuisat, *La notion d'affaires locales en droit français*, thèse Paris, 1972, p. 156 ;

¹⁰ J. Chapuisat, « Les affaires communales », *À.J.D.A.*, 1976, pp. 470-473 ;

¹¹ Ch. Autexier, « L'ancrage constitutionnel des collectivités de la République », *R.D.É.*, 1981, pp. 581-584 ;

¹² Selon la technique dite du « lobby », des collectivités territoriales françaises ont établi des représentations auprès des institutions communautaires : des régions (Rhône-Alpes, Nord-Pas-de-Calais, Picardie), des départements (Manche, Pas-de-Calais, Vaucluse), des villes (Lyon), des regroupements de régions (Grand Est, associant : Bourgogne, Champagne-Ardenne, Lorraine, Alsace, Franche-Comté; Grand Sud, associant : Aquitaine, Languedoc-Roussillon, Midi-Pyrénées, Provence-Alpes-Côte d'Azur-Corse; Bretagne et Pays de Loire), des collectivités d'outre-mer (Martinique, Réunion) ;

A cette apparente contradiction entre l'unité de l'Etat et l'émergence des collectivités autonomes dans les relations extérieures répond à une pratique effective qui soulève de nombreuses questions.

Le fondement de l'action des collectivités autonomes est caractérisé par un titre de compétences dans l'ordre interne¹³, selon une gradation ou une subsidiarité¹⁴. Si les collectivités territoriales étendent leurs compétences dans un rapport transnational, peut-on établir une gradation de compétence externe entre collectivités territoriales décentralisées, de l'Etat à la commune¹⁵? Cette question sous-tend celles d'une éventuelle différenciation des relations internationales selon les collectivités concernées, et d'une certaine mise en cause des limites que sont les frontières.

La définition de certains concepts clés s'avère nécessaire pour une bonne compréhension.

Cornu Gérard définit¹⁶ la décentralisation comme le mode d'aménagement des structures de l'administration dans lequel, la personnalité juridique ayant été reconnue à des communautés d'intérêts ou à des activités de service public, le pouvoir de décision est exercé par des organes propres à ces personnes agissant librement sous un contrôle de simple légalité. La décentralisation consiste essentiellement à transférer certaines compétences de l'Etat vers les collectivités locales¹⁷. Toutefois, il faut constater que, dans la pratique, ce mode de gouvernance locale¹⁸ s'exerce à des degrés variables selon les Etats concernés¹⁹.

Les collectivités locales quant à elles constituent une expression générique désignant les groupements humains géographiquement situés au niveau infra-étatique et auxquels l'Etat a reconnu le pouvoir de s'administrer librement par des autorités élues²⁰. Au Tchad, par exemple, on distingue deux niveaux de collectivités territoriales, il s'agit notamment de la province et de la commune²¹.

¹³ GA. Beaudoin, *Le partage des pouvoirs*, éd. de l'Université d'Ottawa, 3^e éd., 1983, p. 401 ;

¹⁴ Voir C. Millon-Delsol, *Le principe de subsidiarité*, Que sais-je ? n°2793, Ed. F.U.P. 1993 ;

¹⁵ M. Pontier, *L'Etat et les collectivités locales*, Ed. LG.DJ, 1978, p. 100 ;

¹⁶ C. Gérard, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd, PUF, 2018, p. 657 ;

¹⁷ D. DIOP, *Décentralisation et gouvernance locale au Sénégal : quelle pertinence pour le développement local*, Paris, Edition L'Harmattan, 2006 ;

¹⁸ En vertu de l'article 2 de la Constitution tchadienne du 29 décembre 2023 ;

¹⁹ R. GHEVONTIAN, « Droit des relations internationales », *Imprimerie France Quercy*, Marseille, 1992, p.11

²⁰ La définition de l'article 72 de la Constitution française de 1958 ;

²¹ Voir les Statuts des Collectivités autonomes au Tchad du 30 juillet 2024 ;

La coopération décentralisée internationale des Collectivités Territoriales²² est définie comme l'ensemble des relations, activités entreprises ou conclues dans un cadre partenarial par les Collectivités Territoriales avec d'autres Collectivités Territoriales étrangères ou avec des organismes étrangers, dont le but est d'échanger et de transférer des expériences, de mettre en place des mécanismes d'appui technique, de soutien à la mise en œuvre des processus de décentralisation et de renforcement de la gouvernance locale et d'échange de savoir et savoir-faire entre Collectivités Territoriales de différents continents²³.

L'étude de la coopération internationale des collectivités autonomes présente un double intérêt : théorique et pratique.

Théoriquement, il existe deux conceptions de la coopération décentralisée internationale des collectivités autonomes, l'une extensive et l'autre restrictive²⁴. La conception extensive octroie à une multitude d'intervenants locaux la qualité d'acteur principal de la coopération décentralisée internationale. Il y a donc coopération décentralisée dès que l'un des deux partenaires, ou les deux, ont une assise locale, quel que soit leurs statuts La conception restrictive restreint les acteurs de la coopération décentralisée internationale uniquement dans les Collectivités Territoriales sans l'inclusion des acteurs locaux non gouvernementaux dans le domaine de la coopération décentralisée internationale.

Dans la pratique, l'implication des collectivités territoriales décentralisées dans la vie internationale répond à des besoins concrets de coopération transnationale et de gestion des défis

²² P. BLANCHER, *Droit des relations internationales*, 4^e éd, juillet 2011, p.1 ;

²³ M. Marcel, « La politique étrangère », in Madeleine GRAWITZ, Jean LECA, *Traité de Science politique, Les politiques publiques*, Paris, *LGDJ*, 1984, tome IV, pp. 470-476 ;

²⁴ Coopération que les collectivités territoriales peuvent engager avec des collectivités territoriales étrangères dans la limite de leurs compétences. Elle prend la forme de conventions, ou de participation à des sociétés d'économie mixte locale ou à des groupements d'intérêt public. « *Lexique des termes juridiques* », Dalloz, 2017-2018 ;

globaux²⁵. Il s'agit notamment des défis de développement durable²⁶, socio-économiques²⁷, gouvernance et culturels²⁸.

La question fondamentale faisant l'objet de notre analyse est celle de savoir : le droit international public contribue-t-il au développement de la coopération décentralisée ?

De nombreux arguments permettent d'affirmer que le droit international public encourage désormais la coopération décentralisée, mais connaît aussi de grandes difficultés à encadrer juridiquement la coopération décentralisée de manière cohérente et efficace, au risque de l'affaiblir.

En premier lieu, nous examinerons la question du développement encouragé des compétences externes des collectivités autonomes (I); en second lieu nous évoquerons la question de l'encadrement ambivalent de la coopération transfrontalière (II).

I- La coopération décentralisée encouragée par le droit international public

L'action effective des collectivités territoriales dans la dimension internationale repose sur une motivation volontariste liée à leurs intérêts propres, ce qui explique le pragmatisme, la diversité et l'hétérogénéité de leurs relations transfrontières²⁹.

²⁵ P. DAILLIER M. FORTEAU A. PELLET, *Droit International Public*, 8^e éd, LGDJ, novembre 2009, p.1709 ; D. RUZIE G. TEBOUL, *Droit International Public*, 20^e éd, 2010, p. 332 ;

²⁶ En matière de développement durable, les collectivités locales sont souvent les mieux placées pour mettre en œuvre des projets de développement à une échelle humaine et de proximité. Elles sont également plus proches des besoins spécifiques de leurs citoyens. Sur la scène internationale, ces collectivités peuvent être des partenaires importants dans des initiatives de coopération au développement, en particulier dans les domaines de l'éducation, de la santé, de l'environnement et des infrastructures ;

²⁷ S. KOUFEDJI, *Problématique des transferts financiers entre l'Etat et les collectivités locales : l'exemple du Sénégal et du Bénin*, Thèse de doctorat en droit public, UGB, Saint-Louis, 2021, p.17-18. Il faut noter que sur le plan économique, les collectivités territoriales décentralisées peuvent promouvoir leur territoire sur la scène internationale en attirant des investissements étrangers, en facilitant des échanges commerciaux et en collaborant avec des entreprises internationales. Cela peut aussi renforcer leur capacité à obtenir des financements pour des projets locaux ;

²⁸ Traité sur la chaîne culturelle européenne du 2 octobre 1990, entre la République Française et chacun des onze Länder qui avant la réunification composaient la R.F.A., les Länder ayant la compétence dans le domaine audiovisuel et culturel ;

²⁹ L. Condorelli, Les compétences des régions en matière de relations extérieures : l'expérience italienne, rapport présenté au colloque de Bruges de septembre 1984 sur « Le fait régional en Europe : son impact sur les institutions politiques » ;

Le fondement de l'action extérieure des collectivités territoriales est lié à leur compétence de gestion des affaires publiques ou locales³⁰. Mais la notion de compétence varie selon les collectivités et ce qu'elles considèrent comme étant de l'intérêt de la collectivité. Deux domaines sont privilégiés par les collectivités territoriales, la culture et le développement économique ; ils permettent des interprétations larges et ouvrent des coopérations transfrontières extrêmement variées. Fortes de leurs intérêts, les collectivités territoriales affirment leur droit de conclure des accords avec les entités territoriales qui disposent de compétences similaires (A). Ce droit est lié à leur autonomie (B).

A- Une compétence externe justifiée par l'intérêt propre de la collectivité territoriale

L'action extérieure des collectivités territoriales n'est pas nouvelle, historiquement et dans un cadre informel, elle a toujours existé, mais la motivation a évolué ; le localisme³¹ a tout d'abord généré des relations de confins (1), et peu à peu le voisinage a induit des intérêts communs (2).

1- Les relations de confins

Les relations de confins entre les collectivités territoriales décentralisées dans la vie internationale désignent les interactions et coopérations entre les autorités locales ou régionales situées à la frontière de différents États ou entités administratives. Ces collectivités sont des acteurs clés dans les relations internationales modernes, bien que la politique étrangère soit traditionnellement du ressort des États-nations. La décentralisation permet aux collectivités territoriales d'agir de manière autonome³² dans certains domaines, y compris à l'échelle internationale, en particulier lorsqu'elles sont confrontées à des défis transfrontaliers ou des opportunités de coopération³³.

³⁰ R. Dehousse, *Fédéralisme et relations internationales*, Ed. Bruylant, 1991, p. 20 ; L. Di Marzo, *The legal Status of Agreements concluded by component units of federal States with foreign entities*, *Annuaire, Canadien de Droit International*, 1978, p. 197 ;

³¹ ³¹ P Reuter, *Confédération et fédération*, « vetera et nova in, Mélanges offerts à Charles Rousseau, Ed. Pedone. Paris, 1974, p. 203 ;

³² L'article 257 de la Constitution tchadienne de 2023 précise que les collectivités autonomes « s'administrent librement par des assemblées élues et dans les conditions prévues par la loi » ;

³³ J.-Y. Grénon, « De la conclusion des traités et de leur mise en œuvre au Canada », *Revue du Barreau Canadien*, 1962, p. 151-153 ;

Le droit de voisinage a été encadré par le droit international³⁴ et les relations conventionnelles bilatérales. Outre la question des ressources naturelles et des communications, Charles de Visscher évoque « les accords frontaliers stricto sensu, d'un caractère plus intime, qui tendent à faciliter les conditions de vie des populations des confins »³⁵ ; les collectivités locales participent à cet aménagement qui reste limité. Cette pratique a été reconnue par la France avec l'Espagne par le Traité du 28 décembre 1858 relatif à la délimitation de la frontière qui énonce : « les dispositions précédentes ne dérogent à aucune des conventions qui pourraient exister à ce sujet entre les municipalités frontalières, et ne s'opposent pas à la conclusion de nouveaux contrats qui modifieraient les stipulations de la présente annexe »³⁶.

Les collectivités territoriales, ou plus généralement les gouvernements non centraux, ont su au fil des ans, et partout dans le monde, saisir les opportunités leur permettant d'imposer leur présence sur la scène internationale³⁷. À côté ou en liaison avec les États et d'autres acteurs non étatiques comme les entreprises et les organisations de solidarité internationale, ils ont constamment élargi leur action internationale³⁸. Au-delà des relations bilatérales nouées avec d'autres collectivités locales étrangères, dans le cadre d'abord des jumelages puis de la coopération décentralisée, les collectivités territoriales et les villes, aussi bien au Nord qu'au Sud, s'associent dorénavant dans de multiples réseaux internationaux. Elles sont aujourd'hui en quête de reconnaissance internationale auprès d'organisations régionales comme l'Union européenne (UE), ou d'organisations internationales comme l'Organisation des Nations unies (ONU) et les institutions de Brettons Wood³⁹.

Il s'agit bien là d'une forme de diplomatie, dont tous les éléments sont interdépendants, et constituent l'identité internationale des gouvernements locaux. Une diplomatie qui combine

³⁴ J. Andrassy, « Les relations internationales de voisinage », *R.C.A.D.I.*, 1951, II, p. 88-90 ;

³⁵ C. de Visscher, *Problèmes de confins en droit international public*, éd. Pedone, 1969, p. 89 ;

³⁶ Convention additionnelle au traité de délimitation du 2 décembre 1856, signée à Bayonne le 28 décembre 1858, Basdevant, tome II, p. 9 ;

La France a défini les relations transfrontalières par des échanges de lettres avec chacun de ses voisins échanges de lettres franco-espagnol des 30 mai et 17 juillet 1875, compte rendu de la réunion Franco-belge di 17 juin 1975, franco-suisse du 12 juillet 1973, franco-germano-suisse du 22 octobre 1975, franco-italien du 20 janvier 1981.

³⁷ J.Y. Morin, « La personnalité internationale du Québec », *Revue Québécoise de droit international*, 1984, pp. 163-164 ;

³⁸ J. Ferret Jacas, « La Constitution espagnole et les autonomies », *Revue de Science Administrative de la Méditerranée Occidentale, RSAMO*, n° 29/30, juin 1990, pp. 18-20 ;

³⁹ J.-Y. Grénon, « De la conclusion des traités et de leur mise en œuvre au Canada », *op.cit.*, pp. 151-153.

défense d'intérêts et de valeurs, isomorphe en cela à celle des États⁴⁰. C'est en ce sens que les acteurs locaux sont engagés sur la même route que les États. Néanmoins, dépourvus de compétences régaliennes, aussi bien au plan interne qu'international, ils doivent inlassablement, et avec ostentation, promouvoir des valeurs universelles de paix et de solidarité pour pouvoir prétendre agir dans un partenariat avec les États, et participer à la régulation de l'ordre politique international.

Les relations de confins entre les collectivités territoriales décentralisées dans la vie internationale sont un terrain fertile pour la coopération transfrontalière. Ces relations permettent aux autorités locales de jouer un rôle clé dans les domaines économiques, sociaux, environnementaux et culturels, tout en contribuant à la gestion des conflits, à la sécurité et au développement durable. Elles soulignent également l'importance de la décentralisation dans les relations internationales modernes.

2- La coopération de voisinage

La relation de voisinage génère des espaces communs qui peuvent être une revanche de l'histoire ou une solidarité partagée transcendant les frontières.

La solidarité économique tend à être l'axe essentiel de la coopération décentralisée⁴¹. Elle s'établit en fonction des problèmes locaux et des milieux économiques et géographiques. L'Europe voit se créer des regroupements infra-étatiques⁴² transfrontières de nature variée et aux intitulés qui s'efforcent de ressembler à des structures officielles : Communautés de Travail (Pyrénées⁴³, Alpes occidentales, Jura⁴⁴, Léman, Alpes-Adria⁴⁵, les interregions, les « districts européens ». Ces regroupements se font progressivement; il s'agit tout d'abord de répondre à des nécessités d'ordre local (routes, assainissement, protection de la faune..), puis d'entreprendre des actions collectives

⁴⁰ « *La coopération décentralisée, enjeux, acteurs, mécanismes et modalités de mise en œuvre* », Présentation effectuée aux premières Assises de la coopération décentralisée. Kinshasa, 30 octobre 2012 ;

⁴¹ K. Werner, D. Senigout, « La coopération transfrontalière de proximité, un enjeu majeur de développement », *Revue Française de Finances Publiques*, 1991, p. 143 ;

⁴² C. Durand, *Confédération d'Etats et Etat fédéral*, Bibliothèque des Sciences politiques et Sociales, Librairie M. Rivière, Paris, 1955, P. 23 ;

⁴³ B. Bernard Alvarez de Eulate, « Un organisme de coopération transfrontalière : La Communauté de Travail des Pyrénées. Organisation et fonctionnement », *A.F.D.I.* 1984, pp. 819-820 ;

⁴⁴ J. Rosselot, La Communauté de travail du Jura, *Administration*, n° 146, janvier 1990, p. 103 ;

⁴⁵ I. Luben, *Une structure transfrontalière en Europe centrale, des Alpes à l'Adriatique*, éd. Fondation pour les études de défense nationale, 1991, p. 56.

de gestion et d'aménagement et enfin d'exercer une action commune vers l'extérieur de l'inter-région.

Il existe également des coopérations et structures ad hoc. Par exemple la grande région Sarre-Lorraine-Luxembourg-Luxembourg belge-Palatinat occidental – Trèves » dans le cadre de laquelle ont été créées plusieurs structures : tout d'abord à la suite d'un échange de lettres entre les gouvernements de la France, de la RFA et du Grand Duché de Luxembourg⁴⁶ ont été mises en place une Commission intergouvernementale et une Commission régionale qui constituent le cadre SAAR-LOR-LUX⁴⁷. En même temps la coopération régionale a été organisée par un Institut pour la coopération Régionale dans les régions frontalières intra-communautaires avec un statut associatif de droit Luxembourgeois. La coopération a pris un tour plus politique avec la création du Conseil Parlementaire Interrégional par la Convention du 17 février 1986⁴⁸ signée par les présidents de la Chambre des Députés du Grand-Duché de Luxembourg, du Landtag de Rhénanie-Palatinat, du Landtag de la Sarre, du Conseil Régional de Lorraine et du Conseil Provincial du Luxembourg Belge ; le champ d'action du Conseil Parlementaire Interrégional couvre pratiquement toutes les compétences de gestion régionale : affaires économiques et sociales, transports et communications, environnement et agriculture, enseignement, formation, recherche et culture. Cette coopération est exemplaire et crée un espace territorial de gestion concertée transfrontière. La concertation et la coopération transfrontalière sont des phénomènes naturels⁴⁹ qui connaissent un développement quantitativement et qualitativement important en Europe et en Amérique du nord.

Pour concrétiser ces coopérations les collectivités concluent des « accords » ou institutionnalisent des regroupements européens, variés en leurs formes, mais qui expriment tous une volonté de ces collectivités de donner une dimension extérieure à leurs compétences et de gérer avec leurs voisins leurs intérêts et leurs problèmes. La coopération est culturelle et économique, mais elle pourrait déboucher sur une transnationalité politique.

⁴⁶ Décret n° 81-929 du 9 octobre 1981, J.O.R.F. du 16 octobre 1981, p. 2808.

⁴⁷ E. Restelli, *La coopération interrégionale SAAR-LOR-LUX, pour une stabilisation politico-institutionnelle d'un territoire transfrontalier*, in Les régions de l'espace communautaire, Presses Universitaires de Nancy, 1992, p. 217.

⁴⁸ Texte sur les relations extérieures des régions françaises, La documentation française, 1992, p. 157.

⁴⁹ Ch. Klss, *La Frontière-coopération*, Colloque de la S.R.D.I, de Poitiers, mai 1979, Ed. Pedone, 1980, p.12 ;

Par-delà les rapports transfrontaliers, les collectivités territoriales ont depuis longtemps développé des échanges informels qui progressivement se sont élargis à des solidarités nord-sud et à des liens économiques et sociaux. Les jumelages sont la première manifestation des relations extérieures des collectivités territoriales, en particulier des communes. Mais progressivement l'action extérieure des collectivités locales a débordé le simple jumelage incluant des volets d'action correspondant aux compétences locales. Dans ce cadre toutes les solidarités sont exercées⁵⁰. La participation des collectivités territoriales à la coopération extérieure aide l'action de l'Etat lui-même⁵¹. Les collectivités jouant ainsi un rôle technique et concret complémentaire de l'action gouvernementale⁵². En France⁵³ la participation des collectivités à l'aide au développement a été clairement acceptée par le Gouvernement qui a créé au sein du Ministère de la Coopération une Commission de la coopération décentralisée pour le développement⁵⁴.

B- La compétence externe protéiforme

La coopération transfrontière est à l'évidence hétérogène (2) avec des formes et des contenus variables, des participants différents, des dimensions spatiales intégrées ou distantes (1).

1- La variété des formes de la coopération transfrontière

Par définition la coopération transfrontière est le résultat d'une entente directe entre acteurs publics de niveau local. L'initiative appartient aux responsables des collectivités territoriales. L'essentiel pour ces acteurs est la définition de la relation fonctionnelle. La formulation de la coopération peut ainsi être très variée, « délibérations conjointes », « échanges de lettres », « accords » ; l'échange de consentement qui met en place la coopération a des appellations aussi variés que les traités internationaux⁵⁵.

⁵⁰ H, Perrot, *L'action extérieure des collectivités locales*, Administration, n° 136, juillet/sept. 1992, p. 121 ;

⁵¹ M. Pereira de Azevedo, *Les relations entre les Länder allemands et la Communauté européenne : vers une intégration des régions au sein de l'Europe communautaire*, Thèse, Université de Paris I, 1993, pp. 138-140 ;

⁵² J.L. Autin, *La coopération décentralisée pour le développement : entre légitimité et légalité*, Les Cahiers, C.N.F.P.T., n° 30, avril 1990, p. 13 ;

⁵³ P.A. Feral, *Les collectivités territoriales françaises en route vers l'union européenne*, Administration, n°138, Janv./mars 1993, p. 196 ;

⁵⁴ Arrêté du 27 janvier 1989, J.O.R.F. du 25 mars 1989, p. 3638 ;

⁵⁵ O.J. Lissitzyn, « Territorial Entities other than independent States in the law of Treaties », Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, *R.C.A.D.I.*, Tome 125, 1968, I, pp. 25-27 ;

Les échanges et les ententes restent souvent informels. On utilise en général la formulation d'accord lorsque l'on veut stabiliser et institutionnaliser une relation⁵⁶. Comme ces accords ne peuvent relever du droit international et être qualifiés d'internationaux, ce qui est réservé aux Etats et aux organisations internationales par les conventions de codifications du droit des traités, ils connaissent des appellations diverses, « fonctionnels-transfrontières » ou « infra-étatiques ». Leur nature est relative à leur conséquence juridique, et il faut examiner chaque cas pour évaluer les engagements et apprécier les éventuelles obligations juridiques ou financières.

La coopération peut être autorisée par un accord international conclu par les Etats⁵⁷, mais cela est rare. La coopération transfrontière procède des délibérations des collectivités concernées,⁵⁸ sous forme déclarative ou d'un acte administratif. Mais la coopération peut faire appel à d'autres entités, des associations, des établissements publics, ou des entreprises, mettant en œuvre une action ad hoc qui trouve un cadre juridique dans l'association ou le contrat.

2- L'hétérogénéité des domaines de la coopération décentralisée

La multiplicité potentielle des statuts des parties à une coopération transfrontière⁵⁹ est illustrée par deux exemples : la coopération créée avec le « Conseil Parlementaire Interrégional » associe une région française, la Lorraine, un Etat, le Grand Duché de Luxembourg, deux Länder allemands, la Sarre et la Rhénanie-Palatinat et la province belge du Luxembourg ; la Communauté de travail Alpes-Adria associe un Land allemand (Bavière), des régions italiennes (Lombardie, Vénétie, Trentin-Haut Adige, Frioul-Vénétie Julienne), la Croatie, la Slovénie, des Comitats de Hongrie (Győr-Sopron, Vas, Baranya, Zala, Somogy), un Canton suisse (Tessin) et des Länder autrichiens (Salzbourg, Carinthie, Styrie, Haute-Autriche, Burgenland).

La coopération peut être structurée et les participants mettre en place une organisation transfrontière correspondant à des espaces communs tels une conurbation, un bassin d'emploi, ou

⁵⁶ G. Teboul, *Les accords internationaux des collectivités territoriales*, Profession territorial, n° 11, octobre 1990, p. 12 ;

⁵⁷ Les Etats procèdent à un échange de notes et mettent en place un cadre interétatique, pour des coopérations de voisinages, ainsi entre la France et la Suisse au sujet du lac Léman ou du Jura, mais l'effectivité de la coopération est mise en œuvre par les collectivités territoriales ;

⁵⁸ ⁵⁸ Starck, « L'autonomie de gestion des collectivités territoriales et des autres personnes morales du droit public dans le cadre du fédéralisme allemand », *Revue française de Droit Administratif*, janvier-février 1989, pp. 93-100 ;

⁵⁹ P. Eckly, « La coopération transfrontalière et l'Administration française », *Collection Etudes et Travaux*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1989 ; *revue Diagonal* 99, février 1993, pp. 99-100 ;

une région géographique. Peut-on évoquer un « régionalisme international »⁶⁰ ? Ces coopérations restent fondées sur le consensus et la règle de l'unanimité, ce qui préserve les membres et repousse le débat sur la nature des organismes de coopération. Selon leurs développements, ils pourraient cependant générer une nouvelle catégorie d'organisations transnationales. Si l'on considère la qualité des organisations transfrontières, à l'instar du processus qui a conduit à reconnaître aux organisations internationales une personnalité juridique relative à leurs buts et fonctions, il pourrait être envisagé l'idée d'une personnalité « spéciale » reconnue par les Etats concernés par la coopération⁶¹.

La pratique des relations transfrontières repose sur une diplomatie⁶² sub-étatique directe entre responsables des pouvoirs locaux⁶³. Les relations au niveau des communes sont très nombreuses, mais d'effectivités variables. Le niveau infra-étatique des régions apparaît au premier plan. Leurs coopérations s'affranchissent des frontières et établissent sur le plan fonctionnel (mais n'est-ce pas celui qui est le plus concret pour les citoyens ?) des regroupements qui englobent les petits Etats et fractionnent les autres. Les frontières internes de l'Europe⁶⁴ changent de nature et ne sont plus les limites intangibles de systèmes culturels, sociaux ou économiques. Des réseaux infra-étatiques horizontaux confédèrent des espaces à travers la coopération fonctionnelle. Les frontières demeurent la limite de systèmes politiques et institutionnels, mais leurs effets sont affectés et diminués par ce mouvement de relations transfrontières privilégiées.

II-L'encadrement ambivalent de la coopération décentralisée

Le droit international reconnaît aux seuls Etats⁶⁵, en tant que collectivité globale, la qualité de sujet du droit international ; l'Etat seul est titulaire originaire de droits et d'obligations dans cet ordre juridique. Le concept de personnalité juridique internationale a évolué depuis que la Cour Internationale de Justice a déclaré dans son avis consultatif du 11 avril 1949 que « les sujets de

⁶⁰ Idem, p. 100 ;

⁶¹ En ce sens Y. Lejeune, « Le statut international des collectivités fédérées à la lumière de l'expérience suisse », LG.DJ, pp. 330-334; J. Verhoeven, *La reconnaissance Internationale dans la pratique Internationale*, Paris, Pedone, 1975, p. 689 ;

⁶² C. de Visscher, *Théories et réalités en Droit International Public*, 4 éd. Pedone, 1970, p. 111.

⁶³ F. Demichel, *Le rôle de la souveraineté dans les relations internationales contemporaines*, Mélanges 3. Burdeau, p. 1061 ;

⁶⁴ A. Eismain, *Eléments de Droit constitutionnel Français et comparé*, Paris, 1923, p. 57 ;

⁶⁵ La conduite de la politique étrangère est réservée à l'Etat, mais il peut associer les collectivités territoriales à l'élaboration et à l'adoption des engagements internationaux ;

droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits »⁶⁶. La capacité juridique internationale n'est donc plus exclusivement réservée aux Etats. Le droit international a accepté des personnalités à caractère fonctionnel et technique conçues par les Etats en reconnaissant la capacité internationale des organisations internationales. Celle-ci reste néanmoins relative à la réalisation des objets de chaque organisation.

En se plaçant sur un plan théorique et prospectif, la question de la diversification de la personnalité juridique internationale en faveur d'autres entités non étatiques peut se poser en faveur de nouveaux centres d'intérêts qui ont des compétences fonctionnelles reconnues et exercées.

Le droit international considère les collectivités infra-étatiques comme des acteurs de second rang, relevant de la collectivité étatique.

A- L'absence de personnalité internationale des collectivités territoriales

La question de la capacité juridique des collectivités autonomes a été débattue lors de l'élaboration de la Convention de Vienne sur le droit des traités à propos d'un projet d'article énonçant que « les Etats membres d'une union fédérale peuvent avoir une capacité de conclure des traités si cette capacité est admise par la Constitution fédérale et dans les limites indiquées dans ladite Constitution ». Ce projet fut écarté, mais les débats ont souligné le rôle préalable des Etats quant à la définition des capacités des Etats fédérés et confirmé que la base de cette capacité est l'ordre juridique interne et non le droit international (1). Le rejet de cet article a été analysé comme signifiant l'indifférence du droit international à l'égard d'une question qui ne regarderait que le droit interne⁶⁷. Cela a permis aux Etats de maintenir leur pouvoir de contrôle sur les collectivités autonomes (2).

1- La réticence des états face à la coopération transfrontière

Les Etats sont manifestement réticents à accorder une reconnaissance juridique à la coopération transfrontière. La convention élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe qui est la seule convention multilatérale qui l'évoque renvoie explicitement au droit interne. Au sein des Etats cette réticence se manifeste par le retard à adapter les droits nationaux à la réalité des accords entre

⁶⁶ Recueil C.I.J., 1949, p. 178 ;

⁶⁷ H. Thierry, J. Connacau, S, Sur, Ch. Valée, Droit international public, Ed. Montchrestien, 1975, pp. 71-282 ;

collectivités infra-étatiques. Nous allons évoquer les exemples de l'Autriche, de la France et de l'Italie qui illustrent à la fois la réticence des Etats et, pour les deux premiers, la nécessaire adaptation du droit à la pratique.

L'Autriche malgré son statut d'Etat fédéral depuis la Constitution du 1^{er} octobre 1920, n'avait pas prévu de compétence externe pour ses Länder. Or, depuis la Déclaration de Venise du 20 novembre 1978, plusieurs Länder participent à la Communauté de travail Alpes-Adria⁶⁸. L'existence de cette Communauté a généré une modification du droit autrichien : il paraissait en effet difficile, tout en affirmant le caractère fédéral de l'Etat et en soutenant la coopération interrégionale sur le plan diplomatique, de laisser celle-ci s'effectuer dans un vide juridique. Les Länder ont réclamé une révision de la Constitution⁶⁹. La révision constitutionnelle adoptée en novembre 1988 donne pouvoirs aux Länder pour conclure des engagements externes avec les Etats ou les subdivisions d'Etat aux frontières de l'Autriche dans les matières relevant de leur compétence. Les Länder n'ont pas une liberté complète ; ils doivent informer le gouvernement fédéral qui donne son approbation aux accords, et le ministre des Affaires étrangères est chargé de les coordonner dans le cadre de la politique étrangère autrichienne.

Avant le grand mouvement de décentralisation commencé par la loi du 2 mars 1982, le droit français ignorait la coopération transfrontière ou l'absorbait dans les relations internationales. La relation juridique directe entre collectivités territoriales n'était selon le Gouvernement « pas possible »⁷⁰. La loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions a ouvert une première possibilité ; selon l'article 65 de la constitution, les régions sont autorisées à organiser « à des fins de concertation, des contacts réguliers avec les collectivités décentralisées étrangères ayant une frontière commune avec elles ». L'ouverture, timide, est réservée aux régions et uniquement dans une relation transfrontalière directe, sous condition d'avoir « l'autorisation du

⁶⁸ I. Luben, *Une structure transfrontalière en Europe centrale des Alpes à l'Adriatique*, Ed. Fondation pour les études de défense nationale, 1991, p. 34 ;

⁶⁹ Décision de la Conférence des gouverneurs de Land du 27 Juin 1985 ;

⁷⁰ « Les institutions françaises réservent à l'Etat une compétence exclusive pour tout ce qui concerne les relations avec les autres Etats et les institutions internationales... L'établissement de relations directes entre un établissement public régional et les institutions communautaires n'est... pas possible », Réponse du Ministre des affaires étrangères à Question écrite, M. Debré, n° 22948, J.O.-A.N., 7 avril 1980, p. 1403 ;

Gouvernement »⁷¹. Le texte est très restrictif et en définitive tend à protéger les compétences classiques de l'Etat⁷².

L'Italie quant à elle, est généralement considérée comme un Etat unitaire largement décentralisé et la Constitution italienne reconnaît aux régions le pouvoir de fixer des règles dans de nombreuses matières. Mais la Constitution italienne n'accorde pas aux régions des pouvoirs d'action dans le domaine de la politique étrangère⁷³. Les régions ont compétence pour mener à l'étranger des activités de promotion dans les matières qui relèvent de leur compétence sous la condition d'obtenir l'acceptation préalable du Gouvernement italien.

La Cour constitutionnelle a affirmé sa position de principe : « Dans notre système constitutionnel, la formulation d'accords avec des sujets propres d'autres organisations relève exclusivement de la compétence des organes de l'Etat souverain... Seul l'Etat a le pouvoir de conclure des accords (quelle que soit leur dénomination particulière) avec des collectivités territoriales, d'un Etat étranger... Les régions n'ont pas, par principe, de compétences extérieures à leur domaine territorial propre »⁷⁴.

Ces trois exemples de cadre juridique étatique illustrent la prévalence de l'Etat et le souci de lui préserver le contrôle de toutes ses relations extérieures. Cette situation préserve l'unité internationale de l'Etat et empêche le démembrement des Etats « par le bas ».

En fait, l'Etat étant le seul acteur officiel reconnu par le droit international, il devient l'écran juridique d'une coopération externe infra-étatique. Le problème vient du développement irrésistible, politiquement et fonctionnellement de la coopération directe entre collectivités locales. L'émergence de structures de coopération transfrontière ne pourra se satisfaire d'un non droit qui ne leur accorde aucune existence juridique. Dans ce contexte l'Etat reste un écran entre le droit international et ses collectivités territoriales.

Face à ces réticences, les villes ont dû élaborer des stratégies afin de faire progresser leurs intérêts sur la scène internationale. Elles ont tout d'abord présenté leur projet de coopération

⁷¹ Idem, p. 1407 ;

⁷² Ceci est confirmé par le Décret n 90-655 du 18 Juillet relatif à la coopération régionale Caraïbes-Guyane ;

⁷³ V. Agostini, A. Mattioni, *Compétences externes des régions, rapport sur l'Italie. Les régions de l'espace communautaire*, éd. Presses Universitaires de Nancy, 1992, p. 141 ;

⁷⁴ Cour constitutionnelle, Arrêts n° 32 de 1960, n° 21 de 1968, n° 170 de 1985 ;

internationale sous les airs les plus modestes, et ont cherché à rassurer les États de deux manières : d'une part, en présentant leur projet de coopération comme se limitant à une coopération purement technico-scientifique impliquant des études et échanges de documents et de pratiques techniques et aucunement politique ; et d'autre part en assurant que l'inter municipalité se développerait dans le strict respect de la souveraineté des États, et aurait même pour conséquence de renforcer les liens entre les États, autrement dit, de renforcer le droit international. En ce sens, lorsqu'en 1924, le délégué cubain présenta à la SDN le projet de développement des relations entre municipalités d'États différents, il dut répondre aux craintes formulées par les représentants de certains États (notamment l'Italie et la France) qu'un tel projet ne heurte le principe de souveraineté des États : il souligna que l'inter municipalité constituerait « une sorte de diplomatie complémentaire qui » serait exercée sous le contrôle de l'État et qui ne pourrait donc jamais porter atteinte à la souveraineté de l'État. Dans ce contexte, l'Assemblée de la SDN put alors accueillir avec sympathie l'idée d'une coopération municipale internationale : à condition que cette coopération se déroule « *dans les strictes limites de la souveraineté* »⁷⁵ des États⁷⁶, notamment leur puissance économique, militaire et diplomatique⁷⁷.

2- Le contrôle de la coopération transfrontière

La responsabilité internationale reste imputable à l'Etat puisque les collectivités infra-étatiques n'ont pas de personnalité juridique dans l'ordre international. Le projet de la Commission du Droit International sur la responsabilité internationale de l'Etat confirme le droit international. L'article 7 impute comme « faits de l'Etat » les comportements des collectivités publiques territoriales ou de toute entité « qui est habilitée par le droit interne de cet Etat à exercer des prérogatives de la puissance publique ». L'autonomie de ces démembrements de droit interne n'a pas de conséquence au regard du droit international qui ne reconnaît que l'Etat comme sujet responsable.

⁷⁵ Résolution adoptée par l'Assemblée de la Société des Nations, *Comptes Rendus de la sixième Assemblée de la Société des Nations. Dix-septième séance plénière*, 25 septembre 1925, point 71, p. 15 ;

⁷⁶ P. Soldatos, *Les nouvelles villes internationales : profil et planification stratégique*, Aix en Provence, Serdeco, 1991, pp. 7-8 et 40 ; « Les messages ALLAS Proyecto : l'irréversible internationalisation des collectivités territoriales », in Cité Unies France, *Cahiers de la coopération décentralisée*, Numéro 5 spécial ALLAs, 2015, p. 100 ;

⁷⁷ <https://www.worldbank.org/en/topic/urbandevelopment/overview> consulté le 05/01/2025; ONU-Habitat, *Time to Think Urban. 53 UN-Habitat Model Projects 2013/14*, ONU-Habitat, 2013, p. 180 ;

Cette question devient délicate du fait même de la coopération transfrontière. La théorie de l'Etat écran a le mérite de la simplicité, mais elle présuppose que l'Etat exerce un contrôle préalable et effectif sur les collectivités infra-étatiques, ce qui apparaît de plus en plus difficile.

Ainsi dans le cas du Traité entre la République française et les onze Länder d'Allemagne relatif à la chaîne culturelle européenne, le Gouvernement fédéral ne pouvait ni politiquement ni juridiquement empêcher son adoption alors que l'inexécution ou le non-respect des clauses du traité implique la responsabilité internationale de l'Etat lui-même⁷⁸ et non pas des Länder signataires. Le gouvernement français conscient du problème de responsabilité et soucieux d'avoir une garantie effective a exigé du gouvernement fédéral une approbation formelle. Après un débat interne au Gouvernement fédéral qui montrait les réticences au niveau de l'Etat, l'approbation a été communiquée sous forme d'une lettre du directeur général des relations culturelles du ministère des Affaires étrangères fédéral. Ce cas illustre un autre aspect de la question, les réticences de l'Etat-écran lorsqu'il n'a pas de moyens réels de contrôle et que, selon le droit international, il doit assumer la responsabilité de la coopération transfrontière en cas de difficulté⁷⁹.

La rançon du monopole de l'Etat au regard du droit international est sa responsabilité⁸⁰. L'apparence de l'Etat est ainsi préservée et son unité garantie⁸¹. Mais cet état du droit souligne la contradiction entre le cadre juridique qui se veut celui de l'Etat et la pratique qui montre un développement de la coopération transfrontière difficilement contrôlable par les Etats.

Les accords de coopération décentralisée restent, en dépit de l'autonomie des collectivités, liés au droit de chaque Etat concerné. En effet chaque coopération qui génère des obligations ou des dépenses doit avoir un support sous la forme de l'acte autorisé à la collectivité territoriale. Cette condition permet un certain contrôle juridique ; encore faut-il qu'il soit politiquement exercé. Dans le cas de la France le contrôle juridique des délibérations de collectivités territoriales relatives à

⁷⁸ X. de Villepin, Rapport sur le projet de loi autorisant la ratification, Senat, Annexe au procès-verbal de la séance du 7 mai 1991, p. 12 ;

⁷⁹ Dans le même sens, dans le cadre du droit communautaire on a pu voir l'Italie être par deux fois condamnée par des arrêts en manquement de la C.J.C.E. pour le non-respect du droit communautaire des marchés publics par la ville de Milan ;

⁸⁰ Le Tchad par exemple a toujours maintenu les principes fondamentaux de l'unité de la personnalité juridique de l'Etat et du respect des compétences internationales de l'Etat ;

⁸¹ La dernière évolution du droit français reflète la nécessité de donner un cadre à la coopération décentralisée qui permette à l'Etat de contrôler les collectivités territoriales ;

des actions transfrontières est exceptionnel. Certains y voient la conséquence du décalage de légitimité entre les élus locaux et le représentant de l'Etat qui ne serait qu'un nommé.

Sans qu'elle conduise à un démembrement juridique des Etats, la coopération transfrontière met en place des diplomaties, des relations spécifiques et des regroupements fonctionnels dans un mouvement qui paraît irréversible, légitimé par les notions de pouvoirs locaux et de subsidiarité. On peut, sans pouvoir y répondre maintenant, s'interroger sur le futur cadre juridique de ces coopérations : va-t-on valider une compétence et donc une capacité fonctionnelle en définissant une personnalité fonctionnelle spéciale ? Le droit international et les Etats préservent le cadre juridique classique qui maintient l'unité des Etats au regard de toute coopération internationale.

Les collectivités territoriales demeurent des acteurs secondaires de la vie internationale. Le cadre de leur coopération transfrontière reste celui de l'autorisation juridique accordée par l'Etat qui seul a la personnalité internationale. Les collectivités territoriales doivent respecter les engagements internationaux de leur collectivité étatique et rester dans le cadre de leurs propres compétences.

Cependant le développement des compétences internes et externes des collectivités paraît irrésistible face à la pression des nécessités fonctionnelles locales et des revendications des citoyens. Le cadre de la construction européenne sert de modèle pour justifier une plus grande autonomie des collectivités territoriales afin de compenser le « déficit démocratique ». Le principe de subsidiarité, les solidarités transfrontalières et les coopérations de développement favorisent l'émergence des collectivités territoriales dans la vie internationale.

Acteurs de « second rang » ou « secondaires » les collectivités territoriales revendiquent un cadre juridique international qui leur garantirait une réelle autonomie fonctionnelle et les autoriserait à transférer leurs propres compétences à des institutions interrégionales⁸².

B- L'intégration timide des collectivités autonomes dans la vie internationale

Les collectivités territoriales par leurs réseaux et leurs coopérations transfrontières sortent des acteurs des relations internationales sur les plans fonctionnels et politiques⁸³. Nonobstant le refus

⁸² C. Engel, *Rapport général de synthèse, Les réglons de l'espace communautaire*, Ed, Presses Universitaires de Nancy, 1992, p. 55

⁸³ P. Combeau, « Coopération décentralisée », *Juris-classeur collectivités territoriales*, fascicule, 2011, pp. 16-18 ;

de leur accorder une personnalité juridique internationale, elles participent à la vie internationale avec l'accord préalable des Etats (1). Mais cette coopération reste incertaine en droit international public (2).

1- La coopération décentralisée assujettie à l'autorisation préalable des Etats

La compétence fonctionnelle des collectivités territoriales rejoint la compétence des organisations internationales. Ainsi, les organisations internationales européennes⁸⁴ travaillent directement avec les collectivités territoriales et encouragent la coopération transfrontière⁸⁵.

La Communauté Européenne est sans doute exemplaire dans la mesure où elle travaille directement avec les différentes collectivités territoriales éligibles à ses différents programmes⁸⁶ et où elle met en œuvre une politique de développement régional infra-étatique. Le Parlement européen soutient l'action directe que la Communauté a engagé, depuis l'Acte unique auprès des collectivités territoriales. Il considère que le niveau régional constitue « le niveau géographique et institutionnel le plus approprié pour élaborer et appliquer la politique régionale, fondée sur la planification et l'aménagement du territoire »⁸⁷.

Au plan institutionnel, a été créé un Conseil consultatif des collectivités locales et régionales⁸⁸ auprès de la Commission et le traité de Maastricht crée au titre d'organe de la Communauté européenne un Comité des Régions⁸⁹ ; mais il ne s'agit que d'instances consultatives.

La politique de cohésion économique et sociale de la Communauté a pour but de réduire les disparités économiques de l'espace communautaire dans cette perspective la Communauté

⁸⁴ Texte, dans le document du Conseil de l'Europe, CE/LOC. (5), p. 69 ;

⁸⁵ P.M. Dupuy, La coopération régionale transfrontalière et le droit international, AF.D.I, 1977, p. 858 ;

⁸⁶ Pour des réflexions relatives à la relation entre les traités intergouvernementaux et les accords infra-étatiques, voir notamment G. Burdeau, « Les accords conclus entre autorités administratives ou organismes publics de pays différents », in *Le droit international : unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 115-121 ;

⁸⁷ Parlement européen, Documents de séance, Rapport sur la politique régionale communautaire et le rôle des régions, Doc. A2-0218/88 Partie A, 21 octobre 1988, p. 8 ;

⁸⁸ Décision de la Commission du 24 juin 1988, n° L 247 du 6 septembre 1988, p. 23 ;

⁸⁹ Il est institué en ce sens un Comité à caractère consultatif composé de représentants des collectivités régionales et locales, dénommé Comité des régions ;

européenne encourage les coopérations transfrontières⁹⁰ en les suscitant⁹¹ ou en aidant à leur financement⁹².

Les Etats, à défaut de demeurer les seuls interlocuteurs des organisations internationales, s'efforcent de conserver un droit d'information⁹³ et de regard. Pour la France, la Charte de la déconcentration illustre le souci de maintenir le rôle du représentant de l'Etat au niveau régional entre les collectivités territoriales et la Communauté européenne : le préfet de région est chargé de fixer « les orientations nécessaires à la mise en œuvre des politiques nationales et communautaires concernant le développement économique et social et l'aménagement du territoire ». En fait les collectivités territoriales françaises ont un accès direct auprès des instances européennes ; la préfecture de région peut aider à la définition des politiques, mais son rôle n'est pas décisionnel.

2- L'incertitude de la coopération décentralisée⁹⁴

Le régime juridique applicable à la coopération décentralisée⁹⁵ et notamment aux conventions de coopération entre collectivités d'Etats différents reste aujourd'hui encore largement indéterminé et incertain : C. Maré voit même dans ces conventions des contrats « *sans droit fixe* »⁹⁶. Quel droit appliquer⁹⁷ aux conventions inter municipales⁹⁸ : le droit international ? Le droit interne ? L'hypothèse selon laquelle les conventions de coopération⁹⁹ pourraient être considérées comme des traités interétatiques a parfois été avancée¹⁰⁰, mais ensuite fermement repoussée par la

⁹⁰ Résolution n° 227 (1991) sur les relations extérieures des collectivités territoriales ;

⁹¹ C'est notamment le cas de « l'arc atlantique » qui a fait l'objet de débats au Parlement européen et a été aidé par la CEE lors de la constitution du réseau de coopération par un apport de 2 millions d'Ecus. L'Arc Atlantique a été constitué en avril 1990 et rassemble 29 régions de 5 pays : Portugal, Espagne, France, Royaume Uni, Irlande.

⁹² Y. Petit, *Financements communautaires en faveur de la coopération transfrontalière et mise en cause des frontières entre Etats*, in Les régions de l'espace communautaire, Presses universitaires de Nancy, 1992, p. 189 ;

⁹³ Décret n° 92-604 du 1^{er} juillet 1992, J.O.R.F. du 4 Juillet 1992, p. 8898 ;

⁹⁴ E. Decaux, « La convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou des autorités locales », *Revue de Droit International Public*, 1984, pp. 557-560 ;

⁹⁵ P. Combeau, « Coopération décentralisée », *Juris-classeur collectivités territoriales*, fascicule 60 (2011), 28 p.

⁹⁶ C. Maré, *La coopération décentralisée*, Levallois-Perret, Studyrama, 2012, p. 36, M. Audit, *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, Paris LGDJ, 2002, p. 423 ;

⁹⁷ N. Levrat, *Le droit applicable aux accords de coopération transfrontière entre collectivités publiques infra-étatiques*, Paris, PUF, 1994, p. 458 ;

⁹⁸ G. Burdeau, « Les accords conclus entre autorités administratives ou organismes publics de pays différents », in *Le droit international : unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 103-126 ;

⁹⁹ S. Lemaire, *Les contrats internationaux de l'administration*, LGDJ, 2005, pp. 115-116 ;

¹⁰⁰ P.-M. Dupuy, « La coopération régionale transfrontalière et le droit international », *AFDI*, 1977, pp. 837-860 ; Ch. Mestre, « La coopération décentralisée et le droit international », in Commission de l'Union Européenne et Assemblée des Régions d'Europe (dir.), *Le droit appliqué à la coopération interrégionale en Europe*, Paris, LGDJ, 1995, pp. 61-62 ;

doctrine principalement en raison de la nature des cocontractants, qui possèdent une personnalité juridique non internationale et distincte de celle de leur État¹⁰¹.

À titre d'exemple en ce sens, le droit français¹⁰² précise que ces conventions constituent des actes de droit interne et non des engagements internationaux de la France¹⁰³. Une grande partie de la doctrine tente en conséquence d'adapter les raisonnements et mécanismes classiques du droit international privé afin de déterminer la loi applicable et les juridictions compétentes pour trancher les litiges relatifs à ces conventions de coopération¹⁰⁴; mais cette adaptation est très difficile en raison de la nature à la fois administrative et internationale de ces contrats¹⁰⁵. Le régime juridique des conventions de coopération est en réalité déterminé – très imparfaitement et partiellement – à la fois par des dispositions des droits internes dont relèvent les collectivités concernées et, le cas échéant, par des dispositions de traités internationaux conclus entre leurs États respectifs : chaque État est en effet libre de définir dans son droit interne le régime juridique applicable aux contrats conclus entre ses collectivités et des collectivités étrangères, et peut aussi s'accorder avec d'autres États pour déterminer certains aspects du régime juridique applicable aux conventions conclues entre leurs collectivités respectives¹⁰⁶.

L'étude exhaustive des dispositions juridiques nationales et des traités internationaux¹⁰⁷ pertinents en la matière est bien sûr ici impossible, mais la simple analyse de quelques aspects du droit français permet d'illustrer la complexité du système auquel on aboutit¹⁰⁸. Le droit interne français impose que les conventions de coopération conclues par des collectivités françaises

¹⁰¹ N. Levrat, *Le droit applicable aux accords de coopération transfrontière entre collectivités publiques infra-étatiques*, Paris, PUF, 1994, pp. 290-315 (not. p. 300) et 341 ;

¹⁰² M. Audit, *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, Paris LGDJ, 2002, pp. 148-164 ;

¹⁰³ G. Teboul, « Le Conseil de l'Europe et les relations extérieures des collectivités territoriales – Quelques remarques », in *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, Economica, 2002, pp. 443-457 ;

¹⁰⁴ M. Audit considère que les solutions adéquates peuvent être trouvées en transposant les méthodes du droit international privé tout en les adaptant à la nature publique de ces conventions infra-étatiques, mais exclut la méthode du « droit administratif international » (M. Audit, *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, Paris LGDJ, 2002, pp. 283-284 ; C. Maré avance que cette transposition constitue précisément l'objet du « droit administratif international » ou « global » (C. Maré, *La coopération décentralisée*, Levallois-Perret, Studyrama, 2012, p. 37 ;

¹⁰⁵ M. Audit, *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, Paris LGDJ, 2002, pp. 199-200; P. Combeau, « Coopération décentralisée », *Juris-classeur collectivités territoriales*, fascicule 60 (2011), pp. 16-20

¹⁰⁶ M. Audit, *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, Paris LGDJ, 2002, pp. 165-196;

¹⁰⁷ ; H. Labayle, « Perspectives d'un droit commun pour la coopération transfrontalière des collectivités territoriales en Europe », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Douence*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 245-266 ;

¹⁰⁸ S. Lemaire, *Les contrats internationaux de l'administration*, LGDJ, 2005, pp. 135-162 ;

respectent non seulement les conditions de légalité du droit français, mais aussi les engagements internationaux de la France¹⁰⁹. Le droit français effectue aussi une certaine mesure de renvoi au droit interne de l'autre État concerné, en indiquant notamment que l'autorité locale étrangère partenaire est nécessairement une personne publique, ce qui implique d'analyser le droit interne de l'État de la collectivité partenaire. Dans le même sens, les traités internationaux conclus par la France¹¹⁰ concernant la coopération décentralisée imposent que les conventions conclues entre des collectivités françaises et étrangères¹¹¹ respectent non seulement les droits internes respectifs des États des collectivités, mais aussi fréquemment qu'elles respectent les engagements internationaux de ces États¹¹². La situation qui en ressort est donc celle d'une pluralité de régimes juridiques cumulativement applicables. Il s'agit d'un système qui, pour garantir le contrôle souverain des États sur leurs collectivités, prescrit l'applicabilité cumulative¹¹³ non seulement de plusieurs droits nationaux mais aussi de nombreux traités internationaux, et n'offre ainsi aucune solution claire à la question du droit applicable aux relations de coopération décentralisée.

On ne peut dès lors que constater l'immense difficulté qu'ont les États à encadrer de manière cohérente les relations entre leurs collectivités¹¹⁴, et souligner l'incertitude qui en résulte pour ces collectivités : c'est pourquoi la doctrine appelle de ses vœux une « unification internationale du régime applicable à ces contrats »¹¹⁵ et même « une internationalisation de la gestion du contentieux¹¹⁶ issu de ces conventions »¹¹⁷. Le droit international public semble ainsi appréhender la coopération décentralisée de manière ambivalente¹¹⁸: les États encouragent la

¹⁰⁹ H. Comte et N. Levrat (dir.), *Aux coutures de l'Europe, Défis et enjeux juridiques de la coopération transfrontalière*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 365 ;

¹¹⁰ G. Teboul, « Le Conseil de l'Europe et les relations extérieures des collectivités territoriales – Quelques remarques », in *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, Economica, 2002, pp. 443-457 ;

¹¹¹ H. Labayle, « Perspectives d'un droit commun pour la coopération transfrontalière des collectivités territoriales en Europe », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Douence*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 245-266 ;

¹¹² ; L. Malo, *Autonomie locale et Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 719 ;

¹¹³ X. Barella, « L'Union européenne et le Conseil de l'Europe. Entre influence et incidence sur la coopération décentralisée », *RGCT*, n°53, sept. 2013, pp. 16-26 ;

¹¹⁴ N. Levrat, *L'Europe et ses collectivités territoriales, réflexions sur l'organisation et l'exercice du pouvoir territorial dans un monde globalisé*, Berne, P.I.E Peter Lang, 2005, p. 304 ;

¹¹⁵ M. Audit, *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, Paris LGDJ, 2002, p. 333 ;

¹¹⁶ *Idem.* pp. 267-284.

¹¹⁷ C. Maré, *La coopération décentralisée*, Levallois-Perret, Studyrama, 2012, p. 37.

¹¹⁸ G. Teboul, « Le Conseil de l'Europe et les relations extérieures des collectivités territoriales – Quelques remarques », in *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, Economica, 2002, pp. 456-460

coopération décentralisée afin d'en tirer parti, mais tiennent à en conserver un contrôle souverain si exclusif que cela crée d'importantes incertitudes quant au régime juridique de cette coopération décentralisée, qui en est affaiblie. L'inversion de la perspective permettra maintenant d'observer si, et dans quelle mesure, la coopération décentralisée contribue réciproquement au développement du droit international public¹¹⁹.

Conclusion

Les collectivités territoriales décentralisées jouent un rôle de plus en plus visible et influent dans la vie internationale. Elles sont des acteurs clés dans la mise en œuvre des politiques mondiales, la coopération transnationale, la gestion des crises mondiales, et l'atteinte des Objectifs de Développement Durable. Leur influence grandissante repose sur des instruments juridiques internationaux qui reconnaissent et protègent leur autonomie. Cela implique non seulement la capacité à gérer les relations avec les autres acteurs publics et privés, mais aussi la compétence à innover, à accéder à de nouveaux financements et à défendre les intérêts de leurs citoyens au-delà du niveau local. Les collectivités qui développent ces compétences renforcent leur autonomie, leur efficacité, et leur impact sur le développement durable et inclusif. Cependant, des défis demeurent, notamment en ce qui concerne leur reconnaissance juridique en droit international et les limites de la souveraineté nationale. Relativement à la question de savoir si le droit international public contribue-t-il au développement de la coopération décentralisée, il serait judicieux d'affirmer que le droit international public encourage désormais la coopération décentralisée, mais connaît aussi de grandes difficultés à encadrer juridiquement la coopération décentralisée de manière cohérente et efficace.

¹¹⁹ N. Kada, « Coopération décentralisée : un droit sous influences », *La Semaine Juridique - Administrations et collectivités territoriales*, 2013, n°30, pp. 2218-2220.

Considérations juridiques et socio-politiques sur le droit de vote des étrangers en République fédérale d'Allemagne (RFA). Conditions et limites constitutionnelles

Legal and socio-political considerations on the right of foreigners to vote in the
Federal Republic of Germany (FRG). Constitutional conditions and limits

Hervé Ngulu Boka

LL.M.

Doctorant à la faculté de droit de l'université Justus-Liebig de Gießen

Assistant à la faculté de droit de l'université de Kikwit

Résumé : Pour renforcer l'identité constitutionnelle, il a été prévu certaines dispositions définissant et renforçant le pouvoir souverain dans la loi fondamentale (GG). Il s'agit notamment de l'article 20 alinéa 2 GG, qui, conférant au peuple le pouvoir d'exercer sa souveraineté par le biais des élections, fait partie des dispositions dont les éventuelles modifications se trouvent verrouillées conformément à l'article 79 alinéa 3 GG. Au regard de l'entendement que la constitution confère au concept « peuple », il a été développé certaines théories tendant à élargir ce concept aux étrangers, de manière à faire insinuer une possibilité pour ces derniers de participer aux élections fédérales et régionales. Le présent article tente d'analyser certaines de ces acceptions, puisées des considérations politiques, voire sociales, afin de les confronter aux conditions et limites à l'exercice du droit de vote, telles que posées dans les dispositions constitutionnelles.

Mots-clés : Élections, peuple, souveraineté étatique, République fédérale d'Allemagne.

Abstract: To strengthen constitutional identity, the Constituent provides for certain provisions defining and reinforcing sovereign power in the fundamental law (GG). These include article 20 paragraph 2 GG, which confers on the people the power to exercise their sovereignty through elections and is one of the provisions whose amendment is prohibited by article 79 paragraph 3 GG. In view of the constitution's broad understanding of the concept of “the people”, certain theories have been developed to extend this concept to foreigners, to insinuate a possibility for the latter to participate in federal and regional elections. The present article attempts to analyze some of these meanings, drawn from political and even social considerations, in order to compare them with the conditions and limits to the exercise of the right to vote, as laid down in constitutional provisions.

Keywords: Elections, people, state sovereignty, Federal Republic of Germany.

Introduction

A la suite de l'échec orchestré par le chancelier allemand sur sa politique désavouée et de la perte de la majorité au sein du parlement (perte occasionnée par l'effritement de la coalition en feu tricolore – Die Ampelkoalition¹), le président de la République fédérale a, en vertu des prérogatives lui dévolues à l'article 68 de la constitution², fixé les élections le 23 février 2025, après avoir dissout le Parlement le 27 décembre 2024. Le peuple allemand se voit donc à nouveau convié à exercer son droit constitutionnel de vote plus tôt que prévu ! En marge de cette situation, une question non sans importance, déjà évoquée jadis, refait surface. Il s'agit de la possibilité pour les étrangers résidant en RFA de prendre part aux élections, au même titre que les nationaux. Peuvent-ils voter ? Devraient-ils aussi prendre part aux élections fédérales et régionales ?

Notons que le droit de vote fait partie des droits fondamentaux essentiels, car il offre au peuple, en tant que souverain primaire, la possibilité d'élire ses représentants³, afin que ceux-ci accomplissent certaines obligations fort du mandat leur conféré par les électeurs⁴. Il constitue l'une des expressions les plus éloquentes de la démocratie. C'est dans ce sens que penchent les allégations d'Abraham Lincoln, selon lesquelles la démocratie est le pouvoir du peuple par le peuple et pour le peuple⁵. En outre, l'exercice du droit de vote exige le respect de certains principes dont celui de l'immédiateté, de généralité et de liberté.⁶

Consacré en droit international notamment dans la Déclaration des droits de l'homme et

¹ Cette expression, en abrégé rouge-jaune-vert, est une coalition entre le SPD, le FDP et le parti Bündnis 90/Die Grünen. Les couleurs de ces partis, rouge-jaune-vert, correspondent au type le plus courant de feux de signalisation. En général et au niveau international, on entend par là les alliances gouvernementales entre les partis sociaux-démocrates, libéraux et verts. Elle identifie la coalition dirigeante de la république fédérale d'Allemagne depuis le dernier scrutin de 2021.

² Cette disposition constitutionnelle confère au président de la République le droit de décider de la dissolution du Parlement fédéral endéans 21 jours à partir de l'échec de la question de confiance (Vertrauensfrage), c'est-à-dire de la censure exercée par le chancelier, et de convoquer les élections.

³ „Grzeszyck, *Grundgesetz- und Kommentar*“, Dürig/Herzog/Scholz/, 99. EL, September 2022, GG Art. 20, Beck-online, pt. 271.

⁴ Lire U. Sacksofsky, „Wer darf eigentlich wählen? Wahlberechtigung in den USA und Deutschland“, *Demokratie-Perspektiven*, Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag, 2013, pp. 313-328.

⁵ Lire A-E. Elmore, *Lincoln's Gettysburg Address: Echoes of the Bible and Book of Common Prayer*, Illinois University Press, 2014. p. 182 et suivantes.

⁶ E. Grabitz, EUV Art. 14, in *Hilf/Nettesheim/Hölscheidt, Das Recht der Europäischen Union*, 78.EL, 2023, Beck-online, pt. 71.

du citoyen du 26.08.1789⁷ et en droit européen, dans le TFUE (art. 22) et dans la Charte des droits fondamentaux (art. 39), le droit de vote est défini aux articles 20, 28 et 38 de la constitution. Si l'établissement de ce droit par la loi ne constitue en soi aucune thématique particulière, son exercice, confronté aux exigences sociales ou politiques actuelles laisse poindre une série d'interrogations légitimes. Les débats croissants en témoignent la teneur, lorsqu'il est par exemple abordé la problématique d'intégration, de protection contre les discriminations et de représentativité politique au sein de hautes institutions étatiques. Au bout du compte, ces différentes préoccupations réactivent le débat relatif à la possibilité pour les étrangers de participer aux élections en république fédérale d'Allemagne, comme c'est le cas dans certains États comme le Chili.⁸

Avec d'innombrables faits marquants, à l'instar de la crise migratoire, le 21^e siècle a inauguré une nouvelle ère, dans laquelle de nombreux États occidentaux, dont l'Allemagne, représentent une destination appropriée dans laquelle un flux migratoire important est enregistré. Les statistiques révèlent que jusqu'à la fin de l'année 2022, environ 11,82 millions d'étrangers se sont installés en dans cet État de l'Europe centrale⁹. Au cours de leur séjour dans cet État, ceux-ci deviennent une partie importante de la vie sociale ; en témoignent notamment leur apport dans le secteur du travail et dans divers autres domaines.

Bien que bénéficiant quasiment des mêmes libertés que les nationaux, ce qui devrait leur apporter en principe une sécurité suffisante, le besoin d'une participation active à la vie politique se fait au fil du temps très grandissant. Plus de droits, plus de représentativité en leur permettant d'envoyer des « délégués » au niveau du Parlement fédéral par exemple, tel est l'objectif d'un combat ou d'un rêve auquel sont accordées beaucoup d'aspirations. En vertu de ces aspirations, certaines associations, essentiellement composées d'immigrés, ont organisé des campagnes en faveur d'une extension du droit de vote aux étrangers, dont la célèbre menée en

⁷ Lire M. Lapidé, *Le combat et la Révolution française : naissance des options collectives*, université de Provence Aix-Marseille 1, 1996, p. 22 et suivantes.

⁸ Dans cet État d'Amérique latine, la loi fondamentale reconnaît le droit de vote aux étrangers résidant sur le territoire national depuis 5 ans sans interruption. Cette possibilité a été insérée dans la constitution de 1980 par le général Augusto Pinochet afin de gagner des voix des populations étrangères, qui au rebours des nationaux, lui témoignaient d'une grande admiration.

⁹ Voir Statistica Research Département, publiée le 11.11.2024, consultée le 29.11.2024 <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1221/umfrage/anzahl-der-auslaender-in-deutschland-nach-herkunftsland/>.

2017 avec le slogan « hier wohne ich, hier wähle ich » (je vote où je vis)¹⁰.

Au cours de l'histoire politique de l'Allemagne, plusieurs tentatives ont été menées dans le but d'accorder le droit de vote aux étrangers, soit au niveau des « Länder » (niveau régional), soit au niveau fédéral, en projetant une modification de la Constitution¹¹. En raison des dispositions constitutionnelles (GG¹²), en particulier des articles 20, 79 al. 3 et de l'article 116 GG, ces tentatives ont jusqu'à présent échoué. Au fond, il se dégage des dispositions citées, comme il sera détaillé dans le corps du travail, diverses divergences relatives à l'interprétation (téléologique) de la loi fondamentale dans l'entendement que celle-ci accorde à certains termes, dont le concept « peuple ». Tourné autour de l'appréhension de ce concept et du souci de sécuriser, voire de verrouiller les dispositions intangibles de la constitution, le débat sur le droit de vote des étrangers en RFA interroge le caractère constitutionnel ou anticonstitutionnel qui en résulterait.

A travers l'analyse des substrats constitutionnels relatifs au droit de vote (I), du rapport que ces derniers nouent avec l'hypothèse de participation à l'électorat en faveur des étrangers (II), la présente analyse entend se prononcer sur les conditions et limites résultant de la constitution elle-même, tout en prenant en compte les facteurs d'ordre juridique et socio-politique.

I- Étendue du droit de vote au regard du substrat légal

En tant que république fédérale, l'Allemagne est dotée, en plus d'une constitution, d'autres lois ou règlements régionaux. Ainsi, la question électorale, à l'instar d'autres matières, est traitée aussi bien dans la constitution que dans les lois des États fédérés (Länder).

A- Substrats législatifs

Le droit de vote est évoqué dans trois dispositions constitutionnelles, en plus de la loi relative au vote d'application sur toute la république fédérale (BWahlG). Il s'agit des articles 20, 28 et 38 GG. Il se trouve aussi réglementé par des lois à compétence régionale, applicables dans divers États fédérés (Landtagswahlgesetz).

¹⁰ Voir G. Restle, „Wahlrecht für Ausländer: wirklich verfassungswidrig?“, publiée le 27.07.2017, consultée le 30.11.2024, <https://www1.wdr.de/daserste/monitor/sendungen/wahlrecht-fuer-auslaender-100.html>.

¹¹ Voir Landtag Nordrhein-Westfalen, Stellungnahme 16/1225 zum Gesetz zur Weiterentwicklung der politischen Partizipation in den Gemeinden und zur Änderung kommunalverfassungsrechtlicher Vorschriften vom 9.10.2013.

¹² GG: Sigle signifiant Grundgesetz, traduit par « Loi fondamentale » en français.

1- Article 20 GG

Conformément au deuxième alinéa de l'article 20, le pouvoir de l'État est reconnu comme dépendant du peuple. Ce pouvoir étatique est accordé et exercé par le peuple par le biais des élections et à travers les organes législatifs précis.

Cette disposition fixe en fait les cadres ou mécanismes au travers desquels le pouvoir du peuple est exercé. Il en est ainsi des règles relatives à la procédure législative s'appliquant à cet égard¹³. En outre, le substantif « peuple », utilisé dans cette disposition, ne permet pas de savoir s'il s'agit exclusivement du peuple allemand ou s'il inclut également les étrangers établis en Allemagne. A cette préoccupation interviennent les dispositions de l'article 28 qui évoque l'expression « étranger » en droit électoral.

2- Articles 28 et 38 GG

Au rebours de l'art. 20, l'art. 28 donne une portée plus large sur le rapport du droit électoral aux étrangers résidant en Allemagne. L'article 28 al. 1, troisième phrase, prévoit que le droit de vote peut être exercé aussi bien par le peuple allemand que par les étrangers ou les citoyens de l'UE. Il convient de signaler qu'il est fait allusion notamment aux élections européennes. L'article 28 reconnaît l'exercice du pouvoir étatique par le peuple et mentionne les niveaux auxquels le peuple peut être représenté. Il s'agit en particulier des Länder, des arrondissements et des communes. La souveraineté reconnue au peuple implique une influence effective sur l'exercice du pouvoir de l'État par les organes législatifs, exécutifs et judiciaires¹⁴, sous réserve de ce qui est expliqué à propos du droit de vote et de l'éligibilité.

L'article 38 GG, quant à lui, se réfère exclusivement aux élections du Parlement fédéral (Bundestag). D'après les dispositions de cet article, les élections doivent avant tout être directes, libres et secrètes. Les conditions concrètes à remplir pour pouvoir élire ou être élu au niveau du parlement fédéral, se trouvent réglementées, comme il le sera décrit au deuxième point du travail, dans la loi relative aux élections fédérales (BWahlG¹⁵).

¹³ Lire H-D. Jaras, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 17 éd C.H.Beck., 2022, pt. 5 et 6.

¹⁴ Lire BVerfG, arrêt du 31.10.1990, 2 BvF 3/89, NJW 1991, 159.

¹⁵ BWahlG: Bundeswahlgesetz.

3- Landstagswahlgesetz (LWG)

Il s'agit d'une loi spéciale qui règle en détail l'organisation personnelle et matérielle des élections au niveau des parlements régionaux. Ce texte s'appuie en général sur la loi fédérale relative aux élections en ce qui concerne, notamment, les conditions relatives au droit de vote (art.12 BWahlG) et celles relatives à l'éligibilité (art. 15 BWahlG).

B- Droit de vote et éligibilité

Ces deux notions permettent de déterminer celui à qui la loi reconnaît la capacité de voter et celui qui peut être élu. La réglementation du vote en tant que tel doit être considérée comme le résultat d'une lutte acharnée pour l'égalité. A l'instar de nombreux pays démocratiques, l'Allemagne a, elle aussi, connu un long processus avant que l'universalité du vote ne s'impose¹⁶.

1- Du droit de vote

Le terme « droit de vote » n'a pas été défini dans la Constitution. L'article 38 alinéa 2 mentionne superficiellement l'adjectif « électeur », qui se limite uniquement à l'âge. Selon cet article, toute personne âgée de dix-huit ans révolus peut se voir reconnaître le droit de vote.

Le droit accordé au citoyen de participer à l'élection des représentants du peuple est le droit le plus noble dans un État démocratique¹⁷. Partant de l'article 20 alinéa 2, deuxième phrase GG, le citoyen ou le peuple, en tant que souverain primaire constitutionnel, en faisant usage de son droit de vote, participe à la formation de la souveraineté étatique¹⁸. Les articles 12 à 14 BWahlG constituent la base juridique du droit de vote actif pour les élections fédérales. Ils concrétisent le principe de l'universalité du droit électoral et en garantissent une jouissance égale et non discriminatoire¹⁹.

2- De l'éligibilité

Tout comme le droit de vote, la constitution a défini la notion d'éligibilité, en s'appuyant

¹⁶ U. Sacksofsky, op.cit., pt. 27.

¹⁷ Klein, „GG Art. 38“ in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 100.EL, 2023, pt. 153.

¹⁸ Id.

¹⁹ Lire à ce sujet T. Oblet, *La portée symbolique du droit des votes des étrangers aux élections locales*, Hommes & Migrations, 1998, (104-114), p. 106 et suivantes.

sur les dispositions de l'article 38, alinéa 2 GG d'abord, avant que la loi fédérale sur les élections se livre au même exercice ensuite. Cet article fixe les conditions ci-après : Avoir atteint l'âge de la majorité, lequel est fixé à 18 ans depuis le 22 mars 1974. Si pour les nationaux, la jouissance de ce droit ne constitue aucun problème, il présente diverses nuances, lorsqu'il est abordé la possibilité de profiter aux étrangers vivant sur le territoire de la république fédérale.

II-De l'élargissement du droit de vote en faveur des étrangers

Cette thématique cache une question essentielle devant servir de ligne cardiale pour notre analyse : Quels sont les facteurs qui militeraient en faveur d'un éventuel élargissement du droit électoral aux étrangers ? Cette réflexion présente d'abord un bref aperçu historique, brossant le point de départ du débat.

A- Aperçu historique de la réflexion sur le droit de vote des étrangers en RFA

1- Le point de départ

La question du droit de vote des étrangers en République fédérale d'Allemagne remonte aux années 1970. Au cœur du débat se trouvait la question de l'intégration de nombreux étrangers que la République fédérale avaient accueillis. Alors que les uns, c'est-à-dire les expulsés acquéraient la nationalité allemande et tous les droits y afférents, les autres, par exemple les travailleurs immigrés, ne se voyaient pas reconnaître le droit de séjour et ne pouvaient pas acquérir la nationalité. Il s'en suivit que l'appartenance ethnique, outre l'argument selon lequel la socialisation n'est qu'un processus, était le facteur déterminant pour l'octroi et la reconnaissance de la nationalité et de tous les autres droits.

Il devint ainsi évident que la seule façon d'espérer un véritable changement était de mieux interpréter le mot « peuple » qu'évoquent les articles 20 et 28 GG²⁰. Les débats ont d'abord eu lieu dans le nord de l'Allemagne, après que les pays scandinaves ont étendu la participation aux élections municipales aux citoyens ayant immigré sur leur territoire. La même approche a été expérimentée dans les Länder de Hambourg, du Schleswig-Holstein, de Brême et de Berlin. Deux questions ont servi de base à la réflexion : La première était de savoir s'il était possible d'accorder le droit de vote aux étrangers sans procéder au préalable à une réforme

²⁰ Voir Pedroza (L), „*die Anhaltenden Debatte über das Ausländerwahlrecht in Deutschland*“, publiée le 28.11.2022, consultée le 16.09.2024. <https://www.bpb.de/themen/migration-integration/kurzdossiers/514333/die-anhaltenden-debatten-ueber-das-auslaenderwahlrecht-in-deutschland/>.

constitutionnelle. La seconde tournait autour de la question de savoir s'il y avait vraiment des raisons de penser que ces étrangers méritaient le droit de vote. Les avis provenaient de différents partis politiques, dont la CDU²¹. Ce parti était avant tout soucieux d'établir un lien étroit entre la nationalité et le droit de vote. Ainsi, cette formation affichait une position tendant à faire révéler un assentiment à l'idée d'accorder le droit de vote aux étrangers. D'autres partis, comme l'AFD²², soutinrent que le droit de séjour des étrangers et leur intégration ne poursuivent pas d'objectifs politiques.²³ Sous cet angle, cette question dépassa la sphère politique et sociale, pour finalement être présentée comme une véritable préoccupation du droit constitutionnel.

2- Présentation des questions à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale du 31.10.1990

La grande portée, que cette question a suscitée, a conduit la Cour constitutionnelle fédérale à se prononcer à ce sujet. Un député de la CSU²⁴ avait adressé une requête sollicitant le contrôle de constitutionnalité auprès de la BVerfGE²⁵. La question posée était de savoir si le droit de vote des étrangers aux élections municipales et de district, conformément à la loi du Schleswig-Holstein modifiant la loi sur les élections municipales et de district du 21 février 1989, était conforme à la Constitution. Cette loi avait, dans son article premier, limité le droit de vote à certains étrangers. Il s'agissait des citoyens de l'Irlande, du Danemark, des Pays-Bas, de la Norvège, de la Suède et de la Suisse, qui résidaient habituellement depuis au moins cinq ans sur le territoire fédéral et qui possédaient un permis de séjour régulier²⁶.

Dans son argumentation, la Cour s'est principalement appuyée sur l'extension de la notion de peuple et a estimé que les étrangers ne faisaient pas partie du peuple et ne pouvaient donc pas se voir octroyer le droit d'élire ou d'être élus.²⁷ Cette réponse de la cour constitutionnelle permet de s'appréhender qu'au cœur de ce problème se trouve une notion essentielle, le peuple, dont la compatibilité et l'interprétation doivent être soigneusement examinées à la lumière des dispositions constitutionnelles.

²¹ CDU: Christlich Demokratische Union (Deutschlands).

²² AFD: Alternative für Deutschland.

²³ Id.

²⁴ Christlich-Sozial Union in Bayern.

²⁵ BVerfGE : Bundesverfassungsgericht.

²⁶ Voir BVerfGE 83, 37, arrêt du 31.10.1990, 2 BvF 2/89, 2 BvF 6/89, BeckRS 1990, 113209.

²⁷ Voir BVerfGE 83, 37, arrêt du 31.10.1990, 2 BvF 2/89, 2 BvF 6/89, BeckRS 1990, 113209.

B- Compatibilité avec la notion du peuple

Du point de vue du droit international, cette notion a une importance considérable, puis que faisant partie des éléments constitutifs d'un État au sens de l'art. 1 de la Convention de Montevideo. Le substantif « peuple » est significatif dans la conception et la matérialisation de la souveraineté de l'État, car il représente le détenteur du pouvoir²⁸. Contrairement aux autres composantes de l'État, il suppose, en effet, l'existence des personnes physiques. Si l'on se limite exclusivement à l'article 20 GG, on peut constater que cette notion présente une certaine ambiguïté.

1- De l'ambiguïté de la notion de peuple

A la lecture de la constitution allemande, l'article 20, qui rattache l'exercice du droit de vote au le peuple, ne détermine pas très clairement l'étendue du concept « peuple », si bien qu'il n'est pas aisé de dire avec précision qui constitue concrètement ce tout, à savoir le peuple. Certains auteurs ont émis des critiques à ce sujet dont Bryde, Meyer et Hobe.

Pour Bryde, il doit être à la disposition du simple législateur de déterminer qui doit effectivement faire partie du peuple²⁹. En effet, le danger d'une telle ambiguïté réside dans le fait que de nombreux facteurs ou conditions sociales en faveur des étrangers plaident en faveur de leur appartenance au peuple allemand. Comme il sera vu plus loin, le sentiment d'appartenance, qui s'est développé au cours du séjour à long terme d'un étranger, pourrait par exemple l'amener à se considérer définitivement comme un citoyen du pays étranger dans lequel il s'est installé. Un regard sur la vie quotidienne montre que les étrangers sont devenus une partie importante de la société allemande, notamment grâce à la main-d'œuvre qu'ils représentent dans l'industrie.

Quant à Meyer, ancien professeur de droit constitutionnel, l'article 20 ne mentionne que le mot peuple. Tenter de limiter cet article au peuple allemand reviendrait à réduire le droit de vote à la nationalité et donc à un traitement discriminatoire. Il reste convaincu qu'il est tout à fait raisonnable d'accorder le droit de vote à un étranger qui est pleinement intégré dans la société allemande, qui travaille en République fédérale, qui paie ses impôts et qui est soumis

²⁸ L. Walter, *das Volk realer oder fiktiver Souverän?*, 1e éd. Duncker & Humblot, 2005, p. 47.

²⁹ N. Peterson, *Demokratie-prinzips in Art. 20 Abs. 20 GG angesichts der Herausforderungen moderner Staatlichkeit*, Preprints of the Max Planck Institute for Research on collective Goods, Bonn, 2008, p. 5 et suivantes.

au droit national au même titre que les allemands eux-mêmes³⁰.

De son côté, Hobe est d'avis que la notion de peuple a acquis une dimension européenne à la suite de l'élargissement de la participation au droit de vote aux élections communales découlant de l'article 28, alinéa 1, phrase 3 GG.³¹

On peut néanmoins constater que seul le droit de vote dans les arrondissements et les communes est concerné par cette disposition. En ce qui concerne le rapport avec les élections législatives régionales et fédérales, d'autres dispositions aident à mieux comprendre la notion de peuple.

Certains facteurs lui sont accordés afin de définir ou de limiter sa portée. Il s'agit par exemple de la langue et de la culture. L'article 116 GG consacre cette notion.

2- Le concept « peuple » d'après les dispositions de l'article 116 GG

Aux termes de cet article, est allemand celui qui possède la nationalité allemande ou qui est réfugié ou expulsé d'origine allemande ou qui, en tant que conjoint ou descendant, a été accueilli sur le territoire du « Reich allemand » tel qu'il fut au 31 décembre 1937. Comme il ressort du libellé de cette disposition, la notion de la nationalité dans le contexte sous examen met en relief les termes « nationalité », « réfugié » et « relations nuptiales ».

a- Nationalité

Est naturellement allemand celui qui possède la nationalité allemande. Aux termes du troisième paragraphe de la loi sur la nationalité (StAG), la nationalité allemande peut s'acquérir notamment par la naissance, par l'adoption et la naturalisation. Ce même paragraphe institue aussi l'acquisition de la nationalité par la déclaration (Erklärung), qui s'applique entre autres en cas d'enfants d'un parent allemand qui n'ont pas acquis la nationalité allemande à la naissance ou d'une mère qui a perdu la nationalité allemande avant la naissance de l'enfant en se mariant avec un étranger. La loi fixe aussi cette possibilité pour les enfants trouvés (§ 4. 2). La loi dispose, en effet, qu'enfant trouvé sur le territoire national est considéré, jusqu'à preuve du contraire, comme l'enfant d'un Allemand.

³⁰ Voir Restle (G), « *Wahlrecht für Ausländer: wirklich verfassungswidrig?* », publiée le 27.07.2017, consultée le 30.11.2024 <https://www1.wdr.de/daserste/monitor/sendungen/wahlrecht-fuer-auslaender-100.html>.

³¹ Lire Peterson, op.cit., p. 5 suivantes.

b- Réfugié ou personne déplacée

Selon le paragraphe 1 de la Loi fédérale sur les personnes déplacées (BVFG) , est expulsée toute personne de nationalité allemande ou appartenant au peuple allemand qui avait son domicile dans les territoires allemands de l'Est anciennement sous administration étrangère ou dans les territoires situés en dehors des frontières du Reich allemand selon l'état territorial du 31 décembre 1937 et qui l'a perdu en raison de l'expulsion, notamment par expulsion ou fuite, dans le cadre des événements de la seconde guerre mondiale. Il s'ensuit que la fuite doit être comprise comme une sous- catégorie de l'expulsion dans la définition susmentionnée³².

Ce critère se base sur une orientation historique. Il est important de souligner que le terme de « fuite » ou « réfugié » utilisé dans cette constellation doit être séparé du réfugié dont le statut est régi par le droit d'asile.³³Ce dernier se trouve règlementé par la loi relative à l'asile (AsylG), servant en fait de mesure d'application au droit européen, notamment de la Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres de l'Union européenne et la Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale.

c- Le conjoint

La protection accordée par la constitution au mariage s'étend au fait que l'article 116, alinéa 1 GG inclut les conjoints et les descendants de personnes déplacées d'origine ethnique allemande dans le cercle des Allemands statutaires, dans la mesure où ils sont intégrés ou expulsés en raison de leur lien avec un membre de l'ethnie.³⁴

Il est important de noter qu'au cœur de cette réflexion frénétique, une caractéristique très décisive est mise en relief, qui sert de clé de voûte entre le droit des étrangers et ce que le droit de vote sous-entend. Il s'agit de la souveraineté populaire.

C- La souveraineté populaire comme facteur décisif de l'action électorale du peuple

Le caractère décisif de la souveraineté populaire réside dans le fait que tout pouvoir étatique est rattaché à la volonté du peuple.³⁵Dans cette mesure, la souveraineté populaire est

³² Von Münch et al., *Art. 70-146, Grundgesetz Kommentar*, 6 éd., München, 2012, p. 1425.

³³ A. Dietz, *Ausländer und Asylrecht*, 3^e éd. Nomos, 2020, p. 25.

³⁴ Von Münch, *op.cit.*, p. 1430.

³⁵ Grzeszick, *op. cit.*, pt. 63.

considérée à la fois comme un principe juridique et comme une norme fondamentale de la démocratie³⁶. Sous cet angle, il apparaît adéquat d'examiner son rapport de conciliation avec l'exercice du droit électoral en faveur des étrangers.

1- Tentative de conciliation avec le droit de vote en faveur des étrangers

L'article 20 impose au peuple certaines tâches dont l'accomplissement est une belle expression d'un lien de rattachement à l'État. Sans se prononcer précisément sur l'exclusion du droit de vote des étrangers, ses dispositions donnent des éclaircissements sur les limites susceptibles d'être imposées à la participation des étrangers aux élections. Pour déterminer correctement la signification du mot « peuple », il est utile de ne pas se concentrer uniquement sur l'article 20, alinéa 2. C'est le quatrième alinéa, qui, en instituant le droit à la résistance, tente de rapprocher ce dernier du droit de vote.

En effet, contrairement à l'alinéa 2, qui n'utilise que le mot "peuple", l'alinéa 4 mentionne clairement le « peuple allemand » et lui confère le droit de résister par tous les moyens à toute entreprise visant à détruire ou à mettre en péril l'ordre étatique établi résultant de sa volonté en tant que souverain primaire. La question qui se pose dans ce contexte est de savoir ce qui est exigé des étrangers face à des actes susceptibles de porter atteinte à l'ordre étatique établi. Doivent-ils contribuer à faire respecter l'autorité établie ou se distancer d'une autorité à la constitution de laquelle ils n'ont pas participé ?

Sous réserve des hypothèses qui seront formulées par la suite, il semble opportun de faire constater que de l'interprétation découlant des dispositions de l'article 20, les étrangers ne participent pas aux élections ou, plus précisément, ne participent pas à la souveraineté populaire qui permet l'exercice du pouvoir étatique. En outre, Birkenheier rapporte que si l'article 20 alinéa 1 GG limite expressément aux allemands ce droit de résistance, compris comme une émanation de la souveraineté populaire, cela signifie, fort d'une l'interprétation littérale de la constitution, que les étrangers ne font pas partie du peuple souverain au sens de l'article 20 al. 2, première phrase³⁷. Il est convenable de garder à l'esprit que la citoyenneté dépasse parfois l'angle juridique, exprimant ainsi une appartenance politique qui, en soi, n'impose ni pratiques culturelles ni modèles d'organisation, mais une exigence de solidarité³⁸.

³⁶ Lire U. Leisner, op.cit., p. 23 et suivantes.

³⁷ M. Birkenheier, *Wahlrecht für Ausländer*, Duncker & Humboldt, 1976, p. 35.

³⁸ T. Oblet, op.cit., p. 108.

Les allégations de Birkenheier semblent être fondées lorsque l'on jette un regard sur les conditions devant être remplies pour voter ou être éligible.

2- Conditions pour l'exercice du droit de vote

Les conditions à remplir pour l'exercice du droit de vote doivent être examinées en tenant compte de différents types d'élections. Il s'agit des élections municipales, des élections régionales, des élections fédérales et des élections européennes³⁹.

a- Élections locales

Les élections locales peuvent être considérées comme les élections au niveau administratif le plus bas, car elles permettent à la population d'élire ses représentants au sein des structures ou organes locaux,⁴⁰ parmi lesquels figurent notamment les élections des conseils municipaux et des conseils de comté, ainsi que celles du maire.⁴¹ Chaque État fédéré organise lesdites élections de manière particulière. Néanmoins, certaines conditions requises par la majorité de régions sont identiques.

Les citoyens allemands, au sens de l'article 116 GG, ont le droit de vote et sont éligibles. En outre, depuis l'élargissement de l'article 28, alinéa 1, troisième phrase, les autres citoyens de l'UE ont également le droit de participer aux différentes élections communales⁴². Cela suppose que ces citoyens soient domiciliés sur le territoire de la commune ou du district.

Dans la même logique, les ressortissants d'autres États ont également le droit de participer aux élections visant à constituer certains organes, dont la mission est notamment de fournir des recommandations aux services d'Immigration. Il s'agit des conseils consultatifs des étrangers des villes ou des districts (Ausländerbeirat). Même si ces organes n'ont été créés qu'à des fins consultatives, l'on peut supposer que le législateur allemand souhaite ainsi, dans une certaine mesure, réaffirmer la protection ou les droits des étrangers. En arrière-plan de cette réglementation se cache l'idée que dans les très petites communes, une assemblée communale

³⁹ D. Nohlen, *Wahlrecht und Parteiensystem, zur Theorie und Empire der Wahlsysteme*, 8e éd., Barbara Budrich, 2023, p. 41 et suivantes.

⁴⁰ Lire A. Saftig, *Kommunalwahlrecht in Deutschland*, in A. Von Mutius/F-L. Knemeyer: *Kommunalrecht-Kommunalverwaltung*, Band 5, 1e éd., Nomos, 2017, p. 45 et suivantes.

⁴¹ H-J. Thiel, *Kommunalwahlrecht Schleswig-Holstein*, 1e éd. u.Schlu-verlag, 2018, p. 44.

⁴² Lire C. Gröpl et al., *Art. 28 Grundgesetz Studienkommentar*, 5e éd. Druck& Humboldt, 2022, pt.16.

peut constituer un organe efficace assurant une bonne représentativité.⁴³

b- Élections régionales

Les élections régionales permettent d'élire les membres ou les représentants du peuple au sein d'un Land (Landtagswahl).⁴⁴ Les conditions relatives au droit de vote sont fixées par une loi spéciale, en l'occurrence la loi fédérale relatives aux élections (BWahlG), qui, elle, s'appuie sur l'article 166 GG en ce qui concerne la question de la nationalité.

En vertu de l'article 12 BWahlG, la nationalité allemande est la première condition pour le droit de vote. Il faut ensuite être âgé de huit ans révolus, résider sur le territoire fédéral depuis au moins trois mois et ne pas être exclu du droit de vote par une décision de justice. Les mêmes conditions s'appliquent pour l'éligibilité. En outre, l'article 15 BWahlG renchérit que celui qui, en vertu d'une décision judiciaire, n'est pas éligible ou n'a pas la capacité d'exercer une fonction publique est exclu du droit de vote.

c- Élections fédérales

Il s'agit des élections des représentants du peuple au niveau du parlement fédéral, le Bundestag. Comme pour les élections régionales, les conditions de vote sont définies dans la BWahlG. Ces dernières se basent sur l'article 116 GG, qui fixe la nationalité allemande en condition sine qua non.

Il est apporté à ce stade une petite particularité du système électoral allemand. Chaque électeur dispose, en effet, de deux voix. Avec la première (Erststimme), il choisit directement un candidat dans sa propre circonscription. La seconde voix (Zweitstimme) permet, en revanche, de voter directement pour un parti.⁴⁵ C'est cette voix qui définit le score obtenu par chacun des partis et permettra de répartir les sièges à la proportionnelle et d'obtenir une représentation parlementaire fidèle au poids politique des différents partis. Les députés sont élus pour un mandat de quatre ans. La répartition des sièges au Bundestag est finalement équivalente aux résultats du vote proportionnel, mais avec des députés différemment élus, sur liste, ou en circonscription. En général, le résultat ne donne pas de majorité absolue à un parti,

⁴³ Gröpl, *op.cit.*, Rn. 19.

⁴⁴ D. Nohlen, *op.cit.*, p. 41 et suivantes.

⁴⁵ Lire M. Morlok, *Grundzüge des Wahlrechts*, Jus 2022, 1019.

impliquant de former une coalition.⁴⁶

d- Élections européennes

Les élections européennes permettent d'élire des représentants au Parlement européen⁴⁷. La principale condition est de revêtir le statut de citoyen de l'UE au sens de l'article 19 TFUE et de l'article 14, al. 3 TUE. La particularité de ces élections réside dans le fait que chacun ne peut élire que les députés de son pays.

Force est de constater qu'à travers les conditions découlant de la constitution et d'autres textes, dont la BWahlG, le législateur fixe clairement les limites de l'exercice du droit de vote, qui excluent ainsi sur le plan juridique les étrangers de cet exercice. Qu'à cela ne tienne, une autre question, assez élémentaire, mérite une attention soutenue : Si les étrangers sont exclus des élections, devrait-on considérer que ce droit devrait leur être accordé ? Cette question trouve sa réponse dans l'analyse des motivations sociales et politiques qui exposent à la fois les tentatives de réforme du droit de vote et les positions de différentes formations politiques sur cette question.

D- Au sujet des projets de réforme en faveur du droit de vote des étrangers

Le thématique du droit de vote en faveur des étrangers, comme on peut s'en apercevoir, dépasse la seule sphère juridique. Les faits précédant le droit, de nombreux facteurs se cachent en arrière-plan d'une telle approche. Dans le cadre de la présente analyse, cette approche regroupe les facteurs d'ordre social d'une part et ceux d'ordre politique, de l'autre.

1- Présentation des facteurs d'ordre social

Le fait que l'on s'interroge constamment sur le droit de vote des étrangers sur le territoire fédéral est la preuve de l'existence d'un sentiment d'inégalité régnant dans le chef des étrangers, qui s'est développé et renforcé au fil du temps. Certaines raisons peuvent expliquer cette situation. Il s'agit entre autres du sentiment d'appartenance que les étrangers acquièrent après avoir vécu longtemps en Allemagne et des contributions de différents types auxquelles ils sont tenus pendant leur séjour.

⁴⁶ Heinrich Böll Stiftung, « Comment les Allemands votent-ils et pourquoi un système électoral si complexe ? » publiée le 19 juillet 2021, consultée le 15 décembre 2024 <https://fr.boell.org/fr/2021/07/19/comment-les-allemands-votent-ils-et-pourquoi-un-systeme-electoral-si-complexe>.

⁴⁷ C. Sommer, *Europarecht*, 11 ed. Alpmann Schimdt, 2017, p. 71.

a- Le sentiment d'appartenance

Un regard sur l'histoire de l'Allemagne montre qu'en 1974, 4,1 millions d'étrangers étaient déjà installés dans cet État de l'Europe centrale⁴⁸. De ce nombre, il a été établi qu'environ 83% des habitants de l'Allemagne étaient issus de l'immigration⁴⁹. Au près des étrangers, certains facteurs ont conduit à l'intériorisation la culture allemande. On peut citer la langue, la parenté et l'amitié.

La langue est considérée comme un élément important qui permet l'accès ou l'ouverture aux autres. Elle fait en effet partie des éléments culturels décisifs d'une population donnée. La langue allemande est – à juste titre – l'une des principales conditions à remplir pour être admis dans une université sur le territoire fédéral ou être employé dans une activité donnée⁵⁰. En outre, l'article 10, alinéa 1, phrase 1 n° 6 de la loi sur l'acquisition de la nationalité allemande (StAG) en fait (logiquement) une condition préalable à la naturalisation.

Le fait que les étrangers maîtrisent la langue allemande après une longue période de séjour, ce qui augmente leur appartenance à la culture allemande, est un aspect qui pourrait, dans une certaine mesure, provoquer l'aspiration à plus de revendications. De même, le facteur de parenté tenterait aussi à justifier ces revendications relatives à l'exercice du droit de vote.

b- L'apport économique

A l'instar des nationaux, l'apport des étrangers au développement économique du pays est un facteur majeur. Cela peut se traduire par exemple par les prestations fournies dans l'exercice du travail et le paiement de diverses taxes. Actuellement, il n'est plus un secret que le besoin sans cesse croissant de main-d'œuvre sur le territoire fédéral est plus que palpable. Au cours de son développement, l'Allemagne, comme plusieurs autres États, a eu à recourir à la main d'œuvre étrangère afin de soutenir son économie. Il paraît de ce fait plausible de reconnaître que ces éléments conduisent en permanence à exprimer le besoin d'accès à l'exercice de certains droits.

⁴⁸ Birkenheier, op. cit.

⁴⁹ Voir Bundeszentrale für politische Bildung, publiée le 24.04.2024, consultée le 21.09.2024 <https://www.bpb.de/kurz-knapp/zahlen-und-fakten/soziale-situation-in-deutschland/61646/bevoelkerung-mit-migrationshintergrund/#:~:text=Im%20Jahr%202022%20hatten%20nach,7%20Prozent%20an%20de%20la%C3%B6 population totale.>

⁵⁰ Lire A. Kristen, *Sprache: Wege zum Verstehen*, 3e éd. Utb, 2010, p. 30.

Il convient de remarquer que les revendications d'ordre social ne suffisent pas à secouer la pertinence des limites constitutionnelles cadrant l'exercice du vote, qui reste un droit essentiel, impactant directement la souveraineté de l'État. Les facteurs sociétales évoqués mettent en avant-plan, on s'en aperçoit bien, les besoins de sécurité sociale et écartent avant tout la portée du lien sacré du patriotisme qui, à notre avis, devait pourtant prévaloir. Cet aspect vaut aussi son pesant d'or lorsqu'il faut prendre en compte les facteurs d'ordre politiques, car ici aussi, il n'est pas évident que les revendications sont formulées pour l'intérêt des étrangers, les acteurs politiques trouvant aussi leur propre compte.

2- Présentation des facteurs d'ordre politique

Le décryptage des éléments d'ordre politique révèle d'une part le souci de garantir une meilleure représentativité en faveur des étrangers et d'autre part la recherche des acteurs politiques à garantir et renforcer leur électorat.

a- Garantir les droits des étrangers : une meilleure représentativité

Avec l'omniprésence des étrangers sur toute l'étendue de la République fédérale, la question d'une bonne garantie des droits par une représentativité dans les institutions importantes s'est avérée inéluctable. Ainsi, face aux constats faits au quotidien, certains élevaient la voix et reflétaient l'image d'une société dans laquelle les minorités manquaient de porte-parole au niveau parlementaire.⁵¹

Cet aspect reflète certes la préoccupation d'une catégorie de la population qui aspire à plus de droits, mais révèle surtout une méfiance à l'égard de l'impartialité dont doit faire preuve l'Administration et, par conséquent, du contenu de l'article 3 de la Constitution, qui reconnaît l'égalité de tous devant la loi, indépendamment de la nationalité, de la race, de la religion et d'autres critères. Dans ce contexte, il met également l'accent sur l'importance du mandat des députés en question, qui revêt un caractère général, puisqu'ils agissent pour l'ensemble de la population et la représentent. Les députés portent la voix de ceux qui les ont élus, de ceux qui ne les ont pas élus et de ceux qui se sont abstenus de voter.

⁵¹ Lire H. Diefenbach, *Der Beitrag der Migrations-und Integrationsforschung zur Entwicklung der sozialwissenschaften* in I. Gogolin/B. Nauck: *Migration, Gesellschaftliche Differenzierung und Bildung*, Springer Fachmedien, (37-52), 2002, p. 38 et suivantes.

b- Garantie d'éligibilité en faveur des politiciens allemands

Si les motivations politiques traduisent la volonté de renforcer la représentativité de la population étrangère, elles peuvent également constituer une opportunité majeure que les politiciens utilisent à leur avantage.

Les acteurs qui sont conscients de grandes attentes des étrangers, de pouvoir participer aux élections, se présentent en réalisateurs de ces desideratas et s'assurent ainsi de maintenir leur électorat vivant. Le meilleur exemple est la situation dans l'État de Berlin, où un projet de loi fut présenté pour insérer le droit de vote des étrangers résidant en permanence depuis au moins cinq ans sur le territoire fédéral et pour modifier ainsi la constitution.

Tout d'abord, une initiative visant à modifier l'article 28, paragraphe 1 de la GG a été soumise au Bundesrat. Cette initiative a été motivée par des politiciens de gauche, dont madame Elif Eralp. Il fut littéralement rapporté : *« Près de 10 millions de personnes, soit 14% de la population, sont actuellement exclues des élections faute de passeport allemand. Ils pourraient alors enfin exercer ce droit démocratique partout en Allemagne. Le jugement de 1990 issu de la Cour constitutionnelle fédérale ne serait adapté à notre époque et la notion de peuple de la Loi fondamentale devrait donc être interprétée différemment aujourd'hui et englober l'ensemble de la population. »*⁵² En outre, les Verts rapportent par la voix de Jian Omar que la participation politique était une partie importante de l'enracinement social ; une large participation politique augmenterait l'acceptation des institutions politiques et de leurs décisions.⁵³

Dans les faits, les politiques, ayant réalisé que la population allemande n'était pas favorable à la plupart de leurs actions ou projets, ont décidé de se tourner à la quête des voix des étrangers. En réalité, estime Alexander Raue⁵⁴, il ne s'agit pas de doter les étrangers des moyens politiques tendant à améliorer leur situation, mais de trouver de nouveaux supporters pour leur propre intérêt. Il n'est pas question de servir, mais de se servir eux-mêmes. Avec leurs

⁵² Eralp (E), publiée le 10.09.2024, consultée le 22.09.2024.

<https://elif-eralp.de/aktuelle-beitraege/> .

⁵³ Omar (J), „Behördenchaos bei Einbürgerungen beenden – Antragsabgabe und Erstberatung auch in der Übergangphase der Zentralisierung sicherstellen“, publiée le 15.06.2023, consultée le 23.08.2024 <https://www.rbb-online.de/imparlament/berlin/2023/15--juni-2023/15-juni-2023---32--Session-des-Berliner-Abgeordnetenhaus/jian-omar--buendnis-90-die-gruen---top31.html> 4

⁵⁴ Voir Raue (A), « Vermieter Tagesbuch, » publiée le 20.03.2022, consultée le 22.10.2024.

<https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.youtube.com/%40VermieterTagesbuch&ved=2ahUKEwiYyemQ00CKAxXtlP0HHc3wCzMqFnoECAsQAQ&usg=AOvVaw3MqoRAafwm5vl4JWT8Sugq>.

idées extrêmes, ils perçoivent qu'il leur manque simplement la majorité pour mettre en œuvre leur politique. Il s'agit en fait de mener une lutte pour augmenter le nombre de votants au profit de leur chance d'être élus.⁵⁵ Il semble que les stratégies des politiques soient si variées que leur comportement ou leur quête de pouvoir dépasse les limites constitutionnelles. Dans ce contexte, il convient d'examiner la possibilité de modifier la Constitution en vue de l'extension du droit de vote aux étrangers ou à une certaine catégorie de ceux-ci, notamment ceux des États membres de l'UE.

3- Analyse d'une possible modification constitutionnelle en faveur du droit de vote pour étrangers

Cette question met en musique les dispositions de l'article 79 alinéa 3 GG, tout en conservant celles des articles 20, 38 et 116 GG évoqués supra.

a- Tentative de réponse en vertu de l'article 79 GG

L'article 79 traite de la question des éventuelles modifications de la Constitution. Il admet tout d'abord la possibilité que la Constitution en vigueur ne puisse être modifiée que par une autre.

En ce qui concerne la modification de certaines dispositions, qui consacrent directement la souveraineté du peuple, il pose une interdiction formelle, traduisant en quelque sorte la théorie de « l'identité constitutionnelle » (Verfassungsidentität). Cette expression désigne généralement la somme de caractéristiques et de principes spécifiques et immuables qui caractérisent une constitution et la distinguent des autres. Elle comprend les aspects qui constituent l'essence même d'une constitution et qui sont par conséquent immuables.⁵⁶

Dans cette perspective, les articles 1 et 20 GG tombent sous le coup de l'interdiction des aspects constitutifs de la « Verfassungsidentität ». En effet, l'article 1 porte sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui sont inviolables. Le deuxième alinéa mentionne nommément le peuple allemand, sans exclure bien sûr les autres nationalités établies sur le territoire fédéral, à qui cette protection constitutionnelle profite. En ce qui concerne

⁵⁵ Lire Tschiederer (M), « étude à long terme : la confiance dans les politiciens a fortement baissé au fil des décennies », publiée le 20.12.2022, consultée le 23/09/2024. <https://www.derstandard.de/story/2000141977315/langzeitstudie-vertrauen-in-politiker-ging-ueber-jahrzehnte-stark-zurueck> .

⁵⁶ Lire R. Pracht, Residualkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts: ultra vires, Solange II, Verfassungsidentität, Mohr Siebeck, 2022, p.254.

l'article 20, il s'agit de la forme démocratique de l'État et surtout de l'exercice de la souveraineté populaire, notamment par le biais des élections. Aux termes de l'article 79 alinéa 3, toute tentative de modification de ces deux dispositions constitutionnelles est frappée d'irrecevabilité.

Eu égard à cette réglementation, il apparaît légitime de s'interroger si l'octroie ou l'instauration du droit électoral en faveur des étrangers violerait-il l'identité constitutionnelle. Devant la complexité d'éventuelles théories pouvant répondre à cette préoccupation, il nous semble plausible de déduire qu'une telle démarche violerait en effet l'identité constitutionnelle, ou la mettrait en danger. L'article 79 alinéa 3 ne devrait pas se détacher de l'article 116 GG qui institue la nationalité allemande comme condition essentielle pour le droit électoral. Attribuer aux étrangers le droit de vote serait contraire à l'esprit de l'article 20 GG, car il permettrait aux non-allemands de prendre part à l'élaboration de la souveraineté étatique.

Dans la pratique, cependant, des projets de loi ont été formulés à plusieurs reprises pour modifier notamment les articles 20 et 38 afin d'accorder le droit de vote aux étrangers. Tel fut le cas à Brême⁵⁷ et, plus récemment, à Berlin, où un projet de loi fut déposé pour étendre le droit de vote des étrangers non seulement dans cette région de Berlin, mais aussi dans toute la République fédérale. Une commission fut alors mise en place pour évaluer le projet et émettre un avis.

**b- Aperçu de l'expertise sur la recevabilité d'un droit de vote des étrangers
au niveau des districts, des Länder, de l'État fédéral et de l'Europe du
09.12.2022**

- Question posée

A la demande du président de la Chambre des représentants, une commission parlementaire scientifique fut constituée à la suite d'une requête du groupe parlementaire AfD afin de donner un avis sur la possibilité d'élargir le droit de vote des étrangers sur le plan fédéral, au niveau régional, spécialement dans l'État de Berlin.⁵⁸

⁵⁷ Voir StGH Bremen: Keine Ausweitung des Wahlrechts zur Bremischen Bürgerschaft (Landtag) auf Unionsbürger, NVwZ-RR, 2014, 497.

⁵⁸ Abgeordnetenhaus von Berlin, Gutachten über die Zulässigkeit eines Ausländerwahlrechts auf Bezirks-, Landes-, Bundes- und Europaebene vom 9. Dezember 2022, p. 2.

Il était également question de déterminer s'il est nécessaire de modifier la constitution pour obtenir cette extension au profit des étrangers, et si une telle modification serait contraire à l'article 79, paragraphe 3. C'est dans cet esprit qu'il fallait aussi évaluer quel pourrait être le rôle du droit européen dans cette problématique et quelle devrait être la portée de la notion de "peuple" selon la constitution.⁵⁹

- De l'avis de la Commission

De manière générale, le comité scientifique s'est prononcé contre une éventuelle extension du droit de vote des étrangers à tous les niveaux. Le facteur décisif sur lequel s'est fondée son analyse était la notion de peuple au sens de la Constitution.

Il met en relief le lien indissociable entre la souveraineté populaire et le droit de vote. Dans sa conception, il exclut totalement les étrangers en vertu de l'article 20 en combinaison avec l'article 116 GG. La même logique s'applique à la participation des étrangers aux élections de l'État de Berlin, dont l'article 2 de la Constitution berlinoise reconnaît et réaffirme la seule nationalité allemande à inclure au terme peuple au sens de l'article 20 GG⁶⁰.

La commission réitère que les citoyens allemands et ceux de l'UE ont le droit de participer aux élections de l'assemblée de district (art. 72, al. 1 VvB, § 22 a Landeswahlgesetz en relation avec l'art. 3 RL 94/80/CE) et du Parlement européen. Elle estime revanche irrecevable le projet d'une telle quête en faveur des citoyens des États tiers. « *La participation aux élections européennes étant, selon l'article 1, alinéa 4 TUE limitée aux seuls citoyens de l'UE, une modification législative au niveau des Länder ou de l'État fédéral ne serait pas pertinente en raison de la primauté du droit européen. En outre, l'article 79 alinéa 3 GG exclut déjà la possibilité d'entreprendre tout projet de loi qui viserait à modifier l'article 20, ou dans l'espoir d'accorder aux étrangers le droit de vote aux élections fédérales et régionales* ». ⁶¹

Nonobstant ces conclusions de la commission, il paraît tout de même fondé, au regard du rôle que joue l'Allemagne dans la politique migratoire européenne et du besoin pressant de la main d'œuvre dont cet État industrialisé, de s'interroger sur un éventuel retournement de

⁵⁹ Abgeordnetenhaus von Berlin, Gutachten über die Zulässigkeit eines Ausländerwahlrechts auf Bezirks-, Landes-, Bundes- und Europaebene vom 9. Dezember 2022, p. 2.

⁶⁰ Abgeordnetenhaus von Berlin, op.cit., p. 5 et suivantes.

⁶¹ Abgeordnetenhaus von Berlin, op.cit., p. 14 et suivantes.

situation en faveur des étrangers.

c- De l'espoir pour les citoyens de l'UE ?

Depuis le Brexit, l'Allemagne assume un rôle particulier de leader de l'UE aux côtés de la France. Ainsi, cet État s'efforce de mener une politique européenne qui favorise l'intégration au sein de l'Union. Sa perception d'« euro philanthrope » peut l'amener à libéraliser l'exercice ou la jouissance de certains droits réservés aux nationaux. Les positions et les actions de cet État pendant la guerre en Ukraine attestent d'une attitude que d'aucuns qualifierait de celle de gendarme, dont les actions sont palpables au-delà des frontières nationales et de l'UE. Il a permis aux citoyens de l'UE de participer aux élections européennes sur son territoire et au niveau local (article 28, paragraphe 1, alinéa 3 de la Loi fondamentale), ce qui correspond bien entendu à l'article 3 de la directive 94/80/CE.

Si l'on peut s'attendre, pour des raisons politiques ou diplomatiques, à une éventuelle admission au droit de vote en faveur des citoyens de l'UE, il faut toutefois admettre que cela n'est pas envisageable d'un point de vue juridique. Les dispositions de la constitution relatives à l'exercice du droit de vote doivent être interprétées en ce sens que seul le peuple allemand peut jouir de ce droit.

d- De l'espoir pour les ressortissants d'autres pays tiers ?

L'interprétation de la constitution ne permet logiquement pas de trouver une condition générale sous laquelle les citoyens de pays tiers pourraient se voir attribués le droit de vote. En effet, la constitution n'établit pas de différence entre les citoyens de l'UE et les ressortissants des États tiers. La question de savoir si ces conditions pourraient être liées aux avantages diplomatiques ou économiques réciproques, comme dans le cas du régime des visas de l'UE,⁶² ne peut justement pas trouver de réponse ou de présomption unanime. Dans ce contexte, il est utile de se demander si la possession d'une double nationalité serait un moyen approprié d'exercer le droit de vote expliqué ci-dessus.

Si l'acquisition de la double nationalité ne pose pas de problème juridique majeur en soi, sa compréhension insinue le sentiment d'appartenance à deux États différents. Ce point de vue est notamment défendu par Haci Uslun, pour qui la double nationalité resterait la bonne solution

⁶² Lire l'article 1 du règlement visa 2018/1806 ; Lire aussi H.Ngulu Boka, « *le régime européen du visa : entre discriminations, influences et réalisme* », *Djiboul Varia*, N°005 Vol.3, (352-367), 2023, p. 364.

pour beaucoup⁶³. Dans la pratique, les personnes concernées sont davantage motivées par des intérêts individuels que par un patriotisme à témoigner envers l'État dont ils souhaitent acquérir la nationalité. Bien que ces personnes soient intégrées dans la société allemande, il n'est pas évident qu'elles éprouvent un sentiment de pleine satisfaction, dépourvu de tout remord si, par exemple, elles doivent renoncer à leur nationalité d'origine⁶⁴ pour acquérir la nationalité allemande et donc participer aux élections.

Conclusion

L'exercice du droit de vote met en exergue l'importance fondamentale que revêt la notion de « peuple » dans l'exercice du pouvoir au sein d'un État de droit. Non seulement que le substantif « peuple » constitue, en lui-même, la condition au droit de vote, mais il en détermine également les limites. Alors que les articles 20, 28, 38 et 116 GG, en liaison avec les articles 12 et 15 BWahlG, fixent les conditions en aval, l'article 79 alinéa 3 GG garantit l'intangibilité de la souveraineté en amont, à la constitution de laquelle le peuple participe par le biais du vote. Si le peuple allemand n'est plus le seul bénéficiaire de ce droit, le pouvoir étatique n'émanerait plus exclusivement de lui, sa voix et sa souveraineté perdraient alors en vigueur⁶⁵.

Dans cette perspective, il ne serait pas correct d'arguer sur une violation du principe d'égalité consacré par l'article 3 GG. Ce principe, dans le contexte sous examen, veut simplement expliciter que tous les citoyens doivent être traités de la même manière à l'occasion de l'exercice de leur droit de vote, indépendamment de leur situation patrimoniale, de leur confession religieuse ou orientation sexuelle par exemple,⁶⁶ aussi longtemps qu'il n'existe aucun motif légal pouvant les exclure.⁶⁷

⁶³ Voir Restle (G), „Wahlrecht für Ausländer: wirklich verfassungswidrig? „, publiée le 27.07.2017, consultée le 30.12.2024. <https://www1.wdr.de/daserste/monitor/sendungen/wahlrecht-fuer-auslaender-100.html>,

⁶⁴ Voir Restle (G), „Wahlrecht für Ausländer: wirklich verfassungswidrig? „, publiée le 27.07.2017, consultée le 30.12.2024. <https://www1.wdr.de/daserste/monitor/sendungen/wahlrecht-fuer-auslaender-100.html>.

⁶⁵ Cf. Birkenheier, *op.cit.*, p. 187.

⁶⁶ M. Wild, *die Gleichheit der Wahl*. Dogmengeschichtliche und systematische Darstellung, BPR, Band 57, 2003, p. 174 et suivantes.

⁶⁷ Id.

Responsabilité pénale et intelligence artificielle : quel régime pour les infractions causées par des véhicules à délégation de conduite ?

Criminal liability and artificial intelligence: what is the regime for offences caused by vehicles with delegated driving?

Rita PANZARIN ANGOULA

Doctorante en droit privé et sciences criminelles à la Faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université catholique d'Afrique centrale, Institut catholique de Yaoundé, Cameroun.

panzarinangoularita@gmail.com

Résumé : L'Intelligence Artificielle transforme profondément la société, notamment à travers la mise en place progressive des véhicules autonomes. Cependant, cette évolution technologique introduit de nouveaux défis juridiques, en particulier en matière de responsabilité pénale. En cas d'infraction impliquant un véhicule à délégation de conduite, la responsabilité incombe-t-elle au conducteur, au constructeur, au programmeur ou au système lui-même ? Cette problématique invite à repenser les concepts de responsabilité et d'imputabilité en droit pénal. Il s'agit d'examiner comment adapter le droit pénal actuel aux technologies autonomes, notamment en élaborant une théorie de la responsabilité et en analysant l'attribution des fautes humaines dans des situations de négligence ou d'imprudence. Enfin, l'essor de l'Intelligence Artificielle soulève la question de la reconnaissance d'une personnalité juridique pour ces technologies, rendant nécessaire une réforme légale afin de mieux encadrer les responsabilités des véhicules autonomes et de leurs concepteurs.

Mots-clés : Intelligence Artificielle, Responsabilité pénale, Véhicules autonomes, Véhicule à délégation de conduite.

Abstract: Artificial Intelligence is profoundly transforming society, in particular through the gradual implementation of autonomous vehicles. However, this technological evolution introduces new legal challenges, particularly in the area of criminal liability. In the event of an offence involving a delegated driving vehicle, does the responsibility lie with the driver, the manufacturer, the programmer, or the system itself? This issue invites us to rethink the concepts of responsibility and imputability in criminal law. The aim is to examine how current criminal law can be adapted to autonomous technologies, in particular by developing a theory of liability and analysing the attribution of human fault in situations of negligence or recklessness. Finally, the rise of Artificial Intelligence raises the question of the recognition of a legal personality for these technologies, making a legal reform necessary in order to better regulate the responsibilities of autonomous vehicles and their designers.

Keywords: Artificial Intelligence, Criminal liability, Autonomous vehicles, Vehicle with delegated driving.

Introduction

L'Intelligence Artificielle (IA) est une innovation technologique qui transforme la vie en société. Depuis les années 2000, les progrès en apprentissage automatique, combinés à la puissance des ordinateurs modernes et à l'exploitation du Big Data¹, ont accéléré son déploiement. Assurément, les robots, longtemps confinés à la fiction, deviennent réalité et s'intègrent de plus en plus dans notre quotidien², notamment à travers les véhicules à délégation de conduite. Ces véhicules, qui délèguent certaines fonctions au système, introduisent de nouveaux risques et soulèvent des questions juridiques, notamment sur la responsabilité pénale pour les infractions causées par ces véhicules.

Pour cela, il est essentiel de définir ce qu'est un véhicule à délégation de conduite. Le terme « *véhicule* » désigne couramment un moyen ou un mode de transport, qu'il soit destiné au transport de personnes ou de biens³. Ainsi, un véhicule est un dispositif permettant le déplacement et remplissant une fonction de transport⁴.

Au Cameroun, les modes de transport se déclinent de différentes manières⁵ selon le milieu dans lequel ils opèrent et leur nature. On distingue principalement le transport terrestre, qui comprend les véhicules routiers comme les voitures, motos, camions, autobus et vélos, ainsi que les transports ferroviaires comme les trains, métros et tramways. Le transport aérien constitue une autre catégorie, incluant les avions pour les vols commerciaux, les jets privés, les

¹ Le Big Data désigne un vaste ensemble de données complexes et en constante croissance, difficile à gérer avec les méthodes traditionnelles. Ces données proviennent de diverses sources comme les réseaux sociaux, les capteurs, et les transactions en ligne, et sont caractérisées par les « 3V » à savoir leur Volume, leur Vitesse, et leur Variété. Leur traitement nécessite des technologies avancées, comme l'intelligence artificielle (IA) et l'analyse prédictive, pour en tirer des informations utiles. Les véhicules autonomes dépendent fortement du Big Data. Équipés de capteurs comme des caméras, radars, et GPS, ils génèrent et analysent en temps réel d'énormes quantités de données sur leur environnement, la position des autres véhicules, et les conditions météorologiques pour prendre des décisions sûres. Grâce à l'apprentissage automatique, ces véhicules s'améliorent avec chaque trajet. Les cartes précises qu'ils utilisent sont continuellement mises à jour grâce aux données collectées, et les analyses Big Data permettent de prédire et d'éviter les dangers en route. Sur la question, lire BENYEKHLEF (K.) et ZHU (J.), « Intelligence artificielle et justice : justice prédictive, conflits de basse intensité et données massives », *Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal*, vol.30, numéro 3, p. 791 ; TERESI (L.), « Véhicule à délégation de conduite et risque automobile : une lecture juridique », *Actu-Juridique.fr*, 2020, consulté le 16 juillet 2024. URL : <https://www.actu-juridique.fr/ntic-medias-presse/vehicule-a-delegation-de-conduite-et-risque-automobile-une-lecture-juridique/>

² TROI (C.), *Le droit à l'épreuve de l'intelligence artificielle*, Université de la Réunion, Master 2 en droit du patrimoine, 2017, p. 7.

³ LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse illustré*, Paris édition Larousse, Collection livre : Petit Larousse illustré, 2021, p. p. 905. V° Véhicule.

⁴ FOLLIOT (O.), *L'autonomisation des moyens de transport*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Bordeaux, 2023, p. 17.

⁵ NEMEDEU (R.), « Cours de droit des transports », Université de Yaoundé 2 Soa, 2024, p. 7.

hélicoptères et les drones pour le transport de petites charges. Enfin, le transport maritime regroupe les bateaux tels que les cargos, pétroliers, ferries et yachts, ainsi que les sous-marins pour les missions spécifiques sous l'eau⁶.

Le transport multimodal combine plusieurs modes, par exemple des conteneurs transportés successivement par camion, train ou bateau.

Les véhicules à délégation de conduite étudiés dans cette recherche sont principalement des moyens de transport terrestre, plus précisément des véhicules routiers, comme les voitures, conçus principalement pour transporter des personnes. Pour analyser les infractions causées par ces véhicules autonomes, il est essentiel de définir précisément ce qu'est un véhicule autonome ainsi que les responsabilités pénales.

Un véhicule à délégation de conduite désigne un véhicule capable d'effectuer certaines tâches de conduite de manière autonome dans des conditions spécifiques, en déléguant les décisions au système automatisé pour une période donnée. Toutefois, dans ces situations, le conducteur humain reste partiellement impliqué et doit être prêt à reprendre le contrôle si nécessaire⁷. Ainsi, il s'agit d'une sous-catégorie des voitures autonomes.

On parle d'autonomie, en définissant le terme comme la capacité de disposer de soi-même ou de prendre ses propres décisions⁸. Gérard Cornu définit juridiquement l'autonomie comme le droit de se régir par ses propres lois⁹, c'est-à-dire la capacité de se donner sa propre législation sans dépendre d'autres rapports de droit¹⁰.

La définition de l'autonomie dans le contexte des véhicules soulève des défis, notamment lorsqu'on tente de l'attribuer à des objets non humains. Traditionnellement, l'autonomie est perçue comme une qualité propre aux êtres humains, ce qui amène à se

⁶ Il existe aussi des transports fluviaux, comprenant les bateaux qui naviguent sur les rivières et canaux, tels que les barges et les péniches. Les transports spatiaux englobent les véhicules comme les fusées et les navettes spatiales. Les transports par câble comprennent les téléphériques, surtout utilisés en zones montagneuses, et les funiculaires pour les pentes abruptes. Quant aux transports par pipeline, ils servent à acheminer des substances comme le gaz, le pétrole, et l'eau.

⁷ Ce concept correspond principalement aux niveaux 3 et 4 d'autonomie selon la classification de la SAE (Society of Automotive Engineers).

⁸ LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse illustré, op. cit.*, p. 69. V° *Autonomie*.

⁹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 14e édition 2022, p. 259. V° *Autonomie*.

¹⁰ Le pouvoir de se déterminer soi-même renvoie également à la conscience et à l'indépendance. Cela désigne la capacité à comprendre ses actions, à être mentalement présent lors de leur réalisation, une intelligence élémentaire qui est essentielle pour le consentement. En l'absence de cette capacité, l'acte accompli par une personne qui en était privée, par exemple en raison d'un trouble, peut être annulé pour absence de consentement. Sur la question, lire *idem*, p. 533.

demander si l'autonomie des véhicules peut être comparée à celle des humains. En science, l'autonomie est souvent liée à l'IA, qui vise à imiter les facultés humaines dans les machines. Un système est considéré comme autonome lorsqu'il utilise des techniques d'IA, et cette autonomie devient une caractéristique essentielle de cette technologie¹¹.

L'expression « *intelligence artificielle* » combine les termes « *intelligence* » et « *artificiel* ». Le mot « *intelligence* », dérivé du latin « *intelligentia* », désigne la capacité de connaître, comprendre et résoudre des problèmes¹². Il englobe des processus cognitifs tels que la réflexion, la mémoire et la prise de décision. « *Artificiel* », venant de « *artificialis* », fait référence à ce qui est produit par l'homme plutôt que par la nature¹³. Ensemble, ces deux termes désignent la capacité des machines à accomplir des tâches nécessitant normalement l'intelligence humaine¹⁴. L'IA repose sur des programmes informatiques qui réalisent des tâches traditionnellement exécutées de manière plus efficace par des humains. Elle utilise des techniques telles que les algorithmes et l'apprentissage automatique pour résoudre des problèmes complexes et imiter les capacités cognitives humaines.

Dans ce contexte, l'autonomie implique la délégation d'une fonction humaine, comme la conduite, à un système capable de percevoir et d'analyser son environnement¹⁵. Cette autonomie repose sur trois critères à savoir la capacité du véhicule à observer et analyser son environnement, l'aptitude du système à générer une réponse autonome, et la délégation effective de la conduite, qui consiste à confier la gestion du véhicule au système sans intervention humaine¹⁶. Ainsi, il existe plusieurs niveaux d'autonomie pour les véhicules, définis par différentes classifications internationales. La Society of Automotive Engineers (SAE), la National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA) et l'Organisation

¹¹ Sur la question, NETTER (E.), « Le véhicule autonome », in NOGUÉRO (D.) (dir.), *Mobilité et Intelligence artificielle*, Colloque Université Paris-Descartes, 2019 ; ORJUELA (R.) et LEDY (J.), « Les sciences mécaniques à travers les risques technologiques », in (E.) (dir.), *Les véhicules autonomes à la recherche d'un cadre juridique*, Colloque Université de Mulhouse, 20 février 2020. Cités par FOLLIO (O.), *L'autonomisation des moyens de transport*, *op. cit.*, p. 69.

¹² LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse illustré*, *op. cit.*, p. 472. V° *Intelligence*.

¹³ *Idem*, p. 57. V° *Artificiel*.

¹⁴ BERENGÈRE (B.) et LANCINA (M.), *Dictionnaire de français*, Paris, Le Robert, 2020, p. 241. V° *Intelligence Artificielle*.

¹⁵ FOLLIO (O.), *L'autonomisation des moyens de transport*, *op. cit.*, p. 103.

¹⁶ *Idem*, p. 104.

Internationale des Constructeurs Automobiles (OICA) utilisent le critère de la délégation de la conduite et du contrôle humain pour mesurer l'autonomie, avec des niveaux variant de 0 à 5¹⁷.

Le niveau 0 indique l'absence d'automatisation, où le conducteur est entièrement responsable. Le niveau 1 introduit une assistance partielle, comme un régulateur de vitesse, tandis que le niveau 2 permet au véhicule de gérer certaines fonctions, comme la direction ou le freinage, mais nécessite une supervision humaine. Le niveau 3 propose une automatisation conditionnelle, avec une conduite autonome dans des contextes spécifiques, tout en prévoyant une intervention humaine si nécessaire. Le niveau 4 correspond à une automatisation élevée, où le véhicule conduit seul dans certaines conditions. Le niveau 5, uniquement défini par la SAE, représente une autonomie totale dans toutes les situations, sans intervention humaine¹⁸.

En France, un cadre juridique distingue trois niveaux d'autonomie, en complément des classifications internationales. Le décret n°2021-873 du 29 juin 2021, portant application de l'ordonnance n° 2021-443 du 14 avril 2021 relative au régime de responsabilité pénale applicable en cas de circulation d'un véhicule à délégation de conduite et à ses conditions d'utilisation donne une définition pour les véhicules partiellement, hautement ou totalement automatisés. Un véhicule partiellement automatisé peut donc nécessiter une reprise en main en cas de défaillance¹⁹. Un véhicule hautement automatisé offre un contrôle complet dans des conditions spécifiques, sans intervention humaine, même en cas d'aléa. Enfin, un véhicule totalement automatisé prend en charge toutes les manœuvres, répondant de manière autonome aux défaillances²⁰. Cette étude se concentre sur les niveaux partiellement et totalement automatisés, conformément à ce décret.

¹⁷ Le niveau 0 représente l'absence d'autonomie, applicable aux véhicules produits entre 1950 et 2000. Le niveau 1, couvrant les véhicules de 2000 à 2010, introduit une assistance à la conduite, tout en restant sous le contrôle du conducteur. Entre 2010 et 2025, les véhicules atteignent une autonomie partielle ou conditionnelle, nécessitant une supervision humaine. Ces véhicules sont partiellement autonomes et régis par le droit existant, avec quelques ajustements. Après 2025, l'autonomie des véhicules devient plus élevée, et après 2030, les véhicules deviennent totalement autonomes, nécessitant une révision importante du cadre juridique. Sur la question, lire BRUNEAU (B.), et al., « Les niveaux d'autonomies des véhicules », *A CAPELLA Consulting*, 2021, consulté le 16 juillet 2024. URL: <https://www.acapella-consulting.fr/17/article-vehicules-autonomes-les-niveaux-dautonomies>

¹⁸ FOLLIOU (O.), *L'autonomisation des moyens de transport*, *op. cit.*, pp. 121 et 123.

¹⁹ France, décret n° 2021-873 du 29 juin 2021 portant application de l'ordonnance n° 2021-443 du 14 avril 2021 relative au régime de responsabilité pénale applicable en cas de circulation d'un véhicule à délégation de conduite et à ses conditions d'utilisation, art. 1.

²⁰ France, décret n° 2021-873 du 29 juin 2021 portant application de l'ordonnance n° 2021-443 du 14 avril 2021 relative au régime de responsabilité pénale applicable en cas de circulation d'un véhicule à délégation de conduite et à ses conditions d'utilisation, art. 1.

En ce qui concerne la responsabilité pénale, elle implique l'obligation de répondre des infractions commises et de subir la peine prévue par la loi²¹. Elle concerne les actes contraventionnels, délictueux ou criminels, et seuls les individus déclarés pénalement responsables doivent en assumer les conséquences²². Pour être responsable, il faut avoir commis une faute ou un manquement, qui doit être imputable à la personne, en supposant qu'elle ait agi avec discernement et liberté²³. Depuis la modification du code pénal le 12 juillet 2016²⁴, les personnes morales peuvent également être tenues responsables.

Dans le contexte des infractions causées par l'IA, comme celles liées aux véhicules à délégation de conduite, la question de la responsabilité pénale soulève des enjeux complexes. Qui doit être tenu responsable en cas d'accident ou d'infraction : l'utilisateur, le constructeur, le programmeur ou le système autonome lui-même ?

Le droit pénal camerounais reconnaît exclusivement la responsabilité pénale personnelle. L'article 18 du Code pénal, qui définit les peines applicables, mentionne uniquement les personnes physiques et morales²⁵. L'article 74-2 qui est la consécration normative des responsabilités en droit pénal, précise que la responsabilité pénale engage une personne ayant volontairement commis un acte illégal²⁶, tandis que l'article 93 se concentre sur la « *personnalité du condamné* », excluant toute référence à un objet ou une machine²⁷.

²¹ Cf. GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 1657. V° Responsabilité pénale ; CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 1939. V° Responsabilité pénale.

²² PRADEL (J.), *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 4e édition 2016, p. 178.

²³ BEZIZ-AYACHE (A.), *Dictionnaire de droit pénal général et procédure pénale*, Ellipses, 6e édition, 2016, p. 282. V° Responsabilité pénale.

²⁴ La responsabilité pénale des personnes morales a été reconnue dans le Code pénal camerounais le 12 juillet 2016 à travers l'article 74-1 de la loi n° 2016/007. Avant cette date, les entreprises et autres entités juridiques n'étaient généralement pas tenues pénalement responsables des infractions commises en leur sein.

²⁵ C. pén., art. 18. « *Peines principales. Les peines principales sont : a) pour les personnes physiques : la peine de mort ; l'emprisonnement ; l'amende. b) pour les personnes morales : la dissolution ; la fermeture temporaire ou définitive de l'établissement ; l'amende* ».

²⁶ Lorsque l'infraction est commise intentionnellement, l'auteur réalise les faits constituant l'infraction avec l'intention d'en provoquer les conséquences. Sauf disposition légale contraire, une omission, même si elle produit l'effet voulu, n'entraîne pas de responsabilité pénale. De même, il ne peut y avoir de responsabilité pénale qu'en présence d'une intention, à moins que la loi n'en décide autrement. Cependant, en matière de contraventions, la responsabilité pénale peut être retenue, même en l'absence d'intention ou de volonté quant aux conséquences de l'acte ou de l'omission. Conformément à ces principes, toute personne physique peut être tenue pénalement responsable si les faits infractionnels lui sont imputables. Par exemple, cela s'applique à l'auteur d'une pollution des eaux douces au sens de l'article L.432-2 du Code de l'environnement français. Sur la question, lire AMBASSA (L.C.), *Droit pénal général-augmenté de sujets traités*, op. cit., 260p.

²⁷ C. pén., art. 93. « *La peine ou la mesure prononcée dans les limites fixées ou autorisées par la loi doit toujours être fonction des circonstances de l'infraction, du danger qu'elle présente pour l'ordre public, de la personnalité du condamné et de ses possibilités de reclassement, et des possibilités pratiques d'exécution* ».

Cependant, le principe de responsabilité personnelle, inscrit dans l'article 74-2, est remis en question par l'émergence des systèmes automatisés. Ce principe, qui repose sur la volonté de l'individu, semble inadapté aux infractions commises par des technologies autonomes. Bien que la responsabilité du fait des choses ne soit pas reconnue en droit pénal camerounais, l'introduction d'une nouvelle forme de responsabilité pourrait être nécessaire face aux défis posés par l'IA²⁸. Ce sujet met en évidence les défis liés à l'attribution de la faute dans un contexte où le contrôle est partiellement délégué à une machine. Adapter le droit pénal à ces nouvelles technologies nécessite une redéfinition des notions de faute, de négligence et de prévisibilité, historiquement associées aux comportements humains. Les décisions souvent imprévisibles de l'IA obligent également à repenser l'imputabilité et les sanctions pour des infractions commises sans intervention humaine directe.

Cela souligne l'urgence de concevoir un cadre juridique spécifique aux véhicules à délégation de conduite, avec des règles adaptées aux systèmes intelligents pour garantir la sécurité publique et protéger les usagers. Cette étude explore le régime actuel de la responsabilité pénale et examine la possibilité d'adopter un cadre spécifique adapté aux véhicules autonomes. Elle s'articule autour d'une question centrale à savoir comment harmoniser la responsabilité pénale humaine avec l'autonomie décisionnelle des véhicules à délégation de conduite face aux infractions qu'ils pourraient engendrer ?

L'objectif de cette étude est d'abord de clarifier les fondements de la responsabilité pénale humaine, puis d'explorer leur adaptation aux infractions impliquant des entités non humaines. Une approche progressive permettra de définir les conditions dans lesquelles l'IA pourrait être tenue responsable.

Dans un premier temps, l'analyse se penchera sur la théorie traditionnelle de la responsabilité pénale humaine (I), en examinant les niveaux intermédiaires d'autonomie, tels que l'automatisation partielle. À ce stade, un conducteur doit rester en mesure de reprendre le contrôle en cas de défaillance. Cette partie abordera les bases théoriques nécessaires pour comprendre les ajustements à prévoir face aux technologies émergentes.

²⁸ En effet, la tendance vers une responsabilité élargie des entreprises et des entités pour des infractions commises dans le cadre de leurs activités soutient l'idée d'une évolution juridique. Cela ouvre la voie à la création potentielle d'une nouvelle catégorie de responsabilité pénale adaptée aux cas impliquant des véhicules autonomes.

La seconde partie (II) s'intéressera à l'application des principes classiques de la responsabilité pénale aux entités non humaines, notamment les véhicules entièrement autonomes. Ces systèmes, sans conducteur à bord mais supervisés à distance, nécessitent des ajustements juridiques pour encadrer les infractions qu'ils pourraient commettre. Cette réflexion permettra d'identifier les évolutions nécessaires pour adapter le cadre légal aux spécificités des technologies autonomes.

I- La construction d'une théorie de la responsabilité pénale humaine

L'étude de la responsabilité pénale porte sur la dimension subjective de l'infraction, c'est-à-dire sur l'agent pénal²⁹. La question est de savoir selon quels critères le législateur peut établir la responsabilité pénale en cas d'infraction commise par un véhicule à délégation de conduite ? En effet, la responsabilité pénale désigne la capacité d'un individu à être sanctionné pour une infraction qu'il a commise, en raison de son acte personnel³⁰. Elle se distingue de la responsabilité civile, qui implique une obligation de réparation³¹ découlant d'une faute personnelle ou d'autrui ou du fait des choses et d'une obligation de garantie³².

En droit pénal, la responsabilité du fait des choses et d'autrui est exclue, conformément au principe de la personnalité des peines, qui vise à individualiser la sanction³³. Contrairement à la sanction civile, qui peut être modulée, seule une personne apte à subir une sanction peut

²⁹ L'agent pénal fait référence à la personne qui a commis l'infraction. En d'autres termes, c'est l'individu dont la responsabilité pénale est engagée pour avoir commis un acte répréhensible par la loi. La responsabilité pénale implique que cette personne doit répondre de ses actes devant la justice et subir les sanctions prévues par la loi.

³⁰ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 1939. V° *Responsabilité pénale*.

³¹ Une obligation, au sens large, désigne un devoir imposé par la loi. Au sens strict, elle se définit comme un lien juridique entre le débiteur, tenu d'une prestation, et le créancier, qui en est bénéficiaire. Les obligations peuvent découler d'actes juridiques, de faits juridiques, de la loi, ou encore de l'exécution volontaire ou de la promesse d'accomplir un devoir de conscience envers autrui. Sur la question, lire GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 1257. V° *Obligation*.

³² La responsabilité civile couvre différents types de fautes. La faute personnelle désigne un acte commis directement par une personne, qu'il soit volontaire ou négligent, selon l'article 1382 du Code civil de 1804. La faute d'autrui engage la responsabilité pour les actes de personnes sous notre responsabilité, comme les employés. La responsabilité du fait des choses concerne les dommages causés par des objets ou animaux sous garde, même sans faute. Enfin, les obligations de garantie imposent la réparation de dommages indépendamment de la faute, comme pour les défauts cachés d'un bien vendu. Cf. C. civ., art. 1383, 1384, 1385, 1385.

³³ MINKOA SHE (A.), *Essai sur l'évolution de la politique criminelle au Cameroun depuis l'indépendance*, Université de Strasbourg III, France, 1987, p. 435.

être tenue pénalement responsable³⁴. La responsabilité pénale s'applique donc uniquement aux individus ou aux personnes morales selon l'article 74 du Code pénal³⁵.

La responsabilité pénale liée à l'IA, notamment pour les véhicules à délégation de conduite, nécessite une redéfinition des concepts traditionnels de faute, d'intention et de causalité. L'implication de nombreux acteurs comme les constructeurs, programmeurs et utilisateurs rend floue l'attribution de la responsabilité pénale en cas d'infraction. Pour les véhicules de niveau 3 d'autonomie ou d'automatisation conditionnelle selon l'échelle SAE³⁶, ou ceux relevant de l'autonomisation partielle définie par le décret n° 2021-873 du 29 juin 2021 en France, deux modèles de responsabilité émergent³⁷. Le premier concerne l'utilisateur, qui pourrait être tenu responsable en tant que superviseur ou propriétaire du véhicule. Un utilisateur est une personne ou un groupe qui fait usage d'un appareil ou d'un service³⁸. Concrètement, c'est un conducteur³⁹ qui utilise un véhicule capable de se déplacer de manière autonome, mais qui doit rester en mesure de reprendre le contrôle⁴⁰.

Le second concerne les concepteurs ou constructeurs, qui pourraient être responsables en cas de défaillance du système. Les concepteurs, qu'il s'agisse d'individus ou d'entreprises, sont responsables de développer des produits, projets ou idées⁴¹. Dans ce contexte, les concepteurs, principalement des ingénieurs et entreprises spécialisées, travaillent sur des technologies essentielles telles que les capteurs, les algorithmes de conduite, l'IA et les interfaces utilisateur pour garantir la sécurité et l'efficacité des systèmes. Ainsi, en l'absence de

³⁴ La responsabilité pénale est intrinsèque de l'individu et ne peut ni circuler ni être modulée. Elle existe si ses conditions sont remplies, sinon elle fait défaut.

³⁵ C. pén., art. 74-2. « *Est pénalement responsable, celui qui, volontairement, commet les faits caractérisant les éléments constitutifs d'une infraction avec l'intention que ces faits aient pour conséquence la réalisation de l'infraction.* Voir également C. pén., art. 74-1.

³⁶ Ici le système de conduite autonome peut effectuer toutes les tâches de conduite dans des conditions spécifiques, mais le conducteur humain doit rester disponible pour reprendre le contrôle lorsque le système le demande.

³⁷ France, décret n° 2021-873 du 29 juin 2021 portant application de l'ordonnance n° 2021-443 du 14 avril 2021 relative au régime de responsabilité pénale applicable en cas de circulation d'un véhicule à délégation de conduite et à ses conditions d'utilisation, art. 1.

³⁸ ASSIRA (C.), Cours de droit pénal général, Université catholique d'Afrique centrale, L2, 2024, p. 64.

³⁹ BERENGÈRE (B.) et LANCINA (M.), *Dictionnaire de français, op. cit.*, p. 85. V° *Conducteur*.

⁴⁰ Dans un système de conduite partiellement automatisé, le conducteur délègue certaines tâches au système automatisé mais doit rester vigilant et prêt à reprendre le contrôle à tout moment. Le conducteur reste pénalement responsable sauf si le système contrôle le véhicule au moment de l'infraction. Les infractions possibles incluent l'homicide involontaire, causé par une conduite dangereuse ou un défaut du véhicule, les blessures involontaires et les délits routiers tels que le dépassement dangereux ou le non-respect d'un stop. Cf. C. pén., art. 275 et 276 ; Décret n°79/341 du 3 septembre 1979 modifié et complété par le décret n°86/818 du juin 1986 portant réglementation de la circulation routière ; règlement n°04/01-UEAC-089-cm-06 du 03 août 2001 portant adoption du code communautaire révisé de la route.

⁴¹ LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse illustré, op. cit.*, p. 184. V° *Concepteur, Conception*.

faute du conducteur et en cas de non-conformité du véhicule aux normes de sécurité, de faute de conception ou d'erreur de programmation du système de conduite automatisé, la responsabilité pénale peut être imputée aux fabricants ou aux programmeurs⁴².

Toujours est-il, la responsabilité pénale découle de la violation d'une loi pénale, ce qui constitue une faute ou une infraction, laquelle en est le fait générateur⁴³. L'analyse du fait générateur met principalement l'accent sur les aspects matériel et intentionnel, tout en tenant compte des éventuelles causes d'altération de responsabilité. Ces éléments définissent en droit pénal le comportement répréhensible par la loi⁴⁴. Il est donc impératif de prouver non seulement la présence d'un acte matériel d'exécution de l'infraction (A), mais aussi l'existence d'un élément moral ou non-intentionnel (B) dans l'exécution de cette infraction.

A- L'exigence d'un acte matériel d'exécution de l'infraction

La responsabilité pénale découle de la violation d'une loi pénale, ce qui constitue une faute ou une infraction, laquelle en est le fait générateur⁴⁵. L'analyse du fait générateur met principalement l'accent sur les aspects matériel et intentionnel, tout en tenant compte des éventuelles causes d'altération de responsabilité. Ces éléments définissent en droit pénal le comportement répréhensible par la loi⁴⁶.

Dans le système juridique camerounais, l'article 21 du Code pénal établit une classification tripartite des infractions en crimes, délits et contraventions, en fonction des peines

⁴² Les fabricants sont des entreprises ou des individus qui produisent des biens ou des produits finis à partir de matières premières. Ils sont responsables de la conception, de la fabrication et de l'assemblage des produits, en veillant à ce qu'ils répondent aux normes de qualité et de sécurité. Les programmeurs, également appelés développeurs ou codeurs, sont des professionnels qui écrivent et testent le code informatique pour créer des logiciels et des applications. Ils sont responsables de la création des logiciels et des algorithmes qui contrôlent les systèmes de conduite automatisés. Cf. LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse illustré*, op. cit., pp. 355 et 698. V° *Fabricant, Programmeur*.

⁴³ La responsabilité pénale repose sur l'obligation pour un participant à une infraction d'en assumer les conséquences, visant à le punir, contrairement à la responsabilité civile qui cherche à réparer un dommage. Ces deux responsabilités peuvent coexister, permettant de déclencher une action publique et une action civile.

⁴⁴ GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 816. V° *Élément constitutif de l'infraction*.

⁴⁵ La responsabilité pénale repose sur l'obligation pour un participant à une infraction d'en assumer les conséquences, visant à le punir, contrairement à la responsabilité civile qui cherche à réparer un dommage. Ces deux responsabilités peuvent coexister, permettant de déclencher une action publique et une action civile.

⁴⁶ GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 816. V° *Élément constitutif de l'infraction*.

principales qui leur sont associées⁴⁷. Ainsi, pour qu'il y ait responsabilité pénale, il doit être prouvé que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis⁴⁸, y compris l'élément légal.

Le principe de légalité, formulé par l'adage « *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* », prévoit que les crimes et délits doivent être définis clairement, de même que les peines qui leur sont associées⁴⁹. L'élément légal découle donc de la légalité des délits et des peines, ou légalité criminelle, comme l'indique l'article 17 du Code pénal camerounais⁵⁰. Ce principe donne à la loi pénale le pouvoir d'incriminer et de définir des faits justificatifs⁵¹. En plus de l'élément légal, l'infraction nécessite un élément matériel.

L'élément matériel correspond à un acte ou une abstention qui sert de base à l'infraction. Lorsqu'il est associé à l'intention, il suffit à caractériser les infractions dites matérielles⁵². Le droit pénal ne sanctionne cependant pas une simple intention non réalisée. La commission d'une infraction requiert toujours la concrétisation d'un fait matériel. À ce titre, l'article 74-2 du Code pénal camerounais précise : « *Est pénalement responsable, celui qui, volontairement, commet les faits caractérisant les éléments constitutifs d'une infraction...* »⁵³.

⁴⁷ Selon l'article 21 du Code pénal camerounais, sont qualifiées de crimes les infractions punies de la peine de mort ou d'une peine privative de liberté dont le maximum est supérieur à dix (10) ans, ainsi que d'une amende lorsque la loi le prévoit. Sont qualifiées de délits les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une amende, lorsque la peine privative de liberté encourue est supérieure à dix (10) jours et n'excède pas dix (10) ans, ou que le maximum de l'amende est supérieur à vingt-cinq mille (25 000) francs. Sont qualifiées de contraventions les infractions punies d'un emprisonnement ne pouvant excéder dix (10) jours ou d'une amende ne pouvant excéder vingt-cinq mille (25 000) francs. La nature d'une infraction n'est pas modifiée lorsque, par suite de l'admission d'une excuse ou de circonstances atténuantes, la peine prononcée est celle afférente à une autre catégorie d'infractions, sauf dans les cas d'aggravation prévus aux articles 88 et 89 du Code.

⁴⁸ Traditionnellement, une infraction repose sur trois éléments constitutifs à savoir l'élément légal, l'élément matériel et l'élément moral. À ces éléments peut s'ajouter l'absence de causes d'irresponsabilité.

⁴⁹ ASSIRA (C.), Cours de droit pénal général, *op. cit.*, p. 15.

⁵⁰ C. pén., art. 17. « *les peines et mesures de sûreté sont fixées par la loi et ne sont prononcées qu'en raison d'infractions légalement prévues* ».

⁵¹ En droit pénal, les faits justificatifs désignent des circonstances matérielles ou des qualités personnelles qui constituent des causes d'irresponsabilité pénale. Ils neutralisent le caractère délictueux des actes commis, rendant ainsi leur auteur non punissable. Parmi ces faits, on retrouve notamment l'ordre de la loi, la légitime défense, l'état de nécessité ou encore certaines immunités prévues par la législation. Certains éléments survenant après l'infraction peuvent neutraliser l'élément légal, comme l'abrogation de la loi pénale ou l'amnistie. Toutefois, il peut aussi arriver que l'élément légal ne disparaisse pas en raison d'un phénomène postérieur à l'infraction, mais concomitant à celle-ci. Dans ce cas, on parle de faits justificatifs. Ainsi, une infraction peut disparaître au Cameroun soit par obéissance à la loi, soit par tolérance de la loi, soit par consentement de la victime.

⁵² CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 1380. *V° Élément matériel de l'infraction*.

⁵³ C. pén., art. 74-2.

L'auteur matériel ou direct, est celui qui accomplit l'acte constitutif de l'infraction, que celle-ci soit consommée ou simplement tentée⁵⁴. Par ailleurs, l'acte matériel à l'origine de l'infraction peut se réaliser de diverses manières (1) et aboutir à des résultats variés (2).

1- Les différents modes matériels d'exécution des infractions

Dans le cas des véhicules à délégation de conduite, les modes matériels d'exécution des infractions peuvent être classés selon leur nature et leur durée. Concernant leur nature, ces infractions peuvent découler soit d'actes de commission, soit d'actes d'omission, réalisés par un seul acte ou par une succession d'actions.

Les actes de commission sont des actions positives, telles qu'un geste, un comportement physique ou une décision concrète⁵⁵. Pour un véhicule à délégation de conduite, un acte de commission pourrait inclure une mauvaise utilisation intentionnelle ou négligente du véhicule. Cela peut se traduire par une inattention conduisant à un accident ou l'activation imprudente d'une manœuvre, comme un changement de voie brusque et imprévu.

L'acte d'omission quant à lui correspond à l'absence d'une action exigée par la loi, constituant ainsi une violation d'une obligation légale⁵⁶. En l'espèce, ces actes peuvent inclure, la non reprise du contrôle du véhicule après un dysfonctionnement⁵⁷ ou l'omission de signaler une anomalie détectée. Une omission typique est également le fait de ne pas porter secours à une victime d'accident, conformément à l'article 283 du Code pénal camerounais, qui oblige toute personne témoin d'un accident à prêter assistance sous peine de sanctions⁵⁸.

⁵⁴ La distinction entre une infraction consommée et une infraction tentée repose sur le degré d'accomplissement des actes constitutifs. Une infraction est consommée lorsque tous ses éléments (légal, matériel et moral) sont réunis, l'acte interdit étant entièrement réalisé et ayant produit son effet. En revanche, une infraction est tentée lorsqu'elle reste inachevée, bien qu'un commencement d'exécution ait eu lieu, mais que l'action ait été interrompue par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur. La tentative est punissable dans les cas prévus par la loi, car elle traduit une intention criminelle et constitue un danger pour la société. L'article 94 du Code pénal camerounais prévoit une répression identique de la tentative et de l'infraction consommée

⁵⁵ CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 461. V° *Commission*.

⁵⁶ *Idem*, p. 1506. V° *omission*.

⁵⁷ La négligence ici peut être interprétée comme un acte de commission ou d'omission. Elle découle d'une imprudence ou d'un manquement à une obligation de sécurité. Par exemple, cela peut concerner l'activation ou la désactivation inappropriée du mode autonome, ou encore un homicide involontaire causé par une mauvaise supervision du véhicule. Cf. C. pén., art. 289.

⁵⁸ Selon l'article 283 du code pénal camerounais, toute personne qui s'abstient de porter assistance à une autre en danger de mort ou de blessures graves, alors qu'elle aurait pu intervenir sans risque pour elle-même ou pour autrui, soit par une action directe, soit en sollicitant de l'aide, est passible d'une peine d'emprisonnement d'un (1) mois à trois (3) ans, d'une amende allant de vingt mille (20 000) à un million (1 000 000) de francs, ou de l'une de ces deux peines seulement

S'agissant de la distinction entre l'acte unique et les actes multiples, un acte unique résulte d'une seule action, telle qu'une manœuvre dangereuse réalisée en mode autonome, ou encore la désactivation imprévue du système autonome face à une situation d'urgence, pouvant entraîner une collision. En revanche, les actes multiples impliquent une série d'actions successives. Par exemple, un conducteur qui active un système autonome puis omet de reprendre le contrôle en temps voulu pourrait commettre plusieurs infractions⁵⁹.

Les infractions complexes, quant à elles, regroupent plusieurs actes interdépendants dans une même situation⁶⁰. Un exemple pertinent serait la manipulation frauduleuse d'un système de conduite autonome d'un véhicule semi-autonome dans le but de créer une situation d'escroquerie⁶¹. Enfin, les infractions d'habitude se caractérisent par la répétition d'actes similaires sur une période donnée⁶². Cela pourrait inclure des comportements tels que l'usurpation de fonction, où une personne se fait passer pour un conducteur qualifié ou un opérateur habilité à superviser un véhicule semi-autonome⁶³.

Relativement à la durée des infractions, elles peuvent être classées en infractions instantanées, permanentes et continues, selon leur durée et leur nature. Les infractions instantanées se réalisent immédiatement après l'acte qui les provoque⁶⁴. Par exemple, un accident causé par une défaillance soudaine du système autonome est une infraction instantanée. Les infractions permanentes résultent d'un acte unique dont les effets perdurent dans le temps. Ainsi, un conducteur qui néglige de reprendre le contrôle de son véhicule autonome, laissant subsister une situation dangereuse prolongée, commet une infraction permanente. Enfin, les infractions continues s'étendent dans le temps et impliquent des actes répétés ou une inaction prolongée⁶⁵. Par exemple, un conducteur qui autorise le système

⁵⁹ Par exemple, une série de décisions erronées prises pendant que le système était actif peut mener à un accident.

⁶⁰ Une infraction complexe se distingue par une matérialité qui repose sur une série d'actes de nature différente. Par exemple, l'escroquerie nécessite à la fois un mensonge et la remise d'un bien ou la fourniture d'un service pour être considérée comme matériellement réalisée. Sur la question, lire CORNU (G), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 1124. *V° Infraction complexe.*

⁶¹ C. pén., art. 318.

⁶² En droit pénal, une infraction d'habitude se caractérise par une matérialité nécessitant la répétition de plusieurs actes de même nature. La criminalité ou la délinquance associée repose ainsi moins sur un acte isolé que sur sa répétition, comme c'est le cas pour l'exercice illégal d'une activité. Sur la question, lire CORNU (G), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 1125. *V° Infraction d'habitude.*

⁶³ C. pén., art. 216.

⁶⁴ En droit pénal, une infraction instantanée est caractérisée par une matérialité qui ne peut se prolonger dans le temps. Elle se réalise en un seul moment. Sur la question, lire CORNU (G), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 1126. *V° Infraction instantanée.*

⁶⁵ Une infraction continue se caractérise par une matérialité nécessitant une pluralité d'actes de nature différente. Par exemple, l'escroquerie requiert à la fois des manœuvres frauduleuses et la remise d'un bien ou la fourniture

autonome à fonctionner de manière inappropriée, ou qui refuse à plusieurs reprises de reprendre le contrôle après des alertes du système⁶⁶, est coupable d'une infraction continue.

Le véhicule autonome, bien que partiellement autonome, reste sous le contrôle de l'homme, permettant de caractériser une faute humaine. L'autonomie partielle ne déresponsabilise pas l'homme des actes de la machine. Ainsi, l'infraction peut être personnellement et matériellement imputée. Il en va de même pour le résultat de l'infraction.

2- L'importance du résultat de l'infraction

Le résultat de l'infraction constitue l'élément déclencheur de la répression en droit pénal. On distingue trois types de résultats à savoir le résultat-effet, propre aux infractions matérielles, qui requiert la survenance d'un effet tangible pour que l'infraction soit constituée. Par exemple, un accident causé par un dysfonctionnement du système autonome ou des blessures corporelles dues à une négligence de sécurité entrent dans cette catégorie.

Ensuite, le résultat-moyen, caractéristique des infractions formelles, qui repose sur l'acte lui-même, indépendamment de ses conséquences⁶⁷. Par exemple, ne pas désactiver un système autonome lorsque la législation l'exige constitue une infraction formelle, même sans dommage matériel⁶⁸. Enfin, les infractions-obstacles⁶⁹ visent à prévenir des conséquences graves en incriminant des actes potentiellement dangereux. Par exemple, conduire sous l'influence de substances altérant le jugement, notamment l'état d'ivresse⁷⁰ est une infraction-obstacle, car elle rend le contrôle du véhicule potentiellement impossible.

Dans le cadre des infractions consommées par un résultat-intention, également appelées tentatives, l'infraction est envisagée comme un processus criminel, ou « *iter criminis* »⁷¹,

d'un service pour être matériellement consommée. Sur la question, lire CORNU (G), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 1125. V° *Infraction continue*.

⁶⁶ La différence entre les infractions continues et instantanées réside dans le point de départ de leur prescription. En effet, pour une infraction continue, la prescription commence à courir à la fin de l'acte délictueux, tandis que pour une infraction instantanée, elle débute dès le jour de sa commission.

⁶⁷ En droit pénal, une infraction formelle se définit par une matérialité qui ne requiert pas la réalisation du résultat redouté à l'origine de l'incrimination. Sur question, lire CORNU (G), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 1126. V° *Infraction formelle*.

⁶⁸ Le non-respect de cette règle, même sans accident, pourrait être une infraction formelle.

⁶⁹ L'infraction obstacle désigne des comportements qui, qui ne causent pas directement de trouble à l'ordre social, mais sont considérés comme des infractions dans un objectif de prévention sociale. Ces actes, jugés dangereux, sont perçus comme des signes annonciateurs d'une criminalité et sont réprimés pour éviter des infractions plus graves. Sur question, lire CORNU (G), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 1128. V° *Infraction obstacle*.

⁷⁰ C. pén., art. 290.

⁷¹ *Iter criminis* est une expressions latines signifiant « *chemin du crime* », utilisées pour décrire le parcours qui mène un délinquant à commettre son méfait. Elles englobent l'enchaînement des causes, depuis la préparation

comprenant quatre étapes à savoir la décision criminelle, les actes préparatoires, le passage à l'acte et l'atteinte du résultat. Une infraction est considérée comme tentée lorsqu'un passage à l'acte a lieu sans aboutir au résultat prévu, mais avec une intention criminelle avérée. Dans une tentative interrompue, l'auteur commence à exécuter l'infraction, mais celle-ci est empêchée par des facteurs extérieurs. Une tentative n'est constituée que si deux conditions sont remplies à savoir le commencement de l'exécution. Ici l'auteur pose un acte concret visant à commettre l'infraction⁷². Enfin, l'absence de désistement volontaire. Ici, l'auteur ne renonce pas de son propre gré à son projet criminel avant l'acte.

Au Cameroun, les tentatives de crimes et de délits sont réprimées, tandis que celles concernant les contraventions ne le sont pas⁷³. Dans le cas de la tentative achevée, l'auteur accomplit tous les actes matériels nécessaires à l'infraction, mais le résultat recherché n'est pas atteint. Deux formes principales de tentative achevée peuvent donc être identifiées à savoir l'infraction manquée dans laquelle l'auteur réalise tous les actes nécessaires, mais un élément extérieur empêche l'atteinte du résultat⁷⁴. Par exemple, un conducteur tente de provoquer un accident⁷⁵, mais un freinage d'urgence de la voiture ou l'intervention d'un tiers empêche la collision. Dans l'infraction impossible quant à elle, l'auteur accomplit tous les actes requis, mais le résultat est inatteignable en raison de circonstances indépendantes de sa volonté, telles qu'un défaut technique du véhicule ou une erreur dans la programmation du système⁷⁶.

La répression de la tentative achevée varie selon la nature de l'infraction. Dans le cas de l'infraction manquée, elle est généralement punissable, car l'échec résulte d'un facteur

jusqu'à la mise à exécution, en passant par les mobiles, la psychologie de l'auteur et son processus décisionnel. Sur question, lire CORNU (G), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 1238. *V° Iter Criminis*.

⁷² Cela s'applique, par exemple, lorsque le véhicule à délégation de conduite est en mouvement, mais qu'un obstacle ou une intervention extérieure arrête le véhicule avant l'accident prévu.

⁷³ C. pén., art. 94-1. « (1) Toute tentative manifestée par un acte tendant à l'exécution d'un crime ou d'un délit, et impliquant sans équivoque l'intention irrévocable de son auteur de commettre l'infraction, si elle n'a pas été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime ou le délit lui-même. (2) La tentative est punissable alors même que le but recherché ne pouvait être atteint raison d'une circonstance de fait ignorée de l'auteur. (3) L'acte préparatoire ne constitue pas une infraction ».

⁷⁴ Par exemple, un véhicule autonome est programmé pour commettre un accident, mais en raison de circonstances imprévues, cet accident n'a pas lieu.

⁷⁵ L'infraction manquée survient lorsqu'une personne tente de commettre un crime sans atteindre son objectif, en raison d'une intervention extérieure, d'un changement d'avis ou d'une incapacité à agir. En droit pénal, la tentative reste punissable, même si le crime n'est pas consommé, car l'intention criminelle et les actes posés sont perçus comme une menace pour la société. L'infraction impossible, quant à elle, désigne.

⁷⁶ Une infraction impossible désigne une infraction dont l'échec résulte de l'impossibilité matérielle d'atteindre le résultat prévu. Un exemple de cela serait le fait de tenter de « tuer » une personne déjà morte. Sur question, lire CORNU (G), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 1126. *V° Infraction impossible*.

extérieur ignoré de l'auteur⁷⁷. Pour l'infraction impossible, la répression fait débat. Bien que l'impossibilité d'atteindre le résultat puisse sembler exclure la tentative, l'intention criminelle reste présente et peut justifier une sanction. Par exemple, un conducteur activant intentionnellement une manœuvre dangereuse avec un véhicule autonome, mais échouant en raison d'un dysfonctionnement technique, pourrait être tenu responsable de la tentative.

À la lumière de ces distinctions, il apparaît que les infractions se distinguent principalement par leur aspect matériel et se répartissent en deux grandes catégories à savoir celles d'action, définies par un acte positif, et celles d'omission, issues d'une abstention volontaire de respecter une obligation légale⁷⁸. En fonction de leur durée, elles peuvent être instantanées, permanentes ou continues⁷⁹. Leur structure permet de les classer en infractions simples, reposant sur un seul acte, d'habitude, nécessitant la répétition de faits similaires, et complexes, combinant plusieurs actes matériels distincts⁸⁰. Les infractions matérielles requièrent un résultat concret pour être constituées, tandis que les infractions formelles se fondent uniquement sur l'acte accompli, sans qu'un résultat soit nécessaire. Dans ce dernier cas, un repentir actif peut atténuer la responsabilité sans toutefois l'exonérer.

Au-delà de l'élément matériel, un acte d'imprudence ou de négligence peut également être requis pour caractériser les infractions causées par des véhicules à délégation de conduite.

B- L'exigence d'un acte non-intentionnel dans l'exécution de l'infraction

Les modes psychologiques d'exécution des infractions se divisent en deux catégories selon l'intention ou la méprise de l'auteur. Les infractions intentionnelles supposent une volonté délibérée de violer la loi, autrement dit, l'auteur agit « *exprès* ». Dans le contexte des véhicules à délégation de conduite, la possibilité d'une infraction intentionnelle est peu probable, étant donné que le système autonome n'agit pas dans le cadre d'une volonté humaine directe⁸¹. Il est donc difficile de considérer que l'infraction résulte d'une volonté délibérée du conducteur, bien que celui-ci puisse toujours avoir une responsabilité indirecte.

⁷⁷ C. pén., art. 94-2.

⁷⁸ Voir *supra*, p. 10.

⁷⁹ La prescription diffère selon le type d'infraction : pour les infractions instantanées ou permanentes, elle court dès la commission initiale, tandis que pour les infractions continues, elle commence à la fin de l'acte réitéré.

⁸⁰ La prescription de l'infraction complexe commence une fois tous les actes matériels accomplis.

⁸¹ GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 1205. V° *Faute intentionnelle*.

En revanche, les infractions non intentionnelles se produisent indépendamment de la volonté de l'auteur, et ici, la bonne foi n'y est pas prise en compte. Dans le cadre des véhicules partiellement autonomes, ces infractions se produisent lorsque le véhicule commet un acte qui contrevient aux règles de sécurité routière. Ce sont des fautes fréquemment observées dans des domaines comme la sécurité routière, et elles peuvent survenir même lorsque le conducteur n'a pas conscience de l'infraction, mais que son comportement est jugé imprudent par rapport à celui d'une personne raisonnablement prudente.

La faute en droit pénal, demeure donc l'élément moral des délits non intentionnels. Elle peut se manifester sous trois formes, par une imprudence⁸², une négligence ou un manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement⁸³. Dans ce contexte, même si le conducteur n'a pas de contrôle direct sur certaines actions du véhicule, il peut être jugé responsable si son comportement, tels que l'absence de vigilance ou la désactivation incorrecte du système autonome a conduit à une infraction⁸⁴.

Le manque de vigilance caractérisant la faute non intentionnelle permet de distinguer la faute d'imprudence ordinaire (1) des fautes d'imprudence qualifiées (2). En droit pénal camerounais, seule la faute d'imprudence ordinaire est prise en compte. Cependant, pour une analyse plus approfondie, il est important d'examiner l'imprudence qualifiée.

1- La faute d'imprudence ordinaire

La faute d'imprudence ordinaire concerne les actes commis par imprudence, par négligence, ou par non-respect des règlements, comme c'est fréquemment le cas dans les incidents impliquant des véhicules autonomes⁸⁵. Le juge apprécie cette faute de manière objective et circonstancielle, en comparant le comportement du conducteur ou du concepteur à celui d'une personne raisonnable pour déterminer si une imprudence ou une négligence a été commise, notamment en ce qui concerne l'interaction avec le système autonome. Ces situations sont spécifiquement prévues aux articles 289 et 290 du Code pénal.

⁸² Une imprudence donc une faute non intentionnelle engageant la responsabilité civile ou pénale. En matière civile, on l'appelle encore quasi-délit c'est-à-dire est un fait dommageable illicite et non intentionnel, résultant de la négligence ou de l'imprudence, sans intention de causer un dommage.

⁸³ C'est le cas de l'homicide ou les blessures involontaires prévus aux article 289 du Code pénal camerounais.

⁸⁴ GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 961. V^o Faute.

⁸⁵ C. pén., art. 289.

Ainsi, une faute d'imprudence englobe tout manquement à la prudence⁸⁶. Dans ce cas, le conducteur ou le concepteur peut être tenu responsable s'il n'a pas correctement supervisé le fonctionnement du véhicule ou s'il a mal réagi aux situations où il aurait dû reprendre le contrôle du véhicule. La négligence, quant à elle, se définit comme une faute résultant de l'inaction ou de l'omission d'un acte qu'il aurait fallu accomplir⁸⁷. Pour un conducteur d'un véhicule à délégation de conduite, cela pourrait inclure le fait de ne pas reprendre le contrôle d'un véhicule autonome en cas de défaillance du système ou de ne pas réagir adéquatement face à un dysfonctionnement. Elle se distingue de l'imprudence par son caractère passif, manifesté par des comportements tels que l'abstention, l'omission ou une légèreté blâmable⁸⁸. Ainsi, un conducteur ou un constructeur négligent pourrait être tenu responsable si des événements dommageables se produisent en raison de son inaction⁸⁹.

Pour qu'une faute non intentionnelle soit punissable, elle doit avoir causé un dommage physique, tel qu'un homicide ou des blessures. C'est dans cette logique que l'article 289 du Code pénal camerounais, intitulé « *Homicide et blessures involontaires* », prévoit qu'une personne peut être punie d'un emprisonnement de trois mois à cinq ans et d'une amende de dix mille à cinq cent mille francs si elle cause la mort ou des blessures par maladresse, négligence, imprudence ou inobservation des règlements⁹⁰.

L'article 290 du Code pénal camerounais prévoit également des peines doublées pour les infractions involontaires commises en état d'ivresse, sous l'effet d'intoxication, sans permis, ou en cas de fuite⁹¹. Si un conducteur de véhicule autonome commet une infraction dans ces conditions, notamment cause des blessures conformes aux dispositions de l'article 281⁹², la responsabilité pénale peut s'étendre à la non-intervention du conducteur en cas de défaillance du système de conduite autonome⁹³.

⁸⁶ CORNU (G), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 1121. V° *Imprudence*.

⁸⁷ La négligence constitue aussi un quasi-délit, source de responsabilité civile ou parfois pénale.

⁸⁸ CORNU (G), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 1455. V° *Négligence*.

⁸⁹ *Idem*, p. 962.

⁹⁰ C. pén., art. 289-1.

⁹¹ C. pén., art. 290-1.

⁹² Est passible d'un emprisonnement de six (06) jours à deux (02) ans et/ou d'une amende de cinq mille (5 000) à cinquante mille (50 000) francs, toute personne qui, par des violences ou voies de fait, cause à autrui, même de manière involontaire, une maladie ou une incapacité de travail d'une durée comprise entre huit (08) et trente (30) jours. Cf. C. pén., art. 281.

⁹³ Dans tous les cas mentionnés, la juridiction peut ordonner le retrait du permis de conduire ou interdire au condamné de l'obtenir pour une durée maximale de cinq (05) ans. En cas de récidive, cette sanction peut devenir définitive. Par ailleurs, hormis les cas de conduite sans le permis requis ou de fuite visant à échapper à la responsabilité, tout conducteur ayant causé un accident et prenant la fuite pour se soustraire à ses obligations est

En résumé, l'infraction d'imprudence ordinaire repose sur la matérialisation d'un résultat. Elle n'est caractérisée que si un dommage effectif atteint l'intérêt protégé par la loi. La consommation de l'infraction suppose de prouver que le comportement fautif, en l'occurrence une imprudence, a concrètement causé le dommage. Cette responsabilité s'étend aux utilisateurs et exploitants du véhicule autonome, ainsi qu'aux concepteurs et constructeurs, qui doivent garantir la sécurité de leur produit. Ainsi, la négligence ou l'inattention, lorsqu'elles conduisent à un dommage, deviennent pénalement répréhensibles. Divers comportements fautifs, tels que la maladresse, l'inattention ou le manquement à une obligation de sécurité, peuvent être définis par une norme légale, réglementaire, sociale ou professionnelle, impliquant une responsabilité liée aux fonctions exercées. Ainsi, les conducteurs, exploitants ou constructeurs doivent éviter tout comportement susceptible de créer un danger social, sous peine de responsabilité pénale.

La preuve de la faute d'imprudence ordinaire peut sembler complexe, notamment avec l'autonomie partielle des véhicules. Cependant, deux mécanismes facilitent cette démarche comme la présomption de faute, car le pouvoir de contrôle sur le véhicule permet de présumer un manquement à l'obligation de vigilance lorsque survient un dommage, et les enregistreurs de données, car les boîtes noires intégrées aux véhicules autonomes offrent des preuves fiables en identifiant les actions ou inactions du conducteur et du système au moment de l'accident⁹⁴.

Cependant, plusieurs causes peuvent neutraliser l'élément moral de la responsabilité pénale. Pour qu'une infraction soit punissable, il est indispensable que l'auteur soit déclaré responsable. Cette responsabilité repose sur deux éléments essentiels qui sont la culpabilité et l'imputabilité. L'imputabilité exige à la fois le discernement et la libre volonté. Si l'un de ces éléments fait défaut, la responsabilité pénale ne peut être retenue.

Ainsi, l'absence ou l'atténuation de la libre volonté peut entraîner une exonération totale ou partielle de la responsabilité pénale. Les causes de suppression totale de l'élément moral se répartissent en deux grandes catégories à savoir les causes de non-imputabilité et les excuses

passible d'un emprisonnement d'un (01) mois à un (01) an et/ou d'une amende allant de vingt mille (20 000) à deux cent mille (200 000) francs. La juridiction peut également prononcer le retrait du permis de conduire ou interdire son obtention pour une durée maximale de deux (02) ans. Cf. C. pén., art. 290, al. 3 et 4.

⁹⁴ Les boîtes noires, comme l'EDR (Event Data Recorder), l'ADDR (Automated Driving Data Recorder) et le DSSA (Data Storage System for Automatically Commanded Steering Function), sont des dispositifs électroniques intégrés aux véhicules autonomes ou semi-autonomes. Elles enregistrent des données importantes sur le fonctionnement du véhicule, notamment la vitesse, l'état des freins, l'activation des systèmes autonomes, les interactions entre le conducteur et le véhicule, ainsi que les actions automatisées comme le maintien de trajectoire.

absolutoires⁹⁵. Les causes de non-imputabilité surviennent lorsque l'acte incriminé ne peut être attribué à son auteur, celui-ci n'ayant pas agi en pleine possession de ses facultés mentales ou sans intention délibérée de produire le résultat reproché. Les trois principales hypothèses sont la démence⁹⁶, l'erreur⁹⁷, et surtout la contrainte, comme dans le cas d'espèce.

En droit pénal, la contrainte est assimilée à une forme de force majeure. Elle correspond à une force irrésistible, qu'elle soit physique ou morale, qui prive l'agent de sa liberté d'action, le contraignant à commettre l'infraction. L'article 77 du Code pénal précise que « *la responsabilité pénale ne peut résulter ni du cas fortuit, ni de la contrainte matérielle irrésistible* »⁹⁸. Par exemple, un incident imprévisible tel qu'une défaillance technique peut être qualifié de contrainte matérielle irrésistible. La contrainte physique peut également résulter de circonstances externes, comme un brouillard dense rendant la conduite impossible⁹⁹.

Quant à la contrainte morale, elle découle de menaces ou de pressions exercées par une tierce personne. Selon l'article 81 du Code pénal, ces menaces doivent faire craindre à l'agent ou à ses proches des blessures graves ou la mort¹⁰⁰. Toutefois, pour que cette excuse soit recevable, la menace doit être suffisamment sérieuse, comme un risque imminent de mort ou de blessures graves. Cette situation pourrait limiter la responsabilité pénale de l'agent sans nécessairement l'annuler complètement.

⁹⁵ Les excuses absolutoires s'appliquent lorsque l'imputabilité d'un individu est entièrement exclue, comme pour les mineurs de moins de 10 ans, pénalement irresponsables en raison de leur immaturité mentale, ou pour un adulte agissant sous contrainte morale ou dans des circonstances exceptionnelles. Cf. C. pén., art. 87, 95, 100.

⁹⁶ La démence désigne une atteinte cognitive empêchant de distinguer le juste de l'injuste et de comprendre la nature de ses actes. Elle peut entraîner une irresponsabilité pénale totale en cas de perte complète de discernement, ou partielle si certaines capacités restent intactes. Pour l'intoxication, en cas d'intoxication volontaire, comme la consommation consciente d'alcool ou de drogues avant de conduire, la responsabilité est maintenue. En revanche, une intoxication involontaire, liée à des effets secondaires médicamenteux inattendus est assimilée à une démence et réduit la responsabilité, en raison d'une incapacité similaire à contrôler ses actes. Cf. C. pén., art. 78 et 79.

⁹⁷ Au Cameroun, l'erreur n'est pas reconnue comme cause d'irresponsabilité pénale. Elle peut être de deux types : l'erreur de fait, liée à une confusion sur les éléments matériels de l'infraction, comme croire qu'un feu rouge est vert, reste difficile à prouver, la vigilance étant exigée de tout conducteur. L'erreur de droit, quant à elle, repose sur une méconnaissance de la loi, par exemple un conducteur étranger ignorant les règles locales. Cf. C. pén., art. 78 et 79.

⁹⁸ C. pén., art. 77.

⁹⁹ Si le conducteur est en présence d'une telle contrainte externe, il pourrait justifier son comportement en invoquant l'impossibilité de respecter certaines règles de sécurité routière, comme la limitation de vitesse.

¹⁰⁰ La responsabilité pénale ne peut résulter du fait d'un individu soumis à une menace imminente, et non autrement évitable, de mort ou de blessures graves telles que prévues par le présent Code. Toutefois, si l'infraction commise est passible de la peine de mort ou si elle a entraîné la mort ou les blessures mentionnées ci-dessus, l'auteur ne bénéficiera que de l'excuse atténuante. Le présent article ne s'applique pas à celui qui se place volontairement dans une situation où il s'expose au risque de telles menaces. C. pén., art. 81.

En somme, la contrainte peut constituer une cause d'exonération de responsabilité à condition que l'événement soit imprévisible, irrésistible, et que l'agent n'ait pas contribué à la situation par négligence ou non-respect des règles applicables. Cependant, la faute d'imprudence ordinaire se différencie de la faute d'imprudence ordinaire.

2- La faute d'imprudence qualifiée

Les fautes d'imprudence qualifiées, se caractérisent par une violation manifeste et délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou un règlement. Cela correspond à ce que l'on appelle le « *dol éventuel* »¹⁰¹, qui désigne une situation où l'agent n'a ni l'intention de commettre l'acte ni celle de provoquer le résultat, mais où celui-ci survient naturellement. En ce sens, la responsabilité pénale peut être rapprochée des principes de responsabilité civile¹⁰². Un exemple typique est donné par l'article 289 du Code pénal, qui traite de *'Homicide et blessures involontaires*.

On peut également citer la faute de mise en danger délibérée, prévue à l'article 223-1 du Code pénal français. En effet, l'infraction de mise en danger de la vie d'autrui est formelle et ne nécessite pas d'atteinte à une valeur protégée. Elle se caractérise par un comportement décrit par la loi, suffisamment grave pour justifier une intervention pénale. Cette infraction exige une faute délibérée, c'est-à-dire la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité, causant un risque grave et immédiat pour la vie ou l'intégrité physique.

En autonomie partielle, même sans dommage, des manquements à des obligations définies peuvent constituer une infraction. Par exemple, la violation des règles du Code de la route peut caractériser la faute et le lien de causalité entre la faute et le risque. Ainsi, les constructeurs peuvent être responsables en cas de violation des règles techniques de sécurité.

Les fautes d'imprudence qualifiées incluent également la faute d'imprudence caractérisée, exposant autrui à un risque d'une gravité particulière, un risque que la personne ne

¹⁰¹ Un exemple typique de dol est fourni par l'article 289 du Code pénal, intitulé « *Homicide et blessures involontaires* ». Cet article dispose en son alinéa 1 : « *Est puni d'un emprisonnement de trois (03) mois à cinq (05) ans et d'une amende de dix mille (10000) à cinq cent mille (500.000) francs ou de l'une de ces deux peines seulement, celui qui, par maladresse, négligence, imprudence ou inobservation des règlements, cause la mort ou des blessures, maladies ou incapacités de travail, telles que prévues aux articles 277 et 280 ci-dessous* ». À la lecture de ce texte, le dol éventuel permet de distinguer quatre fondements de la responsabilité pénale : la maladresse, la négligence, l'imprudence, et l'inobservation des règlements. Ces fondements tendent à rapprocher la responsabilité pénale de la responsabilité civile.

¹⁰² C'est pourquoi le dol éventuel concerne généralement des infractions faiblement sanctionnées en droit pénal.

pouvait ignorer¹⁰³. Une telle faute ne nécessite pas l'existence préalable d'une loi spécifique, mais une conscience claire du risque, ce qui s'applique à la conduite d'un véhicule partiellement autonome lorsque le conducteur est averti d'un dysfonctionnement mais n'agit pas en conséquence. Quant à la faute contraventionnelle, elle résulte de la violation d'une prescription légale ou réglementaire, sans qu'il soit nécessaire de prouver une intention de transgresser la loi¹⁰⁴. Cette faute est constituée dès que l'acte réprimé est constaté, sans qu'un résultat dommageable soit nécessaire¹⁰⁵.

En somme, l'analyse de l'élément intentionnel d'une infraction concerne l'état d'esprit de l'auteur au moment des faits, et donc sa culpabilité. Celle-ci implique une faute. Dans les infractions non-intentionnelles, l'élément moral est l'imprudence, un comportement inconsidéré¹⁰⁶. La volonté de l'auteur ne vise pas directement le résultat de l'infraction, contrairement à l'intention. L'atteinte à une valeur protégée provient d'une indifférence à celle-ci, non d'une hostilité. Cela n'implique pas que l'auteur soit sans volonté, car il conserve une volonté de liberté, la capacité de se déterminer librement. Par exemple, un conducteur d'un véhicule partiellement autonome, bien qu'il n'ait pas souhaité nuire, décide de dépasser la vitesse autorisée ou d'agir imprudemment, ce qui conduit à un accident¹⁰⁷.

De plus, la question de la volonté de l'acte ne se pose plus lors de la délégation de conduite, car l'auteur peut avoir voulu ne pas respecter les conditions d'utilisation, se livrer à des activités interdites, ou conduire sans pouvoir reprendre la main. Par exemple, un conducteur qui dépasse la vitesse ou enfreint une règle à cause d'un dysfonctionnement ne peut voir sa volonté écartée par ce dernier¹⁰⁸. Le comportement imprudent peut donc résulter d'une volonté consciente et délibérée. Par exemple, un conducteur pressé, sachant les risques, choisit de ne pas respecter un feu rouge ou de dépasser la vitesse autorisée, prenant délibérément le risque d'un dommage. Il commet ainsi une faute d'imprudence consciente, entre l'imprudence simple

¹⁰³ Une faute caractérisée se produit lorsqu'une personne expose autrui à un risque d'une gravité particulière, un risque qui ne pouvait raisonnablement être ignoré. Dans le contexte des véhicules autonomes, cette faute pourrait être constatée si le conducteur, en dépit des indications de défaillance du système, n'intervient pas pour éviter un accident, exposant ainsi les autres usagers de la route à un risque grave et manifeste.

¹⁰⁴ Pour les véhicules à délégation de conduite, cela pourrait concerner le non-respect des réglementations concernant la supervision du système autonome ou l'utilisation de fonctionnalités interdites par la loi.

¹⁰⁵ Le Code pénal camerounais classe les contraventions en quatre catégories selon les articles 364 à 370, avec des sanctions proportionnelles, allant d'amendes modérées à des peines d'emprisonnement pour les infractions les plus graves.

¹⁰⁶ La faute d'imprudence, au sens moral du terme, se définit comme le fait de ne pas prévoir les conséquences dommageables de son acte, ou de ne pas prendre les précautions nécessaires pour éviter leur survenue.

¹⁰⁷ Dans un homicide non-intentionnel, l'auteur n'a pas voulu la mort, mais a agi de manière imprudente.

¹⁰⁸ Par exemple, absence de permis de conduire, état d'ivresse ou consommation de stupéfiants.

et l'intention. Cette faute délibérée implique la prise de conscience du risque, même sans vouloir le dommage¹⁰⁹. Par exemple, un conducteur de véhicule semi-autonome qui ne respecte pas les conditions d'utilisation prend délibérément le risque d'un accident.

Ces développements montrent que la prise en charge de la conduite par le système, sous supervision humaine, n'empêche pas de caractériser un défaut de précaution engageant la responsabilité pénale. Dans un contexte où l'innovation technologique transforme le secteur de l'automobile, la question de la responsabilité pénale devient de plus en plus complexe. La question de la responsabilité se pose-t-elle en cas d'autonomie totale du véhicule ?

II- L'extension du champ classique à la responsabilité pénale du non-humain

L'émergence de l'intelligence artificielle (IA) autonome bouleverse les bases traditionnelles de la responsabilité pénale, historiquement conçue pour les actions humaines. L'IA, dotée de capacités d'apprentissage autodidactes, introduit une imprévisibilité échappant au contrôle direct de l'Homme. En déléguant à la machine des tâches autrefois inaccessibles grâce à sa puissance de calcul et son adaptabilité, l'Homme favorise un basculement vers une autonomie décisionnelle. Cette autonomie permet à l'IA d'agir dans des situations complexes sans intervention humaine, transformant son rôle d'outil en celui d'un acteur quasi-indépendant dans la chaîne causale. Cependant, cette autonomie génère une zone grise en matière de responsabilité. Si une IA prend une décision entraînant un préjudice, comment établir une responsabilité pénale, notamment lorsque l'acte découle de son propre apprentissage et non d'une erreur de conception ou d'utilisation ?

Les accidents impliquant des véhicules autonomes illustrent ces enjeux. En effet, deux incidents marquants de mars 2018 en témoignent. Le 19 mars, à Tempe en Arizona, un véhicule autonome d'Uber a mortellement percuté un piéton lors d'un test en conditions réelles. L'absence d'activation du système de freinage avant l'impact a poussé Uber à suspendre ses essais, bien que l'entreprise ait également mis en cause le conducteur présent¹¹⁰. Quatre jours plus tard, le 23 mars, un ingénieur de chez Apple a perdu la vie à bord d'un Tesla Model X en

¹⁰⁹ En cas d'autonomie partielle, la délibération de l'acte démontre la conscience du danger encouru.

¹¹⁰ MAUSSION (F.), « Accident mortel en Arizona : le véhicule autonome a détecté le piéton, sans l'éviter », *Les Échos*, 2018, consulté le 12 décembre 2024. URL : [<https://www.lesechos.fr/2018/05/>].

mode Autopilote. Tesla a décliné toute responsabilité, attribuant l'accident au non-respect par le conducteur des avertissements demandant de reprendre le contrôle¹¹¹.

Ces événements soulignent l'urgence de repenser les cadres juridiques classiques pour intégrer la responsabilité pénale des non-humains. La question ne porte plus seulement sur la répartition de la responsabilité entre concepteurs, utilisateurs ou exploitants, mais aussi sur la reconnaissance d'une responsabilité propre à la machine. Cette évolution pourrait aboutir à l'idée d'une « responsabilité déléguée », où l'on admettrait que la machine, dans son autonomie, devienne un agent à part entière. Cela nécessiterait d'envisager, d'une part, une personnalité juridique pour l'IA (A) et, d'autre part, l'imputation d'infractions au véhicule autonome (B).

A- L'attribution de la personnalité juridique à l'IA selon le modèle de la personne morale

La personnalité juridique constitue une notion fondamentale de la science du droit, définissant l'aptitude d'un individu à être sujet de droit. Elle est reconnue de manière universelle à tous les êtres humains, personnes physiques, et, sous certaines conditions variables selon leur nature, aux personnes morales¹¹². L'ambition de la théorie de la personnalité robotique est donc d'étendre cette reconnaissance à des entités autres que ces personnes. Ainsi, la question de l'attribution de la personnalité juridique à un véhicule autonome soulève la problématique de l'adaptabilité du droit positif à intégrer une nouvelle catégorie d'entité.

Dans le cadre du droit actuel, le statut juridique d'un mode de transport ne soulève pas de difficulté particulière, le véhicule étant considéré comme un simple objet juridique dépourvu de personnalité, à l'instar de ce qui est disposé par l'article 531 du Code civil de 1804 sur les navires au Cameroun¹¹³. Cependant, la représentation des véhicules autonomes comme objets capables d'agir de manière autonome, à la manière d'une personne, confronte¹¹⁴ cette avancée technologique aux catégories juridiques traditionnelles¹¹⁵. En effet, le véhicule autonome, en

¹¹¹ CLAUDEL (M.), « Accident mortel en Tesla Model X : la famille de la victime porte plainte », *Numerama*, 2019, consulté le 12 décembre 2024. URL : [<https://www.numerama.com/vroom/>].

¹¹² GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 1409. V° *Personnalité juridique*.

¹¹³ Toutefois, il convient de noter que cet article n'a pas été modifié depuis 1804 et reste d'actualité principalement pour les navires et non nécessairement pour d'autres objets ou entités, comme les véhicules autonomes.

¹¹⁴ Cette confrontation se justifie par le fait que l'autonomie du véhicule brouille la distinction entre choses et personnes. De plus, les particularités du véhicule autonome s'accommodent mal des principes du droit des biens.

¹¹⁵ L'opération de qualification juridique, qui consiste à mettre en relation la définition et le régime juridique, a pour objectif de rattacher la situation factuelle à une catégorie de manière à appliquer le régime correspondant. Sur la question, lire CUMYN (M.), « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématisme du droit », *Les Cahiers de droit*, vol. 52, n° 3-4, septembre-décembre 2011, p. 351.

substituant l'action humaine et en adoptant un comportement similaire à celui d'un être humain libre, pourrait légitimement être envisagé pour bénéficier d'un statut juridique propre¹¹⁶.

La personnalité juridique, en tant que construction juridique, pourrait donc être étendue aux véhicules autonomes. Leur nature artificielle ne constitue pas un obstacle, car bien qu'ils suppléent parfois l'action humaine, ces véhicules sont des créations humaines, conçues pour répondre à des besoins spécifiques. Dès lors, le fait qu'un véhicule autonome ne soit ni humain ni vivant ne fait pas en soi obstacle à l'attribution de la personnalité juridique. La question se pose donc de savoir si sa nature artificielle, en tant que produit de l'ordre des choses, freine cette reconnaissance ? En réalité, ni leur nature artificielle, ni les conditions de reconnaissance de la personnalité juridique, ni ses effets en droit positif ne s'opposent à cette extension¹¹⁷. Le droit positif montre d'ailleurs que la personnalité juridique ne se limite pas aux seuls êtres humains, comme l'illustre la reconnaissance de la personnalité morale¹¹⁸.

Ainsi, pour évaluer la possibilité d'attribuer la personnalité juridique aux véhicules autonomes, il convient de définir les conditions nécessaires à cette reconnaissance. Les deux questions majeures qui en découlent concernent l'autorité compétente pour attribuer cette personnalité et les critères permettant son octroi. Dès lors, ni l'origine de la personnalité juridique (1) ni les conditions de son attribution (2) ne semblent faire obstacle à l'élévation des véhicules autonomes au statut de sujets de droit.

1- Les fondements de la personnalité juridique

En droit, la personnalité juridique désigne l'aptitude à être sujet de droit, c'est-à-dire à être titulaire de droits et d'obligations. Elle est reconnue de plein droit à tous les êtres humains, personnes physiques et, sous certaines conditions définies par la loi, aux personnes morales¹¹⁹.

¹¹⁶ Les spécificités du véhicule autonome ne le font ni une personne juridique, ni un objet réfractaire à l'appropriation, mais en font un bien particulier. Le véhicule autonome demeure donc un bien singulier.

¹¹⁷ Accorder la personnalité juridique au véhicule autonome ne le ferait probablement pas échapper à son statut de chose en raison de sa nature artificielle. L'autonomie du véhicule poursuivant un but utilitaire pour l'homme et son existence n'étant pas subordonnée à son statut de sujet de droit, il pourrait rester un objet de droit.

¹¹⁸ La personnalité morale démontre clairement que le droit peut conférer la personnalité juridique à des entités non humaines. En effet, la personne morale, dépourvue de corps physique, d'âme ou de sentiment, constitue un être abstrait. Cependant, afin d'exercer ses fonctions, le droit attribue à certains groupements la personnalité juridique. Il est donc évident que le droit ne réduit pas la personne juridique à la seule personne humaine.

¹¹⁹ GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 1394. V° *Personnalité juridique*.

Ainsi, qu'il s'agisse des personnes physiques ou morales, la personnalité juridique demeure une construction juridique, et son attribution repose toujours sur l'autorité de la loi¹²⁰.

Puisque la personnalité juridique résulte de la reconnaissance par le droit de la capacité d'une entité à agir et à jouir de droits, plusieurs textes encadrent cette notion. Par exemple, le Code pénal camerounais, à travers ses dispositions protégeant les droits fondamentaux comme le droit à la vie et à l'intégrité physique, confirme implicitement la personnalité juridique des personnes physiques. Cependant, c'est le Code civil applicable au Cameroun qui constitue la principale source en la matière. Il établit que tout être humain est une personne dès sa naissance et fixe les conditions d'acquisition et de perte de cette personnalité juridique.

Pour les personnes physiques, qui représentent le modèle de référence de la personnalité juridique, l'accès à la vie juridique et au statut de sujet de droit est conditionné par la naissance vivante et viable¹²¹. Par ailleurs, l'enfant conçu bénéficie d'une protection juridique particulière, notamment en matière successorale, conformément à l'article 725 du Code civil français¹²², appliqué au Cameroun selon le principe du *mutatis mutandis*¹²³. La personnalité juridique des personnes physiques s'étend dès la naissance et jusqu'au décès, indépendamment de leur volonté ou de leurs facultés intellectuelles.

Toutefois, bien que tout être humain ait vocation à être titulaire de la personnalité juridique, il convient de rappeler que cette qualité repose sur une consécration légale explicite. La loi reste donc l'autorité exclusive qui attribue ou retire la personnalité juridique, en fonction de critères définis par le droit positif.

La personne physique est, en effet, une abstraction juridique, un pur construit¹²⁴, et son statut de sujet de droit relève exclusivement de l'autorité de la loi. Il appartient donc au

¹²⁰ WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Université de Perpignan dite Université Via Domitia, 1994, pp. 169 à 171.

¹²¹ LOISEAU (G.), « Intelligence artificielle et droit des personnes », in BENSAMOUN (A.) et LOISEAU (G.) (dir), *Le droit de l'intelligence artificielle*, LGDJ, 2019, p. 40.

¹²² civ., art. 725. « Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. Ainsi, sont incapables de succéder: 1° Celui qui n'est pas encore conçu; 2° L'enfant qui n'est pas né viable ».

¹²³ *Mutatis mutandis* est une locution latine qui signifie littéralement « en changeant ce qui doit être changé » ou « avec les adaptations nécessaires ». En droit, cette expression est utilisée pour indiquer qu'un texte, une règle ou une disposition s'applique dans une autre situation, mais sous réserve des modifications ou ajustements nécessaires pour tenir compte des différences entre les deux contextes. Dans l'application des lois, lorsqu'une règle ou un principe de droit est emprunté d'un autre système juridique ou d'un autre domaine, on précise que cette règle s'applique *mutatis mutandis*, pour indiquer que des adaptations sont possibles ou nécessaires pour s'ajuster au cadre local. C'est le cas de l'article 725 du Code civil français, applicable *mutatis mutandis* au Cameroun, qui signifie que cet article est adapté pour correspondre au contexte juridique camerounais.

¹²⁴ WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, *op. cit.*, p. 171.

législateur de décider quelles entités bénéficient de la personnalité juridique et lesquelles en sont exclues. De manière analogue aux personnes physiques, les personnes morales sont des créations explicites du législateur. La reconnaissance de cette qualité repose sur une décision souveraine et claire de ce dernier, comme c'est le cas pour les sociétés ou les associations.

Les personnes morales au Cameroun sont des entités abstraites reconnues comme des sujets de droit, par leur création légale ou par des actes constitutifs validés. Elles peuvent être publiques ou privées. Plusieurs textes régissent leur personnalité juridique, à commencer par l'Acte uniforme OHADA¹²⁵ relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE). Ce texte, applicable dans l'espace OHADA, dont le Cameroun fait partie, encadre les conditions de création, d'existence et de fonctionnement des sociétés commerciales. Ainsi, l'article 98 de cet acte précise que la personnalité juridique est acquise par les sociétés dès leur immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier¹²⁶. Au niveau national, la loi n° 90/053 du 19 décembre 1990 sur les associations prévoit que les associations obtiennent la personnalité juridique dès leur déclaration auprès des autorités administratives compétentes, sauf si elles sont expressément interdites¹²⁷.

De ce qui précède, les théories classiques de la personnalité juridique, notamment la théorie de la fiction, trouvent clairement leur application dans le cadre des véhicules autonomes. Selon cette théorie, les personnes morales sont des créations artificielles du législateur. Ainsi, si l'accès à la qualité de sujet de droit repose sur un construit juridique, il apparaît inapproprié de considérer les robots autonomes, et plus particulièrement les véhicules autonomes, sous l'angle de leurs similitudes ou comportements analogues à ceux des êtres humains pour justifier

¹²⁵ L'OHADA, ou l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, est une organisation internationale fondée par le Traité de Port-Louis le 17 octobre 1993 et révisée le 17 octobre 2008 à Québec, Canada. Elle vise à harmoniser le droit des affaires, garantir la sécurité juridique et judiciaire, et faciliter les échanges et investissements en créant un cadre juridique uniforme pour les affaires dans les États membres. L'OHADA est structurée autour de plusieurs organes, dont la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement, le Conseil des Ministres, le Secrétariat Permanent, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), et l'École Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA). Aujourd'hui, elle regroupe 17 États membres, dont le Cameroun, et utilise le droit harmonisé pour propulser le développement économique et créer un environnement favorable aux affaires.

¹²⁶ Art. 98 de l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, adopté le 30/01/2014 à Ouagadougou (Burkina Faso).

¹²⁷ Dans la même veine, la loi n° 99/016 du 22 décembre 1999 relative aux coopératives et aux groupes d'initiative commune (GIC) dispose que ces entités acquièrent la personnalité juridique dès leur immatriculation dans les registres appropriés. Cette disposition est en accord avec le Code des collectivités territoriales décentralisées, qui prévoit que les communes et régions, en tant que personnes morales de droit public, tirent leur personnalité juridique directement de la Constitution camerounaise et des textes régissant leur fonctionnement.

leur attribution de la personnalité juridique. En effet, cette qualité demeure conditionnée par une reconnaissance légale explicite.

Le législateur, dès lors, a toute latitude pour accorder ou refuser la personnalité juridique à ces entités. Puisque le droit positif exclut pour le moment les véhicules autonomes de ce statut, il serait souhaitable de réformer la législation pour attribuer la personnalité juridique aux véhicules autonomes. Par ailleurs, le rôle du législateur ne se limite pas à déterminer si une entité peut accéder au statut de sujet de droit, mais inclut également la définition des conditions et des critères de cette attribution.

2- Les critères d'attribution de la personnalité juridique

En droit positif, il existe d'une théorie générale unitaire de la personnalité juridique fondée sur la notion d'intérêt, un concept central du droit subjectif. En effet, le droit subjectif fait référence aux prérogatives accordées aux sujets de droit par les règles de droit objectif, ces prérogatives étant sanctionnées par le droit¹²⁸. Ces droits peuvent être classés en droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux¹²⁹. Ainsi, la notion de droit subjectif devient le point de départ pour interroger l'attribution de la personnalité juridique aux véhicules autonomes.

Que ce soit pour les personnes physiques ou morales, l'élément central de la personnification réside dans l'idée d'un intérêt propre. Pour qu'une entité bénéficie de la personnalité juridique, elle doit remplir deux conditions qui sont représenter un intérêt juridique et que cet intérêt soit autonome. Pour les êtres humains, la personnalité juridique est accordée automatiquement dès la naissance, sur la base de leur existence physique¹³⁰. À partir du moment où l'individu existe de manière autonome, il manifeste sa capacité à participer à la vie juridique¹³¹. Pour les personnes morales, la personnalité juridique est acquise si elles

¹²⁸ GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 754. V° Droit subjectif.

¹²⁹ Le droit patrimonial, qui peut être évalué pécuniairement, entre dans le patrimoine d'une personne et fait partie du commerce juridique. Il est cessible, saisissable et prescriptible, tel que le droit de propriété ou le droit à réparation pour dommage. À l'inverse, le droit extrapatrimonial, qui n'est pas susceptible d'évaluation pécuniaire, ne fait pas partie du patrimoine et est exclu du commerce juridique. Il inclut des droits tels que le droit au nom, le droit moral de l'auteur, le droit à l'image, à la vie privée, à la famille, et à l'intégrité physique, qui sont incessibles, insaisissables et imprescriptibles. Le non-respect de ces droits peut toutefois entraîner une réparation civile sous forme de dommages et intérêts. Les droits extrapatrimoniaux englobent également les libertés fondamentales, comme la liberté d'expression et de conscience. Idem, pp. 750 et 746.

¹³⁰ Dans ce cas, la personnalité juridique est reconnue à l'enfant en fonction de l'intérêt juridique qui peut être manifesté avant même sa naissance, notamment à travers les droits successoraux du fœtus, sous réserve de sa naissance vivante et viable

¹³¹ WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., p. 219.

représentent un intérêt autonome, opposable aux tiers. Cette autonomie de l'intérêt est également un critère de l'opposabilité de l'entité juridique.

En ce sens, l'autonomie est une condition essentielle pour attribuer la personnalité juridique aux véhicules autonomes. L'autonomie de la machine, entendue comme sa capacité à se déterminer elle-même et à prendre ses propres décisions¹³², implique le droit de se régir par ses propres lois¹³³, sans dépendre d'autres rapports de droit¹³⁴. Le pouvoir de se déterminer soi-même renvoie à la conscience et à l'indépendance, qualités essentielles pour le consentement¹³⁵. Cette autonomie est le lien par lequel un véhicule autonome pourrait se connecter à la vie juridique. Si un véhicule prend des décisions de conduite de manière indépendante, il pourrait être perçu comme poursuivant un objectif autonome, tel que garantir la sécurité du transport des biens et des personnes, remplissant ainsi une fonction juridique. Dans ce contexte, l'intérêt propre du véhicule, distinct de celui de l'être humain, pourrait justifier l'octroi de la personnalité juridique, avec l'autonomie comme un indicateur clé de cet intérêt.

Un défi supplémentaire dans l'octroi de la personnalité juridique réside dans la définition précise du niveau d'autonomie nécessaire pour qu'un véhicule autonome puisse revendiquer la personnalité juridique. Le législateur devra établir un seuil d'autonomie minimal afin que l'entité soit reconnue comme un sujet de droit. Actuellement, plusieurs niveaux d'autonomie sont définis pour les véhicules par des organismes comme la SAE, la NHTSA et l'OICA, sur une échelle de 0 à 5¹³⁶. Les niveaux 4 et 5, caractérisés par une automatisation avancée, correspondent respectivement à un haut degré d'automatisation et à une autonomie totale, sans intervention humaine¹³⁷. Puisque la personnalité juridique confère la capacité de jouir de droits et d'assumer des obligations, ces véhicules autonomes des niveaux 4 et 5, pour être reconnus comme sujet de droit, doivent non seulement être aptes à jouir de ces droits, mais

¹³² LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse illustré, op. cit.*, p. 69. V° Autonomie.

¹³³ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 259. V° Autonomie.

¹³⁴ *Idem*, p. 533.

¹³⁵ En l'absence de cette capacité, l'acte accompli par une personne qui en était privée, par exemple en raison d'un trouble, peut être annulé pour absence de consentement.

¹³⁶ Le niveau 0 représente l'absence d'autonomie, applicable aux véhicules produits entre 1950 et 2000. Le niveau 1, couvrant les véhicules de 2000 à 2010, introduit une assistance à la conduite, tout en restant sous le contrôle du conducteur. Entre 2010 et 2025, les véhicules atteignent une autonomie partielle ou conditionnelle, nécessitant une supervision humaine. Ces véhicules sont partiellement autonomes et régis par le droit existant, avec quelques ajustements. Après 2025, l'autonomie des véhicules devient plus élevée, et après 2030, les véhicules deviennent totalement autonomes, nécessitant une révision importante du cadre juridique. Sur la question, lire BRUNEAU (B.), et al., « Les niveaux d'autonomies des véhicules », *A CAPELLA Consulting*, 2021, consulté le 16 juillet 2024. URL: <https://www.acapella-consulting.fr/17/article-vehicules-autonomes-les-niveaux-dautonomies>

¹³⁷ FOLLIOU (O.), *L'autonomisation des moyens de transport, op. cit.*, pp. 121 et 123.

aussi disposer d'un patrimoine permettant de couvrir les conséquences juridiques liées à ses actions¹³⁸. Cette capacité de jouissance découlerait de l'activité spécifique assignée au véhicule, notamment dans le cadre de la conduite autonome, et son patrimoine pourrait être dédié à la couverture des responsabilités issues de cette activité.

De manière similaire, un véhicule autonome pourrait se voir attribuer un patrimoine distinct, à l'instar des personnes morales, pour garantir la réparation des dommages causés dans le cadre de sa fonction. Le législateur pourrait ainsi envisager d'accorder à ces véhicules un patrimoine spécifiquement affecté à la réparation des préjudices générés par leurs actions, incluant la possibilité de disposer d'actifs propres, capables de couvrir ses obligations de responsabilité sans toucher aux patrimoines des propriétaires ou fabricants.

Cette analyse démontre que la reconnaissance de la personnalité juridique pour les véhicules autonomes est juridiquement possible, bien qu'elle nécessite une intervention législative. Les concepts de personnalité juridique, d'intérêt et d'autonomie fournissent un cadre solide pour attribuer cette personnalité juridique aux véhicules autonomes, qu'ils soient considérés comme des entités juridiques distinctes ou comme des sujets de droit soumis à des conditions légales. Il revient également au législateur de définir la manière d'imputer les infractions commises par ces véhicules autonomes.

B- L'imputation de l'infraction aux véhicules autonomes

L'imputabilité constitue le fondement moral de la responsabilité pénale, reposant sur le discernement et le libre arbitre¹³⁹. Elle est essentielle pour établir la culpabilité d'un individu, c'est-à-dire pour déterminer sa faute¹⁴⁰. Cela se reflète dans les dispositions de l'article 74, alinéa 2, in fine du Code pénal qui prévoit qu'est pénalement responsable celui qui commet avec l'intention¹⁴¹. L'imputation, quant à elle, désigne l'acte par lequel une personne est qualifiée comme responsable d'un acte délictueux, en conformité avec l'étymologie du terme.

Pour les personnes morales, l'imputation d'une infraction obéit aux conditions prévues à l'article 74-1(a) du Code pénal qui dispose que «*Les personnes morales sont responsables pénalement des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou*

¹³⁸ ATIAS(G.), *Droit civil. Les personnes. Les incapacités*, PUF, 1985, Coll. Droit fondamental, n° 81, p. 125.

¹³⁹ GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques, op. cit.*, p. 1013. V° *Imputabilité*.

¹⁴⁰ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 1134. V° *Imputation*.

¹⁴¹ C. pén., art. 74-2.

représentants»¹⁴². Cette disposition fixe en réalité deux conditions principales d'imputation. La première, subjective, exige que l'infraction soit commise par les organes ou représentants de la personne morale. La seconde, objective, impose que l'infraction soit perpétrée pour le compte de cette dernière. Ces conditions peuvent être transposés au cas des véhicules autonomes.

La confrontation entre l'autonomie de l'acte et l'imputation personnelle de l'infraction soulève deux questions fondamentales touchant à la responsabilité juridique et morale. La première concerne la possibilité d'attribuer une infraction à une personne lorsque la délégation de conduite est activée. Cette problématique relève de l'imputation objective, qui consiste en une attribution purement technique de l'infraction, sans considération des éléments subjectifs comme l'intention¹⁴³. La seconde question touche à la réprobation sociale d'une infraction attribuée. Elle relève de l'imputation subjective, qui dépasse l'attribution technique pour examiner les aspects sociaux et moraux de l'acte¹⁴⁴. Elle implique un jugement moral fondé sur la capacité de la personne ou de l'entité en question à répondre de ses actes en fonction de critères comme la culpabilité, l'intention criminelle ou l'irresponsabilité.

Ainsi, la question de l'imputation des infractions à l'intelligence artificielle ne se réduit pas à une simple opération technique. En réalité, à l'heure actuelle, il semble peu probable qu'un véhicule autonome soit un acteur du droit criminel. Bien qu'ils soient capables d'apprendre la conduite de manière autonome, il est difficile d'imaginer qu'elles soient suffisamment avancées pour agir indépendamment¹⁴⁵. En conséquence, ces machines ne disposent pas de la capacité légale nécessaire et ne peuvent donc être tenues pénalement responsables¹⁴⁶. De plus, la responsabilité criminelle d'un véhicule autonome ne se substitue pas à celle des programmeurs ou des utilisateurs. Si ces derniers devaient être tenus responsables pénalement par d'autres voies légales, leur responsabilité viendrait s'ajouter à celle de ces véhicules par combinaison. Ceci exige une évaluation approfondie de la responsabilité morale et juridique. Ces deux formes

¹⁴² C. pén., art. 74-1 (a).

¹⁴³ Elle repose sur des critères factuels, tels que la capacité d'un système autonome à remplacer l'action humaine, indépendamment des implications morales ou sociales.

¹⁴⁴ L'imputation réprobative intègre non seulement les caractéristiques propres de la personne, telles que sa conscience de l'acte et son intention, mais aussi les critères de réprobation sociale et juridique qui, dans les sociétés contemporaines, dépendent des normes et des attentes collectives.

¹⁴⁵ Les décisions prises par ces systèmes reposent essentiellement sur la programmation, les algorithmes intégrés et les instructions données par les utilisateurs.

¹⁴⁶ Toutefois, avec les progrès technologiques, cette situation pourrait évoluer si les machines dotées d'IA parvenaient à atteindre un niveau de sophistication leur permettant de prendre des décisions complètement autonomes, sans intervention humaine. Dans un tel cas, il serait nécessaire que le droit pénal s'adapte pour prendre en compte cette nouvelle réalité.

d'imputation objective (1) et subjective (2) sont complémentaires et illustrent l'articulation entre les exigences techniques du droit et les normes sociales sous-jacentes à la responsabilité des véhicules autonomes.

1- L'imputation objective de l'infraction

L'imputation de l'infraction revoit, d'une part, à l'établissement d'un lien de causalité entre une personne et l'infraction, et, d'autre part, à l'évaluation de sa capacité à en répondre¹⁴⁷. Elle peut reposer sur une logique objective, indépendante de la volonté ou des intentions du responsable¹⁴⁸. Le droit pénal exige la capacité de compréhension et de volonté pour engager la responsabilité pénale¹⁴⁹. Or, les véhicules autonomes, dépourvus de conscience et de libre arbitre, impliquent une pluralité d'acteurs dans la survenance des infractions tels que les concepteurs, les programmeurs ou les utilisateurs.

Dans le domaine des véhicules autonomes, deux grandes approches peuvent être envisagées par le législateur à savoir l'approche de l'exclusivité des responsabilités et celle du cumul des responsabilités. La question centrale est de déterminer si, en cas d'infraction causée par un véhicule autonome, les responsabilités du conducteur et du constructeur sont mutuellement exclusives ou s'il est possible de les cumuler.

Selon de l'approche de l'exclusivité des responsabilités, l'autonomie du véhicule pourrait transférer la responsabilité pénale du conducteur vers le constructeur. Par exemple, si le conducteur ne reprend pas le contrôle du véhicule lorsque le système le demande, ou si les conditions d'utilisation du système ne sont pas respectées, la responsabilité incomberait au titulaire de l'autorisation d'expérimentation. À l'inverse, si le conducteur reprend correctement la conduite au moment opportun, sa responsabilité serait engagée. Dans ce schéma, les responsabilités du conducteur et du constructeur ne se chevauchent pas.

¹⁴⁷ Ces deux aspects convergent dans l'objectif de déterminer qui peut être tenu pénalement responsable.

¹⁴⁸ L'imputation d'une infraction à une personne repose sur plusieurs critères dont la prévisibilité, la défaillance technique, le manquement à une obligation, notamment la négligence en matière de vigilance ou d'entretien, et le non-respect des normes de sécurité et de programmation.

¹⁴⁹ L'imputation objective d'un dommage causé par un véhicule autonome repose sur le lien de causalité. Deux hypothèses se dessinent à savoir la causalité directe, qui intervient lorsque le véhicule agit conformément à son programme et que le dommage résulte directement de son fonctionnement. C'est le cas d'un freinage tardif programmé. L'autre hypothèse c'est la causalité indirecte, qui intervient lorsque le véhicule agit en dehors du cadre prévu en raison d'une défaillance, d'un défaut d'apprentissage ou d'une erreur d'implémentation. Dans ce cas, la responsabilité pourrait incomber au concepteur ou à l'utilisateur pour manquement à leurs obligations.

Cependant, cette approche présente des limites. Elle peut conduire à une déresponsabilisation partielle ou totale de certains acteurs, notamment dans les cas où des fautes multiples de nature différente concourent à la réalisation d'un dommage.

L'approche du cumul des responsabilités quant à elle apparaît comme une solution plus adaptée à ces véhicules. Elle permet d'attribuer l'infraction à toutes les parties impliquées, en tenant compte de la pluralité des fautes. Le droit pénal général justifie déjà ce principe, comme l'illustrent les dispositions des législations camerounaise et française. Par exemple, l'article 74-1-c du Code pénal camerounais dispose que « *la responsabilité pénale des personnes physiques, auteurs des actes incriminés, peut se cumuler avec celle des personnes morales* »¹⁵⁰. De même, en France, l'article 121-2 du Code pénal permet de cumuler la responsabilité d'un dirigeant avec celle de son entreprise pour un même délit¹⁵¹. Dans ce cas, le cumul des responsabilités garantit que chaque acteur, qu'il soit concepteur, constructeur ou utilisateur assume sa part de responsabilité. Ainsi, un défaut du système autonome, causant un dommage, n'exonère pas le conducteur de sa responsabilité s'il a, par exemple, omis de reprendre le contrôle du véhicule conformément aux règles d'utilisation.

Ainsi, adopter le principe du cumul des responsabilités permet de mieux répondre à la complexité des situations impliquant des véhicules autonomes. Cette approche reflète les objectifs fondamentaux du droit pénal qui sont la prévention des infractions, la sanction des comportements fautifs, et l'équité dans l'attribution des responsabilités¹⁵².

Bien que l'autonomie des véhicules modifie les modalités traditionnelles de la responsabilité pénale, elle ne doit pas en réduire la portée. Le cumul des responsabilités, en prenant en compte l'ensemble des fautes ayant conduit à un dommage, constitue la solution la plus juste et la plus cohérente avec les principes du droit pénal moderne. Ce qui nous conduit à analyser l'imputation subjective de l'infraction.

2- L'imputation subjective de l'infraction

L'imputation subjective d'une infraction à une personne concerne les conditions permettant de lui attribuer la responsabilité pénale d'un acte. Traditionnellement, cette

¹⁵⁰ C. pén., art. 74-1-c.

¹⁵¹ France, C. pén., art. 74-1-c.

¹⁵² Elle évite toute déresponsabilisation des acteurs impliqués et garantit que chacun contribue à prévenir les dommages potentiels.

imputation repose sur les aptitudes intellectuelles de l'agent, telles que sa capacité à comprendre, à vouloir, et son libre arbitre¹⁵³. Cependant, dans le cas des véhicules autonomes, cette approche présente un défi, car ces machines sont dépourvues de conscience, de volonté propre et de libre arbitre. Par conséquent, elles ne répondent pas aux critères anthropocentriques traditionnels du droit pénal, comme la capacité de discernement ou l'intentionnalité.

Contrairement à un être humain, un véhicule autonome prend des décisions en suivant des algorithmes programmés, des capteurs et des données collectées. Ces décisions ne sont pas basées sur une intention consciente¹⁵⁴, mais plutôt sur des instructions préétablies par ses concepteurs et son environnement¹⁵⁵. Dès lors, l'imputation subjective d'une infraction au véhicule devient impossible, suscitant la nécessité d'identifier d'autres responsables¹⁵⁶.

L'autonomie des véhicules crée une distance spatio-temporelle entre l'acte humain et le dommage, soulevant la question de savoir si cette autonomie empêche l'imputation subjective des infractions par imprudence. Les conditions d'imputation d'une infraction non intentionnelle varient selon que l'auteur soit direct ou indirect. Si le comportement imprudent est directement lié au dommage, une faute simple suffit pour engager la responsabilité pénale. En revanche, si le lien est indirect, seule une faute qualifiée, telle que la faute délibérée, peut permettre l'imputation. Ainsi, la distinction entre causalité directe et indirecte influe sur la gravité de la faute nécessaire pour imputer une infraction. La causalité participative introduite par les véhicules autonomes pourrait transformer systématiquement une personne physique en auteur indirect, compliquant ainsi l'imputation de la responsabilité.

Dans ce cadre, l'auteur d'une infraction est celui qui « *commet les faits incriminés* » ou tente de les commettre. Selon l'article 74-2 du Code pénal camerounais, il s'agit de « *celui qui commet volontairement les éléments constitutifs d'une infraction* »¹⁵⁷. Il existe plusieurs types d'auteurs tels que l'auteur matériel, qui réalise directement l'acte incriminé et l'auteur intellectuel ou moral, qui fait exécuter cet acte par un tiers. Dans les infractions involontaires résultant d'imprudence ou de négligence, l'auteur indirect est celui qui intervient en amont dans

¹⁵³ Cette vision limite l'imputation subjective à une simple évaluation des facultés cognitives.

¹⁵⁴ Par exemple une faute d'imprudence simple ne peut plus être reprochée à une personne physique si elle n'a pas directement causé le dommage.

¹⁵⁵ Cela empêche l'application stricte des critères subjectifs classiques de responsabilité pénale.

¹⁵⁶ Le législateur peut ainsi définir des situations spécifiques où il est injuste d'imputer une infraction, excluant ainsi la responsabilité pénale.

¹⁵⁷ C. pén., art. 74-2.

la chaîne causale du dommage. L'auteur médiateur, de son côté, est celui qui, par une omission fautive, permet à une personne sous son autorité de commettre l'infraction. La causalité directe se caractérise par une proximité temporelle et spatiale entre la faute et le dommage, tandis qu'une causalité indirecte implique une dissociation spatio-temporelle.

Dans le cadre d'une délégation totale de conduite à un véhicule autonome, l'imputation devient plus complexe en raison de la séparation entre la faute humaine et le dommage¹⁵⁸. Pour qu'une infraction soit imputée à un auteur indirect, il est nécessaire de prouver une faute qualifiée, généralement une faute d'imprudence délibérée, résultant de la violation consciente d'une norme spécifique. Il s'agit d'une violation manifeste et délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, correspondant à l'intention potentielle de causer un dommage. De même, une faute d'imprudence caractérisée repose sur la gravité du manquement et le risque d'un péril grave, exposant autrui à un risque d'une gravité particulière, qui ne pouvait être ignoré. Cette faute est d'une exceptionnelle gravité et ne nécessite pas forcément une réglementation préalable, mais elle suppose une conscience du risque¹⁵⁹. Sur cette base, elle peut résulter de la violation d'une règle de conduite de simple bon sens, ou d'une circulaire réglementant des pratiques comme les sorties scolaires.

Conclusion

En conclusion, l'émergence des véhicules autonomes soulève des enjeux juridiques majeurs, notamment en ce qui concerne la responsabilité pénale, ce qui nécessite une révision des principes classiques du droit pénal. En premier lieu, la question de l'imputabilité des infractions causées par ces véhicules se pose, notamment à travers l'analyse des rôles respectifs du conducteur, du constructeur et du système. En effet, l'absence de conscience et de volonté des véhicules autonomes rend impossible leur imputation directe d'infractions, ce qui souligne la nécessité d'adapter les concepts de faute et de causalité. Face à ces défis, une réforme législative pourrait permettre d'attribuer une personnalité juridique aux IA autonomes. De plus, la répartition des responsabilités, qu'elle soit exclusive ou cumulative, doit être soigneusement pensée afin de garantir la sécurité et la justice dans un cadre technologique en pleine évolution.

¹⁵⁸ Par exemple, un constructeur qui omet de respecter les normes de sécurité pourrait créer une situation propice au dommage. Bien que ce comportement soit indirect, il peut engager la responsabilité pénale du constructeur s'il est démontré qu'une faute pénale qualifiée a eu lieu.

¹⁵⁹ Cf. C. pén., art. 89 à 90.

Par ailleurs, une approche alternative pourrait également être envisagée, élargissant la notion d'imputation subjective. Cette approche consisterait à évaluer l'intentionnalité non pas au niveau de la machine, mais des individus ou entités ayant conçu, programmé ou mis en circulation le véhicule. En outre, en réponse à la réalité des véhicules autonomes, le droit pénal pourrait se concentrer davantage sur l'imputation objective, attribuant la responsabilité à ceux dont les actions ou omissions ont indirectement causé le dommage. Dans ce contexte, il serait alors nécessaire d'établir des régimes de responsabilité spécifiques, combinant des éléments du droit pénal et civil, afin de prendre en compte la complexité des systèmes autonomes. Enfin, une forme de responsabilité collective ou partagée pourrait être créée, reconnaissant que l'infraction résulte souvent de la contribution de multiples acteurs.

Ainsi, le développement des véhicules autonomes exige une réflexion approfondie et multidimensionnelle sur l'évolution des principes juridiques actuels.

La transaction en droit pénal camerounais : contribution à une étude fonctionnelle

The transaction in cameroonian criminal law: contribution to a functional study

MBARGA Gabriel

Doctorant à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques

Université de Ngaoundéré - Cameroun

Moniteur à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques

Université de Bertoua

Résumé : Mode alternatif de règlement des conflits, la transaction s'est introduite dans le droit pénal camerounais. Or, cette discipline est le lieu où s'exerce la violence légitime de l'Etat. La présence de la transaction en son sein suscite des interrogations, qu'il nous est apparu pertinent d'apprécier ce rapprochement. A l'analyse, il s'avère que face à l'engorgement des juridictions et le souci de lutter contre le détournement des deniers publics, la transaction se présente comme un moyen efficace. Aussi, dans une démarche processuelle où la décision imposée est de plus en plus mal ressentie par les justiciables, la transaction se pare de la tunique de la légitimité en aménageant un cadre dans lequel la décision trouve sa source entre une offre et une acceptation. Seulement, le consentement est problématique en cette matière. Pour s'assurer qu'il a été donné de manière libre et éclairé, la présence d'un avocat aux côtés du mis en cause doit être impérative. C'est en cela, qu'à travers la transaction, le droit pénal camerounais peut offrir une justice de qualité.

Mots clés : transaction – droit pénal – efficace – légitimité – consentement – justice de qualité

Abstract : Transaction, an alternative dispute resolution method, has been incorporated into Cameroonian criminal law. This development raises questions, as criminal law is the domain where the State exercises its legitimate authority. However, upon closer examination, it becomes clear that transaction offers an effective solution to the problems of court congestion and the misappropriation of public funds. Moreover, in a procedural context where imposed decisions are increasingly met with dissatisfaction by litigants, transaction provides a legitimate framework for decision-making, based on offer and acceptance. Nevertheless, the issue of consent is problematic in this area. To guarantee that consent is given freely and with full awareness of the facts, it is essential that the accused has access to a lawyer. In this way, transaction can enable Cameroonian criminal law to deliver high-quality justice.

Key words : Transaction – criminal law – efficient – legitimacy – consent - quality justice

Introduction

La transaction figure depuis longtemps parmi les modes de gestion des litiges en matière civile. Au sein de cette dernière, tout différend dont une décision juridictionnelle n'est pas intervenue au fond, peut faire l'objet de transaction ; c'est la manifestation du principe dispositif¹. Conformément à ce principe, les parties au litige peuvent de concert, mettre fin à celui-ci ou le prévenir². Suivant cette logique, la transaction ne peut être envisageable en droit pénal qui est dominé par la décision étatique unilatérale.

De prime abord, il peut être considéré que le droit pénal se prête moins bien que d'autres branches du droit à « l'éventualité de lois à exigence de réflexivité »³. En effet, l'Etat s'est arrogé le monopole de la sanction pénale et le justiciable n'a pas à intervenir dans un tel domaine. En cette matière plus encore que dans d'autres, la loi n'est pas négociable⁴ ; de manière plus triviale, il peut être affirmé avec François DESPREZ qu' « au pénal la sanction tombe »⁵. Le concept traditionnel de la procédure pénale ne se prête pas à un consensus : « le droit de punir⁶, le principe de la légalité, le caractère strict des règles procédurales, la recherche de la vérité comme but du procès [...] ne semblent pas permettre une telle flexibilisation »⁷.

Seulement, portée aujourd'hui par le mouvement dit de contractualisation entendue comme la diffusion « du modèle contractuel dans des champs traditionnellement réservés à la

¹ V. CECILE (Ch.), « Le principe dispositif : origines historiques et droit comparé », in *Le procès est-il encore la chose des parties ?* Editions IRJS, 2015, pp. 9-34 ; (RONAN B.-M.), « Le principe dispositif », in *Fiches de procédure civile*, 2020, pp. 5-13, (en ligne) consulté sur shs.cairn.info le 12 décembre 2024.

² Article 2044 du code civil.

³ DESPREZ (F.), « L'éventualité de mécanismes réflexifs dans le cadre du procès pénal français », R.D.U.S., 2009, p. 482. Sur le concept de réflexivité, voir LALONDE (L.), « La parole des citoyens interpellée par les lois à exigence de réflexivité, quel(s) usage(s) et quelle(s) parole(s)? » dans FORTIER (V.) et LEBEL-GRENIER (S.), dir., *La parole et le droit*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 2008, à la p. 28. En effet, appliquée au domaine juridique, la réflexivité, écrit cet auteur, « se conçoit comme convoquant nécessairement les acteurs, et non seulement leur participation, mais leur construction du sens de la norme »

⁴ V. dans ce sens PIN (X.), *Le consentement en matière pénale*, Paris, LGDJ, 2002, p. 541.

⁵ DESPREZ (F.), *ibid.* p. 482.

⁶ Cette prérogative appartient exclusivement à l'Etat qui l'exerce en toute souveraineté. V. plus précisément WEBER (M.), *Le Savant et le Politique*, trad. J. Freund, coll. 10-18, Paris, Ed. Plon, 1959, spéc. p. 100 et s ; GARÇON (E.), *Le droit pénal. Origines, évolutions, état actuel*, Paris, Payot, 1922, p. 54.

⁷ HEIKE JUNG, « Le plaider coupable et la théorie du procès pénal » in Mélanges offerts à PRADEL (J.) . *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006 à la p. 808. Le terme même de peine paraît difficilement conciliable avec les concepts de convention ou d'accord (COUVROT (P.), « Contractualisation en matière pénale, en général » dans CADIET (L.) et RICHER (L.), dir., *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, à la p. 198).

décision unilatérale »⁸, la transaction a trouvé droit de cité en droit pénal. La loi n° 2005/007 du 27 juillet 2005 portant procédure pénale camerounaise a institué à l'article 62 alinéa 1(f) ce mode alternatif de règlement des conflits comme cause d'extinction de l'action publique. Ainsi, des interrogations fusent par-ci par-là autour de cette institution. L'on se demande si par cette brèche ouverte, le législateur a fait de l'action publique non plus une prérogative publique, mais un bien aliénable⁹.

Il faut noter que définir le concept de transaction n'est pas une tâche aisée. La doctrine qui s'y essaie, a parfois du mal à lui donner une définition précise¹⁰. Etymologiquement, le mot transiger vient du latin *transigere*, signifiant mener à bonne fin, régler une affaire, mettre fin à quelque chose, en l'espèce à un litige¹¹. Dans la continuité du droit romain, le droit privé entend la transaction comme un contrat emportant renonciation¹² des parties à leur droit d'action et devant comporter des concessions réciproques. C'est le code civil et la jurisprudence qui donnent à ce concept une définition on ne peut plus claire. Aux articles 2044 et suivants du Code civil qui définissent la transaction comme un contrat « *par lequel les parties terminent une contestation née ou une contestation à naître* » et lui reconnaissent entre les parties l'autorité de la chose jugée, la jurisprudence a ajouté l'exigence de concessions réciproques, comme condition de validité. A s'en tenir à cette définition et à sa condition de validité, la transaction semble mal assise en droit pénal.

Que ce mode contractuel de règlement des conflits progresse en cette matière est tout à fait remarquable, car, si l'Etat a la faculté de transiger, encore faut-il qu'il ait la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. Non seulement, sa présence en matière pénale

⁸ CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.), « le système juridique à l'ère de la contractualisation, Synthèse », Centre René DEMOGUE, Université de Lille 2, 2008, p. 2.

⁹ A propos, lire GARAPON (A.) et PAPADOPOULOS (I.), *Juger en Amérique et en France, Culture juridique française et common law*, Paris, LGDJ, Editions Odile Jacob, 2003.

¹⁰ DROSS (W.), « ordre public et transaction », Déc. 2005, LYON, France, p. 63. hal-00457625.

¹¹ Le dictionnaire GAFFIOT, faisant référence au code Justinien, définit même le terme de « *transigere* » comme l'action de conclure une transaction, c'est-à-dire d'éteindre un rapport litigieux par des concessions réciproques. GAFFIOT (F.), *Dictionnaire latin-français*, éd. Hachette, Paris, 1934.

¹² Le concept de renonciation est employé plus ou moins en procédure pénale sans que l'on ne s'accorde sur sa réalité. Toutefois, sa mention explicite par le législateur camerounais est une lapalissade. En effet, devant le juge d'instruction par exemple, l'inculpé a droit à un conseil (art. 172 alinéa 1), à qui on doit communiquer l'heure de comparution et le dossier de la procédure (alinéas 2 et 3 de l'article précédent). S'il ne se présente pas, il est passé outre et mention de tout est faite au procès-verbal (alinéa 4). L'alinéa 5 ajoute « *il en est de même lorsque l'inculpé renonce expressément à n'être entendu ou confronté qu'en présence de son conseil* ». Dans le même sens V. SEWA HOUGMO (L.), *La renonciation aux droits de la défense en procédure pénale camerounaise*, Mémoire, université de Bertoua, 2024.

heurte l'article 6 du code civil¹³, mais aussi, viole un principe phare en la matière, à savoir celui de l'indisponibilité de l'action publique¹⁴ qui appartient à la société et non au ministère public ; c'est là un « *principe élémentaire du droit pénal* »¹⁵. Faut-il par la brèche ouverte par l'article 62 alinéa 1 (f) du code de procédure pénal camerounais conclure à la disponibilité de l'action publique ? La réponse à cette question semble négative. Sa présence doit être regardée comme une confortation de ce principe et non autrement. En effet, comme l'affirme Léon-Chantal AMBASSA, « *la transaction est une mesure exceptionnelle* »¹⁶. Cette affirmation est justifiée par la lettre de l'article précité ; lequel article limite la transaction aux cas expressément prévus par la loi.

Une autre question non moins pertinente est celle de l'établissement de la preuve de culpabilité en matière pénale. Si la preuve est rapportée par tous moyens, il est des garanties établies par la loi pour s'assurer que la vérité ne soit étouffée. Ces garanties sont regroupées sous la bannière du procès équitable¹⁷ que les anglo-saxons appellent *fair trial*. Le procès équitable inclut notamment, « *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, les règlements et coutumes en vigueur, le droit à la défense, y compris celui de se faire assister par un défenseur de son choix et, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable par une juridiction impartiale* ». La contractualisation qui se développe aujourd'hui en générale et la transaction qui s'inscrit dans ce mouvement en particulier semble incompatible avec la mise en œuvre de ce principe conventionnel, que l'on se demande s'il est susceptible de renonciation¹⁸.

La Convention Européenne des Droits de l'Homme ne donne pas de réponse à cette question. Il faut se référer à la jurisprudence de la Cour chargée de connaître des affaires

¹³ « *On ne peut disposer par des conventions particulières aux règles qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

¹⁴ V. NDEME MOUIGNY MBOSSA (D. S.), *L'indisponibilité de l'action publique en droit pénal camerounais*, Mémoire, université de Yaoundé II, 2016.

¹⁵ CHAVENT-LECLERE (A.-S.), « La transaction existe-t-elle en droit pénal ? », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, MALLET-BRICOUT (B.) NOURISSAT (C.) (dir.), Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 148.

¹⁶ AMBASSA (L. C.), « Le fameux « qui paie sort » ou une renonciation monnayée à l'action publique par le ministère public : le pragmatisme contre la lettre », in *Miroir du droit*, n° 002 avril-mai-juin 2010.

¹⁷ V. article 6 alinéa 1 de Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

¹⁸ Il est intéressant de noter que dans l'index du Dictionnaire de la justice, au verbo « renonciation », il est précisément renvoyé au verbo « contractualisation » : L. CADDIET (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, P.U.F., 1e éd., 2004, p. 1358. V. dans ce sens C.E.D.H., arrêt *Deweere c. Belgique* du 27 février 1980, §49.

relevant de cette convention. Dans l'affaire *Deweere contre la Belgique*¹⁹, la Cour a rendu à ce jour son arrêt le plus significatif quant à l'impact des garanties du procès équitable sur la solution contractuelle. L'affaire *Deweere* concernait un commerçant, poursuivi pour infraction à la législation sur la réglementation économique et les prix. Alors que le ministère public avait dans un premier temps ordonné la fermeture provisoire du commerce du requérant, il lui proposa ensuite une transaction consistant dans le paiement d'une somme d'argent assez modique. A défaut d'acceptation, la fermeture provisoire du commerce aurait été maintenue jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'infraction. Appelée à examiner l'affaire sous l'angle de l'article 6§1 de la Convention, la Cour européenne analysa l'acceptation de la transaction en une renonciation à se prévaloir du droit à un examen de sa cause par un tribunal, renonciation admissible dans son principe²⁰. Encore fallait-il s'assurer qu'une telle renonciation avait été mise en œuvre librement. Ainsi, « *sans exclure catégoriquement cette faculté, elle subordonne sa validité à son caractère non équivoque et à l'absence de pression exercée sur son auteur* »²¹.

De la marge de manœuvre laissée à la transaction en droit pénal camerounais, certaines administrations publiques se sont vues accorder le pouvoir d'y recourir. Par cette faveur, les fonctionnaires de ces administrations ont conformément à l'article 80 du CPP camerounais, qualité d'officiers ou d'agents de police judiciaire à compétence spéciale. Ainsi, chaque fois qu'une infraction est commise dans leurs domaines de compétence respectifs, lesdites administrations peuvent transiger à son égard. C'est le cas des infractions fiscales²², douanières²³, des infractions au Code des eaux et forêts²⁴, des infractions relatives aux jeux et

¹⁹ C.E.D.H., arrêt *Deweere c. Belgique* du 27 février 1980, Ainsi, la Cour devait déclarer : « *Dans le système juridique interne des Etats contractants pareille renonciation [à se prévaloir de son droit à un examen de sa cause par un tribunal] se rencontre fréquemment au civil, notamment sous la forme de clauses contractuelles d'arbitrage, et au pénal sous celle, entre autres, des amendes de composition. Présentant pour les intéressés comme pour l'administration de la justice des avantages indéniables, elle ne se heurte pas en principe à la Convention (...)* ».

²⁰ BERNARD DE LAMY relevait, à propos du mouvement de contractualisation en matière pénale, que l'on était en présence de procédés de gestions des conflits, ayant pour effet de transformer la présomption d'innocence, en un « *droit disponible auquel chacun peut renoncer par un aveu qui emporte la décision* ». De LAMY (B.), « *Procédure et procédés* (propos critiques sur la contractualisation de la procédure pénale) in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (Dir.), *Approche critique de la contractualisation, op.cit.*, p. 163.

²¹ FRUMER (Ph.), « *L'encadrement supranational de la solution contractuelle : l'impact des garanties du procès équitable* », in *La contractualisation de la production normative*, CHASSAGNARD-PINET S. et HIEZ D. (dir.), colloque, des 11, 12 et 13 octobre 2007, p. 123.

²² V. Code général des impôts.

²³ Voir la loi n°2016/004 du 18 avril 2016 régissant le commerce extérieur au Cameroun, spéc. Art. 60 al.1 « *les infractions à la présente loi (...) peuvent donner lieu à une transaction, sans préjudice à l'action publique* »

²⁴ Loi n°94/01 du 20 janvier 1994 portant régime des forêts, de la faune et de la pêche. Voir art.146 et 147.

loteries²⁵. Ces administrations ont dans ces domaines l'apanage de fixer unilatéralement les termes de l'accord. C'est pourquoi, des doutes ont pu naître quant à la qualification juridique des transactions qui se nouent devant ces administrations publiques. Convient-il toujours de trouver en elles une sorte de contrat ? Nous l'avons mentionné plus haut, les concessions réciproques font défaut. Pour d'autres, notamment en droit français où le mécanisme est le même qu'en droit camerounais, la qualification contractuelle ne fait pas de doute. Ainsi, Michel DOBKINE²⁶ et Jean-François DUPRE²⁷ y voient respectivement « *un contrat pénal indemnitaire non exécutoire* » et « *un contrat d'adhésion* ». Pour d'autres à l'instar d'Eugène GHERADI²⁸ en revanche, il s'agirait d' « *une sanction administrative librement consentie* ». Quoi qu'il en soit, le pouvoir de transiger dans les domaines sus indiquées appartient aux administrations à qui les textes réglementaires et légaux en ont décidé ainsi et non au ministère public.

Aussi, l'entrée en vigueur de la loi n°2011/028 du 14 décembre 2011, telle que modifiée par la loi n°2012/011 du 16 juillet 2012 portant création du Tribunal Criminel Spécial a donné lieu à une nouvelle teinte de la transaction en droit pénal camerounais. Le pouvoir d'y donner suite appartient cette fois au ministère public. L'article 18 alinéa 1 de la loi précitée dispose à cet égard qu' « *en cas de restitution du corps du délit, le Procureur Général près le tribunal peut, sur autorisation écrite du Ministre chargé de la Justice, arrêter les poursuites engagées avant la saisine de la juridiction de jugement* ». A première vue, ce qui semble consacré ici, c'est la *nolle prosequi* de l'article 64 du code de procédure pénal camerounais²⁹. Seulement, puisque l'arrêt des poursuites n'est pas justifié par l'intérêt social ou la paix publique, mais par la restitution du corps du délit, il convient d'y voir avec le Doyen Spener YAWAGA³⁰, une transaction pénale. Cette transaction a ceci de particulier que sa réalisation n'emporte pas

²⁵ Article 249-8 du nouveau code pénal camerounais « (1) *Les infractions prévues aux articles 249 à 249-3 peuvent faire l'objet de transaction entre la structure chargée de la régulation des jeux et les mis en cause. La transaction n'est possible qu'en cas d'aveu après constatation de l'infraction; (2) Le montant de la transaction prévue à l'alinéa 1 ci-dessus ne peut être inférieur au minimum de la peine d'amende encourue ; (3) Le règlement du montant total de la transaction prévue à l'alinéa 2 ci-dessus éteint l'action publique* ».

²⁶ DOBKINE (M.), « La transaction en matière pénale », *Recueil Dalloz*, 1994, chron., p. 137.

²⁷ DUPRE (J.-F.), *La transaction en matière pénale*, Paris, Litec, 1977, p.167.

²⁸ GHERARDI (E.), « Réflexions sur la nature des transactions pénales », *RFDA*, 1999, p. 905.

²⁹ « *Le Procureur Général près une Cour d'appel peut, sur autorisation du ministre chargé de la justice, requérir par écrit, puis oralement, l'arrêt des poursuites pénales à tout stade de la procédure avant l'intervention de la décision au fond, lorsque ces poursuites sont de nature à compromettre l'intérêt social ou la paix publique* ».

³⁰ YAWAGA (S.), « Avancée et reculades dans la répression des infractions de détournement des deniers publics au Cameroun : regard critique sur la loi n° 2001/028 du 11 décembre 2011 portant création du Tribunal criminel spécial », *Juridis Périodique*, n°90, Avril-mai-juin 2012, p. 60.

automatiquement extinction de l'action publique. C'est pourquoi, sans démentir Siméon Patrice KOUAM qui y voit une fausse³¹ transaction, il convient à notre sens, de dire qu'il est question d'une transaction spéciale.

Eu égard aux différentes remarques relevées, il sied d'apprécier ce mode alternatif de règlement des différends en droit pénal camerounais. Qu'elle soit un contrat ou non, une fausse transaction ou son contraire, le législateur camerounais l'a institué pour les vertus qui sont les siens. Ainsi, à bien y regarder, cette transaction se déploie en droit pénal camerounais pour lui apporter de l'efficacité (I), et plus encore, la parer de la tunique de la légitimité (II).

I- un instrument au service de l'efficacité du droit pénal

Le droit, écrit Paul-Gérard POUGOUE, c'est du concret³² ; et ce, d'autant plus que dans sa conception contemporaine, les règles juridiques ne peuvent plus être détachées de leurs effets³³. Parmi ces derniers, on cite l'efficacité. En droit pénal dira un auteur, « *l'exigence d'efficacité constitue une nécessité* »³⁴.

La notion d'efficacité qu'il convient de distinguer avec celle d'effectivité³⁵ et d'efficience³⁶, est actuellement l'objet d'une inflation verbale. Elle devient le référent à la mode de toute relation d'ordre juridique³⁷. L'efficacité est polysémique. Les linguistes juridiques diraient d'elle qu'elle est pourvue d'une polysémie externe car pourvue de multiples sens dépassant les strictes frontières du droit. Au sens commun, l'efficacité, du latin *efficax, acis* (agissant, qui réussit, qui réalise, qui produit de l'effet), désigne ce « *qui produit l'effet qu'on en attend* »³⁸. Est efficace « *un produit, (...) une méthode (...) qui produit l'effet attendu* » ou une personne « *qui remplit bien sa tâche, se dit de son action, de ses paroles qui atteignent leur*

³¹ KOUAM (S. P.), « Le droit pénal au Cameroun : ceinture de force de l'état et miroir de l'état de droit. (Soliloque sur les mouvements contemporains du champ pénal) », in *Les transformations contemporaines du droit pénal au Cameroun*, Cah. Jur. Et Pol. De l'univ. de Ngaoundéré, numéro spécial, I, 2024, p. 40.

³² POUGOUE (P.-G.), « Les quatre piliers cardinaux de la sagesse du droit OHADA », in *Les Horizons du droit OHADA*, in Mélanges en l'honneur du Professeur FILIGA Michel SAWADOGO, 2018, p. 397.

³³ OST et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit* (2e tirage). Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 2010, p. 329.

³⁴ BAMBE DJORBELE, « L'apologie des peines alternatives en droit pénal camerounais », *ADILAAKU. Droit, politique et société en Afrique*, 2022, p. 221.

³⁵ A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, V° Effectivité.

³⁶ *Le Robert, Dictionnaire de la langue française*, V° Efficacité, 2ème sens. Une mesure est efficiente lorsqu'elle atteint son but tout en minimisant leur coût social

³⁷ V. MUSTAPHA MEKKI, « L'efficacité et le droit. Essai d'une théorie générale », *RUS*, 2009, p. 1 et s., consulté en ligne sur mustaphamekki.openum.ca, le 19 septembre 2024 à 22h48.

³⁸ *Le Robert, Dictionnaire de la langue française*, V° Efficacité.

but, qui aboutissent à des résultats utiles »³⁹. Rarement définie par les juristes⁴⁰, la notion d'efficacité, invitée en droit, suppose de dépasser la posture du juriste dogmatique si bien définie par Max WEBER⁴¹ et par Jean CARBONNIER⁴².

Une norme juridique est efficace lorsqu'elle est adaptée aux fins poursuivies. L'institution de la transaction en droit pénal camerounais s'inscrit parfaitement dans cette logique ; car, le législateur a voulu, à travers ce procédé contractuel, atteindre certains objectifs tant principaux (A) que secondaires (B).

A- L'atteinte des objectifs principaux

Les objectifs du droit pénal peuvent être pluriels. Le législateur peut rechercher à travers la sanction pénale, la protection de la société, l'amendement du condamné et plus qu'hier, la protection de la victime⁴³. Si ces objectifs sont atteints, le droit pénal de fond est efficace. Pour y arriver, le concours du droit pénal de forme est indispensable. Seulement, l'institution judiciaire rencontre des difficultés pour faire face à l'ensemble des affaires. L'engorgement des juridictions est un défi majeur pour les juridictions pénales camerounaises. Le remède qu'a trouvé le législateur a consisté à faire évoluer le chemin judiciaire à travers les alternatives aux poursuites. Ainsi, la transaction entre en jeu pour permettre le désengorgement des prétoires répressifs (1). Aussi, à travers ce procédé contractuel, l'Etat a voulu récupérer les fonds publics détournés par les personnes qu'il emploie pour assurer le service public (2).

³⁹ *Dictionnaire Le Grand Larousse Universel*, V° Efficacité.

⁴⁰ V. Quelques exemples de plus en plus nombreux où la définition de la notion reste absente, AUBERT DE VINCELLES (C.), *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Préf. LEQUETTE (Y.), Dalloz, vol. 19, 2002 ; BOURASSIN (M.), *L'efficacité des garanties personnelles*, Préf. M.-N. JOBARDACHELLIER, L.G.D.J., 2006. Les auteurs qui raisonnent selon la méthode de l'analyse économique s'y intéressent davantage, v. par ex. ROYER (G.), *L'efficience en droit pénal économique. Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, Préf. STASIAK (Fr.), LGDJ, coll. Droit et économie, 2009 ; JEAN (J.-P.), « De l'efficacité en droit pénal, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire », in *Mélanges offerts à Jean PRADEL*, Cujas, 2006, p. 135 et s. ; FRISON-ROCHE (M.-A.), « L'efficacité des décisions en droit de la concurrence : notions, critères, typologies », L.P.A., 2000, n° 259, p. 4 et s. ; CONTE (Ph.), « Effectivité, inefficacité, sous-effectivité, surefficacité... : variations pour droit pénal », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Mélanges P. CATALA, Litec, 2001, p. 125 et s. ; CANIVET (G.), FRISON-ROCHE (M.-A.) et KLEIN (M.) (dir.), « Mesurer l'efficacité économique du droit », LGDJ, coll. Droit et économie, 2005.

⁴¹ WEBER (M.), *Economie et Société*, Paris, Plon, 1971, p. 213.

⁴² CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, 1re éd., 1978, réédition PUF, Coll. Quadrige, 1994, p. 17.

⁴³ De l'impression qu'ont certains auteurs que dans notre société, les victimes « *ont bien souvent le sentiment d'être des oubliés, des exclus* », sur le rappel de cette tendance, ZAMBO ZAMBO (D. J.), « Le nouveau code de procédure pénale et la victime de l'infraction. À propos de l'enrichissement du "parent pauvre" du procès pénal camerounais », *RIDC*, 2011, vol. 1, p. 73 et les auteurs cités. Dans le même sens, YAWAGA (S.), « L'accès à la justice : évolutions récentes » : réflexion à partir de l'évolution du droit à réparation de la victime de l'infraction » in *L'accès à la justice : évolutions récentes*, colloque sous la direction du même auteur, Uma Lex, 2018, 21-42.

1- Le désengorgement des juridictions répressives

Le doyen Spener YAWAGA, faisant allusion à la transaction consacrée devant le TCS, fait savoir que ce mode alternatif de résolution des conflits « rentre dans le mouvement générale de « contractualisation du droit pénal »⁴⁴ et de recherche des procédures de nature à désengorger les juridictions pénales »⁴⁵. C'est dans l'idée de rechercher des procédures visant à désengorger les juridictions pénales camerounaises, que la loi a accordé à certaines administrations limitativement déterminées, le pouvoir de transiger à l'égard des infractions⁴⁶ commises dans leurs différents domaines de compétence. Sans qu'on n'ait besoin de faire le tour des transactions dans ces différents domaines, la démonstration se limitera aux infractions commises en matières douanière et faunique.

En matière douanière, la pratique de la transaction est une réalité même si elle reste mal connue. En droit comparé en effet, le premier Président SOULARD disait à propos, que « le contentieux douanier est très mal connu des magistrats, pratiqué par un nombre fort restreint d'avocats, peu traité par la doctrine et rarement enseigné à l'Université »⁴⁷. Au Cameroun, décidant de transiger, l'administration des douanes peut se prévaloir de l'article 327 du Code des douanes CEMAC⁴⁸ pour régler les litiges en dehors de toute action devant les tribunaux répressifs déjà surchargés. Au sein de cette administration, plusieurs autorités sont habilitées à terminer un contentieux par la voie amiable. Les autorités publiques habilitées à transiger en matière douanière pour les infractions relevant du champ pénal, se retrouvent tant au niveau national qu'au niveau communautaire. Au niveau national, on retrouve en bonne place, le Ministre des finances et le Directeur Général des Douanes (DGD). Ainsi, Lorsqu'une infraction douanière porte préjudice à un seul Etat, les autorités chargées d'exercer le droit de transaction pour le compte de l'Etat relèvent du DGD et du Ministre chargé des finances. Quant aux

⁴⁴ V. ALT-MAES (Fr.), « La contractualisation du droit pénal : mythe ou réalité ? », *RSC*, 2002, p. 501, et s ; VAN DE KERCHOVE (M.), « Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle ? » in *La contractualisation de la production normative*, Université Lille 2, 2007, pp. 99-114 ; SALVAGE (Ph.), « Le consentement en droit pénal », *RSC*, chronique, 1991, p. 669 et s.

⁴⁵ YAWAGA (S.), « Avancées et reculades dans la répression des infractions de détournement des deniers publics au Cameroun : regard critique sur la loi n° 2001/028 du 11 décembre 2011 portant création du Tribunal criminel », *op. cit.*, p. 61.

⁴⁶ Voir *supra*

⁴⁷ Premier président de la cour de cassation française depuis le 1er juillet 2022, cité par AKOA MBALLA (E) et SOPPO PRISO (S) dans *Comprendre et maîtriser le contentieux douanier*, Clinique Juridique GICAM-CJE, 2021, p. 17.

⁴⁸ Au sujet de la transaction en droit camerounais, il se dégage à l'article 327 du Code des douanes CEMAC que l'administration des douanes n'exerce pas de poursuite, mais use de son pouvoir discrétionnaire de terminer administrativement les litiges en faisant remise de toutes pénalités encourues aux prévenus qui en font la demande.

autorités communautaires investies de ce droit, on cite le Conseil des Ministres de l'UEAC et le Secrétariat Exécutif de la CEMAC. Si ces autorités ont une compétence principale, d'autres en revanche sont dotées d'une compétence subsidiaire. En effet, au niveau, « *Le Directeur des Douanes est obligé de se démultiplier en autant de chefs qu'il y a des bureaux chargés du dédouanement* »⁴⁹. Il le fait par le mécanisme de la délégation de pouvoir et par moment, par celui de la délégation de signature. Il sied de dire que la délégation des attributions en matière de transaction douanière est une délégation mixte⁵⁰.

En matière faunique, la loi camerounaise n°94/01 du 20 janvier 1994 portant régime des forêts, de la faune et de la pêche donne une possibilité aux auteurs d'infractions, de procéder à une transaction⁵¹, constituant une cause d'extinction de l'action publique. Le décret n°95-531/PM de 1995 portant application de la loi précitée procède par une exclusion des infractions qui, en matière faunique, ne peuvent donner lieu à transaction. Il s'agit des infractions commises dans les aires protégées⁵² ; des infractions constituées par l'« abattage d'un animal intégralement protégé » ; les infractions relatives à la pollution des eaux par empoisonnement⁵³. Le décret de 1995 cite en dernier lieu les infractions commises par les récidivistes⁵⁴. La détermination des infractions pour lesquelles l'autorité compétente peut transiger se fait par une simple interprétation *a contrario* de l'article 78 alinéa 6 dudit décret. L'autorité compétente transigera également chaque fois que des fonds publics d'une certaine ampleur ont été détournés.

2- La récupération des fonds publics détournés

A la prévention et à la répression des actes de corruption et actes assimilés, spécialement les actes de détournement des deniers publics, s'est greffée une seconde finalité consistant en la restitution des sommes ou biens détournés⁵⁵. Cette restitution rendue possible par l'article 18

⁴⁹ HADIDJATOU YOUNGOU, *L'éclatement du cadre personnel de la transaction douanière au Cameroun, mémoire*, Université de Ngaoundéré, 2016, p. 5.

⁵⁰ *Ibid.* p.7.

⁵¹ Article 146 al.1 de la loi de 1994 régime des forêts, de la faune et de la pêche au Cameroun consacre cette procédure en ces termes : « *les infractions à la législation et à la réglementation sur les forêts, la faune et la pêche peuvent donner lieu à transaction, sans préjudice du droit de poursuite du ministère public* ».

⁵² Art. 78 al. 6 du décret de 1995.

⁵³ Article 78 alinéa 6 d du décret précité.

⁵⁴ L'article 78 al. 6c.

⁵⁵ V. DZEUKOU (G. B.), « l'obligation de restitution du corps du délit née de l'infraction de détournement des deniers publics » in *L'obligation*. Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard POUGOUE, François ANOUKAAHA et Alain Didier OLINGA (dir.), Yaoundé, Harmattan Cameroun, 2015, 1104 p., pp. 249-274, spéc. p. 250.

(1) des lois de 2011-2012 instituant le Tribunal Criminel Spécial (TCS) n'est pas gratuite⁵⁶, quoiqu'on puisse déplorer le caractère éventuel de sa contrepartie. La faculté de restitution est de nature à induire une conséquence qui, pour autant n'est pas automatique : l'arrêt des poursuites pénales. Toute chose qui est de nature à rendre irréalisable l'objectif poursuivi⁵⁷.

En effet, le mérite de la transaction réside dans l'avantage réciproque que chaque partie en présence tire de sa réalisation. Ce qui est conforme à la définition que l'on peut donner à la transaction en matière pénale : l'institution est présentée comme « *un accord entre la personne susceptible de faire l'objet de poursuites pénales et une autorité légalement investie du droit d'engager celles-ci, au terme duquel l'acceptation et la réalisation des mesures proposées à la première éteint l'action publique* »⁵⁸. Néanmoins, la transaction qui se vit à l'occasion de la restitution du corps du délit en matière de détournement des fonds publics n'est pas en phase avec la définition donnée. Si ce que gagne le ministère public, représentant de la société est claire, il est difficile de conclure au même résultat en ce qui concerne la partie poursuivie. Le représentant de la société récupère pour le compte de son mandant, le montant détourné ; Or, du côté de celui qui restitue, l'extinction des poursuites attendues est totalement incertaine. En effet, l'article 18 se contente de déclarer qu'en cas de restitution du corps du délit, le Procureur Général près le TCS « *peut ...* ». Il n'est donc pas obligé de renoncer à l'exercice des poursuites contre la personne poursuivie. Ce qui conduit à rendre la transaction non plus, un contrat commutatif⁵⁹ mais un contrat aléatoire. On peut dès lors affirmer que l'éventualité et non l'automatisme de l'arrêt des poursuites « *sera certainement de nature à décourager les personnes poursuivies ... à accepter la restitution des fonds* »⁶⁰.

Une autre préoccupation qui gravite autour de la restitution du corps du délit est celle liée à la terminologie employée en cas de réaction positive de la part du ministère public consécutive à l'autorisation du Ministre en charge de la justice. La loi parle d' « arrêt des

⁵⁶ Cette façon de faire vivre la justice pénale au Cameroun a été considérée comme « une justice pour les riches ». C'est d'ailleurs entre autres raisons pour lesquelles le TCS fut l'objet de controverse. Sur ce dernier point, V. FOKO (A.), « Le Tribunal Criminel Spécial : un dernier né particulièrement controversé dans la carte judiciaire camerounaise », *Cahiers Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré*, 2012, pp. 111 et s.

⁵⁷ V. MGBA NDJIE (M. S. J.), « L'efficacité discutée de la restitution du corps du délit devant les juridictions répressives camerounaises », *Pyramides*, 28/2016, pp. 165-203.

⁵⁸ DESPORTES (F.), LAZERGUES-COUSQUER (L.), *Traité de Procédure pénale*, Economica 2009, n° 1051.

⁵⁹ Un contrat commutatif est un contrat à titre onéreux dans lequel la contrepartie que chaque contractant reçoit est d'ores et déjà certaine et déterminée, les parties connaissant dès la conclusion de l'acte l'étendue des prestations qu'elles doivent et des avantages qu'elles retirent.

⁶⁰ YAWAGA (S.), *op. cit.*, p. 63.

poursuites » ; à s'en tenir, l'on doit s'attendre à une possible reprise de celles-ci. Ce qui contribuerait davantage à fragiliser l'effectivité de la transaction en matière de détournement des deniers publics. C'est pourquoi des argumentent s'inscrivent en faux contre une reprise éventuelle. Ces arguments tiennent de « *l'application non bis in idem, des articles 265, 395 du code de procédure pénal camerounais ; le fait que la loi de 2011 modifiée n'a guère prévu la possibilité d'une reprise des poursuites : c'est un texte spécial, de surcroît postérieur aux deux textes précités qui l'avaient déjà expressément prévu* »⁶¹.

Tout bien considéré, il sied de dire que la transaction telle que instituée devant le Tribunal Criminel Spécial n'est pas ficelée de façon à permettre à l'Etat de rentrer efficacement en possession de ses fonds détournés. Si l'atteinte de cet objectif principal semble hypothétique, les objectifs secondaires semblent tenir la promesse des fleurs.

B- L'atteinte des objectifs secondaires

Comme nous l'avons dit plus haut, les objectifs du droit pénal peuvent être pluriels. En ce qui est de l'institution de la transaction en droit pénal camerounais, abstraction faite des objectifs qui ont été étudiées plus haut, il est d'autres qui se profilent derrière et qui sont non négligeables. Au nom de l'efficacité, l'institution de la transaction a permis la recherche de la célérité de la réponse pénale (1) et une réduction du coût de la procédure (2).

1- La recherche de la célérité de la réponse pénale

A l'unanimité, l'on s'accorde à dire que les lenteurs judiciaires excessives constituent une des caractéristiques d'un nombre important des systèmes judiciaires du monde en général et celui du Cameroun⁶² en particulier. Or, l'idéal sans doute serait que, dès l'instant où une infraction est découverte ou lorsqu'un juge est saisi d'une affaire, sa décision soit immédiatement rendue. Sans être contre cette idée, le doyen CARBONNIER nuance néanmoins

⁶¹ DZEUKOU (G. B.), *Les grandes décisions de la jurisprudence pénale camerounaise*, Spener YAWAGA (dir.), URDA, 2018, p. 557.

⁶² Dans une abondante littérature, v. MINKOA SHE (A.), *Droits de l'homme et droit pénal au Cameroun*, Paris, Economica, Coll. La vie du droit en Afrique, 1999, n° 376 ; YAWAGA (S.), « Avancées et reculades dans la répression des infractions de détournement des deniers publics au Cameroun : regard critique sur la loi n° 2011/028 du 14 décembre 2011 portant création d'un Tribunal Criminel Spécial », *Juridis Périodique*, n° 90/2012, p. 41 ; FOKO (A.), « Le nouveau code de procédure pénale : la panacée des garanties des libertés individuelles et des droits de l'homme au Cameroun ? », in *Annales de la FSJP de l'Université de Dschang*, Édition spéciale sur le nouveau code camerounais de procédure pénale, Tome XI, 2007, p. 49 ; DJILA (R.), « Du droit d'être jugé sans retard excessif en procédure pénale camerounaise », in *Annales de la FSJP de l'Université de Dschang*, t. 2, 1998, p. 49.

en affirmant : « dès lors que le contentieux est institué, une épaisseur de durée s'interpose, nécessairement, entre le moment où le droit est troublé et celui où il est rétabli dans sa plénitude »⁶³. La durée serait de ce fait, consubstantielle à la notion même de procès⁶⁴.

Seulement, en matière pénale, rétablir la paix sociale troublée par l'infraction à l'issue d'une procédure très longue peut être une source de frustration ; *justice delayed is justice denied* selon une maxime bien connue. Cette justice ne serait finalement « *ni équitable, ni crédible* »⁶⁵. Une justice trop lente est celle-là qui, en perdant ses vertus de dissuasion individuelle et collective⁶⁶, favorise le sentiment d'impunité et se discrédite aux yeux du public. C'est aussi celle-là qui déçoit la victime en attente d'indemnisation et, plus globalement, méconnaît le droit de l'accusé à un procès dans un délai raisonnable⁶⁷. Il est donc nécessaire de trouver des techniques à même de donner un rythme accéléré à la procédure pénale. Parmi les techniques⁶⁸ visant à assurer à la justice pénale, une justice rapide conciliant à la fois les droits de la défense, le droit à la réparation de la victime, et le temps précieux du magistrat, on range la transaction pénale. Car, n'est-ce pas à l'appui d'un consentement, mieux d'un accord procédural que la lenteur judiciaire peut être évitée ?

En effet, la transaction est porteuse de célérité, car une fois l'accord trouvé et l'exécution faite par le délinquant, l'action publique s'éteint aussitôt. En matière faunique par exemple, la loi ne détermine pas le délai d'exécution de la transaction. Mais, de la lecture de l'article 147 de la loi du 20 janvier 1994 portant régime des forêts, de la faune et de la pêche, une teinte de célérité de la procédure est décelable. Cet article dispose qu'en « *l'absence de transaction ou en cas de non-exécution de celle-ci, et après mise en demeure préalablement notifiée au*

⁶³ CARBONNIER (J.), *Le procès et le jugement. Cours de sociologie juridique*, Corpo Droit, 1961-62, p. 260.

⁶⁴ GUINCHARD (S.), « Le temps en procédure civile », in *Le temps dans la procédure*, Paris, LGDJ, 1983, fasc. 20, p. 21 ; AMRANI-MEKKI (S.), *Le temps et le procès civil*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, t. 11, 2002.

⁶⁵ FRICERO (N.), « Les garanties d'une bonne justice », in GUINCHARD (S.) (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz Action 2012-2013, n° 2201.

⁶⁶ BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, 1765, Flammarion, 1991, Chapitre XIX, Promptitude des peines : « plus le temps qui s'écoule entre la peine et le méfait est bref, plus l'association de ces deux idées : Délit et peine, est forte et durable dans l'esprit de l'homme... Il est donc extrêmement important que la peine suive de près le délit si l'on veut que, dans l'esprit grossier du vulgaire, le tableau séduisant des avantages d'un délit soit immédiatement contrebalancé par l'association de l'idée de peine ».

⁶⁷ DJILA (R.), « Du droit d'être jugé sans retard excessif en procédure pénale camerounaise », *op. cit.*, p. 49 ; CARTUYVELS (Y.) et Ost (F.), *Crise du lien social et crise du temps juridique. Le droit est-il encore en mesure d'instituer la société ? L'exemple du droit pénal*, Bruxelles, FUSL, 1998, p. 110.

⁶⁸ V. BELBARA (B.), « Les techniques d'accélération de la procédure pénale en droit camerounais », *op. cit.*, pp. 888-912 ; v. également du même auteur, *Le temps dans le procès : contribution à l'étude de la célérité de la procédure pénale camerounaise*, Thèse, Université de Ngaoundéré, 2017.

contrevenant, l'action publique est mise en mouvement dans un délai de soixante-douze (72) heures sur la demande des administrations chargées selon le cas (...) de la faune, parties procès ». Il y a également lieu de dire que l'accélération de la procédure à travers la transaction est rendue possible à travers l'aveu de culpabilité qu'elle induit. En effet, que la transaction ait lieu devant les administrations spécialisées ou devant les juridictions répressives camerounaises, la première obligation qui pèse sur la personne poursuivie est la reconnaissance des faits à lui reprochés. Si cette exigence se fait présumer, parfois la loi le dit clairement comme c'est le cas de la transaction en matière de jeux et loteries. Pour ce domaine, l'article 249-8 du nouveau code pénal camerounais dispose : « (1) *Les infractions prévues aux articles 249 à 249-3 peuvent faire l'objet de transaction entre la structure chargée de la régulation des jeux et les mis en cause. La transaction n'est possible qu'en cas d'aveu après constatation de l'infraction* ». L'aveu n'est certes plus la reine des preuves, mais il reste un moyen au service de la preuve⁶⁹. La seule condition de sa régularité étant son caractère volontaire⁷⁰. Il ne doit par conséquent pas être recueilli par contrainte, violence ou menace⁷¹. Ainsi, en cas d'aveu, il n'y plus de contestation et par conséquent, la procédure peut connaître très rapidement son dénouement. Et l'on constatera au passage, une minimisation certaine du coût de la procédure.

2- La minimisation du coût de la procédure

Le procès en général et le procès pénal en particulier a un coût humain comme financier important. Quand s'ouvre un procès *largo sensu*, il est une chaîne d'acteurs, privés et publics, qui doit se mettre à l'œuvre pour que justice soit rendue. La police judiciaire, le ministère public et la juridiction pénale, pour ne citer que ceux-là, doivent chacun en ce qui le concerne, prêter main forte. En effet, rendre la justice n'est pas une faculté mais une obligation à laquelle l'Etat ne peut se soustraire. Le juge qui incarne la justice au nom de l'Etat, est tenu chaque fois qu'il est requis, de dire le droit et de trancher le litige, au risque d'être poursuivi comme coupable de déni de justice⁷². Pourtant, les ressources en termes de personnel judiciaire au Cameroun restent à ce jour limitées. Ce qui a entre autres pour conséquence l'engorgement des tribunaux dont on ne cesse de décrier. On observe que pour contenir ce défi, les officiers de police judiciaire, en

⁶⁹ Article 315 al. 3 du code de procédure pénale camerounaise.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Article 315 al. 2 du CPP camerounais.

⁷² Le déni de justice est puni à l'article 4 du code civil.

marge de la loi, traitent à l'amiable certaines affaires de faible gravité⁷³. Quant au ministère public, le classement sans suite, signe de l'impunité, est son arme principale.

On doit également relever que l'aide judiciaire est un autre pan qui conduit à rendre le procès pénal davantage coûteux. Par ailleurs, le procès pénal a également un coup énorme pour la personne poursuivie et sa famille. Il est stressant, demande du temps et son issue demeure aléatoire ; ceci, sans oublier les frais que le mis en cause peut être appelé à verser à un conseil.

La transaction apporte son lot de solution à ces manquements et regrets observés. Elle est moins gaspilleuse de ressources, rapide, légale, et au bout du compte, légitime.

II- Un instrument au service de la légitimité du droit pénal

La notion de légitimité semble davantage apparentée au domaine philosophique qu'au domaine juridique. Mais cela reste une apparence. Cette notion traverse presque toutes les branches du droit : en droit civil, on parle par exemple d' « enfant légitime⁷⁴ ou légitimé⁷⁵ », en droit pénal, de « la légitime défense »⁷⁶ ; en droit public en générale, il n'est pas rare que l'on parle de « gouvernement légitime »⁷⁷. Le vocabulaire juridique de Gérard CORNU définit le concept de légitime comme ce qui est « *digne d'être pris en considération, non seulement comme conforme aux exigences de la légalité ou aux règles de droit, mais comme fondé sur des données (besoins, aspirations, etc.) tenues pour normales relativement à un certain état moral et social* »⁷⁸.

⁷³ Au Cameroun, les pratique de la médiation par la police sont plus répandues qu'on ne l'imagine. Dans la ville de Yaoundé par exemple, c'est par la voie de la négociation que la police réussit à traiter plus de 50 % des demandes qui leurs sont adressées. Voir dans ce sens TCHAYA TCHATAT (C.), « Le traitement négocié des infractions en procédure pénale », *Annales de la FSJP de l'Université de Dschang*, 2015, p. 320.

⁷⁴ Enfant conçu ou né en mariage et bénéficiant de la présomption de paternité (art. 312 C. civ.).

⁷⁵ Enfant né hors mariage, mais qui, par le biais de la légitimation, acquiert des droits identiques à celui de l'enfant légitime.

⁷⁶ Réaction justifiée à une agression injustifiée ; plus précisément, état de celui qui, sous le coup de la nécessité de protéger sa personne ou celle d'autrui, ou même des biens, contre une agression injuste (actuelle ou imminente) commet lui-même un acte interdit par la loi pénale, situation qui vaut, pour lui, fait justificatif, si du moins l'intensité de sa riposte est proportionnée à la gravité de l'atteinte, sous la précision que la légitime défense des biens ne justifie jamais un homicide volontaire (V. art. 84 du CP camerounais).

⁷⁷ Conformité d'un gouvernement à une norme supérieure juridique ou éthique, ressentie comme fondamentale par la collectivité qui fait accepter moralement et politiquement l'autorité de cette institution ; ne pas confondre avec légalité (CORNU (G.), *Vocabulaire Juridique*, Association Henri CAPITANT, PUF, Quadriga, 12^e éd, 2018).

⁷⁸ CORNU (G.), *Vocabulaire Juridique*, Association Henri CAPITANT, PUF, Quadriga, 12^e éd, 2018.

La transaction s'inscrit parfaitement dans cette logique ; car l'adhésion du délinquant à la mesure pénale par le consentement, promeut une justice non imposée (A) et une justice « restaurative » (B).

A- La promotion d'une justice non imposée

Pour atteindre le modèle universel de procès équitable⁷⁹, la procédure pénale est entrée en mutation. Plusieurs mouvements l'ont traversée, à commencer par le renouvellement de ses sources, au profit des normes internationales garantissant les droits fondamentaux. Ce mouvement a entraîné dans un second temps, une transformation de la nature du procès pénal⁸⁰, marquée par l'affaiblissement du rôle autoritaire et répressif de l'Etat au profit d'un procès de défense, plus proche du « *due process of law* » anglo-saxon, au cours duquel les parties privées ne sont pas spectatrices mais marquent leurs volontés à bien des moments. En effet, bien que la justice pénale demeure dans une large mesure, un instrument d'autorité et où la décision unilatérale règne sans partage, il suffit d'observer le rôle toujours plus grand des parties privées en son sein⁸¹ et le souci constant du législateur de protéger leurs intérêts, pour se convaincre du recul de la solution étatique dans la justice répressive⁸².

Invitée à impulser la dynamique nouvelle qui est celle du droit pénal camerounais, la transaction permet à la loi, dépouillée de la vieille méthode, à ne plus imposer mais à faire une offre (1) au délinquant qui demeure libre de l'accepter (2).

1- Une offre d'un représentant de l'Etat

Manifestation de la liberté contractuelle, l'offre est définie par l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA⁸³ sur le droit des contrats comme une proposition de conclure un contrat à condition d'être suffisamment précise et indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Dans les domaines où la loi donne la latitude de transiger, l'offre appartient au représentant de l'Etat, même en l'absence d'une précision légale dans ce sens. En effet, le pouvoir de recourir à la voie judiciaire ou de transiger appartient aux administrations nanties

⁷⁹ Sur l'apparition de ce modèle, V. GUINCHARD (S.) et BUISSON (J.), *Procédure pénale*, Litec, 1ère édition, 2000, n°122 et s.

⁸⁰ Voir à cet effet, MBARGA (A.), « La spécialisation de la justice pénale camerounaise en matière de délinquance économique et financière au préjudice de l'Etat », *miroir du droit*, n° spécial avril-mai-juin/juillet-aout-septembre 2012.

⁸¹ En ce sens PRADEL (J.), « La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire », D. 2000, chron. P. 1 et s., spec. p. 3.

⁸² PIN (X.), « La privatisation du procès pénal », RSC, chron, 2002. p. 245 et s.

⁸³ Article 2/2

d'un tel pouvoir ou le ministère public en matière de détournement des deniers public. Si le contrevenant par ignorance ou par manque de moyens n'évoque pas la possibilité de régler son affaire à l'amiable, le représentant de l'Etat peut lui en faire la proposition. Il y va en réalité de l'intérêt de l'Etat de faire ce rappel, car nous l'avons vu plus haut, les vertus attachés à la transaction sont très alléchants. C'est finalement une justice de dialogue qui se glisse en matière pénale ; une justice portée par le vent général de la contractualisation du droit pénal. Il y a lieu de constater, que toutes les manifestations de ce phénomène commencent par une offre de la loi. Le cas des peines alternatives⁸⁴ nouvellement introduites dans notre droit en est une illustration patente. L'application desdites peines ne s'impose pas mais se propose⁸⁵. C'est dire qu'avec la contractualisation en général et la transaction en particulier, le droit pénal redore son blason en retrouvant sa rationalité⁸⁶. ROUSSEAU suggérait déjà en 1755 en termes généraux que : « *le gouvernement se fera difficilement obéir s'il se borne à l'obéissance* ». Il concluait en disant « *si vous voulez qu'on obéisse aux lois, faites qu'on les aime* »⁸⁷.

L'offre faite suspend l'action publique. Cette suspension est maintenue tant que le mis en cause ne s'est pas prononcé. Mais le refus de l'offre va entraîner la reprise des poursuites ou leur mise en mouvement si elles ne l'avaient pas été préalablement. L'acceptation suivie de la bonne exécution des mesures, provoquera l'extinction définitive de l'action publique. Une fois signée, la transaction a force obligatoire. Cette dernière peut donc être invoquée en cas de poursuites ultérieures. L'infraction ne peut plus être poursuivie sous une autre qualification. On pourrait dire que cela conduit à l'application de la règle *ne bis in idem*, mais pas très exactement, car la transaction est une décision administrative et non juridictionnelle. En ce qui est de la transaction devant le TCS, comme étudiée plus, son régime demeure très particulier, avec le fameux « peut » employer par l'article 18 alinéa 1.

⁸⁴ V. les articles 26 et 26-1 de la loi n°2016/007 du 12 juillet 2016 portant code pénal camerounais qui ont introduit respectivement le travail d'intérêt général (TIG) et la sanction-réparation.

⁸⁵ L'application du TIG nécessite le consentement exprès du condamné, tandis que celle de la sanction-réparation nécessite le consentement tacite de l'intéressé.

⁸⁶ Sur cette notion, V. PARIGUET (M.), « Une autre rationalité pénale. Comprendre autrement le but et les fonctions du procès pénal, de la peine, de son exécution pour redéfinir la place de l'homme et de la justice pénale », *RSC et DPC*, 2014, pp. 543-558 ; BAMBE DJORBELE, « Apologie des peine alternatives en droit pénal camerounais », *ADILAAKU. Droit, politique et société en Afrique*, 2(1), 219-254. Cet auteur écrit : « *L'inefficacité du système à prévenir le crime et à assurer la sécurité des populations a rendu très floue, sinon incompréhensible, la rationalité pénale* », p. 238.

⁸⁷ ROUSSEAU (J.-J.), *Discours sur l'économie politique*, Œuvres complètes, t. III, Paris, Bibliothèque de la Pléiade, 1964, p.251. Sur ce thème, cf. notamment *L'amour des lois, La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Laval-Paris, Les presses de l'Université de Laval-L'Harmattan, 1996.

La mesure ainsi entreprise ne deviendra effective qu'après l'acceptation du délinquant

2- L'acceptation par le délinquant

L'effectivité de la transaction est conditionnée par l'acceptation du délinquant. Le principe du procès équitable voudrait que toute personne poursuivie bénéficie de la présomption d'innocence et d'un droit au juge. Seul ce dernier, le juge, décide de la culpabilité ou non du mis en cause. Puisque la transaction rompt le pont qui mène au juge, et que la jurisprudence de la cour européenne des droit de l'homme ne s'y oppose pas⁸⁸, la validité de cette procédure est par conséquent soumis au consentement du mis en cause.

Cependant, l'on peut s'interroger sur la validité dudit consentement en matière pénale. Traditionnellement, en application de la théorie de l'acte privé, cette question est résolue en se fondant sur la double condition du caractère libre et éclairé du consentement. Or, en se penchant sur la liberté du consentement, celle-ci paraît problématique en cette matière. Si l'on excepte des cas limites où le consentement aurait été extorqué par la force, comme en cas de torture, la situation typique à laquelle l'on se trouve confrontée est celle où l'auteur de l'infraction donne son consentement à une sanction ou à une mesure sous la menace explicite ou implicite soit de poursuite soit du prononcé ou du maintien d'une peine considérée comme plus sévère. Or, la question se pose évidemment de savoir si une telle menace n'est pas constitutive d'une contrainte ou d'une violence viciant le consentement. A cette question, certains auteurs ont répondu par la négative en invoquant le principe traditionnel selon lequel « *l'usage d'une voie de droit ne constitue ni une menace ni une contrainte ni même une violence, si les moyens employés et le but poursuivi sont légitimes* »⁸⁹. D'autres par contre s'opposent à cette idée en affirmant qu'il s'agit là d'un consentement donné sous peine d'être envoyé en prison. Pierre COUVRAT⁹⁰ monte le ton lorsqu'il écrit qu'il s'agirait d'une véritable « hypocrisie » ou le consentement exigé masque l'existence d'une obligation réelle.

Pour éviter de telles dérives, il est souhaitable d'accroître le rôle de l'avocat aux côtés du mis en cause. La présence de l'avocat au sein des procédures négociées est généralement considérée comme une garantie de l'équité de la procédure⁹¹. En France, c'est un souci

⁸⁸ C.E.D.H., *arrêt Deweer c. Belgique* du 27 février 1980, *op. cit.*

⁸⁹ Cour européenne des droits de l'homme, 9 novembre 2004, *arrêt Marpa Seeland B.V. and Metal welding B.V. v. The Neetherland*, p.509.

⁹⁰ COUVRAT (P.), « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *Rev.sc.crim.*, 1999, p.376.

⁹¹ V. LEGRAND, *Le droit à l'assistance d'un défenseur dans le procès pénal*, Thèse, Bordeaux IV, 2005, p. 1.

quasiment réglé à propos de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) car, il a pu être affirmé que « *cette procédure respecte pleinement les droits de la défense puisque le prévenu ne peut renoncer à l'assistance d'un avocat* »⁹². Conçu comme un rempart contre les excès éventuels de l'administration ou du ministère public au sein de la procédure pénale en général, le droit à l'assistance d'un avocat, quoiqu'il ne suffise pas à garantir l'équilibre escompté dans le procès pénal⁹³, reste nécessaire tout de même.

Globalement, on ne peut s'empêcher de penser que l'exigence du consentement de l'auteur de l'infraction s'inscrit dans le développement d'une idéologie dominante aux termes de laquelle « *l'accord des sujets de droit tend à devenir une condition nécessaire à la légitimité des règles qui les obligent* » et où l'application des normes « *dépend, non plus de la soumission, mais de l'adhésion des destinataires* »⁹⁴. C'est ainsi que « le nouveau sujet de droit pénal », pour reprendre l'expression que DAN KAMINSKI emprunte à Michel FOUCAULT, est appelé à devenir « *le gestionnaire de sa propre punition* »⁹⁵.

De ce droit pénal d'où le dialogue et à la limite, la pacification sont les maitre-mots, on assiste également à un droit qui restaure.

B- La promotion d'une justice « restaurative »

Pour certains, la principale finalité du droit pénal et de punir, châtier ceux qui transgressent les normes qu'il explicite. Pour Emmanuel KANT par exemple, le droit pénal est un impératif catégorique : il faut que justice se fasse parce qu'il existe une loi morale supérieure qui exige que le crime ne reste pas impuni. Cette position rétributiviste est à l'antipode de celle des utilitaristes⁹⁶ pour qui, tout moyen peut être justifié en principe, pourvu qu'un avantage

⁹² MOLINS (F.) « Le procureur, nouveau pivot de la justice pénale ? » in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Dalloz, 2004, p. 381 ; du même auteur, « Plaidoyer pour le « plaider coupable » : des vertus d'une peine négociée », *AJ. Pénal*, 2003, p. 62. V. également, PERBEN (D.), *Projet de loi n° 784 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, A.N. 12e législature, 17 avr. 2003, p. 16. 919.

⁹³ V. BAMBE DJORBELE, *L'intervention du défenseur et l'équilibre entre les parties au procès pénal*, Thèse, université de Ngaoundéré, 2020, 471 pages. L'auteur soutient de bout en bout, que l'intervention du défenseur aux côtés du mis en cause, qu'elle soit obligatoire ou facultative, ne réussit pas à garantir l'équilibre dans le procès pénal.

⁹⁴ CHEVALIER (J.), « Vers un droit post-moderne ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, sous la direction de J. CLAM et G. MARTIN, Paris, LGDJ, 1998, p.36.

⁹⁵ « Alternatives à la prison : diffusion ou décroissance du contrôle social. Une entrevue avec Michel FOUCAULT », *Criminologie*, vol. XXVI, n°1, p.18.

⁹⁶ Cette thèse a pour précurseur Jérémie BENTHAM qui, dans la préface de son *Fragment sur le gouvernement*, écrivait: « *le plus grand bonheur du plus grand nombre est la mesure du juste et de l'injuste* ». Alors que la thèse rétributiviste donne la prééminence à ce que fait le sujet, l'utilitarisme se soucie en premier lieu de ce qui se produira.

suffisant puisse en résulter. Adossée à cette dernière position, la transaction se détache de l'idée de répression pour privilégier la réconciliation, le pardon, la réparation. C'est d'ailleurs ce qui semble en vogue aujourd'hui dans le discours pénal, avec la nouvelle tendance dite de justice « restaurative »⁹⁷. C'est une justice non focalisée sur l'infraction mais projetée vers l'avenir. A l'aune de cette tendance, la transaction qui s'y apparente, vise la restauration du lien social troublé (1) et favorise la responsabilisation du délinquant (2).

1- Le rétablissement de la paix sociale

Les conditions de la transaction en droit pénal camerounais tiennent en trois points : en premier lieu, elle n'est pas d'application générale, donc, il s'agit d'un droit étroit⁹⁸ ; deuxièmement, la transaction est, on peut le dire, à la fois un contrat et une sanction. Ainsi, elle obéit non seulement au régime des contrats mais aussi, ne laisse le coupable impuni ; la troisième condition de réalisation de la transaction est liée à la victime de l'infraction qui, au Cameroun, est la société. La transaction a ceci de méritoire que sa finalité réside dans la restauration de l'ordre public troublé. Il s'agit de réparer les torts qui ont été causés à la société victime. C'est dans ce sillage que certains auteurs à l'instar de Léon-Chantal AMBASSA⁹⁹ pensent qu'il faut voir en la transaction, non une faveur faite au délinquant, mais une mesure visant à le sanctionner positivement, puisqu'est recherché au bout du compte, le rétablissement de l'ordre public troublé.

En effet, le premier but de la sanction pénale c'est de protéger la société contre le délinquant. La conception traditionnelle a consisté à l'amener devant le prétoire et si culpabilité il y a, à l'isoler dans une prison. Seulement, Face à l'échec de la justice traditionnelle à limiter la récidive, aux problèmes particuliers de l'incarcération et à l'encombrement des tribunaux, l'évolution de notre système pénal classique vers un modèle plus réparateur apparaît comme un dénouement heureux. La substitution d'un droit de réparation à un droit de châtiment, aurait plus d'avantage à rapporter. Ainsi, Au Cameroun, il revient aux administrations habilitées à transiger, de procéder à l'évaluation du préjudice subi par la société et d'imposer à la personne

⁹⁷ Voir à ce sujet, CARIO (R.), *Justice restaurative : principes et promesses*, 2^e éd. 2010, Ed. L'Harmattan, Coll. Sciences criminelles, pp. 16-37.

⁹⁸ BOILLOT (Ch.), *La transaction et le juge*, thèse, Paris I, 2001, p. 76

⁹⁹ AMBASSA (L.-C.), « Le fameux « qui paie sort » ou une renonciation monnayée à l'action publique par le ministère public : le pragmatisme contre la lettre », in *Miroir du droit*, n°002 Avril-mai-juin 2010.

poursuivie consentante, le montant qu'il doit déboursier afin que son acte rencontre le pardon¹⁰⁰ de la collectivité qu'il a offensée. Ainsi dit, c'est un fait que la transaction touche au portefeuille des auteurs d'infractions et qu'il est évident que ces derniers n'ont pas tous les mêmes moyens financiers ; pour ce faire, ceux qui tirent à boulets rouges sur la transaction en faisant savoir qu'il s'agit d'une justice pour les riches, créant par là une certaine inégalité entre les personnes poursuivies, n'ont pas tort ; mais, il faut admettre que les inégalités existent dans notre société depuis toujours. Pour ceux des délinquants qui auront accepté de rentrer dans le processus transactionnel, il est un avantage qui se dessine pour eux au bout de la chaîne à savoir, leur responsabilisation.

2- La responsabilisation du délinquant

Yves CARTUYVELS constate qu'aujourd'hui, il s'opère un glissement progressif « *du concept de responsabilité vers celui de responsabilisation* ». Selon ses propres termes, il ne s'agirait « *plus...d'avoir un individu responsable pour le punir. Il s'agit de punir un individu pour le responsabiliser, en s'assurant de son consentement et de sa participation à la peine* »¹⁰¹.

La réparation du dommage par l'auteur de l'infraction, et ce, consécutive à son consentement, n'est pas un acte anodin. C'est un acte porteur de sens pour le délinquant et c'est un acte qui reflète une certaine politique criminelle. Participer à la réparation des dommages causés par l'infraction permet au délinquant d'être un sujet actif et non passif de la mesure qui lui est proposée ou imposée. Cette démarche active est possible grâce à une prise de conscience du délinquant qui se rend compte de sa responsabilité et décide de l'assumer. Il y a de même une prise de conscience du tort causé à la victime et des conséquences que l'infraction a eues pour elle. Le délinquant entre dans un processus de responsabilisation, premier pas vers sa réhabilitation et sa resocialisation. La responsabilisation est même « au cœur de l'exécution » d'une mesure comme la transaction.

La réparation des conséquences de l'infraction par le délinquant nous renvoie aux théories de la Défense sociale nouvelle de Marc ANCEL. Cette politique criminelle prône

¹⁰⁰ Sur le pardon en droit pénal v. DJONGA (P.), « Le pardon en droit. Réflexion sur les rapports entre le droit et la religion », *RJP*, 2020, pp. 1-29 ; GATTO (C.), *Le pardon en droit pénal*, PUAM, 2014, 496 pages.

¹⁰¹ CARTUYVELS (Y.), « Les droits de l'homme, frein ou amplificateur de criminalisation ? », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, sous la direction de Dumont (H.), Fr. Ost et van Drooghenbroeck (S.), Bruxelles, Bruylant, 2005, p.420. 334.

l'humanisation du droit pénal par la responsabilisation de l'individu. Selon cet auteur, le sentiment de responsabilité serait un procédé de reclassement de l'individu¹⁰². Le Professeur Roger MERLE définit à son tour la Défense sociale nouvelle comme une « pédagogie de la responsabilité ». L'obligation de réparation du dommage ne serait-elle pas un bon moyen d'apprentissage de la responsabilité et le passage à l'acte réparateur, un bon moyen de manifester cette responsabilisation ? La place de plus en plus perceptible du consentement dans des dispositions de droit pénal apporte une nouveauté majeure : celle de l'inclusion du délinquant dans le processus de détermination de la sanction. Nous assistons aujourd'hui à la construction progressive d'un droit pénal participatif. Les objectifs de réhabilitation et de réparation ne peuvent fonctionner qu'avec la participation du délinquant lui-même.

D'un point de vue sociologique, la contrainte ne fonctionne vraiment que si la personne adhère à la mesure imposée. On n'invite plus le condamné à subir, à se conformer, mais à participer, à se transformer. Son consentement ne renie pas les caractères fondamentaux de la peine mais manifeste sa soumission volontaire aux mesures infligées, indicateur d'une responsabilisation. La responsabilité pénale est prononcée par le juge, mais la responsabilisation¹⁰³ ne peut venir que d'une prise de conscience du condamné. Selon Dan KAMINSKI, la manifestation du consentement du délinquant permet de passer d'une logique d'obéissance à une logique d'« allégeance »¹⁰⁴. Les deux comportent une soumission mais l'allégeance relève, selon KAMINSKI, d'un « *compromis spécifique dans la distribution des rôles qu'elle opère, dans les effets de la parole qu'elle exige et dans le ressort amoureux de son fonctionnement idéal* »¹⁰⁵.

Conclusion

En définitive, il ressort de cette analyse, que la transaction est une panacée pour le droit pénal camerounais. A l'ère où la justice pénale traditionnelle a montré ses faiblesses et rendu flou sa rationalité, la transaction se révèle tel un oasis dans un désert, le lieu d'un souffle nouveau où le système pénal peut s'abreuver. Il n'y a nullement aucun risque de voir se brouiller les frontières entre le droit civil et le droit pénal, car on l'a bien remarqué, la transaction au sein

¹⁰² ANCEL (M.), *La défense sociale nouvelle: un mouvement de politique criminelle humaniste*, 2e éd., Cujas, 1971, p. 294.

¹⁰³ Dan KAMINSKI, « Un nouveau sujet de droit pénal ? », in *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, sous la dir. de F. DIGNEFFE et T. MOREAU, De Boeck & Larcier, 2006.

¹⁰⁴ Dan KAMINSKI, « Un nouveau sujet de droit pénal? », *Ibidem*, p. 328.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 337.

de cette matière est mue des traits propres dont celle pratiquée en droit civil ne dispose pas : devant les administrations habilitées à transiger, le montant à payer est fixé unilatéralement par le représentant de l'Etat ; et devant le TCS, la restitution du corps du délit n'oblige pas le ministère public à arrêter les poursuites. On pourra certes regretter que ces deux traits handicapent quelque peu l'efficacité voulue, mais c'est aussi de dire que la société reste plus grande que l'individu. Toutefois, pour que cette mesure demeure en adéquation avec le principe du procès équitable, la renonciation au droit au juge qu'elle induit, doit se faire de manière libre et éclairée. Il est donc nécessaire d'exiger aux cotés de la personne poursuivie, la présence d'un avocat. C'est en cela que l'on pourrait faire amplement l'apologie de la transaction en droit pénal camerounais.

L'ordre public et la faveur dans la phase précontractuelle en droit camerounais du travail

Public order and favor in the pre-contractual phase under cameroonian labor law

KEMTA PEWO Carole

Docteur Ph.D en Droit privé, Assistante à l'Université de Bertoua/ Faculté des Sciences

Juridiques et Politiques

karopesther@yahoo.fr

Résumé : La flexibilité de la nouvelle législation camerounaise du travail a des limites. En effet, l'employeur, au moment de l'embauche, est tenu de respecter les dispositions d'ordre public absolu prévues par le législateur social. Certaines contraintes spécifiques au droit du travail seront imposées au chef d'entreprise en vue de sauvegarder les intérêts fondamentaux du salarié. D'autres dispositions viseront les intérêts économiques de toute entreprise. Toutefois, il est permis aux partenaires sociaux, avec l'ordre public relatif, d'aménager certaines prescriptions législatives dans un sens plus favorable au salarié. Ils sont libres de le faire à tout stade de leur contrat, sur la base soit de l'article 1134 du Code civil, soit des conventions collectives du travail, des accords d'établissements ou des usages. C'est dire que la formation d'un contrat de travail peut être fortement influencée par des clauses plus favorables.

Mots clés : Flexibilité, Ordre public, Clause plus favorable, Contrat de travail.

Abstract : The flexibility of the new Cameroonian labor legislation has limits. Indeed, the employer is required to respect the public order provisions provided for by the social legislator. Certain constraints specific to labor law will be imposed on the company manager in order to safeguard the fundamental interests of the employee. Other provisions will target the economic interests of any company. However, it is permitted for the social partners, with relative public order, to adjust certain legislative requirements in a way that is more favorable to the employee. They are free to do so at any stage of their contract, on the basis either of section 1134 of the Civil Code, or of collective labor agreements, establishment agreements or customs. This means that the formation of an employment contract can be strongly influenced by more favorable clauses.

Keywords : Flexibility, Public order, More favorable clauses, Employment contract.

Introduction

L'homme de la rue peut à juste titre voir dans l'ordre public une notion teintée d'autoritarisme, c'est-à-dire assurer l'ordre, telle est la mission de l'État-gendarme. Et que serait l'ordre public sinon la paix civile ou encore, comme en droit administratif, la tranquillité, la sécurité, et la salubrité publique.

L'ordre public ne s'arrête pas seulement aux frontières du droit public. Il s'étend également dans tous les domaines du droit privé, c'est-à-dire du droit qui régit les rapports entre les particuliers. Étant donné que l'impératif de paix sociale doit en effet pénétrer la sphère du contrat, le Code civil prévoit qu'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* »¹. L'ordre public est ici considéré comme le caractère des règles juridiques qui s'imposent pour des raisons de moralité ou de sécurité impératives dans les rapports sociaux. En conséquence, les conventions contraires à l'ordre public sont nulles. Par exemple, sont nulles les conventions qui ont pour objet le corps humain en vertu du principe de l'indisponibilité du corps humain² : la vente d'organes, tout comme les contrats de mère porteuse, sont interdits.

L'ordre public en droit du travail peut être défini comme une restriction à la liberté contractuelle des individus dans le but de préserver l'équilibre des rapports au sein de la société³. On parlera tantôt de l'ordre public absolu, tantôt de l'ordre public relatif.

L'ordre public absolu est l'ensemble des dispositions légales ou réglementaires auxquelles on ne peut déroger sans remettre en cause l'esprit de la législation sociale. C'est une limite à la liberté contractuelle. Le législateur camerounais matérialise le caractère d'ordre public absolu de certaines dispositions du Code du travail de plusieurs manières. Il le fait de façon expresse à travers des expressions telles « *nul(le) et de nul effet* », « *à peine de nullité absolue* », « *nul(le) de plein droit* ». Sont notamment expressément qualifiés d'ordre public absolu la liberté syndicale⁴, la forme du contrat des étrangers⁵ et la forme du contrat d'apprentissage⁶. Le non-respect de ces dispositions d'ordre public est sanctionné expressément

¹ Article 6 du Code civil.

² Article 16 du Code civil.

³ L. OTIS, « L'ordre public dans les relations de travail », in *Les Cahiers de Droit*, 1999, 40, p.382.

⁴ Article 4 (al.3) du CT.

⁵ L'article 27 (al. 3) du CT exige, sous peine de nullité de plein droit que ce contrat soit visé par le Ministre en charge du travail avant sa mise en exécution. Pour donner plus de poids à ce visa, le législateur de 92 recommande qu'il soit du Ministre et de l'Inspecteur du Travail comme le prévoyait le code de 1952.

⁶ Le contrat d'apprentissage doit, sous peine de nullité absolue, être constaté par écrit. Cf. article 46 du CT.

par la nullité de l'acte. Par rapport à ces dispositions, les clauses plus favorables sont inopérantes. Ensuite, le législateur social exprime aussi mais de façon implicite, l'idée de l'ordre public absolu à travers l'emploi du verbe « *devoir* » qui traduit le caractère impératif ou obligatoire d'une disposition. Il s'agit entre autres des articles 26 (alinéa 5), 27 (alinéa 1), 28 (alinéa 1), 34 (alinéa 1), portant respectivement sur la forme du contrat des travailleurs mis à disposition⁷, les contrats à durée déterminée de plus de trois mois⁸, l'acte de l'engagement à l'essai⁹ et la notification du préavis de rupture d'un contrat à durée indéterminée¹⁰. Enfin, notons que la sanction du non-respect des règles qui régissent l'ordre public absolu n'est pas toujours la nullité de l'acte posé. Cette flexibilité encouragée par le législateur social a conduit au rétrécissement de l'ordre public absolu, *antithèse de la liberté contractuelle*¹¹. Ce rétrécissement favorise l'accroissement de l'ordre public social ou relatif et donc l'expansion du champ d'application des clauses plus favorables.

L'ordre public relatif renvoie aux règles étatiques qui sont susceptibles d'amélioration au bénéfice des acteurs sociaux, notamment du salarié. Ces règles, relevant de l'ordre public de protection, constituent le minimum à prendre ou à améliorer dans l'intérêt du salarié et se situent hiérarchiquement sous les lois et règlements¹². En effet, une clause conventionnelle ou contractuelle plus favorable que la règle étatique ne porte nullement atteinte à l'impérativité de cette dernière, dans la mesure où le minimum prévu par la loi ou le règlement est bien respecté. effet, le rôle du contrat individuel et de la convention collective de travail se trouve concurremment renforcé, les lois et règlements devenant pratiquement supplétifs ; ils affirment s'appliquer « sauf dispositions plus favorables des contrats individuels du travail et des conventions collectives de travail ». Va ainsi apparaître la notion de faveur, plus précisément, les « clauses plus favorables », expression qui contient un sous-entendu, car il n'y a de plus favorable que par rapport à quelque chose. Le référent auquel on applique le « plus favorable aux travailleurs » est l'ensemble constitué par les lois et règlements ; il

⁷ « *Le contrat de travail liant l'entreprise de travail temporaire à un travailleur mis à la disposition d'un utilisateur, doit être écrit* ».

⁸ « *Tout contrat de travail stipulant une durée déterminée supérieure à trois mois ou nécessitant l'installation d'un travailleur hors de sa résidence habituelle doit être constaté par écrit* ».

⁹ « *L'engagement à l'essai doit être stipulé par écrit* ».

¹⁰ « *... Cette résiliation est subordonnée à un préavis donné par la partie qui prend l'initiative de la rupture et doit être notifiée par écrit à l'autre partie avec indication du motif de la rupture.* ».

¹¹ Cf. N. MAFOKOU, « Les figures de l'ordre public en droit du travail : une étude comparative à la lumière des droits camerounais et français. », in *Cahiers Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré*, 2015.

¹² Cf. J. ISSA SAYEGH, « Rôle et fonction de l'État dans les relations de travail », *Revue tunisienne de droit social*, p. 68.

est aussi la convention collective ou l'accord d'établissement dans l'hypothèse où le contrat individuel constitue l'un des termes de la comparaison. Mais en réalité, peu importe qu'il s'agisse du contrat de travail, de la convention collective ou de l'accord d'établissement, car c'est « *l'application de la disposition la plus favorable et l'exclusion de la disposition concurrente moins favorable* »¹³ qui est nécessaire. Il s'agit donc clairement d'assurer une protection maximale du salarié en faisant recours à des pratiques plus ou moins individuelles en vue de soutenir la compétitivité et la productivité dans les secteurs d'activités ou dans les entreprises.

De ce qui précède, il se pose donc le problème de savoir quelle est l'influence de l'ordre public sur les clauses plus favorables au moment de l'embauche ? Si les clauses plus favorables sont inopérantes en face de l'ordre public absolu, l'ordre public relatif par contre leur laisse un vaste champ d'application.

Le principal intérêt de cette étude résidera dans le fait que la négociation collective permet d'éviter à la fois l'arbitraire d'une intervention étatique et celui d'une détermination unilatérale des règles d'embauche par l'employeur. Du point de vue pratique, notre étude permettra de confirmer l'aspiration à l'autonomie ainsi qu'à la responsabilisation des partenaires sociaux même s'il subsiste un doute généré par l'intention réelle des employeurs qui font usage des clauses plus favorables.

C'est suivant cette logique que le contenu de l'ordre public s'est étendu à la sphère économique. Certaines dispositions ne peuvent être dérogees. Par contre, dans d'autres cas la loi apparaît comme un minimum pouvant être complété. Et, selon le principe de faveur, on ne peut déroger à ce minimum social que dans un sens plus favorable aux salariés¹⁴. Il conviendra alors pour cette étude d'analyser la suprématie de l'ordre public absolu sur les clauses plus favorables (I) et l'extension du champ d'application des clauses plus favorables en présence de l'ordre public relatif (II) dans la phase précontractuelle.

¹³ Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, op.cit. p.234.

¹⁴ F.CANUT, Présentation de sa thèse, L'ordre public en droit du travail (Université de Paris 1), Séance AFDT du 27 avril 2007 (Palais de Justice de Paris), p. 4.

I- L'inopérabilité de la faveur en présence de l'ordre public absolu dans la phase précontractuelle

Les règles d'ordre public absolu sont absolument intangibles : les partenaires sociaux peuvent négocier sur tout sauf sur les matières relevant de l'ordre public absolu. L'article 52 (2) du Code du travail (CT) ne précise-t-il pas que les conventions et accords collectifs plus favorables ne « *peuvent déroger aux dispositions d'ordre public* » ? Une loi peut donc interdire une mesure de faveur sous couvert de la mise en œuvre d'un principe d'ordre public.

Les dispositions d'ordre public absolu touchent à l'intérêt général, aux droits fondamentaux de l'homme et à ses libertés individuelles et collectives. Ainsi, par exemple, une convention collective ne peut réserver l'embauche en contrat à durée déterminée à certaines catégories de salariés. Les clauses plus favorables ne doivent donc pas s'opposer à des règles fondamentales d'ordre public absolu (A). Le non-respect de cet ordre public absolu est rigoureusement sanctionné (B).

A- L'interdiction des clauses dérogeant l'ordre public absolu

L'employeur désireux de recruter du personnel n'est pas libre de manipuler le contrat suivant ses propres convenances. Le choix du type de contrat et celui de son contenu sont parfois dictés par des considérations indépendantes de la volonté du chef d'entreprise, notamment par l'ordre public absolu. Il existe donc des contrats strictement organisés par le législateur, limitant ainsi la liberté de l'employeur.

L'employeur est tenu de respecter le formalisme d'ordre public absolu imposé par le législateur lorsqu'il s'agira de choisir le type de contrat et les clauses devant y figurer. Le législateur social manifeste cette autorité de l'ordre public absolu à travers des interdictions de dérogations des dispositions y relatives. Il le fait de façon expresse(1) ou implicite(2).

1- L'interdiction expresse de dérogation

Le législateur social de 1992 a pris soin à travers des expressions précises et claires d'apposer la signature d'ordre public aux dispositions concernant la forme de certains contrats. En effet, il emploie des expressions telles « *nul et de nul effet* », « *nul de plein droit* », « *à peine de nullité absolue* » pour marquer le caractère absolu de ces dispositions. C'est le cas des dispositions relatives à la forme du contrat de travail des étrangers et du contrat d'apprentissage.

Au Cameroun, l'étranger peut être sujet à moult discriminations, pour la plupart positives, dans la recherche de l'emploi. Les États sont le plus souvent hostiles à l'entrée des étrangers dans la fonction publique¹⁵. Aussi, nous sommes-nous interrogés sur la réglementation de l'emploi dans le secteur privé ainsi que pour ce qui est du statut des travailleurs exerçant dans le secteur public mais régis par le Code camerounais du travail. L'étude du cas des travailleurs migrants démontre notamment qu'ils ne trouvent pas satisfaction dans l'ensemble, car l'État ne se conforme ni à la législation universelle, ni à celle communautaire. En effet, en vertu de la protection universelle du travailleur migrant, les règles de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) consacrent l'égalité de travail entre les nationaux et les étrangers sans aucune discrimination. Or, le Cameroun y émet des réserves. Contrairement aux nationaux, les étrangers demandeurs d'emploi doivent remplir certaines conditions fixées par le décret de 1990. À titre d'exemple, les étrangers ne peuvent travailler que sous les bases d'un contrat écrit¹⁶ et visé par le Ministre chargé du travail¹⁷. L'article 27 (2) du CT apporte une exception au principe du consensualisme qui gouverne la formation du contrat de travail. Il le fait en exigeant un écrit avec visa du Ministre du travail. Pour le législateur camerounais ces dispositions sont d'ordre public absolu. Il le signifie expressément lorsqu'il ajoute à l'alinéa 3 de ce même article que « *Si le visa est refusé, le contrat est nul de plein droit* ». On en déduit alors que l'employeur et les autres partenaires sociaux ne peuvent exiger le contraire. Même le juge social s'est conformé à ces dispositions légales dans une affaire en relevant « *qu'il échet de constater que le contrat de travail établi entre le Laboratoire d'Analyses Médicales du Centre (L.A.M.C.) et Mlle Sophie OLIVIER est nul et de nul effet pour n'avoir pas été soumis au visa du Ministre chargé du travail* »¹⁸. Les dispositions d'ordre public permettent à l'autorité protectrice ici de vérifier l'existence du lien contractuel et de s'assurer que les droits et les obligations des cocontractants ont été bien évalués¹⁹.

L'article 47 du Code du travail définit le contrat d'apprentissage comme celui « *par lequel un chef d'établissement industriel, commercial ou agricole, ou artisan s'oblige à donner*

¹⁵L'article 39(4) du Traité de Rome instituant la Communauté Européenne, autorise les États membres à mettre sur pied des réglementations appropriées réservant pour leurs nationaux les emplois dans l'administration publique. Les emplois concernés sont liés à l'exercice de la puissance publique et à l'attribution des responsabilités pour la sauvegarde des intérêts généraux de l'État.

¹⁶ Article 27(1) du CT.

¹⁷ Article 27(2) du CT.

¹⁸ TGI de Yaoundé, jugement n° 36/SOC du 04 mars 2002, affaire Laboratoire d'Analyses Médicales du Centre (L.A.M.C.) c/ Mlle Sophie OLIVIER, obs. B.CHATUE, *Juridis Périodique* n° 60, octobre-novembre- décembre 2004, pp. 19 et s.

¹⁹ Z. ANAZETPOUO, *Le système camerounais des relations professionnelles*, PUA, Yaoundé, 2010, p. 61.

ou à faire donner une formation professionnelle méthodique et complète à une autre personne et par lequel celui-ci s'oblige, en retour, à se conformer aux instructions qu'elle recevra et à exécuter les ouvrages qui lui seront confiés en vue de son apprentissage ». Le travail exécuté par l'apprenti ici doit être varié pour qu'il puisse acquérir une formation professionnelle complète. Le législateur exige formellement que ce contrat soit constaté par écrit. C'est ce qui ressort de l'article 46 du C.T. : « *Le contrat d'apprentissage doit être constaté par écrit, à peine de nullité absolue.* ». L'inobservation de cette formalité entraînera ainsi la nullité du contrat d'apprentissage. Seulement, cette nullité « *n'abolit pas le fait qu'est l'emploi* »²⁰. Par conséquent, le contrat d'apprentissage sera nul en tant que tel et sera remplacé par un contrat de travail pur et simple. L'apprenti aura donc le droit de faire constater la nullité et de réclamer l'application de toutes les dispositions légales et réglementaires qui régissent le salarié titulaire d'un contrat à durée indéterminée²¹. Le législateur social, à travers l'expression « *à peine de nullité* » montre explicitement le caractère d'ordre public de cette disposition. Donc, la forme écrite du contrat d'apprentissage ne peut être dérogée par les conventions collectives et accords d'établissement, sous le prétexte de favoriser le salarié.

2- L'interdiction implicite de dérogation

À la lecture du Code du travail, nous constatons également que le législateur camerounais interdit toute dérogation à certaines dispositions qu'il qualifie implicitement d'ordre public. C'est le cas des dispositions relatives à la forme de l'engagement à l'essai et celle du contrat de mise à disposition.

Il y a engagement à l'essai lorsque l'employeur et le travailleur, en vue de conclure un contrat définitif, décident au préalable d'apprécier notamment, le premier la qualité des services du travailleur et son rendement, le second, les conditions, chez l'employeur, de travail, de vie, de rémunération, d'hygiène, de sécurité ainsi que de climat²².

L'engagement à l'essai permet ainsi à l'employeur de juger les aptitudes du travailleur, de le mettre à l'épreuve et au travailleur d'apprécier les conditions de travail dans l'entreprise. Aux termes de l'article 28 (2) du CT, « *l'engagement à l'essai doit être stipulé par écrit* ». L'emploi du verbe « *doit* » par le législateur démontre à suffisance le caractère obligatoire de

²⁰ P-G. POUGOUÉ, *Code du travail camerounais annoté*, PUA Yaoundé, 1997, p.91.

²¹ Article 11 alinéa 2 du Décret n°69/DF/287 du 30 juillet 1969 fixant les conditions de fond et de forme ainsi que les effets du contrat d'apprentissage.

²² Article 28 alinéa 1 du CT.

cette formalité. À travers cette disposition, il est implicitement interdit aux partenaires sociaux de conclure sous aucun prétexte un contrat d'engagement à l'essai sans écrit.

Le contrat de mise à disposition quant à lui, est un contrat de prestation de service qui lie une entreprise de travail temporaire à une entreprise utilisatrice pour l'accomplissement d'une mission par un travailleur temporaire. L'entreprise de travail temporaire est celle dont l'activité exclusive est de mettre à la disposition provisoire d'utilisateurs, des salariés qu'en fonction d'une qualification convenue, elle embauche et rémunère à cet effet²³. Il découle du contrat de mise à disposition deux types de rapports contractuels, les uns avec les salariés, les autres avec les entreprises utilisatrices. En effet, l'entreprise de travail temporaire est liée par deux contrats : d'une part avec le salarié qu'elle prend en charge et d'autre part, avec l'utilisateur à la disposition duquel elle met le travailleur.

D'après l'article 6 (1) du décret n° 93/577/PM du 15 juillet 1993, le contrat temporaire peut être constaté dans la forme qu'il convient aux parties d'adopter, sous réserve des dispositions de l'article 26 (5) du Code du travail. Est-ce à dire que le consensualisme est la règle et le formalisme l'exception ? Le caractère écrit étant l'unique exigence du texte suscitée, il est donc impératif que le contrat de travail temporaire d'un travailleur mis à la disposition d'un utilisateur, soit écrit. C'est une prescription d'ordre public absolu qui ne peut être dérogée par les partenaires sociaux.

Il en est de même pour le contrat liant les deux entreprises : « *Pour chaque travailleur mis à la disposition d'un utilisateur, un contrat de mise à la disposition doit être conclu par écrit entre ce dernier et l'entreprise de travail temporaire* »²⁴. Ainsi, les partenaires sociaux ne peuvent, même sous le prétexte d'une faveur accordée au salarié, former un contrat de mise à disposition sans écrit. La violation de cette prescription d'ordre public absolu n'est pas sans effets.

B- La sanction des atteintes à l'ordre public absolu

La nécessité de l'obéissance du contrat à l'ordre public est consacrée dans le Code civil : « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* »²⁵. La spécificité de l'ordre public en droit du travail ne réside pas dans

²³ Z. ANAZETPOUO, *Le système camerounais des relations professionnelles*, op.cit. p.62.

²⁴ Article 26 (6) du Code du travail.

²⁵ Article 6 dudit code.

l'impérativité de ses règles, ou encore dans la protection du salarié qui serait recherchée par la loi. Elle est de conduire à une hiérarchie des normes, inscrite à l'article 52 alinéa 2 du Code du travail, non pas en fonction de leur nature, mais de leur teneur. La convention collective plus favorable l'emportera sur la loi. Seulement, elle ne doit pas être contraire à l'ordre public.

Les partenaires sociaux doivent respecter le domaine de la loi. Lorsqu'ils dérogent à l'ordre public défini par la loi, ils exposent leurs actes aux sanctions rigoureuses. C'est le cas de la nullité (1). Le législateur social camerounais se sert aussi d'autres moyens pour éviter le retour au *statu quo ante*. C'est le cas de la sanction pénale suivi de la remise en état de l'acte querellé (2).

1- La sanction civile de l'acte posé

La sanction civile applicable ici est la nullité. La nullité peut se définir comme la sanction aboutissant à la disparition rétroactive d'un acte, celui ne remplissant pas les conditions requises pour sa formation²⁶. Se démarquant des notions voisines telles que la résolution ou la caducité, la nullité se décline en multiples sous-catégories qui vont déterminer le ou les titulaires de l'action et l'étendue de la nullité qui sera prononcée. Ainsi, on distingue la nullité relative et la nullité absolue. Pour certains auteurs, le critère de distinction de ces deux sortes de nullité se trouve dans « *la nature des intérêts qui sont en jeu* »²⁷. Les actes concernés par la nullité relative sont ceux dont les règles relatives à la capacité d'exercice, aux vices de consentement, à l'absence de cause ou d'objet et à la lésion n'ont pas été respectées. Ceux frappés par la nullité absolue sont les contrats engendrant des conditions dont l'objet ou la cause sont illicites ou immoraux.

Le prononcé de la nullité du contrat de travail dont les dispositions précontractuelles n'auront pas été respectées conduit à imaginer l'annulation totale et rétroactive de celui-ci. Pourtant cette sanction paraît extrême en droit du travail. Car les particularités liées à la nature du contrat rendent impossible la restitution réciproque des prestations déjà effectuées. La nullité de l'ensemble du contrat de travail s'avère en pratique être une sanction exceptionnelle, car peu protectrice des intérêts des parties au contrat. C'est la raison pour laquelle son prononcé doit se référer à la volonté des parties et plus particulièrement du salarié. Seulement, cette volonté n'est plus nécessaire lorsque c'est une disposition d'ordre public qui a été violée. D'où le rôle désuet

²⁶ *Lexique des Termes juridiques*, Dalloz-Sirey, Paris, 1999, p. 394.

²⁷ Cf. L. BOYER, H. ROLAND et B. STARCK, *Droit civil, Les obligations*, 6^{ème} éd. Litec, Paris, 1998.

des partenaires sociaux en matière de nullité du contrat de travail et l'effet rétroactif de la nullité du contrat.

Il convient ici d'aborder l'influence des dispositions d'ordre public sur le prononcé de la nullité du contrat de travail lorsqu'existe une volonté de la part des partenaires sociaux de faire jouer un rôle aux clauses du contrat pourtant nulles selon ces dispositions. Certes, la notion d'ordre public social, protectrice des intérêts du salarié, a pour conséquence l'application des dispositions envisagées par l'accord ou la convention collective applicable à la relation de travail quand bien même celle-ci comporterait une disposition contraire. Mais les partenaires sociaux ont envisagé qu'une clause violant ces dispositions doit être déclarée nulle. Pour ce qui est des dispositions d'ordre public social, le prononcé de la nullité supplante la volonté des parties au contrat.

Suite au prononcé de la nullité, l'acte est anéanti en ce qui concerne l'avenir mais, également et surtout, en ce qui concerne le passé. Il s'agit donc de « *rétablir les choses comme elles auraient dû être et à faire disparaître le contrat irrégulier* »²⁸. Ainsi, l'effacement du contrat est rétroactif. Il ne peut produire aucun effet et est censé n'avoir jamais existé. Ce qui a été exécuté donne lieu à restitution. La nullité doit donc remettre les choses dans l'état où les parties se trouvaient au moment de la formation de l'acte. Cependant, étant donné que le contrat de travail est un contrat à exécution successive, l'effet rétroactif donné au prononcé de la nullité du contrat ne s'impose pas lorsque la restitution des prestations s'avère impossible. C'est ce que précise notamment Jacques GHESTIN : « *l'effet rétroactif de l'annulation doit se concilier avec la nécessité de tenir compte de la situation de fait engendrée par l'acte apparemment valable, et prendre en considération les difficultés rencontrées pour remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion du contrat* »²⁹.

Face à la difficulté pour le travailleur de retrouver sa force de travail déjà mise au service de son employeur, on aurait pu adopter l'idée selon laquelle la nullité n'aura effet que pour l'avenir seulement, les prestations passées étant acquises aux parties. Seulement, la Cour Suprême a apporté une importante précision à cet effet : « *l'annulation ne saurait être assimilée à la résiliation* »³⁰. Si la haute juridiction réfute cette assimilation, c'est qu'elle juge que

²⁸ J-L. AUBERT, *Le contrat, Droit des obligations*, 2^{me} éd., Dalloz-Sirey, Paris, 2000, p. 101.

²⁹ J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, t2 : Les obligations, vol.1 : Le contrat, formation, LGDJ, 1988, n° 871.

³⁰ CS, arrêt n° 33 du 15 janvier 1963, affaire Sté Barreau et Chauvin c/ Eché Marc, obs. de J-M. TCHAKOUA et S. NGASSA, « L'absence de visa sur le contrat de travail », in *Les grandes décisions du droit du travail et de la sécurité sociale*, JusPrint, Yaoundé, 2016 p. 79.

l'annulation fait disparaître le contrat depuis le jour de sa conclusion. En plus, pour ce qui est de l'impossibilité de restituer certaines prestations, le droit a admis l'idée de restitution par équivalent. Ainsi, ce que l'employeur restituera, ce n'est pas la prestation fournie par le travailleur, mais sa contrepartie monétaire.

2- La sanction pénale de l'acte en cause

Le non-respect des règles relevant de l'ordre public absolu doit être sanctionné de façon à ce que l'objectif de protection poursuivi ne soit pas détourné. Ainsi, à côté de la nullité, le législateur a prévu des sanctions pénales suivies de la mise en conformité de l'acte en cause. D'après l'article 16 (1) du C.T., « *Tout syndicat enregistré doit avoir un local auquel toutes les communications et tous les avis peuvent lui être adressés. Le greffier doit recevoir notification de l'adresse de ce local dans les trente jours à compter de son ouverture et tout changement d'adresse doit lui être également notifié dans les trente jours qui suivent ce changement* ».

L'alinéa 2 de cet article sanctionne les membres chargés de l'administration ou de la direction d'un syndicat enregistré de la peine prévue à l'article 166 du même Code lorsque ce syndicat a fonctionné pendant trois mois sans avoir un local auquel toutes les communications et tous les avis peuvent lui être adressés. Il s'agit d'une amende de 50.000 à 500.000 FCFA.

L'obligation de versement d'une amende dans ce cadre est une mesure répressive contre toute personne physique ou morale n'ayant pas respecté certaines dispositions d'ordre public absolu. Le législateur social recourt aux amendes parce qu'il est dans l'impossibilité d'annuler l'acte en cause. Donc, après l'exécution d'une telle sanction, les membres d'un syndicat irrégulièrement enregistré vont simplement régulariser leur situation en affectant un local audit syndicat.

L'application des sanctions telles la nullité ou le versement des amendes est la conséquence du caractère d'ordre public absolu de certaines dispositions légales et réglementaires qui ne peuvent en aucun cas être dérogées par les partenaires sociaux. Toutefois, le législateur social, dans la mouvance de la flexibilité, a permis aux acteurs sociaux de pouvoir améliorer ou compléter certaines de ses dispositions d'ordre public relatif.

II-L'extension du champ d'application des clauses plus favorables par l'ordre public relatif à la naissance du contrat de travail

L'ordre public est dit relatif lorsqu'il permet de déroger à la loi par le biais de la négociation collective ou du contrat dans un sens plus favorable pour le salarié. Ainsi, le législateur peut confier aux partenaires sociaux (employeurs et salariés ou organisations représentatives), lors d'une négociation collective, le soin de fixer les mesures d'application des principes fondamentaux du droit du travail qu'il détermine. L'ordre public relatif, entendu au sens de la perfectibilité des lois et règlements, trouve incontestablement sa source dans le Code du travail qui prévoit aux articles 52 alinéa 2 : « *La convention collective peut mentionner des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements...* » et 57 alinéa 3 relativement aux accords d'établissement : « *Ils peuvent prévoir des dispositions nouvelles et des clauses plus favorables aux travailleurs.* ». Ces conventions collectives de travail et accords d'établissement sont issus de la négociation collective qui offre ainsi l'occasion de contribuer à l'évolution du droit³¹ vers un droit de plus en plus négocié³². Ainsi, le droit conventionnel se substitue au droit réglementaire tout en réduisant l'interventionnisme étatique grâce au rôle prépondérant que jouent, en droit du travail, les conventions collectives³³ et accords d'établissement qui viennent en complément des termes de la loi. Les conventions collectives et accords d'établissement sont habilités à instaurer des règles distinctives de conduite et de fonctionnement qui n'ont pas été prévues par le Code du travail et qui sont propres à chaque secteur d'activité ou à une entreprise.

Afin d'assurer une productivité croissante, l'employeur doit donc trouver les ressources adéquates. Cette recherche d'adéquation entre le salarié et l'entreprise va conduire l'employeur à faire certains choix quant au recrutement de ses collaborateurs.

Dans ce domaine, le principe est que l'employeur jouit d'une totale liberté: c'est lui qui définit le profil du poste à pourvoir, opte pour une méthode de recrutement ou encore prend la décision finale. Bien que soumis au principe de non-discrimination, l'employeur dispose d'une

³¹ Cf. M. DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, 2^e éd., 1989, p. 52, cité par TEYSSIE Bernard, « A propos de la négociation collective d'entreprise », *Dr. Soc.*, juillet-août 1990, n° 7-8, p. 578.

³² J.C. MEBU NCHIMI, « La négociation en droit du travail camerounais », *RJA*, 1994, p.115.

³³ La convention collective est un acte établi entre une ou plusieurs entreprises d'une même branche d'activité et une ou plusieurs organisations syndicales, dans le but de coordonner les différentes relations professionnelles entre elles, (article 52 alinéa 1 du CT).

grande liberté pour choisir ses futurs collaborateurs qui sont sélectionnés grâce à des méthodes d'évaluation variables, librement adoptées par l'entreprise.

En effet, il existe des restrictions au principe de non-discrimination tant au niveau de la personne même du salarié que des méthodes mises en œuvre pour le recruter. Ces restrictions se traduisent par des discriminations positives tendant à favoriser une certaine égalité dans la relation de travail (A).

Les chiffres, en matière de temps du travail, de délais ou de droits financiers, sont d'ordre public dans un seul sens³⁴ : ils ne peuvent être révisés que si l'on prévoit des dispositions plus favorables aux travailleurs. Dans la phase précontractuelle, la durée de l'engagement à l'essai n'échappe pas à cette dérogation. En effet, le fait que le législateur social ait pris le soin de fixer les durées maximales de l'engagement à l'essai, n'empêche pas les partenaires sociaux d'aller en-deçà de ce seuil dans un sens plus favorable au salarié (B).

A- Les discriminations positives, reflet de la faveur au moment de l'embauche

La discrimination peut s'exercer dans tout domaine. L'une des plus importantes est celle qui concerne l'emploi. La discrimination en droit du travail est une question très délicate et de ce fait en pleine évolution. Elle renvoie à toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la « race », la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale, l'origine sociale, l'état de santé, le handicap et a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité des chances ou de traitement en matière d'emploi.

Dans la phase précontractuelle en droit du travail, la discrimination est très présente et étant donné qu'il s'agit d'un stade décisif de la relation de travail, celle-ci mérite une attention particulière. L'embauche regroupe tous les actes accomplis par un employeur ayant un poste à pourvoir depuis la recherche des candidats, leur sélection jusqu'à la conclusion du contrat de travail³⁵. La recherche de candidats constitue la première étape. Quand l'employeur fait une offre publique d'emploi, il n'a pas le droit d'indiquer que cette offre ne s'adresse qu'à l'un ou l'autre sexe, race ou religion. C'est le principe de la non-discrimination en matière d'embauche. Cependant, il peut arriver que pour avoir une meilleure productivité, dans certains secteurs

³⁴ Z. ANAZETPOUO, « Le droit camerounais du travail en chiffres », in *Annales de la FSJP de l'Université de Dschang*, T1, vol.2, 1997, p.99.

³⁵ L. PERU-PIROTTE, *La lutte contre les discriminations en droit du travail approche critique*, Thèse, 2000, Lille 2, pp. 117 et 118.

d'activité précis, l'employeur se trouve dans l'obligation de n'embaucher qu'une certaine catégorie de travailleurs. Il s'agit des discriminations positives qui sont en elles même un mal nécessaire dans le marché de l'emploi. Pour les appliquer, l'employeur peut notamment se référer au sexe (1) ou à l'âge (2) du candidat à l'emploi.

1- Les mesures de faveur liées au sexe du candidat à l'emploi

L'article 1^{er} du Code du travail camerounais énonce le principe de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes et prévoit que nul ne peut refuser d'embaucher une personne en considération de son sexe. Seuls les emplois et activités professionnelles, dont la liste est limitativement fixée par le législateur, pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante, ne sont pas concernés par cette interdiction. Cette disposition de notre Code du travail rejoint ainsi l'esprit de la Constitution 1996 qui affirme dans son Préambule: « *Tous les hommes sont égaux en droits et en devoirs.* ».

Toutefois, bien que cette égalité soit consacrée par les textes, il reste vrai qu'à certain égard, la femme ne doit pas être traitée comme les hommes du simple fait de sa maternité. Mais ceci ne signifie pas qu'elle n'aura plus accès à l'emploi. Car, l'entretien de la famille étant de plus en plus assuré conjointement par l'homme et la femme, la discrimination dans l'emploi liée à la maternité effective ou potentielle a des répercussions sur l'ensemble de la société. Ainsi, ce principe d'égalité professionnelle en droit du travail ne va pas de soi, car en matière d'emploi, de formation, de salaire et de conditions de travail, « *il existe des inégalités entre hommes et femmes qui ont certes une tendance à s'atténuer mais demeurent encore importantes* »³⁶.

Pour pallier à cette inégalité, les partenaires sociaux sont autorisés, en application du principe dit de discrimination positive, à prendre des mesures de rattrapage³⁷ au seul bénéfice des femmes. Au lieu de chercher à diminuer les discriminations habituelles, ils en rajoutent des nouvelles qui viennent contrer les barrières à l'emploi existantes. Ainsi, certains entrepreneurs dans des secteurs d'activité précis³⁸, font recours dans l'offre d'emploi uniquement aux femmes pour l'occupation de certains postes. C'est le cas par exemple en matière de dactylographie ou en matière de restauration, d'agroalimentaire.

³⁶ J. FOURNIER et N. QUESTIAUX, *Traité du social*, 4^{ème} éd. Dalloz, Paris 1984, p. 441.

³⁷ J. FOURNIER et N. QUESTIAUX, *Traité du social, op.cit.*, p. 442.

³⁸ De nos jours, le secteur informatique n'est point épargné par la politique des discriminations positives. En France par exemple, l'entreprise Assystem a eu à organiser une campagne de recrutement et de formation de 8 femmes sans emplois et sans qualifications préalables.

La préférence donnée à la femme lors du recrutement favorise la diversité et encourage l'insertion des femmes dans le milieu professionnel. De même, cette discrimination positive, permet de réduire les inégalités sur le marché du travail, bien que pouvant être perçue comme un risque de stigmatisation et d'injustice. En effet, pour certaines personnes, la discrimination positive à l'égard de la femme est une forme de favoritisme qui causerait une pression supplémentaire à cette dernière de prouver ses compétences. Malgré ces limites, la discrimination positive reste un mal nécessaire une fois qu'elle est favorable au candidat à l'emploi.

2- Les clauses plus favorables liées à l'âge du candidat à l'embauche

L'inadaptation des travailleurs les plus âgés et la difficulté pour eux de tirer profit des politiques de formation sont l'un des soucis auxquels fait face l'extrême vieillesse dans le marché de l'emploi au Cameroun. Face à cette adversité à laquelle est soumis le travailleur âgé, l'OIT met la puce à l'oreille du législateur interne et des partenaires sociaux sur l'importance de l'emploi des personnes âgées.

Pour le faire, l'OIT propose que des incitations à l'emploi des personnes âgées soient adoptées par les États membres. Ces mesures ont été adoptées dans certains pays comme l'Espagne où, le Décret royal n° 32639 du 28 décembre 1983 relatif aux subventions destinées à l'emploi des séniors accorde un certain nombre de facilités à l'entreprise qui recrute les travailleurs de plus de 45 ans. Ainsi, l'entreprise devra bénéficier pour chaque travailleur engagé, d'une subvention, d'un abattement de 50% des primes dues pour ce travailleur au titre de la sécurité sociale et de la formation professionnelle. Dans d'autres pays encore, c'est la technique du quota qui est pratiquée. C'est le cas au Japon où les entreprises publiques sont tenues depuis 1976 d'employer au moins 6% des travailleurs âgés de 55 à 65 ans du total des salariés qu'elles emploient à plein temps.

Au Cameroun, le législateur ne s'est pas encore prononcé sur ces mesures incitatives d'emploi des travailleurs âgés. Mais cette faculté est permise aux employeurs qui, du fait de leur liberté d'embauche peuvent décider du choix de leurs employés. Ainsi, l'employeur pourra décider de n'embaucher que les personnes âgées de plus de 60 ans par exemple, pour une activité particulière dans son entreprise. Il en est de même lorsque l'employeur décidera de poursuivre la relation de travail au-delà de l'âge de la retraite du travailleur. C'est là une manière

de prendre en considération les nécessités de service et les caractéristiques de l'activité à exercer³⁹.

B- Les dérogations favorables liées à la durée de la phase précontractuelle : le cas de la durée de l'engagement à l'essai

L'engagement à l'essai est un moyen qui permet de renforcer l'efficacité des décisions de recrutement. Il réduit les risques financiers de mesures de licenciements ultérieures pour cause d'incompétence ou d'inaptitude professionnelle. C'est un « *outil préventif de bonne gestion* »⁴⁰. Fort de cette utilité de l'engagement à l'essai, le législateur social a pris soin d'encadrer sa durée.

La durée maximale de l'engagement à l'essai telle que prévue par le Code du travail est provisoire, globale et ne se présume pas. Selon l'article 28(2) du Code du travail de 1992, la période d'essai ne se présume pas, à l'absence d'un écrit, on conclut à l'existence d'un contrat à durée indéterminée⁴¹. Quant à sa durée, l'essai a un caractère provisoire. D'après l'article susmentionné, « *Il ne peut être conclu pour une durée supérieure au délai nécessaire pour mettre à l'épreuve le personnel engagé, compte tenu des techniques et usages de la profession. Dans tous les cas l'engagement à l'essai ne peut porter, renouvellement compris, que sur une période maximale de six mois, sauf en ce qui concerne les cadres pour lesquels cette période peut être prolongée jusqu'à huit mois.* ». Pour l'arrêté n° 017/MTPS/SG/CJ du 26 mai 1993 fixant la durée maximale et les modalités de l'engagement à l'essai est fonction de la catégorie professionnelle du travailleur. D'après l'article 2(a) de cet arrêté, la durée maximale de la période d'essai est fixée, compte tenu de la catégorie où est classé le travailleur au moment de l'engagement, comme suit: catégories I et II, 15(quinze) jours ; catégories III et IV, 01 mois ; catégories V et VI, 02 mois ; catégories VII à IX, 03 mois ; catégories X à XII, 04 mois.

Le fait pour le législateur de 1992 de prévoir une « *période maximale* », nous fait comprendre que certes on ne peut aller au-delà, mais que dans un sens favorable au salarié, on peut aller en deçà. Ainsi, les partenaires sociaux peuvent réduire la durée de l'essai (1) ou

³⁹ Z. ANAZETPOUO, *La législation sociale camerounaise et les garanties de mise à la retraite*, L'Harmattan, Paris, 2018, p. 107.

⁴⁰ J. M. NYAMA, *Droit et contentieux du travail et de la sécurité sociale au Cameroun*, PUCAC, Yaoundé, 2012, p. 79.

⁴¹ Article 28(2) « *l'engagement à l'essai doit être stipulé par écrit* ».

prévoir un délai de préavis pour la rupture de l'engagement à l'essai en cas de renouvellement de cette période (2).

1- La réduction de la durée de l'essai

Le fait pour le législateur social de prévoir une durée maximale de l'engagement à l'essai signifie que les partenaires sociaux ont la latitude de choisir une durée en deçà de ce seuil maximal. Ainsi, pour faciliter l'embauche d'un travailleur dans son entreprise, l'employeur dans un besoin urgent et pressant de main d'œuvre peut décider de réduire comme il l'entend la durée prescrite par le législateur. Cette réduction est favorable au travailleur dans la mesure où il sera rapidement fixé sur son sort avec une courte durée d'essai. Le travailleur trouve ainsi dans le raccourcissement de la période d'essai une garantie contre la précarité⁴².

Les partenaires sociaux dans le secteur bancaire ont réduit cette période maximale d'essai pour une certaine catégorie de travailleurs surtout ceux qui ont déjà une expérience professionnelle en la matière. Étant donné que la période d'essai est observée pour apprécier les aptitudes professionnelles du candidat, il est tout à fait raisonnable qu'un employeur réduise la durée de l'essai d'un candidat qui a déjà fait ses preuves dans une autre entreprise. C'est ce qui ressort de l'article 16 (2) du Projet de convention collective des Établissements de Micro-Finances du Cameroun : « *Cependant, les durées prévues par lesdites dispositions sont réduites de moitié pour les travailleurs ayant déjà fait l'objet d'un engagement définitif, dans un poste de travail similaire dans une précédente entreprise ou dans l'administration publique. La période d'essai ainsi réduite est renouvelable une fois.* ». La réduction de moitié de la période de l'essai traduit ainsi le caractère d'ordre public relatif des dispositions légales en matière de la durée de l'engagement à l'essai. La flexibilité de ces dispositions légales se fait également ressentir dans l'octroi d'un préavis en cas de rupture d'un essai déjà renouvelé.

2- L'octroi d'un préavis en cas de rupture de l'essai après le renouvellement

La rupture de la période d'essai n'est pas un licenciement. Elle suit donc une procédure beaucoup plus souple. Pendant toute la période d'essai, employeur et salarié peuvent décider de rompre le contrat à tout moment, sans motif et sans préavis⁴³. Mais les tribunaux peuvent toujours considérer une rupture de période d'essai comme abusive, notamment si la décision de

⁴² J-M. TCHAKOUA, « Les tendances de la négociation collective de l'ère nouvelle au Cameroun », Publié en ligne par le *Laboratoire de recherche sur le Droit du travail et le Développement* le 21 décembre 2010, p. 12.

⁴³ V. TCHOKOMAKOUA et P-E. KENFACK, *Droit du travail camerounais*, PUA, Yaoundé, 2000, p. 42.

l'employeur n'est pas liée aux compétences du salarié mais à des motifs discriminatoires ou économiques. Le législateur social de 1992 ne prévoit pas un préavis de rupture de la période d'essai. Cependant, les partenaires sociaux sont allés au-delà de ce mutisme en prescrivant un préavis en cas de rupture de l'engagement à l'essai pour limiter la liberté de rompre de l'employeur. Certains sont allés plus loin en prévoyant qu'en cas de rupture à l'initiative de l'employeur lorsque l'essai est renouvelé, le travailleur a droit à une indemnité dont le montant est fixe⁴⁴.

Ainsi, la convention collective nationale des Journalistes et des professionnels des métiers connexes de la communication sociale dispose : « *Si l'essai a été renouvelé et en cas de rupture de l'engagement au cours de cette deuxième période, les parties sont tenues au préavis suivant : Catégorie I-VI : 7 jours ouvrables ; Catégorie VII-XII : 10 jours ouvrables ; Catégorie X-XII : 14 jours ouvrables.* »⁴⁵. Dans le secteur des industries de transformation, le préavis est de 1 jour ouvrable pour les catégories I et II, 6 jours ouvrables pour les catégories III à VI, et 15 jours pour les autres catégories⁴⁶. La convention collective nationale du commerce⁴⁷ est plus favorable lorsqu'elle prévoit pour les catégories I et II : 5 jours ouvrables, pour les catégories III à VI: 10 jours ouvrables et pour les catégories VII à XII: 20 jours ouvrables. Dans le secteur des télécommunications, ce préavis est de 10 jours pour les catégories I à VI et de 20 jours pour les catégories VII à XII. Le fait pour ces conventions collectives d'octroyer un préavis aux parties en cas de rupture de la période d'essai traduit ainsi le principe de faveur, fruit de l'ordre public relatif.

Conclusion

Lors de la formation du contrat de travail, le législateur social laisse une grande liberté contractuelle aux acteurs sociaux. Cette liberté est restreinte par l'ordre public qui peut être absolu ou relatif.

À la naissance du lien contractuel, les partenaires sociaux ne peuvent déroger à l'ordre public absolu notamment en ce qui concerne la forme de certains contrats tels le contrat de l'engagement à l'essai, le contrat d'apprentissage ou celui des étrangers. L'ordre public relatif quant à lui, permet aux partenaires sociaux, toujours dans cette phase précontractuelle,

⁴⁴ Article 16 alinéa 3 de la Convention collective nationale de l'agriculture et des activités connexes.

⁴⁵ Article 23 alinéa 2 de cette convention.

⁴⁶ Article 14 alinéa 2 de la convention collective nationale des industries de transformation.

⁴⁷ Article 21 alinéa 2 de ladite convention.

d'aménager les prescriptions législatives dans un sens plus favorable au salarié. Ils le font à travers des discriminations positives à l'embauche, et la faculté de réduire la durée de cette phase précontractuelle dans certains secteurs d'activité où un délai maximal est prévu par la loi.

On retient donc que, l'intervention des partenaires sociaux est limitée par l'ordre public social absolu. En effet, ils doivent respecter le domaine de la loi. Ils peuvent négocier sur tout sauf sur les matières relevant de l'ordre public absolu. Ainsi, la faveur ne doit pas s'opposer à des règles fondamentales. Les conventions collectives et accords d'établissement ne peuvent limiter ou réglementer l'exécution d'une liberté constitutionnellement protégée, à l'instar du droit de travailler. C'est donc en fonction de l'ordre public absolu instauré par le législateur social que les partenaires sociaux s'attèlent à améliorer les relations de travail. Cependant, les partenaires sociaux ne peuvent pas à eux seuls suppléer, par les clauses plus favorables, les lacunes de la législation du travail, compte tenu de la complexité des unités économiques et sociales et de l'antagonisme naturel des enjeux entre pouvoir économique et collectivité des travailleurs.

Les opérations de maintien de la paix à l'épreuve de la protection de l'environnement en contexte de conflits armés internes en Afrique

The peacekeeping operations put to test by the protection of the environment in context of intern armed conflicts in Africa

Serges Roméo FOTSING TAKAM

Dr/PhD en droit public

Assistant à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré

Membre du Centre d'Études et de Recherches en Droit International et Communautaire de

l'Université de Yaoundé II

(Cameroun)

sergesromeofotsing@gmail.com

Résumé : Conçues pour faire face à l'échec du système de sécurité collective institué par la Charte des Nations unies, les opérations de maintien de la paix (OMP) étaient tout entier vouées à la cessation des hostilités entre les belligérants. Par la suite elles ont intégré d'autres sujets de préoccupation dont celui lié à l'humanitaire et à la protection de l'environnement. Mais, l'intérêt des OMP pour les questions environnementales est relativement récent. Cet intérêt s'est imposé dans la mesure où les conflits armés sont d'un impact écologique indiscutable, et les ressources naturelles souvent l'enjeu même desdits conflits armés. L'Afrique est le continent qui illustre le mieux cette réalité-là, en raison de la multiplication des conflits armés internes sur cet espace et des forts liens entre ceux-ci et la dégradation de l'environnement. C'est d'ailleurs dans cette région que se déploient la grande majorité des opérations de maintien de la paix des Nations Unies. La présente réflexion vise à rendre compte de la manière dont la protection de l'environnement est prise en compte dans ces OMP déployées en Afrique. Elle fait le constat d'une prise en compte mitigée. En effet, sur le sol africain, on assiste certes à une inscription significative de la protection de l'environnement dans le mandat des OMP déployées, mais également à une réalisation relative de ses mandats environnementaux par ces dernières.

Mots clés: Conseil de Sécurité des Nations Unies, MINUSCA, MINUSMA, MONUSCO, Opérations de Maintien de la Paix, protection de l'environnement.

Abstract: Designed to address the failure of the collective security system established by the United Nations Charter, peacekeeping operations (PKOs) were initially concerned solely with the cessation of hostilities between belligerents. Later, they integrated other issues of concern, including humanitarian and environmental protection. However, the interest of PKOs in environmental issues is relatively recent. This interest has become apparent because armed conflicts not only have an undeniable ecological impact, but are often the very issue at stake in these armed conflicts. Africa is the continent that best illustrates this reality, due to the multiplication of internal armed conflicts in this area and the strong links between these and environmental degradation. It is in this region that the vast majority of United Nations peacekeeping operations are found. This paper aims to provide an account of the way in which environmental protection is taken into account in the PKOs deployed in Africa. It finds that the extent to which environmental protection is taken into account is mixed. This observation is borne out by the fact that environmental protection is significantly included in the mandates of the PKOs deployed in Africa, and that the latter have relatively fulfilled their environmental mandate.

Key words: The United Nations Security Council, MINUSCA, MINUSMA, MONUSCO, Peacekeeping Operations, Protection of the Environment.

Introduction

L'échec de la sécurité collective instituée par la Charte en contrepartie de l'interdiction du recours privée à la force par les États et l'incapacité des Nations Unies à maintenir effectivement la paix et la sécurité internationales par les mesures coercitives du chapitre VII vont entraîner un sursaut de l'Organisation mondiale¹. Fidèle à ses buts, épris d'efficacité et agissant dans un esprit pragmatique, l'Organisation des Nations Unies (ONU) va s'efforcer de pallier cette carence avec des moyens militaires de fortune et des ressources financières abandonnées à la générosité de ses États membres². Ainsi se sont organisées, avec plus ou moins de bonheur, un nombre important d'opérations non expressément prévues dans la Charte, fort différentes les unes des autres, chaque fois adaptées à un contexte particulier, et que l'on a pris l'habitude d'appeler globalement « opérations de maintien de la paix »³ (OMP)⁴. Si à l'origine ces OMP s'intéressaient uniquement à la cessation des hostilités entre les belligérants, par la suite au respect des normes juridiques humanitaires, elles intègrent désormais, dans le corpus juridique de ce mécanisme « *ad hoc* »⁵ de sécurité collective, des règles ayant vocation à protéger l'environnement. Cela va de soi quand l'on considère la présence et la prégnance des considérations environnementales en droit international en général, et en droit de la paix et de la sécurité internationales et droit international humanitaire, en particulier. En cette dernière discipline précisément, la question environnementale est devenue un enjeu majeur, tant les liens entre conflits armés et problèmes environnementaux sont indiscutables. En effet, la dégradation de l'environnement ou l'exploitation illicite des ressources naturelles peut être source de conflits armés⁶. De leur côté, ceux-ci peuvent avoir un impact écologique énorme⁷.

L'Afrique est le continent où l'on ressent vivement cet impact écologique, ce en raison de la multiplication des conflits armés internes dans cet espace géographique ; lesquels ont

¹ Y. PETIT, *Droit international du maintien de la paix*, LGDJ, Paris, 2000, pp. 28-38.

² M. FLORY, « L'Organisation des Nations Unies et les opérations de maintien de la paix », *AFDI*, vol. 11, 1965, p. 447.

³ Y. PETIT, *Droit international du maintien de la paix*, *op. cit.*, p. 28-38.

⁴ On les entendra aussi selon le terme souvent utilisé d'opérations de paix.

⁵ Ce qualificatif est empruntée à : MÉDECINS SANS FRONTIÈRES, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire* (en ligne), consulté le 25 octobre 2024 sur : <https://dictionnaire-droit-humanitaire.org/content/article/2/maintien-de-la-paix/>

⁶ Sur ces liens, lire notamment : C. DAGNICOURT, *La protection de l'environnement en période de conflit armé*, Mémoire de Master en droit public général, Université de Rennes 1, 2017-2018, pp. 1-8.

UICN, *Conflit et conservation*, Gland, UICN, 2021 (en ligne), consulté le 25 octobre 2024 sur : <https://doi.org/10.2305/IUCN.CH.2021.NGW.1.fr>

⁷ *Ibid.* Aussi : O. BOIRAL et G. VERNA, « La protection de l'environnement au service de la paix (Note) » *Études internationales*, vol. 35, n° 2, pp. 261-262.

connu, au cours des dernières décennies, une prévalence croissante⁸. C'est d'ailleurs pourquoi l'on retrouve en Afrique la grande majorité des opérations de paix des Nations Unies. Dans ce contexte, il est logique que ce soit sur le continent africain que la contribution des OMP soit la plus attendue en ce qui concerne la protection de l'environnement. De ce point de vue, certaines OMP sont assez remarquables, à savoir la Mission de l'Organisation des Nations Unies pour la stabilisation en République Démocratique du Congo (MONUSCO) et la Mission multidimensionnelle intégrée des Nations unies pour la stabilisation en République Centrafricaine (MINUSCA). On peut y ajouter la défunte Mission multidimensionnelle intégrée des Nations unies pour la stabilisation au Mali (MINUSMA). C'est la raison pour laquelle on s'y appuiera dans la présente étude intitulée : les opérations de maintien de la paix à l'épreuve de la protection de l'environnement en contexte de conflits armés internes en Afrique.

À ce propos, quand on parle d'environnement, il ne s'agit pas, aux dires de la Cour internationale de justice (CIJ), d'« *une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres Humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations futures* »⁹. Plus concrètement encore, l'environnement se réfère à l'ensemble « *[d]es ressources naturelles abiotiques et biotiques tels que l'air, l'eau, le sol, la faune, et la flore et l'interaction entre les mêmes facteurs ; les biens qui composent l'héritage naturel ; et les aspects caractéristiques du paysage* »¹⁰. Ce sont effectivement ces éléments qui nécessitent protection.

La notion de protection est, selon le Dictionnaire de français Larousse, l'action de prendre la défense de quelqu'un ou de quelque chose¹¹ (contre des dommages qui pourraient l'atteindre). Juridiquement parlant, cette action peut renvoyer à une « *[p]récaution qui, répondant au besoin de celui ou de ce qu'elle couvre et correspondant en général à un devoir pour celui qui l'assure, consiste à prémunir une personne ou un bien contre un risque, à garantir sa sécurité, son intégrité, etc., par des moyens juridiques ou matériels [...]* »¹². Une

⁸ C. DAGNICOURT, *La protection de l'environnement en période de conflit armé*, op. cit., p. 3.

⁹ CIJ (COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE), avis consultatif, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ Recueil 1996 (I), p. 241-242, § 29 et CIJ, Arrêt au fond, *Projet Gabricovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), 25 septembre 1997, CIJ Recueil 1997, p. 78, § 140 ou encore CIJ, Ordonnance, 13 juillet 2003, (Uruguay c. Argentine), p. 18, § 72 (en ligne), consulté le 25 octobre 2024 sur : <http://www.icj-cij.org>

¹⁰ Cf. la convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement (Lugano, 21 juin 1993), Conseil de l'Europe, Série des traités européens, n° 150, article 2 § 10.

¹¹ Se référer à l'adresse [<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/protection/64513>], consulté le 25 octobre 2024.

¹² G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige/ PUF, 12^e édition, 2018, Paris, p. 1715.

telle définition comprend « aussi bien l'action de protéger que le système de protection établi (mesure, régime, dispositif...) »¹³.

En plus de l'aspect anticipatif/préventif, la protection revêt aussi un caractère réparateur et répressif¹⁴. Cela est particulièrement le cas en matière environnementale. Car, si en raison du caractère irréversible de certains dommages environnementaux s'impose prioritairement la proaction¹⁵, la réaction y est aussi nécessaire, particulièrement lorsque surviennent des atteintes à l'environnement. Ainsi, la protection de l'environnement est une action, mais aussi un ensemble de moyens juridiques ou matériels ayant pour objectif de réaliser cette action, action dont la substance consiste dans la prévention, la répression et, dans la limite des possibilités, la réparation, après contrôle et constat par les instances habilitées, des atteintes humaines aux différentes composantes de la biosphère. Cette conception est valable en temps de paix comme en période de conflits armés, que ceux-ci soient internationaux ou internes.

Les conflits armés internes peuvent schématiquement s'entendre des confrontations armées entre les forces armées d'un État et des groupes armés non étatiques organisés ou entre pareils groupes, groupes qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie du territoire de cet État un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues, concertées et d'un niveau d'intensité supérieure aux capacités des opérations nationales de police courantes en temps de paix¹⁶.

Pour sa part, une opération de maintien de la paix est une opération internationale impartiale, exceptionnellement coercitive, consistant soit en l'interposition, soit en l'imposition de la paix, ou encore à la reconstruction, décidée par le Conseil de sécurité et réalisée par les contingents nationaux volontaires¹⁷ sur le territoire d'un État consentant en vue d'y mettre fin à une crise, un conflit armé ou une situation qui menace ou porte atteinte à la paix et à la sécurité internationales¹⁸.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Y. SAVADOGO, *La protection communautaire de l'environnement dans le cadre de l'UEMOA : enjeux, portée et perspectives*, thèse de doctorat en droit, Université de Limoges, 2019, pp. 32-33.

¹⁵ CIJ, 25 septembre 1997, Arrêt, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, (Hongrie c. Slovaquie), CIJ Recueil 1997, p. 78, para. 140, al. 3 ; CIJ, 20 avril 2010, Arrêt, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, (Argentine c. Uruguay), p. 55, para. 185 (en ligne), consulté le 29 octobre 2024 sur : <http://www.icj-cij.org>

¹⁶ N. MELZER, *Droit international humanitaire. Introduction détaillée*, Genève, CICR, avril 2018, pp. 78-86 ; J. SALMON, (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant /AUF, 2001, pp. 233-234.

¹⁷ On nomme également ces contingents nationaux intervenant sous la houlette des Nations Unies les « Casques bleus ».

¹⁸ Y. PETIT, *Droit international du maintien de la paix*, *op. cit.*, pp. 40-42 ; J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, pp. 779-780.

Ainsi, comme déjà relevé ci-haut, les OMP ne se sont pas originellement intéressés aux considérations environnementales, l'appréhension de la sécurité étant longtemps restée essentiellement militaire¹⁹. Mais l'insuffisance constatée de cette appréhension à la suite de l'établissement, dès la fin des années 1980, des liens inextricables entre environnement, tensions politiques et conflits armés a conduit à l'introduction de la sécurité environnementale dans la conception de la sécurité²⁰. Cette introduction a véritablement fait écho avec le rapport *Greening the blue helmets [...] du Programme des Nations unies pour l'environnement (PNUE)*²¹ de 2012, rapport dans lequel la protection de l'environnement devenait un des enjeux majeurs de toute action visant à assurer la paix et la sécurité internationales. D'où l'intérêt du présent travail.

Cet intérêt réside dans le fait qu'il contribue à la juridisation d'une question jusque-là saisie essentiellement par la science politique. Il s'agit donc modestement de combler un vide laissé par la doctrine juridique. Ainsi, partant des années 2012, à la suite des études faites en relations internationales sur le processus d'« *environnementalisation* » ou de « *verdissement de la sécurité* »²², la présente réflexion adopte une perspective juridique. Pour cela, elle s'intéresse à l'ancrage de la problématique environnementale dans la conception et l'opérationnalisation des OMP, c'est-à-dire au transfert des pratiques et d'instruments relevant du droit et des politiques de l'environnement vers le secteur sécuritaire²³. En d'autres termes, l'étude vise à analyser et à évaluer sous l'angle juridique, à travers les opérations de paix, la contribution que les Nations Unies et les contingents nationaux font, dans le domaine de la protection de l'environnement, lorsque les Casques bleus s'interposent, imposent la paix, ou encore œuvrent à la reconstruction dans un État africain en proie à un conflit armé interne. Aussi, il importe de réaliser que l'environnementalisation des OMP s'opère particulièrement à

¹⁹ L. MAERTENS, « Entre sécurisation de l'environnement et environnementalisation de la sécurité : le défi de la sécurité environnementale à l'ONU », CERISCOPE Environnement, 2014, p. 2 (en ligne), consulté le 05 novembre 2024 sur : <http://ceriscope.sciences-po.fr/environnement/content/part4/entre-securisation-de-l-environnement-et-environnementalisation-de-la-securite>

²⁰ *Ibid.*, pp. 3-4.

²¹ Cet organisme est également connu sous l'acronyme anglais UNEP, lequel renvoie à « United Nations Environment Programme ».

²² Lire notamment : A. GESLIN, « Les organisations internationales et régionales de sécurité et de défense face à la problématique environnementale », in S. J. KIRSCHBAUM, *Les défis du système de sécurité*, Toronto, Bruylant, 2014, pp. 77-94 (en ligne), consulté le 12 novembre 2024 sur : halshs-01084758 ; L. MAERTENS, « Entre sécurisation de l'environnement et environnementalisation de la sécurité : le défi de la sécurité environnementale à l'ONU », *op. cit.* ; L. MAERTENS, « Quand les Casques bleus passent au vert : Environnementalisation des activités de maintien de la paix de l'ONU », *Études internationales*, vol. 47, n° 1, 2016, pp. 57-80.

²³ *Ibid.*, pp. 3-4.

travers la promotion d'un environnement sain, et au profit des générations actuelles et futures. Évoquer les générations actuelles et futures c'est dire qu'on entend, en toile de fond, contribuer à l'étude de la réalisation du développement durable dans le cadre du maintien de la paix et la sécurité internationales, la notion de durabilité étant d'ailleurs ouvertement mise en exergue dans les résolutions onusiennes afférentes aux OMP²⁴.

Au regard de tout ce qui précède on veut plus précisément questionner la prise en considération des préoccupations environnementales dans le cadre de la résolution onusienne des conflits armés internes sur le continent africain. Dans ce sillage, on se propose de répondre à la question suivante : de quelle manière la protection de l'environnement est-elle prise en compte dans les opérations de maintien de la paix déployées en Afrique ?

Grâce à la technique juridique appuyée par la démarche empirique et critique, on défendra l'idée d'une prise en compte mitigée de la protection de l'environnement dans les opérations de paix des Nations unies en Afrique.

Pour mener à bien cette étude, le matériau sera constitué des résolutions des Nations Unies relatives aux OMP considérées, notamment celles qui mentionnent ou traitent des questions environnementales. À cela, s'ajouteront les instruments du PNUE, les instruments du Département des opérations de maintien de la paix (DOMP), ainsi que les éléments de la pratique des Opérations sur le terrain.

Sur la base des précisions précédentes, on démontrera que la protection de l'environnement fait l'objet d'une inscription significative dans les mandats des OMP déployées en Afrique (I), même si la réalisation de ses mandats environnementaux par lesdites opérations reste relative (II).

I- Une inscription significative des mesures environnementales dans les mandats des OMP déployés en Afrique

Soucieuse du « verdissement » des OMP, le PNUE adopte en 2012 un rapport intitulé *Greening the Blue Helmets. Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations*. La stratégie contenue dans ce rapport consiste en la réduction de l'empreinte écologique des missions et en la protection des ressources naturelles dans le cadre desdites

²⁴ CONSEIL DE SÉCURITÉ DES NATIONS UNIES, 28 mars 2013, République Démocratique du Congo, Résolution 2098 (2013), S/RES/2098, p. 5 ; CONSEIL DE SÉCURITÉ DES NATIONS UNIES, 25 avril 2013, République du Mali, Résolution 2100 (2013), S/RES/2100, p. 4.

missions. Lors de la création des récentes OMP relatives à la résolution des conflits armés en Afrique notamment, le Conseil de sécurité s'est remarquablement saisi de ces deux considérations environnementales. Au regard des résolutions y afférentes de cet organe onusien en effet, on peut valablement soutenir l'idée d'une intégration novatrice de la réduction de l'empreinte écologique des missions (A) et celle d'une inclusion dynamique de la protection des ressources naturelles dans les mandats de ces missions (B).

A- Une intégration novatrice de la réduction de l'empreinte écologique dans les mandats des OMP

Depuis les années 1990, on note une multiplication des OMP²⁵. Alors que ces OMP apparaissent comme un moyen nécessaire à la résolution des conflits armés qui en sont la cause, elles n'en demeurent pas moins source de dégradation de l'environnement. À ce sujet, il a été établi qu'une opération de paix produisait souvent une quantité de gaz carbonique largement supérieure aux émissions annuelles et par habitant du pays hôte²⁶. De même, les missions peuvent aboutir jusqu'à 180 tonnes de déchets solides générées par jour, et 10 millions de litres d'eau consommés par jour, soit 84 litres par jour et par personne²⁷. Aussi, le déploiement des Casques bleus contribue au changement climatique et à l'épuisement des ressources dans les régions où elles opèrent avec, pour conséquence paradoxale, l'aggravation de la situation humanitaire des populations et le ternissement de l'image même de l'opération²⁸.

Or, cette problématique environnementale dans le cadre de la résolution des conflits armés n'attire véritablement l'attention des décideurs onusiens qu'à partir des années²⁹, lorsque sur le terrain les personnels des missions se trouvent de plus en plus butés aux questions de gestion des déchets, et que des rapports des missions en font cas³⁰. C'est ainsi que le Département des opérations de maintien de la paix, celui de l'appui aux missions (DAM) et le PNUE s'intéressent à l'empreinte écologique³¹ des missions, c'est-à-dire, au regard de la définition donnée à ce terme, à (la mesure) des pressions exercées par les OMP sur le milieu

²⁵ L. MAERTENS, « Quand les Casques bleus passent au vert : Environnementalisation des activités de maintien de la paix de l'ONU », *op. cit.*, p. 58.

²⁶ UNEP, *Greening the Blue Helmets. Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations*, Nairobi, UNEP, 2012, p. 27.

²⁷ A. GESLIN, « Les organisations internationales et régionales de sécurité et de défense face à la problématique environnementale », *op. cit.*, p. 6.

²⁸ *Ibid.*, pp. 6-7.

²⁹ L. MAERTENS, « Quand les Casques bleus passent au vert ... », *op. cit.*, p. 61.

³⁰ *Ibid.*, pp. 61-62.

³¹ Ce terme est aussi connu sous le vocable d' « impact environnemental ».

dans lequel celles-ci s'établissent ou interviennent³². Ces instances prennent la mesure de la situation le 1^{er} juin 2009 à travers un rapport intitulée « *Politique environnementale pour les missions des Nations Unies sur le terrain* », qui prévoit une réduction ou une minimisation des impacts de la Mission sur son environnement³³. La réduction passe par « *un ensemble de standards minimum que doivent respecter les opérations de maintien de la paix, dans les domaines de l'énergie, de l'eau, des déchets, notamment dangereux, de la biodiversité, de la gestion des ressources culturelles et historiques* »³⁴. Depuis lors, la nécessité de minimiser l'empreinte écologique des missions connaît un enracinement au sein de l'ONU. En 2012, le rapport *Greening the Blue Helmets [...] du PNUE* qui l'atteste consacre sa première partie à la question³⁵. Aussi, le DOMP en a récemment fait une priorité des missions sur le terrain³⁶.

C'est certainement dans la même lancée que le Conseil de sécurité des Nations unies intègre cette exigence dans les résolutions portant création des missions de paix. Il en est ainsi de sa résolution 2100 (2013) du 25 avril 2013 portant création de l'ex-MINUSMA. Le Conseil y « *[p]rie le Secrétaire général d'étudier les effets sur l'environnement des activités menées par la MINUSMA en exécution des tâches qui lui sont prescrites et, à ce sujet, invite cette dernière à maîtriser ces effets, selon qu'il convient et conformément aux résolutions de l'Assemblée générale et règles et règlements de l'Organisation applicables, et de conduire précautionneusement ses opérations dans le voisinage de sites culturels et historiques* »³⁷

Réitérée par les résolutions 2164 (2014) et 2227 (2015), cette demande est une « *évolution* »³⁸, car c'est la première fois qu'une résolution du Conseil de sécurité s'affaire à intégrer la réduction de l'empreinte écologique des OMP dans une mission de paix³⁹. En outre, c'est une demande confirmée, mais légèrement remaniée quant aux organes interpellés, par la résolution 2612 (2021) du 20 décembre 2021 relative à la situation en RDC. En effet, cette dernière résolution consacre la compétence exclusive de la mission, contrairement à la

³² [https://wwf.panda.org/fr/wwf_action_themes/modes_de_vie_durable/empreinte_ecologique/], consulté le 12 novembre 2024.

³³ MINUSMA, « Environnement. Protection de l'environnement et développement durable » (en ligne), consulté le 12 novembre 2024 sur : <https://minusma.unmissions.org/environnement>

³⁴ A. Geslin, « Les organisations internationales et régionales de sécurité ... », *op. cit.*, p. 12.

³⁵ UNEP, *Greening the Blue Helmets...*, *op. cit.*, pp. 18-40.

³⁶ DÉPARTEMENT DES OPÉRATIONS DE PAIX DES NATIONS UNIES, *Manuel des Nations Unies sur la gestion de l'environnement à l'intention des commandants militaires des opérations de paix des Nations Unies*, New York, Nations Unies, 2021, pp. 23-35.

³⁷ P. 11, paragraphe 32.

³⁸ A. GESLIN, « Les organisations internationales et régionales de sécurité ... », *op. cit.*, p. 13.

³⁹ *Ibid.*, aussi : MINUSMA, « Environnement. Protection de l'environnement et développement durable », *op. cit.*

résolution 2100 (2013) qui, elle, répartit la tâche entre le Secrétaire général des Nations Unies et ladite mission. Ainsi, la résolution 2100 (2013) « [p]rie la MONUSCO d'être sensible aux effets qu'ont sur l'environnement les activités qu'elle mène en exécution des tâches qui lui sont confiées, et de maîtriser ses effets, selon qu'il convient et conformément aux résolutions de l'Assemblée générale et aux règles et règlements applicables de l'Organisation »⁴⁰.

Il faut souligner que cette résolution ne précise pas les effets et les réponses concernés⁴¹. Pour autant, on peut être optimiste au regard du récent *Manuel des Nations Unies sur la gestion de l'environnement à l'intention des commandants militaires des opérations de paix des Nations Unies*⁴². Il contient notamment quelques précisions quant aux domaines concernés par ces impacts, ainsi que quelques mesures à prendre.

Quant aux domaines, on peut à titre d'illustration citer l'énergie, les ressources en eau, les eaux usées et les déchets solides⁴³.

Pour les mesures, il est par exemple question de « réduire le gaspillage d'énergie grâce à des gains d'efficacité, augmenter la part d'énergie consommée produite à partir de sources renouvelables et faire baisser le niveau de pollution imputable aux opérations de paix »⁴⁴.

Ce sont donc ces mesures que les OMP devraient exécuter dans ce nouveau champ de compétence dans lequel l'Afrique se trouve être un véritable « laboratoire d'expérimentation »⁴⁵, comme il l'est également dans celui du droit international pénal⁴⁶.

Au-delà de leur empreinte écologique, les OMP s'intéressent également à la protection des ressources naturelles.

⁴⁰ P. 11, paragraphe 45.

⁴¹ A. Geslin, *op. cit.*, p. 13 .

⁴² DÉPARTEMENT DES OPÉRATIONS DE PAIX DES NATIONS UNIES, *Manuel des Nations Unies sur la gestion...*, *op. cit.*

⁴³ *Ibid.*, p. 3.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 23.

⁴⁵ M. A. MEKOUAR et S. DOUMBÉ-BILLÉ, « La nouvelle Convention africaine de Maputo sur la conservation de la nature et des ressources naturelles : un cadre nouveau pour le développement intégré du droit de l'environnement en Afrique », in L. GRANIER (coordonné par), *Aspects contemporains du droit de l'environnement en Afrique de l'Ouest et Centrale*, UICN, Gland, 2008, pp. 197

⁴⁶ P. MANIRAKIZA, « L'Afrique et le système de justice pénale internationale », *African Journal of Legal Studies* n° 3, p. 30.

B- Une inclusion dynamique de la protection des ressources naturelles dans les mandats des OMP

En plus de l’empreinte écologique des missions, le PNUE fait de la protection des ressources naturelles une autre composante des considérations environnementales des OMP⁴⁷. Mais, il ne peut effectivement en être ainsi qu’en vertu d’un mandat qui indique clairement les objectifs environnementaux de la Mission. Or, force est de remarquer que, par le passé, malgré les liens entre les conflits armés et les ressources naturelles, un tel mandat n’a pas été souvent courant de la part du Conseil de sécurité. Fort opportunément, ces dernières années la donne a change; car comme le relève le PNUE : « *the way peacekeeping operations have been mandated to address conflict risks from natural resources has been gradually expanding in scope and also becoming more sophisticated* »⁴⁸.

L’Afrique est le continent de prédilection, ce dans la mesure où un tel mandat y est le plus confié aux missions de paix. N’est-ce pas à cause de la récurrence des conflits armés internes à certains États de la région ainsi que des liens inextricables qui existent entre ces conflits et les nombreuses ressources naturelles dont dispose ces États ?

Quoiqu’il en soit, comme le montre de nombreuses résolutions, ces dernières années le Conseil de sécurité a régulièrement inscrit la protection des ressources naturelles au rang des importants enjeux de ses opérations de paix dans cette région. En l’occurrence, dans sa résolution 2136 (2014) du 30 janvier 2014, relative à la situation en République Démocratique du Congo, la MONUSCO est investie de la mission d’« *empêcher que tout appui soit apporté à des groupes armés, en particulier grâce à des activités illicites dont l’exploitation et le commerce de ressources naturelles [...]* »⁴⁹. Un mandat similaire a été confié à la MINUSCA par la résolution 2149 (2014) la créant. En effet, il s’agit pour elle d’« *empêcher les groupes armés d’exploiter les ressources naturelles* »⁵⁰. En confiant un tel mandat aux missions, le Conseil de sécurité est sans doute animé par la volonté de voir, sinon disparaître, du moins diminuer effectivement le trafic illicite des ressources naturelles des/dans les pays concernés.

Or, de par la logique juridique, cet objectif ne peut être atteint sans pouvoir de contrôle à l’égard des belligérants ou des tiers profiteurs. Le droit est en effet une discipline fait de

⁴⁷ UNEP, *Greening the Blue Helmets...*, *op. cit.*, pp. 42-76.

⁴⁸ *Ibid.*,

⁴⁹ Paragraphe 25.

⁵⁰ CONSEIL DE SÉCURITÉ DES NATIONS UNIES, 10 avril 2014, p. 12, paragraphe 31 (d), *in fine*.

dynamisme, lequel veut notamment qu'un mécanisme de contrôle soit adopté aux fins d'assurer, en aval, la mise en application et l'efficacité des mesures adoptées en amont. C'est ce dynamisme qu'on rencontre dans le contexte onusien où « *il est [...] demandé aux OMP d'adopter des objectifs environnementaux et des mesures de contrôle pendant toute la phase opérationnelle, de la planification du déploiement – assortie d'une étude d'impact environnemental – jusqu'à la fermeture du camp de base* »⁵¹. Il en est ainsi particulièrement de la MONUSCO. Aux termes de la résolution 2136 (2014) précitée en effet, cette mission est chargée d'effectuer des contrôles inopinés et des visites périodiques sur les sites miniers, les itinéraires commerciaux et les marchés, dans le voisinage de cinq comptoirs pilotes, ce afin d'empêcher que tout appui soit apporté à des groupes armés, en particulier grâce à des activités illicites dont l'exploitation et le commerce illégaux des ressources naturelles⁵². Cette prescription fait écho à la Résolution 1925 (2010) du 1^{er} juillet 2010 qui a vu naître la MONUSCO. Elle rappelle aussi les nombreux mandats similaires qui avaient déjà été confiés, par le passé au prédécesseur de la MONUSCO, à savoir la Mission de l'Organisation des Nations Unies en République Démocratique du Congo (MONUC), par plusieurs résolutions successives : Résolutions 1856 (2008), 1857 (2008) et 1906 (2009). Il s'agissait généralement de collaborer avec ou d'appuyer le gouvernement congolais à travers des moyens de surveillance et d'inspection pour empêcher les groupes armés illégaux de bénéficier d'un appui provenant du trafic des ressources naturelles⁵³.

Au demeurant, en matière de protection des ressources naturelles, le Conseil de sécurité a attribué aux OMP des pouvoirs remarquables. Ceux-ci témoignent effectivement, au regard de leur ampleur, leur constance et leur articulation logique, de l'activisme du Conseil de sécurité, et du dynamisme dans l'inclusion de ladite protection des ressources naturelles dans les mandats des missions.

De tout ce qui précède, il ressort donc que les missions créées pour ramener la paix et la sécurité dans les États africains en situation de conflits armés connaissent du point de vue de leur conception, une « *écologisation* » manifeste. Mais, en raison d'actions somme toute

⁵¹ A. GESLIN, « Les organisations internationales et régionales de sécurité ... », *op. cit.*, p. 12.

⁵² CONSEIL DE SÉCURITÉ DES NATIONS UNIES, 30 janvier 2014, p. 7, paragraphe 25, *in fine*.

⁵³ Pour une vue d'ensemble, lire : X. ZEEBROEK (coord.), *La mission des nations unies en RD Congo. Bilan d'une décennie de maintien de la paix et perspectives*, Louvain, GRIP, 2011, p. 28 (en ligne), consulté le 20 novembre 2024 sur : www.grip.org

relatives entreprises par les OMP pour réaliser les mesures environnementales, cette écologisation ne trouve qu'un effet limité sur le terrain.

II- Une réalisation relative de ses mandats environnementaux par les OMP déployées en Afrique

À l'inverse de la phase de conception, la phase opérationnelle des OMP déployées sur le sol africain n'est que partiellement satisfaisante en matière de prise en compte de la protection de l'environnement. Ainsi, si les actions entreprises en matière de maîtrise des impacts environnementaux des missions sont notables (A), celles relatives au contrôle du respect des mesures environnementales s'avèrent inefficaces (B).

A- Des actions notables en matière de maîtrise des impacts environnementaux des missions

La prise en compte des considérations environnementales des OMP va au-delà des textes pour toucher la réalité des missions sur le plan opérationnel. Un certain nombre d'actions relatives à la réduction de l'empreinte écologique des OMP déployées en Afrique le démontrent. Ces actions qui enrachent le verdissement des OMP peuvent être classées en deux groupes : les activités pédagogiques et les activités de réduction de l'empreinte écologique proprement dite.

En ce qui concerne les activités pédagogiques, bien qu'elles ne soient pas expressément exigées des OMP considérées ici, elles apparaissent nécessaires à l'adoption des comportements favorables à la réduction effective des impacts environnementaux des missions. Car, ce n'est pas parce qu'une norme juridique est édictée qu'elle est ou sera effectivement appliquée par ses destinataires⁵⁴. Encore faudrait-il que ces destinataires en aient les capacités intellectuelles et matérielles, d'où l'importance des activités pédagogiques notamment. Ceci est particulièrement vrai pour ce qui est des questions d'environnement, ce dans la mesure où ce domaine est un « *parangon de la complexité* »⁵⁵. C'est ce qui justifie certainement que « *la formation [...] de son personnel militaire, policier et civil fa[sse] partie intégrante du plan d'actions environnemental de la MINUSMA* »⁵⁶. Conformément à ce plan d'actions, son unité

⁵⁴ V. ZAKANE, « Problématique de l'effectivité du droit de l'environnement en Afrique : l'exemple du Burkina-Faso », in L. Granier (dir.), *Aspects contemporains du droit de l'environnement en Afrique de l'Ouest et Centrale*, Suisse, Gland, UICN, 2008, p. 31.

⁵⁵ N. De SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruxelles : Bru

⁵⁶ MINUSMA, « Environnement. Protection de l'environnement et développement durable », *op. cit.*

environnement et culture a pu, par exemple, former près de 2220 personnels à la gestion environnementale sur les sites de Bamako, Mopti, Kidal, Timbuktu, Gao et Douentza dans la période allant de juillet 2014 à 2015⁵⁷. En outre, plus de 70 visites environnementales ont été effectuées sur 48 sites de déploiement de la MINUSMA, à l'effet d'évaluer la gestion des déchets solides et dangereux, de l'énergie, de l'eau, des eaux usées, de la faune et de la flore ainsi que la protection des sites historiques et culturels⁵⁸.

Les activités de sensibilisation sont également des outils pédagogiques utilisés à l'effet d'alléger l'empreinte écologique des OMP. C'est dans ce cadre qu'entrent, notamment, le recyclage du papier de la MONUSCO et la fabrication de briquettes biomasse pour foyers améliorés effectués à l'occasion de la journée internationale de l'environnement de 2014⁵⁹. Il s'agissait d'une opération ayant eu pour but de sensibiliser et de responsabiliser le personnel de la MONUSCO et les communautés locales et déplacées du quartier de Bulengo Lac Vert (Nord Kivu) face aux problématiques environnementales⁶⁰. Ainsi, comme l'affirme Georgia Malinky⁶¹ à ce propos : « *Impliquer le personnel dans les initiatives vertes de la mission, comme le recyclage du papier, est essentiel si nous voulons atteindre des résultats tangibles* »⁶².

À l'image de la MONUSCO, la MINUSMA a aussi eu à investir le domaine de la sensibilisation. À cet effet, son commandement avait désigné le 27 octobre comme Journée de l'environnement de la Force de la MINUSMA⁶³. La dernière édition (celle de 2022) avait été marquée par la tenue d'un séminaire à Bamako, l'objectif étant donc de sensibiliser et promouvoir la conservation de l'environnement, favoriser les innovations au sein des contingents, mais aussi de rallier le soutien des autres parties prenantes pour relever les défis environnementaux de la Force⁶⁴.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ PROGRAMME VNU, « Campagne de sensibilisation sur le recyclage à Goma » (en ligne), consulté le 1^{er} décembre 2024 sur : <https://www.unv.org/fr/news/campagne-de-sensibilisation-sur-le-recyclage-à-goma>

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Au moment de ces propos, Madame Georgia MALINKY est Volontaire des Nations Unies chargé de l'environnement (Sur ce point voir : Programme VNU, « Campagne de sensibilisation sur le recyclage à Goma », *ibid.*).

⁶² *Ibid.*

⁶³ NATIONS UNIES, « Verdir la MINUSMA : un environnement sain commence par vous » (en ligne), consulté le 1^{er} décembre 2024 sur : <https://peacekeeping.un.org/fr/verdir-la-minusma-un-environnement-sain-commence-par-vous>

⁶⁴ *Ibid.*

Relativement aux activités de réduction de l’empreinte écologique proprement dite, elles se sont imposées au regard du rôle de cette empreinte dans l’affaiblissement de la consolidation de la paix⁶⁵. En effet, « *les missions de paix (...) génèrent souvent leur propre énergie électrique, utilisent des avions qui consomment beaucoup de carburant, émettent des gaz à effet de serre et causent parfois une pollution du sol* »⁶⁶. Consciente de tout cela, le DOMP et le DAM suivent depuis 2009 une politique tournée vers l’allègement des impacts des missions sur le terrain⁶⁷. Quelques initiatives ou activités des OMP le démontrent à suffisance. Ainsi en est-il de celles de la MINUSCA. Comme le relève le rapport du Secrétaire général des Nations unies du 12 octobre 2020 par exemple, cette mission a réalisé et continuait, à cette date-là, à réaliser le tri et le compostage des déchets solides et l’assainissement de la décharge de Kolongo⁶⁸. S’y ajoutent notamment la construction de 49 stations d’épuration des eaux usées⁶⁹.

En son temps, la MINUSMA était également illustrative des activités de réduction des impacts environnementaux des missions. En effet, dès 2022, elle eut à procéder à l’installation de systèmes solaires hybrides à Aguelhok et Tessalit, pour une couverture d’environ 30% à 50% des besoins énergétiques des camps⁷⁰. En outre, la MINUSMA recyclait toutes ses eaux usées et, ainsi que l’atteste la « *forêt* » claire de Tombouctou, effectuait le reboisement sur tous ses camps⁷¹. De même, cette Mission réalisait systématiquement des examens préliminaires et des études environnementales de base avant la mise en œuvre des projets, exemple pris du projet de réhabilitation de la piste de l’aéroport de Gao ou encore celui de la construction de la piste d’atterrissage de Kidal⁷². De telles études sont très importantes au regard du principe de l’évaluation environnementale auquel elles infèrent nécessairement.

L’intérêt de ces activités est donc de préserver l’environnement, mais également de contribuer effectivement à l’amélioration de la situation humanitaire des populations. En outre,

⁶⁵ Sur les liens complexes entre environnement et conflits armés, voir notamment : Déclaration du Président du Conseil de sécurité, 25 juin 2007, S/PRST/2007/22, 5e al. ; A. GESLIN, « Les organisations internationales et régionales de sécurité ... », *op. cit.*, pp. 11-13 ; Nations Unies, « Verdier la MINUSMA : un environnement sain commence par vous », *op. cit.*

⁶⁶ MINUSMA, « Environnement. Protection de l’environnement et développement durable », *op. cit.*

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ CONSEIL DE SÉCURITÉ DES NATIONS UNIES, 12 octobre 2020, République Centrafricaine, Rapport du Secrétaire général, S/2020/994, p. 14, § 87.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ MINUSMA, « La préservation de l’environnement, un impératif pour la MINUSMA » (en ligne), consulté le 1^{er} décembre 2024 sur : <https://minusma.unmissions.org/la-préservation-de-l’environnement-un-impératif-pour-la-minusma>

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

ces activités contribuent à la légitimation des missions⁷³ comme peut aussi l'être le contrôle du respect des mesures environnementales. Pourtant force est de relever l'inefficacité dudit contrôle.

B- Un contrôle inefficace du respect des normes environnementales

« Aussi pertinentes qu'elles soient, les règles de droit ne produisent pas, par elles-mêmes les effets qu'on en attend. Leur efficacité [tout comme leur effectivité] dépend le plus souvent des moyens de contrôle mis en œuvre [...] pour en assurer le respect »⁷⁴. Or, pour jouer son rôle, ce contrôle doit être mise en œuvre. C'est en ce sens qu'en cette matière les mandats confiés aux OMP trouvent leur véritable intérêt et que des efforts ont été faits dans la pratique.

À ce sujet, on peut en relever ceux que la MINUSMA réalisait sur le terrain des opérations au Mali. Selon le site internet de cette OMP en effet, « [d]es inspections environnementales dans tous les camps [étaient] fréquemment conduites afin de s'assurer de leur conformité à la politique environnementale des Nations Unies et aux textes réglementaires du Mali sur la gestion environnementale »⁷⁵. Si ces inspections pouvaient parfois être source de satisfaction, il importe de remarquer que de nombreuses insuffisances caractérisent la mise en œuvre du contrôle par les casques bleus, insuffisances qui le rendent inefficaces.

En RDC en l'occurrence, les activités de contrôle de la mission du temps de la MONUC jusqu'à celui de la nouvelle MONUSCO se sont d'abord axées autour de la création de « cinq comptoirs » dans le Nord-Kivu et le Sud-Kivu, telle que mentionnée dans l'alors résolution 1906⁷⁶. Mais, il s'agissait d'un programme expérimental qui avait été mis en place avec beaucoup de retard, malgré les nombreux travaux des groupes d'experts des Nations unies⁷⁷. Ainsi, alors que la Résolution 1906 mandatant la MONUC datait du 23 décembre 2010, et que ledit programme était censé fonctionner de mars 2010 à mars 2011, ce n'est qu'en janvier 2011 que l'on projetait l'achèvement de la construction de quatre des cinq comptoirs prévus⁷⁸. Ce retard était dû, de l'avis du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies en RDC, au manque de financement⁷⁹. Plus encore, selon une étude publiée en 2013, aucun des

⁷³ L. MAERTENS, « Quand les Casques bleus passent au vert ... », *op. cit.*, p. 62.

⁷⁴ V. ZAKANE, « Problématique de l'effectivité du droit de l'environnement en Afrique ... », *op. cit.*, p. 16.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ X. ZEEBROEK (coord.), *La mission des nations unies en RD Congo...*, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*, p. 29.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 29.

cinq centres de négoce n'était opérationnel, et ceux qui avaient finalement été construits étaient des bâtiments vides, en raison d'un manque de sécurité, d'une mauvaise localisation, mais surtout d'une méconnaissance des réalités locales historiques et géographiques⁸⁰.

Or, de l'avis de Thierry Vircoulon, la MONUSCO a eu à réaliser quelques opérations de police en soutien aux autorités congolaises conformément à l'article 3 de la résolution 1856 (2008) du Conseil de sécurité⁸¹. Elle a également appuyé les Forces armées de la République Démocratique du Congo (FARDC) dans différentes opérations militaires à l'effet de rétablir le contrôle des autorités congolaises sur les régions minières en y délogeant les groupes rebelles⁸².

De même, à travers plusieurs opérations conjointes menées avec les Forces armées de la République Centrafricaine (FARCA), la MINUSCA a aidé le gouvernement centrafricain à reprendre le contrôle de certaines mines jusque-là illicitement exploitées par des groupes armés et autres trafiquants illégaux⁸³. Il était question, selon un rapport du Secrétaire général des Nations unies adressé au Conseil de sécurité, d'opérations ayant eu lieu durant toute l'année 2022⁸⁴.

Pourtant, malgré ces différentes opérations de contrôle, le trafic illicite des ressources naturelles a continué dans ces deux États notamment. La continuation dudit trafic est particulièrement liée au fait que les groupes armés non étatiques maintenaient leur contrôle sur certains sites de production (Vircoulon, 13 avril 2011, p. 3). Par exemple, en RDC, de nombreuses activités d'exploitation illégales et de contrebande d'or entreprises, entre autres par les Factions de la coopérative pour le développement du Congo et Zaïre, la Force patriotique et intégrationniste du Congo et les Maï-Maï, ont été rapportées par le Groupe d'experts sur la RDC⁸⁵.

⁸⁰ Didier de FAILLY, « Le secteur minier en RDC : quelle transformation pour quel développement ? », *Politique étrangère*, n° 2, 2013, p. 118.

⁸¹ T. VIRCOULON, *Derrière le problème des minerais des conflits, la gouvernance du Congo*, International Crisis Group, p. 3 (en ligne), consulté le 1^{er} décembre 2024 sur : <https://www.crisisgroup.org/fr/africa/central-africa/democratic-republic-congo/behind-problem-conflict-minerals-dr-congo-governance>

⁸² *Ibid.*, pp. 3-4.

⁸³ CONSEIL DE SÉCURITÉ DES NATIONS UNIES, 16 juin 2022, République Centrafricaine, Rapport du Secrétaire général, S/2022/491, p. 4, paragraphe 18 et p. 4-5, paragraphe 23 ; O. KOUROUMA, « Le rôle des opérations de paix dans la lutte contre l'exploitation illégale des ressources naturelles : cas de la MONUSCO et de la MINUSCA », *Observatoire Boutros-Ghali du maintien de la paix*, 19 décembre 2022, p. 14-17.

⁸⁴ CONSEIL DE SÉCURITÉ DES NATIONS UNIES, 16 juin 2022, République Centrafricaine, Rapport du Secrétaire général, *op. cit.*, p. 4, paragraphe 18 et p. 4-5, paragraphe 23.

⁸⁵ CONSEIL DE SÉCURITÉ DES NATIONS UNIES, 14 juin 2022, p. 26-29 et 32-34.

Mais en RDC, l'insuffisance du contrôle des zones minières n'est pas seulement lié à un problème de manque de capacité des administrations, c'est aussi un problème d'accès géographique⁸⁶. Est-ce le cas en RCA ?

Une chose est évidente, en RCA, la situation n'est pas meilleure car, malgré la présence de la MINUSCA, les groupes armés comme les anti-balaka continuent de perturber le contrôle de l'État sur les ressources minières dans certaines parties du territoire national⁸⁷.

Ces différents exemples montrent clairement que les opérations militaires des casques bleues n'atteignent pas encore ou n'ont pas véritablement atteint l'objectif souhaité. Car, une action qui ne réalise pas ce pourquoi elle a été entreprise est tout simplement inefficace, ce dans la mesure où l'efficacité désigne « *le caractère d'un acte ou d'une décision qui produit l'effet recherché par son auteur* »⁸⁸, et l'inefficacité l'inverse.

Cette inefficacité est encore plus prégnante lorsque ceux-là qui ont la charge de concourir à la réalisation des actions recherchées sont les mêmes qui font le contraire. Le cas congolais est assez expressif à cet égard. Ici, l'inefficacité des actions de contrôle opérationnel des OMP destiné à assainir l'exploitation des ressources naturelles est renforcée par l'implication même (des éléments) des Forces armées nationales. On leur a souvent reproché d'exploiter pour leur propre compte les mines dont elles avaient, avec l'aide des Casques bleues, pris le contrôle. Récemment encore, le Groupe d'experts sur la RDC constatait que : « [...] *la taxation et l'exploitation minière illégales par certains membres des FARDC s[']éta[ie]nt poursuivies dans certaines mines de coltan et de tourmaline du territoire de Masisi en 2021 et au début de 2022* »⁸⁹. Un tel constat pose le problème général d'une gouvernance des ressources naturelles qui se dénature par le fait que nombre d'acteurs – y compris ces FARDC – entendent tirer profit du contexte de conflit armé pour s'enrichir avec le trafic illicite desdites ressources naturelles. Toute chose qui est facilitée et aggravée par la corruption pratiquée par ces acteurs

⁸⁶ D. De FAILLY, « Le secteur minier en RDC : quelle transformation pour quel développement ? », *op. cit.*, p. 117.

⁸⁷ CONSEIL DE SÉCURITÉ DES NATIONS UNIES, 16 juin 2022, République Centrafricaine, Rapport du Secrétaire général., *op. cit.*, p. 4-5, § 23.

⁸⁸ F. RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in CURAPP (CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES SUR L'ACTION PUBLIQUE ET LE POLITIQUE), *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 130.

⁸⁹ CONSEIL DE SÉCURITÉ DES NATIONS UNIES, 14 juin 2022, Lettre datée du 10 juin 2022, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Groupe d'experts [sur la République Démocratique du Congo], dont le mandat a été prorogé par la Résolution 2582 (2021), S/2022/479, p. 19.

et le manque de capacités administratives de l'État⁹⁰. Or, il faut noter que si les Casques bleus peuvent être dédouanés concernant l'inefficacité du contrôle, il faut reconnaître que ceux-ci n'ont pas pour mandat de remplacer le gouvernement national dans ses fonctions. Les Casques bleus sont avant tout un soutien audit gouvernement pour la restauration et la consolidation de la paix rompue; ce qui implique que la responsabilité première repose sur celui-ci, sur ses forces de sécurité, en matière de protection de l'environnement.

Au vu de ce qui précède, il serait donc nécessaire de renforcer la gouvernance politique et institutionnelle en général, et la gouvernance environnementale en particulier, dans le cadre de la recherche de la paix dans les États foyers de conflits. Pour cela, des initiatives régionales et internationales de certification et de traçabilité des minerais ont été introduites dans la résolution du conflit congolais, mais sans qu'il ne soit possible de dire que ces initiatives aient réussies⁹¹.

En ce qui concerne l'amélioration de la gouvernance de l'environnement dans le cadre des OMP, l'idée de la création d'une « *brigade de casques verts* » avait été avancée par l'ancien Secrétaire général des Nations Unies⁹². Mais, aussi séduisante que puisse paraître cette idée, elle pourrait elle-même buter sur la sempiternelle difficulté de financement, la divergence des intérêts des acteurs en présence et le manque de coopération entre ceux-ci. Dès lors, toutes solutions qui pourraient être adoptées ne résoudraient le problème que par l'implication de tous. Pour être efficace, cette implication devrait reposer sur la réalisation d'une communauté internationale effective capable de forger une véritable solidarité internationale nécessaire à la résolution des problèmes mondiaux communs. Elles devraient aussi aller dans le sens de la promotion et la mise en œuvre d'une gouvernance fondée sur l'État de droit⁹³ dans l'État concerné, car c'est ce type de gouvernance qui pourrait permettre aux acteurs, dont les casques bleus des Nations unies, d'accomplir efficacement leurs mandats environnementaux.

⁹⁰ T. VIRCOULON, *Derrière le problème des minerais des conflits, la gouvernance du Congo*, op. cit., p. 4-5 et 10-14.

⁹¹ *Ibid.*, pp. 5-14.

⁹² Sur l'idée de la création de casques verts : R. MUGNIER, « Et si on créait une brigade de « casques verts » ? », *Usbek & Rica*, 22 août 2022 (en ligne), consulté le 1^{er} décembre 2024 sur : <https://usbeketrica.com/fr/article/et-si-on-creait-une-brigade-de-casques-verts>

⁹³ T. VIRCOULON, *Derrière le problème des minerais des conflits...*, op. cit., p. 14.

Conclusion

La présente étude avait pour cadre général la contribution des OMP à la protection de l'environnement. Le prisme de l'abord du sujet était celui de la prise en compte de ladite protection dans le cadre onusien de résolution des conflits armés internes en Afrique. Aux termes de la réflexion, l'idée d'une prise en compte mitigée de la protection de l'environnement dans le cadre des OMP apparaît indéniable. Dans un premier temps, on a noté une inscription significative des mesures environnementales dans les mandats des missions qui sont déployés dans certains pays du continent. À ce propos, à travers une intégration novatrice de l'empreinte écologique et une inclusion dynamique de la protection des ressources naturelles dans les mandats des Casques bleus, le Conseil de sécurité donne un mandat fort appréciable aux missions. Dans un second temps, on voit que les OMP entreprennent des actions relatives en ce qui concerne l'intégration des mesures environnementales sur le plan opérationnel. Ainsi, certaines de ces actions sont notables, notamment, celles liées à la maîtrise des impacts environnementaux des missions, alors que d'autres sont inefficaces, à savoir celles liées au contrôle opérationnel par les OMP du respect des normes environnementales sur le terrain. Pour adresser ce problème d'inefficacité, la proposition avancée, il y a quelques années, de créer une brigade de « *casques verts* »⁹⁴ ne serait pertinente que si elle intègre une gouvernance fondée sur la solidarité internationale menée par une communauté internationale véritable et efficace et sur l'État de droit⁹⁵.

⁹⁴ R. MUGNIER, « Et si on créait une brigade de « casques verts » ? », *op. cit.*,

⁹⁵ T. VIRCOULON, *op. cit.*, p. 14.

SCIENCE POLITIQUE

Entre discours et praxis. Esquisse de la lutte anti-terroriste en Côte d'Ivoire à partir de la politique d'extraversion

Between discourse and praxis. An outline of the fight against terrorism in Côte d'Ivoire based on the policy of extraversion

Toussaint S. V. Kounouho

Maître-Assistant – CAMES

Département de science politique

UFR - Sciences Juridiques, Administratives et Politiques (SPAJ)

Université Félix Houphouët-Boigny d'Abidjan

toussaint.kounouho@gmail.com

Résumé : La présente contribution explore la lutte anti-terroriste en Côte d'Ivoire en ce qu'elle emprunte un registre d'extraversion qui s'appuie sur le discours de l'urgence sécuritaire et qui induit, en conséquence, une praxis judiciaire du partenariat multilatéral et bilatéral. En construisant les menaces terroristes auxquelles elle fait face au Nord comme des « menaces existentielles » présentées comme une urgence prioritaire de l'agenda international, les autorités ivoiriennes en sont arrivées à lever une « coalition de cause » autour de la menace sécuritaire et susciter la mobilisation du partenariat international avec comme finalité de juguler la menace terroriste. A côté de la riposte typiquement militaire, il s'agit d'examiner quelques autres lieux d'un déploiement du *Soft Power* ivoirien dans la lutte anti-terroriste.

Mots-clés : Anti-terrorisme, Discours, sécuritisation, politique d'extraversion, partenariat

Abstract: This paper explores the fight against terrorism in Côte d'Ivoire insofar as it borrows a register of extroversion that is based on the discourse of security urgency and which, as a consequence, induces a judicious praxis of multilateral and bilateral partnership. By framing the terrorist threats it faces in the North as 'existential threats' presented as an urgent priority on the international agenda, the Ivorian authorities have managed to build a 'coalition of cause' around the security threat and mobilise international partnership with the aim of curbing the terrorist threat. In addition to the typically military response, this article looks at some of the other ways in which Ivorian soft power is being deployed in the fight against terrorism.

Key words : Counter-terrorism, Discourse, securitisation, extroversion policy, partnership

Introduction

La lutte contre le terrorisme transnational en Côte d'Ivoire peut être scrutée à partir des modalités de sa sécuritisation extravertie. Si cette dernière est rarement ou insuffisamment invoquée comme point de départ de l'analyse des réponses sécuritaires à l'œuvre dans le contexte anti-terroriste, elle offre tout de même le mérite de rendre féconde et visible la démarche discursive et la praxis anti-terroriste conduite par l'élite ivoirienne depuis les attentats de Grand-Bassam en 2016. L'inscription pertinente de la Côte d'Ivoire dans les référentiels définis par les politiques publiques internationales et régionales apparaît comme le catalyseur majeur de sa démarche. L'extraversion sécuritaire est abordée ici comme une utilisation de l'intelligence du « *partenariat international* »¹ et comme une ingénierie géopolitique productrice de sens et sur laquelle s'appuie l'Etat ivoirien pour conduire ses relations internationales anti-terroristes. Ainsi, à travers la stratégie de la sécuritisation extravertie du terrorisme transnational, la Côte d'Ivoire participe à la vision et de à la division du monde c'est-à-dire à la fois à la civilisation des mœurs politiques internationales² et à des configurations des positions inégales entre acteurs pour l'appropriation des gains symboliques et matériels liés à la lutte anti-terroriste. Il s'agit d'une approche de l'extraversion qui nourrit la tension entre « *normativité* » et « *puissance* »³. La Côte d'Ivoire inscrit sa stratégie dans cette dialectique structurale pour et autant que celle-ci lui permet de mobiliser des gains et de créer des rentes de situation pour la mise en œuvre efficace de sa politique publique anti-terroriste. L'extraversion sécuritaire ivoirienne dans la lutte contre le terrorisme transnational est intelligible dans les différentes formes du partenariat usité notamment multilatéral, bilatéral et régional.

La politique de l'extraversion – quelque que soit le domaine économique et politique – a une profonde historicité en Côte d'Ivoire⁴. Le Président Félix Houphouët-Boigny, père-fondateur

¹ Y-A. CHOUALA envisage le concept du « partenariat international » ou de « l'Afrique partenaire » comme un nouvel échiquier du jeu de la puissance à l'ère où les considérations géopolitiques déterminent la stratégie et la diplomatie des Etats. Voir Y-A. CHOUALA, « L'Afrique dans le nouveau partenariat international. Enjeux de civilisation et de puissance », *Études internationales*, Vol. 4, numéro 1, 2003, pp. 53-78.

² L. SINDJOUN, « La civilisation internationale des mœurs. Éléments pour une sociologie de l'idéalisme structurel dans les relations internationales », *Études internationales*, Vol. XXVII, no 4, 1996, pp. 841-859.

³ Y-A. CHOUALA, « L'Afrique dans le nouveau partenariat international. Enjeux de civilisation et de puissance », *op. cit.*, p. 54.

⁴ R. BANÉGAS, "France's Intervention Policy in Africa Seen from Below: Some Thoughts on the Case of Côte d'Ivoire", *European Review of International Studies*, 2014, 1 (3), pp. 60 – 79.

de la nation ivoirienne, en était d'ailleurs l'un des architectes-concepteurs⁵ avant que cette pratique ne fût exacerbée dans les années 1990 et 2000. Mais depuis 2016 notamment à la suite des attentats de Grand-Bassam et, plus tard, ceux du Nord en 2020, les enjeux de la politique d'extraversion sécuritaire ivoirienne en matière de lutte contre le terrorisme transnational ne peuvent être saisis sans un recours pertinent aux cadres multilatéraux et bilatéraux dans lesquels ils se déploient. La présente réflexion entend examiner la manière dont les dirigeants ivoiriens les utilisent le partenariat extérieur dans le pilotage des politiques de sécurité anti-terroristes et, inversement, les retours sur investissement générés. Dans cette perspective, l'urgence sécuritaire qu'imposent les attaques terroristes au Nord de la Côte d'Ivoire va fortement structurer l'extraversion sécuritaire multilatérale et bilatérale.

Eclairer cet objet suppose de faire une hypothèse d'entrée consistant à appréhender le partenariat international ivoirien comme le lieu d'un faisceau d'opportunités de sécuritisation extravertie de l'anti-terrorisme dans lequel les élites articulent un discours officiel sur l'urgence de la sécurité et recourent à des pratiques de partenariats stratégiques de mobilisation internationale. Cette hypothèse peut être vérifiée dans le cadre d'une posture déconstruite de la puissance. La théorie de la puissance douce ou du *Soft Power* semble ici pertinente et féconde dans la démarche ivoirienne de l'anti-terrorisme. Joseph Nye apparaît sans doute comme l'un des plus célèbres à avoir théorisé sur la relativité de la puissance. C'est déjà depuis les années 1990 que cet auteur travaille sur la notion de « puissance douce » ou « puissance en contexte »⁶. Il définit la puissance comme « la capacité d'influencer autrui vers un but choisi, non un absolu statique résultant de certaines ressources »⁷. Prenant le contre-pied de certaines conjectures de Paul Kennedy dans son livre *Naissance et déclin des grandes puissances* paru dans les années 1980⁸, Nye cherche à décrire plutôt les mutations de la puissance, rejetant incidemment une certaine idée du déclin.

⁵ Pour rappel, le Président Félix HOUPHOUËT-BOIGNY était connu comme un grand homme politique, maître dans l'art de la conduite des stratégies d'extraversion économiques et diplomatiques. Il se positionnait à la fois comme un « champion » de la politique étrangère française tout en conservant une marge de manœuvre. Plus de détails à ce sujet avec D. BACH, « L'insertion ivoirienne dans les rapports internationaux », in André Fauré et J-F. MEDARD (dir.), *Etat et bourgeoisie en Côte-d'Ivoire*, Karthala, Paris, 1982, pp. 89-121.

⁶ J. NYE, « La puissance américaine et la lutte contre le terrorisme », *Politique Américaine*, n°2, Été-Automne, 2005, pp. 11 – 20.

⁷ Idem.

⁸ P. KENNEDY, *Naissance et déclin des grandes puissances*, Evergreen, Petite Bibliothèque Payot, M-A. KENNEDY (Auteur), M-A. COCHEZ (Traduction), J-L. LEBRAVE (Traduction), Ed. 2024, 992 p.

Dans son ouvrage *Soft Power : The Means to Success in World Politics*, il met en exergue le paradigme de la puissance en contexte. Le concept de la puissance ne peut plus s'appréhender exclusivement en termes quantitatifs sur la base de la croissance économique ou de la taille démographique nationales (puissance potentielle) ni sur celle des capacités militaires (puissance actualisée). Comme en témoignerait la disparition de l'Union soviétique, la puissance ne se restreint pas à l'usage de la force armée. La puissance, dans son acception classique, était en effet définie comme « *la capacité d'un acteur d'imposer sa volonté aux autres* »⁹ dans un système international dont les Etats sont des acteurs dominants et dans lequel leurs interactions sont des phénomènes structurants¹⁰. Cette idée de la primauté du militaire¹¹ dans le champ de la sécurité internationale et dans la hiérarchisation des rapports entre Etats est aujourd'hui en partie remise en cause.

D'ailleurs les défis post-bipolaires (échec du développement, prolifération de formes nouvelles et disséminées de violence) n'instillent-ils pas l'observation de ce que Bertrand Badie appelle « *l'impuissance de la puissance* »¹². Il est patent de voir que les armées les plus modernes et les plus sophistiquées échouent devant les actes de terreur les plus élémentaires. Les Etats-Unis, la France et la Russie sont au centre du paradoxe. Jamais ces puissances n'ont autant accumulé de ressources de puissance, et jamais elles ne se sont pourtant révélées aussi peu capables de maîtriser les enjeux sécuritaires auxquels elles font face¹³. L'ennemi n'a certainement plus les mêmes traits que le « gladiateur hobbesien » qui ferait face, avec crédibilité, à la puissance de feu d'un adversaire comparable, avec le même poids, les mêmes recettes, les mêmes règles. L'ennemi terroriste, s'il est visible, a une étiquette mouvante et floue et son répertoire d'action n'est limité qu'à la

⁹ R. ARON, *Paix et Guerre entre les nations*, Calman-Lévy, 1962, pp. 16 – 17.

¹⁰ B. COURMONT, V. NIQUET et B. NIVET, *Quelle évolution de la notion de puissance et de ses modes d'action à l'horizon 2030, appliquée aux Etats-Unis, à l'Europe et à la Chine ?*, Etude réalisée pour le compte de la Délégation aux Affaires Stratégiques, n°2004/007, 2004, 114 p.

¹¹ Si l'on excepte les récits de Thucydide dans l'*Histoire*, Nicolas Machiavel est traditionnellement considéré comme le premier auteur réaliste des relations internationales. L'idolâtrie militaire de la puissance comme déjà dans un chapitre du *Prince* consacré au moyen de mesurer la puissance de chaque principauté. Comme critères, il retient l'importance des forces armées, les atouts/capacités matériels, les disponibilités financières, le talent militaire, le moral des troupes et de la population, etc.

¹² B. BADIE, *L'impuissance de la puissance. Essai sur les nouvelles relations internationales*, Paris, Fayard, 2004, Coll. L'espace du politique, 240 p.

¹³ Les récits tragiques de l'histoire des grandes puissances sur les théâtres de la guerre contre le terrorisme n'ont pas toujours été des plus enchanteurs.

nuisance¹⁴ ; une équation qui le rend encore plus redoutable et difficile à combattre et qui *in fine*, change le jeu sécuritaire international. La puissance en situation serait attributaire d'une ressource bien précise que celle-ci soit militaire, économique, financière, etc. Il s'agit de la puissance à qualificatifs, car s'il elle existe, elle devrait être qualifiée, puisque la puissance dans l'absolu demeure encore un horizon incertain.

A l'ère du transnationalisme sécuritaire, la puissance est distribuée de manière chaotique. En tant qu'élément de contre-socialisation en devenir, l'insécurité et la violence liées au terrorisme, constate Bertrand Badie, remet en jeu l'imparabilité de la puissance, échappe à ces calculs et devient très difficilement réductible¹⁵. Dès lors, la voie de la coopération, du partenariat et des alliances resterait pour l'instant la suggestion plausible afin de protéger les citoyens et d'assurer un minimum de quiétude à l'Etat. Parmi les trois façons d'exercer la puissance, c'est-à-dire le recours au bâton (la force armée), à la carotte (la finance) et à la cooptation (le *Soft Power*), la dernière semble l'option la plus prometteuse. Dans cette perspective, la puissance américaine serait judicieusement imparable si elle jouait sur la troisième option, celle du *Soft Power*, qui consiste à attirer et à coopter des Etats et d'autres entités à sa cause. Il s'agit du « *winning hearts and minds* »¹⁶ ou « gagner les esprits et les cœurs ».

Il ne s'agit pas en effet de détrôner l'importance de la dimension militaire de la puissance ; car Nye lui-même le concède : le *Hard Power* est un moyen d'action et de persuasion concret, que l'on peut acquérir de manière plus rapide et plus stable que les forces volatiles du *Soft Power*¹⁷. Dans ce contexte, le *Soft Power* n'est qu'un complément, une stratégie d'appoint d'une autre nature dont l'importance n'est pas des moindres. La nécessité d'élever le coefficient d'efficacité sécuritaire imposerait le recours à cette combinaison à juste degrés du « *pouvoir dur* » et du « *pouvoir doux* » afin de générer, selon les termes de Renaud Bellais, de « *l'influence* »¹⁸ ; en

¹⁴ Idem.

¹⁵ B. BADIE, « Sécurité et nouvelles relations internationales », in N. BAKAYOKO-PENONE et B. HOURS (Sous la dir.de), *Etats, ONG et production des normes sécuritaires dans les pays du Sud*, Paris, l'Harmattan, Coll. Questions contemporaines, 2005, pp. 33 – 42.

¹⁶ J. NYE, « La puissance américaine et la lutte contre le terrorisme », op. cit.

¹⁷ F. MARTEL, « Sur la valeur stratégique du *Soft Power* », Interview réalisée pour France Culture, Traduction : K. PICCIAU. Cette interview a été diffusée sur France Culture le 14 novembre 2010 dans l'émission « Masse Critique ».

¹⁸ R. BELLAIS, « Au-delà du Budget de la défense : comment renforcer l'influence de la France ? », *Economie/Social*, Fondation Jean Jaurès, 2023.

somme une mutation vers « *un pouvoir intelligent* »¹⁹. A l'heure du contre-terrorisme, il n'est de puissance qui ignore cet enjeu de combinaison face aux capacités d'influence et de recrutement de l'adversaire.

Le *Soft Power* est désormais ancré dans la pratique des Etats puissants. Depuis les attentats du 11 septembre 2001, Washington et Paris n'ont manqué d'intégrer, sous un savant dosage, cette vision stratégique dans leurs agendas sécuritaires respectifs, alternant force et influence dans la lutte contre le terrorisme transnational. Un remaniement paradigmatique de la puissance qui structure bien désormais leur quête de sécurité outre-continent. Les attentats de Grand-Bassam et du Nord en Côte d'Ivoire depuis 2016 illustrent comment l'esprit du *Soft Power* et du *Hard Power* des grandes puissances travaille les politiques sécuritaires nationales. Les cas des Etats-Unis et de la France, sur lesquels nous nous attarderons ici, rendent compte de cette dynamique « *force dure – force douce* » qui structure le bilatéralisme sécuritaire. En s'appuyant sur le partenariat bilatéral avec ces deux géants, la Côte d'Ivoire s'approprie les produits de l'influence extérieure tout en réussissant à faire triompher sa propre influence : celle de gagner le soutien étatsunien et français en vue de la défense de son territoire national et de la protection des citoyens contre la menace terroriste à ses frontières. Au croisement du *Soft Power*, la lutte anti-terroriste ivoirienne apparaît comme une politisation de l'extraversion sécuritaire s'appuyant simultanément, d'une part, sur l'articulation d'un discours extraverti construit autour de l'urgence mobilisatrice (I) et, d'autre part, sur les pratiques issues du partenariat stratégique avec les grandes puissances (II).

I- Le discours ivoirien de l'urgence sécuritaire et la mobilisation du partenariat multilatéral autour de la lutte anti-terroriste

Après les attaques de 2020 enregistrées dans les localités du Nord, la Côte d'Ivoire, État fraîchement sorti de crise²⁰ et en reconstruction post-conflit, va entreprendre une stratégie de réponse d'urgence qui s'appuie sur les outils diplomatiques puisés de son passé récent, outils susceptibles de captiver l'attention des institutions internationales, des partenaires multilatéraux et des grandes puissances. En matière de lutte contre le terrorisme transnational, la croyance en la

¹⁹ C'est ce que Joseph Nye appelle le « *Smart Power* », une troisième forme plus hybride.

²⁰ Sur les processus de sortie de crise en Côte d'Ivoire, voir Y-P. MANDJEM, *Les sorties de crise en Afrique, Acteurs, institutions et pouvoir d'Etat*, Academia-L'Harmattan, Volume II, 2014, 464p.

coopération internationale est presque devenue la religion des Etats²¹. Le recours à un ensemble articulé de techniques compassionnelles et de séduction matérielle et symbolique a permis à la Côte d'Ivoire de lever une « coalition de cause » multilatérale autour de la lutte anti-terroriste dans le pays (A). Mais aussi, la construction de la menace s'appuie sur une mobilisation multiple du partenariat multilatéral (B).

A- La levée d'une « coalition de cause » autour de la lutte anti-terroriste ivoirienne comme une urgence de l'agenda international

Dans la guerre déclarée contre les groupes armés terroristes au Nord, les élites ivoiriennes vont mener la politique anti-terroriste internationale sous un registre discriminant²². Celui-ci permet de stigmatiser ce qui est considéré comme « l'ennemi commun » et de mener une « campagne contre la terreur » auprès des partenaires multilatéraux. La finalité étant de présenter la menace terroriste comme une urgence de l'agenda international et de la combattre par tous les moyens, matériels, humains, financiers et militaires²³. Les registres de mobilisation de la « coalition de cause » – *Advocacy coalition* – puisent, d'une part, dans une série d'actes illocutoires et performatifs émanant des représentants officiels de l'Etat, axés sur la rhétorique de la « menace existentielle » (1). La portée des appels d'urgence est telle qu'ils tirent largement avantage d'un travail contextuel de promotion de la nouvelle carte de visite internationale de l'Etat ivoirien post-conflit (2).

1- La « menace existentielle », acte illocutoire d'appel à la mobilisation contre le terrorisme

L'engagement de l'Etat dans une entreprise de sécuritisation requiert un niveau de construction discursive du problème sécuritaire. Pour mener à bien l'anti-terrorisme, l'appel à la mobilisation tire prioritairement sa force et sa puissance dans l'acte sécurisateur. Il s'agit d'un niveau primaire d'énonciation rhétorique, d'un acte de langage qui, selon Thierry Balzacq, « vise

²¹ M. BETTATI, *Le terrorisme. Les voies de la coopération internationale*, Paris, Odile Jacob, 2003.

²² Au niveau international, la construction discriminante du terrorisme tire son origine du discours du président américain sur l'état de l'Union prononcé en janvier 2002. Cette discrimination est appréhendée par l'organisation de la lutte autour de la structure binaire de l'« Axe du Bien » contre l'« Axe du mal ». Cette structuration internationale de la lutte anti-terroriste est largement critiquée par un bloc de pays contestant l'hégémonie américaine dans les relations internationales comme la Russie, l'Iran, le Syrie et leurs alliés.

²³ Cf. P. HASSNER et G. ANDREANI, *Justifier la guerre*, Paris, Presses de Sciences Po, 2013.

d'abord à différencier un événement d'un autre, à classer ou à catégoriser les phénomènes »²⁴. Dans cette séquence de lutte, les officiels ivoiriens vont construire le terrorisme comme une « menace existentielle » et comme « une urgence » de l'agenda international. Il consiste à rechercher une assise légitime à la riposte internationale par un travail argumenté et articulé du discours. Les catégories de « menace » et d'« urgence » ont un effet mobilisateur. Les dits, les écrits, les mots, les phrases, les déclarations ont ici la vertu de véhiculer, à travers les appels pressants et successifs à l'urgence internationale, le message du défi collectif et la défense des intérêts communs. De ce point de vue, la menace terroriste sera présentée comme une menace existentielle quand les fils des propos insistent autant que possible sur le risque du péril collectif comme une nécessité d'urgence qui en appelle à l'action collective internationale.

Même limité à la simple rhétorique, l'acte sécurisateur vaut tout son pesant d'or ; car comme le note Ole Weaver, l'acte de langage lui-même ne sert qu'à élever les enjeux à un niveau principal²⁵. On peut noter cette multi-occurrence de l'appel à mobilisation contre le terrorisme en tant que « menace à la paix et à la sécurité internationale » dans les performances discursives livrées par les représentants officiels de l'Etat ivoirien soit à la tribune des Nations Unies ou dans d'autres enceintes internationales. L'appel à l'action de la communauté internationale lancé par les autorités ivoiriennes apparaît ainsi comme la prise de conscience de l'impuissance d'une lutte singulière de l'Etat contre le terrorisme, signes supposés de vulnérabilité, à laquelle l'on recherche les ralliements du reste du monde.

La construction lexico-sémantique de la « menace » et de « l'urgence » collectives face au terrorisme a la force de captiver l'attention internationale sur la menace et d'aiguiser le sens collectif sur la nécessité d'un « agir sécuritaire collectif », tant pour l'Etat victime du mal terroriste que pour ses partenaires proches ou lointains. Elle a un effet sensibilisateur sur le risque du péril permanent qui plane sur les intérêts des partenaires en l'occurrence si les espaces périphériques²⁶

²⁴ Th. BALZACQ, « Renouveler la sécuritisation : théorie et pratiques », *Etudes internationales*, Vol. 49, numéro 1, hiver 2018, pp. 7-24.

²⁵ O. WAEVER, 1989, *Security, the Speech Act : Analyzing the Politics of a Word (and the Transformation of a Continent)*, 1989, Manuscrit non publié.

²⁶ Nous reviendrons sur cette stratégie de spatialisation des menaces terroristes à travers la sanctuarisation des mouvements djihadistes dans les réserves naturelles. Au Nord de la Côte d'Ivoire, le Parc Nation de la Comoé, un espace de 11.500 kilomètres carrés de forêts et de savanes a servi jusqu'alors de zone de repli et de ravitaillement pour

de la Côte d'Ivoire en venaient à basculer aux mains des terroristes. Tout près d'ici d'ailleurs, la montée en puissance des groupes djihadistes dans les pays du Sahel a une résonance particulière. L'actualité sécuritaire des pays du voisinage immédiat subissant des attaques terroristes notamment au Burkina-Faso, au Mali et au Niger n'est pas sans écho et constitue une menace patente pour la Côte d'Ivoire, membre naturel d'un Complexe de Sécurité Régional (CSR)²⁷ sahélo-saharien. Le fort potentiel de perméabilité de ce bloc explique en partie la posture d'anticipation et d'évaluation préventive qui orientent l'agenda diplomatique de l'élite dirigeante. Elle justifie d'ailleurs la demande de l'élargissement du champ du soutien aux pays du Sahel expressément formulée par le Président Alassane Ouattara en septembre 2016 : « *ce soutien, nous le voulons et le demandons en faveur du G5 Sahel, dont l'action est capitale pour la sécurité d'une large partie du continent africain. Pour sa part, la Côte d'Ivoire fera du soutien au G5 Sahel et de la lutte contre le terrorisme en Afrique, l'une des priorités de son mandat au Conseil de sécurité des Nations Unies...* »²⁸. Depuis 2016, la Côte d'Ivoire a fait de la lutte contre le terrorisme, la trame fondamentale de sa campagne et de son mandat à la Présidence du Conseil de Sécurité des Nations Unies. L'acte illocutoire de construction du terrorisme comme menace existentielle à la paix et à la sécurité internationales a été promu par le Président de la République. Après les attentats terroristes au Nord en 2020 et 2021, c'est le Chef de l'Etat lui-même qui se fait, à chaque occasion, le héraut de la cause anti-terroriste, comme l'illustre le propos du Président Alassane Ouattara à la tribune des Nations Unies : « *Le terrorisme continue de représenter une menace majeure contre la paix et la sécurité internationale et un immense défi qu'aucun pays n'est encore parvenu à relever*

les djihadistes opérant de l'autre côté de la frontière, notamment au Burkina-Faso. Voir *Bulletin du risque*, n°1, Septembre 2021, Afrique de l'Ouest.

²⁷ B. BUZAN définit ce concept comme « *un ensemble d'unités dont les processus majeurs de sécurisation, désécurisation, ou les deux, sont si interreliés que leurs problématiques de sécurité ne peuvent raisonnablement pas être analysées indépendamment les unes des autres* ». Th. BALZACQ apporte plus de précision sur les critères des complexes de sécurité : 1) Ces complexes sont composés de deux ou plusieurs États ; 2) Ces États constituent toujours des ensembles territorialement cohérents partageant des frontières communes, 3) Les relations entre les États membres du complexe sont marquées par l'interdépendance sécuritaire, 4) La configuration de l'interdépendance sécuritaire doit être profonde et durable, mais pas nécessairement permanente. Voir Thierry Balzacq, cité par S. Le GOURIELLEC, « *Sécuritisation et construction d'un complexe de sécurité régional dans la Corne de l'Afrique* », *Etudes Internationales*, Vol. XLIX, n°1, Hiver 2018, pp. 83-104.

²⁸ Déclaration du Président Alassane Ouattara à la 72^{ème} session de l'Assemblée Générale des Nations Unies.

seul. C'est pourquoi nous devons renforcer nos instruments collectifs de lutte contre le fléau, et faire preuve de solidarité et de détermination »²⁹.

Les déclarations des officiels de l'Etat lors des commissions des Nations Unies illustre une inscription dans cette performance présidentielle. Elle a justifié l'appel de la Côte d'Ivoire sous le titre « *mesures visant à éliminer le terrorisme transnational* » lorsque, le 3 octobre 2017, l'Ambassadeur à New-York, Bernard Tanoh-Boutchoué, portait la voix du pays devant les travaux de la 6^{ème} Commission³⁰ de l'Assemblée Générale. La prise de parole du plénipotentiaire ivoirien intervenait justement dans le contexte des attentats de Grand-Bassam ayant eu lieu, quelques mois auparavant, le 13 mars 2016. Dans la déclaration devant appuyer les interventions du Groupe Africain piloté par l'Algérie et celui du Mouvement des Non-Alignés conduit par l'Iran, le diplomate a souligné avec force que : « *le terrorisme constitue une préoccupation majeure en Afrique qui ne dispose pas de moyens suffisants pour y faire face* »³¹. Sa délégation en appela donc « *à l'adoption d'une Convention internationale, en matière de lutte contre le terrorisme, sous les auspices des Nations Unies...* »³². L'insistance sur la dimension collective de la lutte vise à valoriser les valeurs d'amitié et de solidarité internationales face à un ennemi commun. Dans les pratiques diplomatiques internationales, les logiques de coalition de cause sécuritaire cadrent avec la conception de l'amitié et la solidarité dans l'épreuve. Elles ont du sens et les parties engagées dans un mouvement solidaire ont pleine conscience des coûts et compensations induites. L'amitié et la solidarité sont axées sur la réciprocité comme vertu cardinale³³. Elles supposent un relatif élan de générosité et le don. La politique du don solidaire face à l'épreuve sécuritaire devient significative car elle est « *signe d'amitié et une marque de sympathie lorsqu'on est face à un*

²⁹ Cf. Discours du Président Alassane Ouattara à la tribune des Nations Unies, le 22 septembre 2022, <https://www.7info.ci/terrorisme-ouattara-invite-la-france-et-ses-partenaires-a-soutenir-la-cote-divoire/>

³⁰ Travaux ayant eu lieu lors de la 72^{ème} Session de l'Assemblée Générale des Nations Unies à New-York.

³¹ Déclaration prononcée par Bernard Tanoh-Boutchoué, l'Ambassadeur de la Côte d'Ivoire à New-York.

³² Idem.

³³ Signe d'acte de réciprocité envers les partenaires, l'on se rappelle encore la « marche de Paris » du 11 janvier 2015 qui traduisait une solidarité internationale des victimes du terrorisme. Lors de cette marche, 44 Chefs d'Etat et de gouvernement étaient présents. L'ancien président béninois Boni Yayi, dont le pays était par ailleurs membre de la coalition sous-régionale contre Boko Haram dans le Bassin du Lac Tchad, avait coulé les larmes pour pleurer les victimes des attentats de « Charlie Hebdo ». Ce qui avait suscité beaucoup de commentaires et critique en Afrique. Voir pour plus de détails L. BOUSSAGUET et Florence Foucher, « Quand L'Etat convoque la rue. La marche républicaine du 11 janvier 2015 », *Varia*, Vol. 6, n°2, avril-juin 2017.

ennemi commun »³⁴. Manifester sa solidarité est une caution de consolidation de la coopération et une garantie de ses intérêts dans le futur. La réponse à l'appel au soutien à un partenaire en difficulté sécuritaire apparaît comme une garantie des relations harmonieuses pour les partenaires internationaux. Elle a une dimension intéressée dans la mesure où l'aide manifestée aujourd'hui permet d'accroître les opportunités et de préserver des parts de marchés économiques dans le pays partenaire. La finalité de ce travail illocutoire et performatif sur la menace terroriste construite comme menace existentielle d'une part, et de l'autre, sur la construction insidieuse de la vulnérabilité de l'Etat, du péril collectif est d'inscrire la lutte anti-terroriste ivoirienne comme une urgence sécuritaire dans l'agenda international et de permettre enfin de compte, la levée une « armée » des partenaires internationaux contre le terrorisme transnational.

2- La nouvelle carte de visite internationale de l'Etat ivoirien, une incitation à la mobilisation anti-terroriste

En dehors de la construction performative de la menace, d'autres éléments matériels et symboliques permettent à l'élite dirigeante ivoirienne de mobiliser des partenaires internationaux contre la menace terroriste en Côte d'Ivoire. Ces éléments sont constitutifs de ce qu'il convient d'appeler la nouvelle carte de visite internationale de l'Etat ivoirien. La carte de visite internationale de l'Etat se présente comme un outil matériel ou symbolique de présentation de soi, cette identité *relookée* de certains pans de l'Etat. Dans la perspective de Luc Sindjoun, elle revêt un sens esthétique et stylistique qui dessine en partie le profil marketing de l'Etat, au sens commercial du terme, et celui de ses nouveaux dirigeants dont le maniement intelligent et astucieux sur la scène internationale servira à des fins de séduction³⁵ diplomatique. C'est une construction de l'image du pays, fondée sur l'histoire, les idées, les valeurs et l'idéologie, mais aussi sur la réputation de ces dirigeants dans la mesure où tout ceci participe de la quête de distinction internationale³⁶. La conduite de la politique de sécurité contre le terrorisme en Côte d'Ivoire

³⁴ A. MINDJA, « Les *joint-venture* sécuritaires dans l'espace CBLT. Essai de compréhension d'une nouvelle forme de solidarité à l'épreuve du terrorisme », *ResMilitaris*, Vol. 14, n°4, Spring 2024, pp. 72-96.

³⁵ Sur l'usage d'un élément matériel en Afrique tel que la constitution de l'Etat comme carte de visite de dans la politique internationale par exemple, voir L. SINDJOUN, « Les nouvelles constitutions africaines et la politique internationale : contributions à une économie internationale des biens politico-constitutionnels », *Etudes Internationales*, Vol. 26, numéro 2, 1995, pp. 329 – 345.

³⁶ Pour plus de détails sur les techniques et stratégies de séduction étatique, voir à titre général R. DEBRAY, *L'Etat séducteur*, Paris, Gallimard, 1993.

s'accommode bien de cette modalité de production de la mobilisation. L'aboutissement du plaidoyer sécuritaire ivoirien repose également sur la stratégie de la carte de visite forgée dans un contexte post-crise marqué par une intense activité de reconstruction post-conflit, les performances économiques et la réforme du secteur de la sécurité (RSS). Certes on peut discuter de la perfectibilité de ces chantiers au plan interne mais ils conservent au sein de l'opinion internationale la capacité d'accompagner la rhétorique mobilisatrice internationale.

S'agissant de la reconstruction économique, les éloges sur les performances ivoiriennes sont légions. Maxime Ricard parle de « *politiques ambitieuses* » mises en place par le Président Alassane Ouattara pour « *sortir le pays de deux décennies de crises économiques, sociales et politiques* » et constate des « *résultats macro-économiques indéniables* »³⁷. Dans la pratique, la célébration de cette embellie s'est répandue à travers le monde. Dans les milieux de la finance internationale, une croissance ivoirienne rapide est reconnue et saluée par la Banque Mondiale (BM), chiffrée à 8,5% par an en moyenne entre 2012 et 2015³⁸ et entre 7,5 et 8% entre 2016 et 2017. La nouvelle carte de visite de l'Etat ivoirien, c'est également l'atteinte en 2012 du point d'achèvement de l'initiative PPTE (Pays Pauvre Très Endetté), lui donnant une marge de manœuvre budgétaire auprès des institutions de Bretton Woods (BM et FMI). Le processus PPTE a fait réduire la dette extérieure de 7,5 milliards de dollars et réduire celle publique de 90% à 40% du PIB entre 2011 et 2015. Ces statistiques s'accompagnent du retour des investissements publics et privés (grâce aux capitaux extérieurs), de la hausse des exportations, de la maîtrise des cours des matières premières sur le marché grâce aux effets de la mise en œuvre du Plan National de Développement (PND).

Tirant profit du support financier « post-conflit » des Institutions Financières Internationales (IFI), la Côte d'Ivoire parvient à réussir un « néo-miracle »³⁹ économique, vanté et salué qui lui confère un capital de crédits tout en captant des Investissements Directs Etrangers

³⁷ M. RICARD, « Gouverner le "post-conflit" en Côte d'Ivoire », *Annuaire Français de Relations Internationales*, Vol. XVIII, 2017, pp. 551 – 567. Voir aussi à ce sujet du même auteur « Réconciliation et croissance économique en Côte d'Ivoire : une union pour la paix ? », *Bulletin Francopaix*, Vol. 1, n°1, 2016.

³⁸ Banque Mondiale, « Présentation : Côte d'Ivoire », 2016, disponible sur le site internet www.banquemondiale.org/fr/country/cotedivoire/overview.

³⁹ Voir les propos du ministre Ibrahim Cissé Bacongo, « Libre opinion. Vers l'éveil d'une conscience nationale ? », 29 août 2017, <http://news.abidjan.net/h/621368.html>, consulté le 21 février 2020.

(IDE). Pour la seule année 2016, un tableau illustré des chiffres du CEPICI se présente comme suit : France (123 millions), Nigéria (102 millions), Angleterre (92 millions), Liban (82 millions), île Maurice (72 millions), Maroc (62 millions) et Togo (61 millions) sur un stock d'investissement de 7100,55 Euros⁴⁰. De l'argent liquide injecté dans un « pays en pacification »⁴¹ dont la BM dira qu'il est « aux portes du paradis ». Vues de l'extérieur, les commentaires sur les prouesses deviennent tenaces dans les opinions et cimentent des perceptions plus favorables envers le discours de « l'émergence à l'horizon 2020 »⁴². Ce qui parachève l'édifice des représentations dithyrambiques de la carte de visite internationale de la Côte d'Ivoire, c'est encore plus nettement le profil de son premier dirigeant, Alassane Ouattara. Connu pour être lui-même une vedette de la finance internationale, fin connaisseur des rouages des IFI et bon pratiquant du néolibéralisme économique, l'ancien Directeur du Fonds Monétaire International (FMI) pour l'Afrique est présenté comme l'homme d'Etat qui sait réussir des travaux d'Hercule. C'est-à-juste titre qu'il écope de nombreux surnoms enchanteurs : « Magellan », « Prado », « Bravetchè », « l'homme du réseau », « l'ami de Camdessus ». Effets retours pour le pays, ces perceptions et représentations vont contribuer à la construction d'un capital symbolique dont il tirera profit dans l'appel à la mobilisation dans la lutte anti-terroriste. Au sens bourdieusien du terme, les capitaux économiques vont faire l'objet de réappropriation dans le plaidoyer sécuritaire. Le charme économique rend impérieux la mobilisation et le secours, car secourir un pays qui polarise les « capitaux étrangers » dans l'urgence face à la menace terroriste, c'est protéger les intérêts financiers des pays et institutions.

B- Les débouchés du discours de l'urgence : le soutien protéiforme du partenariat multilatéral

La rhétorique de l'urgence impérative caractérisant la recherche de réponses face à la menace terroriste déclarée en Côte d'Ivoire ne laisse indifférentes ni les communautés

⁴⁰ Cf. « Côte d'ivoire : les investissements », étude *Trade solutions* BNP Paribas février 2020, <https://www.tradesolutions.bnpparibas.com/fr/implanter/cote-d-ivoire/investissement>, consulté le 9 juin 2024.

⁴¹ Cf. « Côte d'Ivoire : un pays en reconstruction », in *ritmo*, du 11 février 2019, <https://www.ritimo.org/Cote-d-Ivoire.Ivoire-un-pays-en-reconstruction>, consulté le 22 février 2020.

⁴² Cf. « La Côte d'Ivoire engage une "diplomatie active" pour la reconstruction post-crise du pays », in revue de presse internationale – ONUCI, du 21 décembre 2011, <https://onuci.unmissions.org/revue-de-presse-internationale-du-mercredi-21-decembre-2011>, consulté le 10 février 2020.

épistémiques⁴³ ni le partenariat international. Le 25 avril 2024 à Abidjan, le Président du Conseil européen (CE), Charles Michel, annonce, devant les médias, une aide à la Côte d'Ivoire pour lutter contre le terrorisme⁴⁴. A la sortie de l'audience qu'il venait d'avoir avec le Président de la République Alassane Ouattara au palais présidentiel, le patron de la diplomatie européenne déclare : « *Pour la Côte d'Ivoire, la semaine prochaine, les Etats membres [de l'Union européenne] devraient en principe valider officiellement la mobilisation d'enveloppes supplémentaires pour permettre l'acquisition de matériel afin de lutter contre le terrorisme* ». Il précise par la suite que ces aides devraient permettre à la Côte d'Ivoire d'acheter « *des drones, des véhicules, de l'équipement pour collecter des informations et des renseignements* »⁴⁵. L'UE n'est pourtant pas à son premier soutien dans la lutte anti-terroriste en Côte d'Ivoire. Les premières heures de l'appel d'urgence à la mobilisation lancé par les dirigeants ivoiriens ont permis la levée d'un contingent de partenaires multilatéraux en faveur de la cause ivoirienne. L'ONU et l'UE, auxquelles se sont associés des pays comme l'Allemagne et le Japon, ont prioritairement levé des fonds d'urgence dans le but est de financer des cycles de projets à court et à moyen termes. Cette séquence ouvre l'acte proprement dit de sécuritisation du terrorisme⁴⁶, moment au cours duquel l'audience multilatérale procède à la ratification⁴⁷ de l'appel d'urgence. Elle est marquée par le déploiement financier des partenaires et se présente comme l'instant de mobilisation générale de soutien à un « partenaire libéral ». Dans la perspective d'Yves Alexandre Chouala, le partenariat

⁴³ Le concept a été réintroduit dans la littérature sur la politique et les relations internationales par Emanuel Adler et Peter M. Haas. Haas le définit d'ailleurs comme des « réseaux de professionnels ayant une expertise et une compétence reconnues dans un domaine particulier qui peuvent faire valoir un savoir pertinent sur les politiques publiques du domaine en question ». Voir P. M. HAAS, « Epistemic Communities and International Policy Coordination », *International Organization*, Vol. 46, n°. 1, Knowledge, Power, and International Policy Coordination (Winter, 1992), pp. 1-35.

⁴⁴ Cf. Le Monde Afrique sur : https://www.lemonde.fr/afrique/article/2024/04/26/vers-une-aide-de-l-union-europeenne-a-la-cote-d-ivoire-dans-la-lutte-contre-le-terrorisme_6230077_3212.html, consulté le 17 juin 2024.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Car selon Thierry Balzacq, l'acte sécuritisateur n'incarne pas à lui tout seul la sécuritisation, laquelle dépend de l'acceptation d'une ou de plusieurs audience(s). Voir Th. BALZACQ, « Théories de la sécuritisation : 1999-2018 », in Th. BALZACQ (sous la dir.), *Renouveler la sécuritisation : théories et pratiques, Etudes Internationales*, op. cit.

⁴⁷ Dans une perspective goffmanienne, la participation ratifiée à la cause anti-terroriste ivoirienne repose ici sur deux principes de l'ordre de l'interaction : l'« engagement » et le « consensus opérationnel ». La conjonction de ces deux est la manifestation du « *trust* », la « croyance », en la cause qui conduit l'audience réceptrice c'est-à-dire les partenaires à « ratifier » leur soutien à la demande d'un partenaire demandeur. Voir D. CEFAÏ et L. PERREAU, *Erving Goffman et l'ordre de l'interaction*, CURRAP-ESS, CEMS-IMM, 2012.

anti-terroriste international peut effectivement être envisagé comme un « élément du sens libéral »⁴⁸.

Car depuis 2011, la nouvelle carte de visite internationale de l'Etat rend possible la constitution de cet « effort de guerre ». L'opinion libérale reste tenace pour percevoir la Côte d'Ivoire comme un espace prometteur pour la marche de la « globalisation et de mondialisation »⁴⁹. L'expression de la solidarité et de l'amitié en tant que sens libéral est construite, sur la courte durée, autour des catégories clefs de la renaissance ivoirienne que sont : Etat de droit, droits de l'Homme, bonne gouvernance, coopération décentralisée, société civile et espace public, libéralisation économique. Cette configuration de « mauvais élève d'hier » devenu « bon élève aujourd'hui », illustre les enjeux de solidarité libérale comme le cœur de la reconstruction post-crise d'un Etat sorti de la guerre et dont le retour sur la scène internationale correspond bel et bien à l'agenda politique de la mondialisation et à la tendance à l'uniformisation économique de la planète⁵⁰. En sortant de la crise par la voie néo-libérale, la Côte d'Ivoire se reconnecte en effet à la chaîne des centres ou des périphéries de diffusion de la mondialisation c'est-à-dire des lieux d'impulsion⁵¹ ou de réception des flux du capitalisme et/ou du libéralisme. Même écopant d'un statut d'Etat périphérique, le parti pris ivoirien pour la mondialisation est générateur de félicitations charitables. Il sert de catalyseur au plaidoyer en faveur des politiques sécuritaires et se présente comme la clef magique de déblocage rapide des fonds issus du partenariat multilatéral.

Dès lors, autour de la défense de la cause anti-terroriste ivoirienne, se constitue un robuste portefeuille sécuritaire. Une cascade de cycles de projets anti-terroristes portés par le partenariat.

⁴⁸ Y-A. CHOUALA, « L'Afrique dans le nouveau partenariat international : enjeu de civilisation et de puissance », *Etudes Internationales*, op. cit., p. 58.

⁴⁹ D. DORMOY, « Globalisation et partenariat dans les relations Nord-Sud », Conférence scientifique du Codesria sur « Mondialisation et sciences sociales en Afrique », Dakar, 14-18 décembre 1998, p. 6.

⁵⁰ S. LATOUCHE, *La planète uniforme*, Castelnau-le-Lez, Éditions Climats, 2000.

⁵¹ « Les lieux à partir desquels s'organise la 'mondialisation' (...) se situent pour l'essentiel dans les grandes mégapoles du 'Nord' celle du nord-est des États-Unis, de Washington à Boston, avec celles secondaires des Grands Lacs et de la Californie ; la mégapole européenne, de Milan à Londres en passant par Francfort, la Randstaat néerlandaise, avec, en marge, l'agglomération parisienne et l'arc méditerranéen de Barcelone à Gênes ; la mégapole japonaise, de Sendai à Hiroshima, centrée sur Tokyo. Sur la façade orientale de l'Asie, l'agglomération de Séoul et le réseau des villes de la Chine 'extérieure', Taïpeh, Hongkong et Singapour. Donc un nombre limité de lieux où triomphe, pour l'instant, le capitalisme, qui provoque la concentration, voire l'agrégation, des fonctions financières, industrielles, scientifiques, technologiques, culturelles et politiques ». Voir O. DOLLFUS, « Mondialisme et particularisme », in GEMDEV, *L'intégration régionale dans le monde. Innovations et ruptures*, Paris, Karthala, 1994, pp. 38-39.

Ces projets apparaissent comme des débouchés pratiques de réponses conjoncturelles ou structurelles dont la logique est de préserver du chaos terroriste, un pays considéré comme le « bien matériel et symbolique commun » du monde libéral. C'est dans ce sillage de soutien à un partenaire libéral qu'il faut comprendre la mobilisation des Nations Unies (ONU) ou de l'Union Européenne (UE) à laquelle s'associent des pays occidentaux comme l'Allemagne et le Japon. Le Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD) et la République Fédérale d'Allemagne vont financer en commun un projet dénommé : « *Engagement des jeunes et des femmes pour la prévention des crises, la stabilité sociale, la consolidation de la paix et la réduction de la violence communautaire dans le nord de la Côte d'Ivoire* ». A hauteur de 5,137 millions d'euros, il est axé sur une stratégie locale dans 5 régions du Nord : le Folon, le Poro, la Bagoué, le Tchologo et le Bounkani avec pour cible de sensibilisation les autorités locales, les femmes et les jeunes. Depuis au moins 2016, à la suite des attaques de Grand-Bassam, l'UE s'était déjà affichée comme un partenaire sérieux de la Côte d'Ivoire en matière de lutte contre le terrorisme. Eligible au rang des bénéficiaires des projets relevant de la « stratégie pour l'Afrique »⁵² de l'UE, la Côte d'Ivoire devrait, à la suite des pays du Sahel⁵³, intégrer l'approche du *nexus*. Il s'agit du couplage entre « sécurité et développement » dont le mot d'ordre opérationnel est axé sur le triptyque « fragilités, vulnérabilité et résilience » des populations. Le soutien à la Côte d'Ivoire s'inscrit dans la vision globale de l'UE « *Our World, Our Dignity, Our future* »⁵⁴ dont les principaux instruments de financement lui sont d'avance accessibles⁵⁵. Ensuite, la stratégie régionale de l'UE dans les pays côtiers d'Afrique de l'Ouest complète ce tableau avec le projet *Gulf of Guinea Inter-regional Network (GoGIN)* financé à hauteur de 9,285 millions d'Euros et dédié à la stratégie régionale de sécurité maritime déployée dans le Golfe de Guinée. Enfin, l'UE finance également depuis 2019,

⁵² C'est en 2005 que l'UE établit sa première « stratégie pour l'Afrique ». Elle sera ensuite approfondie lors du sommet de Lisbonne en 2007 en mettant en exergue 8 domaines de partenariat spécifiques à savoir la paix, la sécurité, la bonne gouvernance, les droits de l'homme, le commerce, les infrastructures, les Objectifs du Millénaire pour le Développement (OMD), l'énergie et le changement climatique, la migration et la science,

⁵³ Il s'agit des missions civiles d'EUCAP Sahel Niger et EUCAP Sahel Mali et la mission militaire d'EUTM Mali qui constituent des missions d'appui au renforcement de capacités et qui s'inscrivent par ailleurs dans la PSDC.

⁵⁴ M. LATEK, « Interdépendance entre sécurité et développement : l'approche de l'UE », *EPRS*, 2016, [URL : <http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en>, consulté le 16 août 2019]. Voir également Dominique Lecompte et Thierry Vircoulon, « L'aide de l'Union européenne : du développement à la sécurité, l'exemple du Fonds européen de développement », *Notes de l'IFRI*, 2014.

⁵⁵ La Côte d'Ivoire est bénéficiaire du fonds européen de développement (FED), du fonds fiduciaire de l'Union européenne pour l'Afrique (FFA), l'instrument contribuant à la stabilité et à la paix et la facilité de soutien à la paix pour l'Afrique (FA) et tout récemment la facilité européenne pour la paix (FEP).

de concert avec l'Allemagne, une autre stratégie sous-régionale centrée sur l'Afrique de l'Ouest dénommée Réponse Ouest-Africaine au Trafic (OCWAR-T) pour 19,4 millions d'Euros et dont les principales cibles sont les structures nationales de lutte contre la traite des personnes, la drogue, les armes à feu, la criminalité transnationale organisée et le terrorisme.

Tableau récapitulatif des projets multilatéraux décrochés par la Côte d'Ivoire à travers la mise en œuvre de la diplomatie multilatérale d'extraversion en contexte de lutte contre le terrorisme transnational dans le Nord

N° d'ordre	Intitulé du Projet	Coût du Projet	Partenaire(s) financier(s) du Projet	Stratégie des partenaires	Cible	Durée du projet
1-	Projet « Atténuation des fragilités dans le Nord de la Côte d'Ivoire »	2,967 millions de Dollars américains	Agence Japonaise de la Coopération Internationale (JICA) et Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD)	Stratégie locale centrée sur le Nord : Bounkani, Tchologo (Communes de Téhini, Ouangolodougou et Doropo)	-Acteurs locaux -Collectivités locales	-
2-	Defense Forces Enable Development (DEFEND RCI)	10,6 millions d'Euros	Union Européenne (UE)	Stratégie locale centrée sur le Nord	- Forces armées de Côte d'Ivoire (FACI) ; - Gendarmerie nationale de Côte d'Ivoire (GNCI)	36 mois (1 ^{er} juin 2022 – 1 ^{er} juin 2025)
3-	Engagement des jeunes et des femmes pour la prévention des crises, la stabilité sociale, la consolidation de la paix et la	5,137 millions d'Euros	République Fédérale d'Allemagne et le Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD)	Stratégie locale centrée sur 5 régions du Nord : Folon, Poro, Bagoué, Tchologo et Bounkani	-Autorités locales, -Jeunes, -Femmes	36 mois (15 août 2022 – 15 août 2025)

	réduction de la violence communautaire dans le nord de la Côte d'Ivoire					
4-	West and Central Africa Port Security (WeCAPS)	8,5 millions d'Euros	Union Européenne (UE)	Stratégie régionale ⁵⁶ centrée sur 19 pays d'Afrique de l'Ouest et centrale	Ports d'Afrique de l'Ouest et centrale	48 mois (1er janvier 2019 – 1er janvier 2023)
5-	Réponse Ouest-Africaine au Trafic (OCWAR-T)	19,4 millions d'Euros	République Fédérale d'Allemagne et Union Européenne (UE)	Stratégie sous-régionale centrée sur l'Afrique de l'Ouest ⁵⁷ .	Structures nationales de lutte contre la traite des personnes, la drogue, les armes à feu, la criminalité transnationale organisée et le terrorisme	48 mois (2019 – 2023)
6-	Gulf of Guinea Inter-regional Network (GoGIN)	9,285 millions d'Euros	Union Européenne (UE)	Stratégie régionale	Sécurité maritime des pays du Golfe de Guinée	48 mois (20 octobre 2016 – 20 octobre 2020)

Source : Expertise France, 2024.

II- Une praxis des politiques anti-terroristes dans le cadre du partenariat avec les puissances stratégiques

Le problème majeur de la lutte contre le terrorisme par les puissances a été posé en termes d'efficacité des partenariats scellés autour de l'emploi de la force. Des retours d'expériences

⁵⁶ Angola, Bénin, Cameroun, Cap-Vert, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Gambie, Ghana, Guinée, Guinée équatoriale, Guinée-Bissau, Liberia, Nigeria, RDC, Sierra Leone, São Tomé et Príncipe, Sénégal, Togo.

⁵⁷ Les pays de la CEDEAO

dramatiques en Irak, en Afghanistan et ailleurs au Sahel ont suscité une remise en cause de la puissance militaire exclusive comme seul moyen de régler le problème du terrorisme transnational. Cette évidence a pu conduire les administrations américaines successives depuis Obama et les différents pouvoirs en France depuis Hollande à un remaniement du paradigme de la puissance face au combat contre le terrorisme transnational, privilégiant l'option du dialogue autour du bilatéralisme sécuritaire.

A- Le partenariat américano-ivoirien autour des mutations du *Problem solving* et *Problem oriented policing*

La mutation du *Problem Solving* commence en 2012 lorsque le Président Barack Obama accède à la Maison Blanche. La définition du cadre général de la coopération bilatérale entre les Etats-Unis et les pays africains en matière de lutte anti-terroriste va ainsi traverser deux âges majeurs, passant de l'âge de « l'action directe » des années 2000 sous la présidence Bush à celle de « l'action indirecte »⁵⁸ sous l'administration Obama en 2012. Ces changements traduisent une mutation du *Problem Solving* comme ontologie du *Hard Power*, en ceci qu'ils permettent de migrer vers d'autres procédés doctrino-opérationnels que sont le *Soft Power* et le *Smart Power*.

1- L'appropriation du *Smart Power* américain ou la « doctrine de responsabilité » dans l'anti-terrorisme ivoirien

La « doctrine de responsabilité »⁵⁹ intègre la grammaire sécuritaire américaine lorsqu'en 2008, Barack Obama accède à la présidence des Etats-Unis. Ce qui deviendra plus tard de l'influence dans le contre-terrorisme américano-ivoirien tire son essence de « l'approche globale » (*whole-of-government*) inscrite dans le document de la stratégie américaine contre-terroriste de 2011⁶⁰. En rupture avec la stratégie de l'action directe des années Bush, Obama entendait également diffuser auprès des partenaires africains des Etats-Unis ce changement de paradigme. En bref, il fallait pour la Maison-Blanche de commencer à prévenir la « radicalisation » et contrer

⁵⁸ M. KANDEL, « La lutte contre le terrorisme sous Obama : le volet militaire », *Annuaire Français de Relations Internationales*, Vo. XVIII, 2017, pp. 507 – 522.

⁵⁹ N. HACHIGIAN, D. SHORR, « The responsibility doctrine », *The Washington Quarterly*, vol. XXXVI, n°1, 2013. Voir aussi P. DOMBROWSKI, S. REICH, « The Strategy of Sponsorship », *Survival*, vol. LVII, n°5, 2015 ; M. KANDEL, M. QUESSARD (dir.), *Les stratégies du Smart Power : redéfinir le leadership dans un monde post-américain*, IRSEM (*Etude de l'IRSEM*, n°32), Paris, 2014.

⁶⁰ Expression utilisée dans la Stratégie contre-terroriste de 2011.

« l'extrémisme violent »⁶¹. Ce projet reçoit un écho favorable dans les structures de pouvoir américain. De manière diversifiée, cette doctrine va orienter l'action contre-terroriste du département d'Etat⁶², la stratégie de l'Agence des Etats-Unis pour le développement international (USAID)⁶³ et du Département de la Défense financé par le Congrès, devenu lui-aussi acteur du contre-terrorisme américain⁶⁴.

En Côte d'Ivoire, cette stratégie d'influence américaine est mobilisée dans la politisation du dialogue autour du contre-terrorisme. Elle s'illustre par le partenariat tissé autour du *Soft Power* américain et qui permet à la Côte d'Ivoire de publiciser tous les enjeux comme enjeux sécuritaires du moment : la diplomatie, la défense, la sécurité, la démocratie, la gouvernance, l'Etat de droit, le commerce, l'investissement et la santé⁶⁵. Dans la cagnotte des 300 millions de dollars US destinés au financement par les Etats-Unis de la stabilité en Afrique de l'Ouest côtière, 45 milliards reviennent à la Côte d'Ivoire⁶⁶. La visite en Côte d'Ivoire les 22 et 23 janvier 2024 du Secrétaire d'Etat américain Anthony J. Blinken est emblématique de cette politisation bilatérale des enjeux de sécurité contre-terroriste au Nord de la Côte d'Ivoire sous une forme bimodale. Le *Fact Sheet*⁶⁷ des discussions entre Washington et Abidjan illustre un « *Patriot Act* » botté⁶⁸, pour

⁶¹ De manière empirique on a pu constater que ces catégories rhétoriques vont largement structurer le discours du *Smart Power* américain dans la lutte contre le terrorisme transnational en Afrique et serviront de cadre de mobilisation d'une variété d'acteurs étatiques (policiers, gendarmes, militaires, administratifs, etc.) et non-étatiques (société civile, associations, guides religieux, etc.) africains autour des conférences, séminaires et discussions organisés de manière itinérante à travers plusieurs capitales africaines. Par ailleurs, le choix des mots « *radicalisation* » et « *extrémisme violent* » comme points d'accroche n'est pas anodin pour Obama qui avait voulu dès le discours du Caire en 2009 « *tendre la main et réparer les relations de l'Amérique avec le monde musulman* ». Cf. M. KANDEL, op. cit., p. 516.

⁶² Voir Department of State, *Quadrennial Diplomacy and Development Review*, 2015.

⁶³ Department of State / USAID, *Joint Strategy on Countering Violent Extremism*, mai 2016.

⁶⁴ Il serait inutile de revenir sur les conflits nés du financement par le Congrès du Département de la Défense au détriment du Département d'Etat et de l'USAID. Pour plus de détails, voir Maya Kandel, « Le Congrès, acteur essentiel de la politique étrangère et de défense des Etats-Unis », *Cahier de l'IRSEM*, n°15, 2012 ; H. V. MILNER, D. TINGLEY, *Sailing The Water's Edge. The Domestic Politics of American Foreign Policy*, Princeton University Press, Princeton, 2015.

⁶⁵ Le communiqué est disponible sur le site internet du Département of State sur le lien suivant : <https://www.state.gov/the-united-states-and-cote-divoire-strengthening-our-partnership/>, consulté le 4 juillet 2024.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ Le communiqué est disponible sur le site internet du Département of State sur le lien suivant : <https://www.state.gov/the-united-states-and-cote-divoire-strengthening-our-partnership/>, consulté le 4 juillet 2024.

⁶⁸ Barthélémy Courmont parlait du « *wilsonisme botté* » pour décrire la thèse de la « *nation indispensable* » découlant d'une conception jeffersonienne de la politique étrangère de défense des intérêts des Etats-Unis. Cette vision réaliste de la sécurité internationale qui place les Etats-Unis tantôt dans une position interventionniste tantôt dans une position isolationniste, a pour objectif final d'assurer les arrières de la nation américaine au détriment de toute autre considération. Voir B. COURMONT, V. NIQUET et B. NIVET, « Quelle évolution de la notion de puissance et de ses modes d'action à l'horizon 2030, appliquée aux Etats-Unis, à l'Europe et à la Chine ? », op. cit., p. 39.

paraphraser les termes de Barthémy Courmont. Depuis Obama, Washington est resté constant dans sa nouvelle stratégie en Afrique, mise en œuvre sous la forme d'un équilibre mesuré entre le maintien de l'influence et l'emploi de la force indirecte, plus connu sous le nom du *Building Partner Capacity (BPC)*⁶⁹. Également, la Côte d'Ivoire tire profit d'autres aspects du *Soft Power* américain à travers le mécanisme du *Millennium Challenge Corporation (MCC)* qui prend en compte les domaines de l'éducation⁷⁰, du transport et de l'amélioration des systèmes d'entretien des infrastructures. Par ailleurs, le partenariat sanitaire parachève cet édifice du *Smart Power* américano-ivoirien. Dans la rhétorique diplomatique, ce dernier est présenté comme un partenariat pour « *sauver des vies* », pour « *offrir des services de santé publiques et fiables à sa population dans tout le pays* »⁷¹. Tous les instruments y sont mobilisés : Plan présidentiel d'aide d'urgence des Etats-Unis à la lutte contre le sida (PEPFAR), Initiative présidentielle de lutte contre le paludisme (PMI), Programme d'action pour la sécurité sanitaire mondiale (GHSA), Programme de santé maternelle et infantile de l'USAID, Programme de planification familiale et de santé génésique. En somme, l'investissement américano-ivoirien dans les domaines de l'éducation, du transport, des infrastructures et de la santé apparaît comme une cooptation lente dans le giron de l'Etat des couches potentiellement fragiles et vulnérables. Il s'agit plus nettement d'un procédé de resocialisation⁷² des enfants, des jeunes, des femmes et des communautés aux valeurs intégratives de l'Etat telles que la citoyenneté, le patriotisme, la démocratie, les droits de l'homme, etc. Le partenariat bilatéral s'énonce ainsi comme un super-dispositif de (re)légitimation à travers lequel l'Etat met en œuvre un double processus de désaffiliation/ré-affiliation⁷³. Contre les discours de

⁶⁹ Il s'agit de la formation des armées partenaires qui est un dispositif clé au cœur des partenariats contre le terrorisme. Il n'est ni nouveau dans la politique américaine ni nouveau dans la lutte contre le terrorisme mais est devenu sous l'administration Obama le cœur de la stratégie américaine. Cf. Maya Kandel, « La lutte contre le terrorisme sous Obama : le volet militaire », op. cit., p. 514.

⁷⁰ Dans le cadre du Programme *McGovern-Dole*, les Etats-Unis accompagnent le Programme Intégré de Pérennisation des Cantines Scolaires (PIPSC) de Côte d'Ivoire avec pour slogan : "*une école, une cantine, un groupement*". Le PIPSC couvre plus de 5.500 cantines scolaires avec plus de 1.350.000 écoliers bénéficiaires et 900 groupements agricoles qui fournissent des denrées aux cantines. Il s'agit d'un célèbre projet à fort taux d'impact et auquel sept régions potentiellement à risque sécuritaire ont été associées notamment le Cavally et le Bafing à l'Ouest, la Bagoué, le Poro et le Tchologo au Nord, le Gontougo et le Bounkani au Nord-Est.

⁷¹ <https://www.state.gov/the-united-states-and-cote-divoire-strengthening-our-partnership/>, consulté le 4 juillet 2024.

⁷² Nous empruntons à BERGER et LUCKMANN ce terme utilisé pour expliquer les processus d'incorporation par l'individu des schèmes de perception du monde social et sa différenciation vis-à-vis de l'ordre social. Cf. à ce sujet A. QRIBI, « Socialisation et identité. L'apport de Berger et Luckmann à travers la "construction sociale de la réalité" », *Bulletin de Psychologie*, n°506, 2010/2, pp. 133 – 139.

⁷³ Idem.

contre-socialisation proposés par les djihadistes (abandon et oubli de l'Etat, vulnérabilité, pauvreté, paupérisation, etc.), l'aide américaine pour le financement des projets sectoriels permettent à l'Etat ivoirien d'ancrer et de diffuser localement son contre-discours et d'affirmer plus concrètement sa présence territoriale dans ses périphéries. D'où l'appropriation du discours sur la prévention de la « radicalisation » et de « l'extrémisme violent »⁷⁴. En orientant l'action publique sur des thématiques à haute portée sociale, la démarche partenariale consiste à ériger en fin de compte l'Etat ivoirien en rempart contre le basculement des couches potentiellement vulnérables en les détournant de la tentation djihadiste. Pour la Côte d'Ivoire, la lutte contre les fondements idéologiques du terrorisme impulsée par l'administration Obama apparaît comme une arme paisible mais discrète de combat, car s'attaquer aux racines socio-économiques, aux idées et à la doctrine djihadiste elle-même est un travail d'anticipation majeur.

2- Le *Building Partner Capacity (BPC)* ou le partenariat américano-ivoirien autour de la militarisation douce de l'anti-terrorisme

Le *Building Partner Capacity (BPC)* ou la stratégie indirecte n'est pas nouvelle dans l'histoire militaire américaine encore moins dans la lutte contre le terrorisme. Toutefois dans le combat mené par l'Etat ivoirien contre les djihadistes au Nord, elle est devenue un point de compromis majeur dans le partenariat bilatéral américano-ivoirien. Une certaine vulgate du contre-terrorisme à la Maison-Blanche imposait le BPC c'est-à-dire « *la formation des armées partenaires* » comme nouveau référentiel de la militarisation douce. Avec Obama, l'abandon officiel des déploiements massifs de l'ère Bush avait été affirmé dans la directive de défense de 2012 (*Defense Strategic Guidance*)⁷⁵. Cette directive érige la notion d'empreinte légère⁷⁶ (*light footprint*) en véritable dogme de la posture militaire américaine. Il était alors question de substituer l'engagement défensif et militaire direct des Etats-Unis au transfert de compétences, de savoir-faire et de technologies au profit des armées partenaires. Cette tendance va accroître la constitution des

⁷⁴ La stratégie de la lutte contre « l'extrémisme violent » a été actée par le Président Obama lors du Sommet international de février 2015 organisé à la Maison-Blanche. Elle vise à donner une impulsion aux nouvelles initiatives multilatérales de lutte contre le terrorisme. Il s'en est suivi des rencontres du même type à New-York et en Europe. Cf. White House, « Fact Sheet on the Summit on countering violent extremism », 18 fév. 2015.

⁷⁵ M. S. INDYK, K. G. LIEBERTHAL, M. E. O'HANLON, *Bending History : Barack Obama's Foreign Policy*, The Brookings Institution Press, Washington, 2012.

⁷⁶ Les discours emblématiques de 2013 à la National Defense University et 2014 à West Point ont mis les partenariats au cœur du contre-terrorisme.

« *forces spéciales* »⁷⁷ en tant qu'unités attitrées de l'anti-terrorisme au sein des armées africaines, avec un budget dédié logé au Pentagone⁷⁸.

Dans ce cadre, la lutte anti-terroriste ivoirienne tire largement profit de ce partenariat bâti autour du BPC et dont le *Flintlock* apparaît comme l'un des dispositifs centraux. Depuis 2005⁷⁹, cet exercice annuel des opérations spéciales, piloté par l'*U.S. Special Operations Command Africa (USOC-Africa)* est illustratif de cette militarisation indirecte du contre-terrorisme. En l'intégrant à partir de 2022, *Flintlock* aura permis à la Côte d'Ivoire de construire son leadership dans la lutte antidjihadiste en Afrique de l'Ouest côtière. Des exercices annuels et combinés entre militaires et policiers ont eu lieu en 2022, 2023 et 2024 et d'autres sont prévus en 2025 et 2026. L'effet communicationnel des exercices militaires du *Flintlock* est tel qu'il positionne l'armée ivoirienne comme une armée acquise à la professionnalisation. Au surplus, il sert à construire une diplomatie de la défense lorsqu'il en démontrant de la capacité de la Côte d'Ivoire à accueillir ce qui est plutôt considéré comme le plus grand exercice multinational en Afrique à l'ère du contre-terrorisme. Il se présente d'ailleurs comme le point de rassemblement, d'échanges et de partage d'expériences entre des armées aux cultures diversifiées, provenant de plusieurs nations africaines et occidentales. L'enjeu est de communier autour des talents militaires issus d'une diversité de culture stratégique. Dans des scénarios pédagogiques, les forces spéciales apprennent à affronter des dilemmes tactiques et opérationnelles ; comme à capturer par exemple, dans un environnement hostile, des cibles de « *haute valeur* »⁸⁰ sans les tuer mais aussi à protéger les civils. En 2022, les exercices du *Flintlock* ont mobilisé 400 participants des forces armées et policières de plusieurs pays dont la Côte d'Ivoire, le Ghana, le Cameroun, le Niger, le Canada, les USA, la France, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et l'Autriche. En 2023, 1300 personnes issues des forces armées et de

⁷⁷ Véritables couteaux à double-tranchants, ces « forces spéciales » étaient devenues de redoutables défaiseurs des chefs d'Etat qui les ont constituées et formées. Les cas des pays comme le Mali, le Burkina Faso, la Guinée, et le Niger sont emblématiques de ce paradoxe. Les compétences acquises par les unités anti-terroristes semblent avoir été plus utiles à la planification et au succès des coups d'Etat plutôt qu'à l'efficacité de la lutte anti-terroriste proprement dite. Ces nouvelles formes de « parricide » brutal, au-delà des faits internes illustrent les dimensions géopolitiques et géostratégiques de la politisation des politiques de sécurité. Elle questionne la dimension extensive de la politisation notamment à l'échelle sous-régionale et sahélienne. Nous y reviendrons.

⁷⁸ Il s'agit du *Counter Terrorism Partnership Fund* ou CTPF, dispositif financier de « *l'approche du contre-terrorisme centré sur les partenariats* » (*partnership-focused approach to counterterrorism*).

⁷⁹ Il était dénommé *U.S. Africa Command*

⁸⁰ Terme tactique pouvant désigner un terroriste présumé.

sécurité de 29 pays y ont pris part. Enfin, elle a réussi à construire la figure de Jacquerville⁸¹, siège de l'Académie internationale de lutte contre le terrorisme (AILTC)⁸², comme le nouveau fleuron de la pensée stratégique en même temps qu'un site propice aux opérations de simulation. A travers le partenariat autour du *Flintlock*, la lutte anti-terroriste en Côte d'Ivoire gagne le pari de l'anticipation, de la mise à jour en permanence des capacités opérationnelles et tactiques.

Par ailleurs, le partenariat américano-ivoirien de l'anti-terrorisme touche également d'autres aspects du BPC. Le transfert de compétence et d'expertise prend en compte l'assistance aux services de sécurité autour du *Problem Oriented Policing (PoP)* ou « *police de proximité* ». Il s'agit de la dimension sécuritaire de l'action indirecte conçue sous la forme d'une mutation des services de maintien de l'ordre. C'est une approche plutôt axée sur les problèmes qui vise à rechercher les causes de l'augmentation des risques et menaces liés à la criminalité, au grand banditisme et à la guérilla puis à y remédier en amont. Dans le cadre de la lutte anti-terroriste en Côte d'Ivoire, le partenariat américano-ivoirien apparaît comme un canal d'expérimentation de ces pratiques policières américaines comme pratiques d'anticipation dont les deux outils de formation sont le SARA (*Scanning, Analysis, Response, Assessment*)⁸³ et le PROCTOR (*Problem, Cause, Tactic or Treatment, Output and Result*)⁸⁴. Complémentaires l'un et l'autre, le SARA et le PROCTOR traduisent un travail d'intelligence qui oriente l'action publique vers les modalités d'éradication des infrastructures politiques des groupes clandestins. C'est une « *action policière en profondeur* »⁸⁵ visant à couper l'ennemi potentiel de ses sanctuaires extérieurs ou bases arrières. En ce sens, le SARA et le PROCTOR apparaissent moins comme des outils de projection opérationnelle mais comme des outils de persuasion. Il ne s'agit pas de l'action policière directe sous la forme du « *seek and destroy* » (chercher et détruire) mais du « *winning hearts and minds* » (gagner les cœurs et les esprits). La lutte anti-terroriste ivoirienne s'approprie ces modèles en apprenant à substituer à la logique militaire classique de maintien d'ordre (localisation, destruction et éradication) celle politique qui s'attaque aux causes, aux moyens et aux objectifs des groupes criminels. Depuis 2021, l'approche du *Problem Oriented Policing (PoP)* mobilise forces de

⁸¹ Cité balnéaire près d'Abidjan.

⁸² Fruit de la coopération franco-ivoirienne.

⁸³ Balayage, analyse, réponse, évaluation.

⁸⁴ Problème, cause, tactique ou traitement, production.

⁸⁵ D. CUMIN, *Stratégies militaires contemporaines*, Paris, Ellipses, 2020, p. 216.

sécurité et populations autour de l'apprentissage financé par l'Ambassade des Etats-Unis. Le choix des agents de sécurité et populations de la région du Gbêkê, situé entre les 7^{ème} et 8^{ème} parallèles, à la lisière des régions du Hambol, du Tchologo, du Bounkani, zones potentiellement à haut risques de menaces de criminalité, est illustratif de la centralité géographique de l'anticipation anti-terroriste. Les formations, en prenant en compte majoritairement les populations et agents majoritairement en poste dans les localités-cibles (Bouaké, Béoumi, Sakassou et Botro), participent d'une érection du Gbêkê, cœur de la Côte d'Ivoire, comme foyer de prévention territoriale.

B- L'anti-terrorisme au prisme du partenariat franco-ivoirien : entre préemption stratégique et professionnalisation de la défense ivoirienne

La lutte anti-terroriste ivoirienne repose également sur le partenariat bilatéral continu entre la Côte d'Ivoire et la France, son partenaire et allié traditionnel. A l'image des Etats-Unis, la France amorce, elle-aussi, une mutation stratégique sur la question de l'emploi de la force dans ses opérations extérieures liées au terrorisme transnational : désengagement, redimensionnement, retrait des troupes au profit d'une action plus forte envers la résilience et les fragilités vont structurer le discours du *Soft Power* français.

Dans son discours du 9 novembre 2022 tenu à Toulon, le président Emmanuel Macron dévoile les objectifs de la nouvelle Revue nationale stratégique (RNS) de 2022 qui devrait permettre à la France de s'imposer comme une « *puissance d'équilibre sur la scène internationale* »⁸⁶ d'ici à 2030. De manière générale, la lutte contre le terrorisme en Côte d'Ivoire s'inscrit dans le cadre de l'action internationale de la France en matière de contre-terrorisme⁸⁷. La stratégie globale française se décline d'abord en des objectifs clefs : réduire l'emprise territoriale des groupes terroristes, combattre les réseaux financiers, humains, logistiques et de propagande terroriste, prévenir la radicalisation et protéger les intérêts des ressortissants français à l'étranger. Ensuite, elle mobilise des moyens multiples entre actions militaires déterminées, stabilisation des zones libérées, recherche de solutions politiques aux conflits et coopération bilatérale et multilatérale. Mais bien plus concrètement, le *Soft Power* anti-terroriste français tire sa source de *la coopération bilatérale franco-ivoirienne en matière de sécurité et de défense. Il s'inscrit dans*

⁸⁶ Discours du Président de la République à Toulon, publié par le Ministère des armées, le 9 novembre 2022.

⁸⁷ Livre Blanc sur la défense et la sécurité nationale, 2013, p. 104.

la continuité de l'accord de partenariat de défense de 2012 qui scelle une proximité ancienne entre la France et la Côte d'Ivoire. Les Forces françaises en Côte d'Ivoire (FFCI), créées le 1er janvier 2015, assurent le relai stratégique et opérationnel de ce partenariat qui repose en gros sur l'action indirecte de la France en Afrique de l'Ouest et au Sahel. Mais en tant que fruit d'une longue tradition de coopération sécuritaire, le partenariat franco-ivoirien de l'anti-terrorisme reste largement préemptée par *Soft Power* français. La lutte anti-terroriste apparaît comme le canal de dissémination de la culture stratégique⁸⁸ française. D'abord sous le registre d'un partenariat tourné vers la formation, l'offre française des savoir-faire structure les curricula de professionnalisation tactique et opérationnelle à la lutte anti-terroriste. A travers le partenariat, l'Armée Française assure les rôles de diffuseur de la formation aux stagiaires militaires ivoiriens avec comme enjeu : une formation d'élites et d'experts militaires « à la française » et le transfert de compétences et de technologies aux forces armées et de sécurité ivoiriennes. Dans ce sillage, les Ecoles nationales à vocation régionales (ENVR) deviennent des supports et des instruments de création et maintien de dialogue entre experts anti-terroristes français et ivoiriens. L'ouverture de l'Académie internationale de lutte contre le terrorisme (AILTC) de Jacquville traduit l'échange commun autour de la défense anti-terroriste. Un modèle bilatéral qui s'ouvre tout de même aux financements de plusieurs pays : la Norvège, le Danemark, les Pays-Bas, l'Australie, la Suisse, l'Espagne, le Canada, l'Allemagne, les États-Unis, les Emirats Arabes Unis, et l'Italie. Depuis 2018, l'AILTC a formé près de 1500 stagiaires issus de 26 pays.

Dans le même ordre d'idées de partenariat, tous les autres ENVR, bénéficiant du financement de la France en Côte d'Ivoire, sont mobilisés pour la cause anti-terroriste à travers une diversification des profils de formation : Institut de sécurité maritime interrégional (ISMI) basé à Abidjan, Ecole de police nationale ivoirienne à Abidjan, Ecole de Gendarmerie Nationale ivoirienne à Abidjan, Ecole nationale à vocation régionale des systèmes d'information et de communication (ENVR SIC) à Port-Bouët, Institut d'Etudes Stratégiques (IESD) et l'Ecole de maintien de la paix de Zambakro (EMP). Les ENVR, en tant qu'instrument de la coopération

⁸⁸ Citant Y. KLEIN, Th. de MONTBRIAL et J. Klein définissent la culture stratégique comme l'ensemble des attitudes et croyances professées au sein d'un appareil militaire à propos de l'objectif politique de la guerre et de la méthode stratégique et opérationnelle la plus efficace pour l'atteindre. Voir Th. de MONTBRIAL et J. KLEIN, *Dictionnaire de stratégie*. Paris. PUF, 2000, p. 152.

militaire, s'inscrivent donc dans une démarche visant à accompagner les pays africains dans la prise en main et la garantie de la stabilité et de la sécurité du continent. Suivant cette logique, les ENVR, à travers les stages et les formations qu'elles assurent, fédèrent les forces armées ivoiriennes et françaises autour d'objectifs communs et de valeurs partagées qui transcendent les frontières nationales et les enjeux locaux pour investir des ambitions continentales. Elles constituent des plateformes de mobilisation et de veille continue en situation de menace. C'est la prise en compte globale du terrorisme, dans tous ses aspects, depuis le renseignement jusqu'au traitement judiciaire en passant par l'action des forces spécialisées. Enseignement et recherche sur la doctrine, formations et entraînements tactiques et opérationnelles, gestion des obstacles liées aux installations spécifiques (infrastructures de tir, diversité de milieux, urbain, maritime, lagunaire, 3D...). Tout ce travail est supervisé et certifié par les unités d'élite françaises (Commandement des opérations spéciales, Groupes d'Intervention de la Gendarmerie Nationale ou de la police nationale (GIGN et RAID). La variété des stages et exercices conjoints rend bien compte des compétences spécifiques développées au profit des forces armées et de sécurité ivoiriennes en matière de lutte anti-terroriste. Le tableau suivant récapitule en substance quelques exercices conjoints réalisés dans le contexte de la lutte anti-terroriste depuis 2021.

Tableau : Récapitulatif de quelques exercices militaires au profit des forces armées de Côte d'Ivoire sur la base du partenariat franco-ivoirien en matière de sécurité et de défense en situation de lutte anti-terroriste en Côte d'Ivoire

Dates de déroulement	Nom de l'exercice militaire	Forces/Unités impliquées	Zones/Lieu d'entraînement	Logistique mobilisée	Enseignements tactiques et opérationnels
Du 23 au 30 novembre 2022	Exercice TOURACO	- Forces armées de Côte d'Ivoire (FACI) - Forces françaises en Côte d'Ivoire (FFCI) - L'Armée de l'Air et de l'Espace	Gagnoa, Grand-Bereby, Bouaké, Yamoussoukro	A400M du 61 ^e escadron de transport	- Capacités en préparation opérationnelle - Capacités techniques pour opérer dans un environnement aride

27 octobre 2022	Entraînements conjoints	- Forces armées de Côte d'Ivoire (FACI) - Forces françaises en Côte d'Ivoire (FFCI)	Base navale de Locodjoro	- Amphibie (PHA) Tonnerre - 60 véhicules tactiques - Groupement Tactique Embarqué (GTE)	- Capacités techniques de débarquement amphibie - Renforcement de l'interopérabilité des armées ivoiriennes et françaises - Capacités de stabilisation de la zone et protection des populations
28 avril 2022	Exercices du niveau d'un Groupement tactique interarmes (GTIA)	- Officiers de l'Etat-major général des forces armées de Côte d'Ivoire - Officiers du 43 ^{ème} BIMA	Etat-Major général des forces armées de Côte d'Ivoire	- Infrastructures du Détachement d'intervention et d'aguerrissement lagunaire (DIAL)	- Savoir-faire technique dans la conception et la conduite d'exercices militaires interarmées - Compétences en navigation et franchissement
Du 11 au 15 mars 2024	Exercice SAVANE	- Elèves sous-officiers de l'ENSOA - Parachutistes Français du 8 ^{ème} RPIMA	Bouaké	- Stagiaires de l'ENSOA ; - Parachutistes Français	- Interopérabilité - Connaissance mutuelle entre les soldats ivoiriens et français
Du 5 au 24 novembre 2023	Exercice TOURACO	- Pôle forces partenariat en Afrique de l'Ouest (PPAO) - Forces armées de Côte d'Ivoire (FACI) - Eléments français en Côte d'Ivoire (EFCI)	Côte d'Ivoire – zones non précisées	- C-130J Hercules de l'Armée de l'Air et de l'Espace (AAE), les Stagiaires ivoiriens et africains - FFCI	- Techniques d'opérations aéroportées - Interopérabilité
Du 13 au 20 mai 2022	Exercice en terrain libre	- Stagiaires de l'Académie	Yamoussoukro	- Hélicoptères français (deux	- Préparation opérationnelle

		des Forces Armées (AFA) ; - 43e Bataillon d'infanterie de marine (43e BIMa) des Forces françaises en Côte d'Ivoire (FFCI)		<i>Gazelles et le Fennec</i> - <i>Stagiaires</i> - <i>FACI</i> - <i>FFCI</i>	
--	--	---	--	---	--

Source : données compilées sur le site du Ministère Français des Armées, juillet 2024.

Il apparaît au regard de ce tableau indicatif que, depuis 2021, les forces armées de Côte d'Ivoire prennent part régulièrement à tous les exercices militaires conjoints initiés et conduits sur la base du partenariat de sécurité et de défense dans le cadre de l'anti-terrorisme en la France et la Côte d'Ivoire. Les compte-rendus publiés sur le site du Ministère Français des Armées nous ont permis de dénombrer au total 18 activités de ce type ou assimilées. Cependant, on peut noter une fréquence inégale dans l'organisation des exercices conjoints. En 2021, on recense 1 exercice militaire, 12 exercices et assimilés en 2022, 3 en 2023 et 2 en 2024. Cette nouvelle approche, qui prône le partenariat et limite au maximum le déploiement des troupes, participe du projet d'appropriation ivoirienne de la sécurité à travers la formation des éléments locaux et le transfert des enseignements vers l'Armée ivoirienne.

Par ailleurs sur le registre de la professionnalisation, le monopole stratégique de la France sur les offres de stages récurrents induit une fabrique spécialisée de la culture stratégique en contexte de lutte contre le terrorisme. En effet, les profils de spécialisation tactiques et opérationnels ont une influence sur la culture stratégique en matière d'anti-terrorisme de l'armée ivoirienne. La correspondance est forte entre la régularité des stages conjoints et la professionnalisation de plus en plus diversifiée de la culture stratégique de l'armée ivoirienne. L'irrigation fréquente de l'armée ivoirienne en stages et entraînements ont permis aux forces

d'accroître de connaissances stratégiques dans des domaines variés notamment en techniques de préparation opérationnelle, en techniques d'opération en milieu aride, en capacité d'interopérabilité, en conception et conduite des exercices militaires interarmes, en compétence en navigation et franchissement, en connaissance mutuelle entre soldats ivoiriens et français et en capacités d'opérations aéroportées. Ce lot de compétences et connaissances a pour finalité la production et le maintien de la capacité dissuasive de l'armée ivoirienne. Les stages et exercices réguliers, les équipements d'entraînement et les cultures tactiques et opérationnelles acquises permettent une démonstration de force symbolique en même temps qu'ils participent d'une menace dissuasive émanant de l'Etat. Leur portée communicationnelle vis-à-vis de l'ennemi invisible est telle qu'ils peuvent conduire ce dernier à renoncer à son projet de violence. A travers la formation par les stages et les exercices, l'Etat ivoirien mobilise d'ores et déjà une résistance militaire simulée susceptible d'être opposée en temps opportun au vis-à-vis avant même qu'il n'enclenche une éventuelle attaque. La dissuasion est une méthode feutrée de guerre dans laquelle les combats se mènent plutôt dans les esprits, dans la gestuelle des corps et dans la manipulation simulée des équipements militaires. C'est une forme d'influence qui porte atteinte au leadership de l'ennemi et brouille ses horizons tactiques. Le Général Thierry Burkhard, Chef d'état-major des armées parlerait de « *gagner la guerre avant la guerre* »⁸⁹. La dissuasion n'est pas une invention moderne seulement liée à l'existence des armes nucléaires.

Conclusion

La mise en œuvre du discours de l'urgence dans le but de contrer le terrorisme en Côte d'Ivoire a permis la levée de financement des projets sur la fragilité dans les régions du Nord en proie à la menace sécuritaire, notamment à partir du partenariat international. Elle permet à la Côte d'Ivoire de rendre plus consistante l'idée d'intégration de l'Etat⁹⁰. Le discours de l'urgence sécuritaire rend désormais possible la prise en compte des projets de développement des périphéries étatiques à travers la construction des infrastructures (voies de communication, centres de santé, systèmes d'adduction d'eau potable, électrification, activités de revenus pour les femmes, emplois des jeunes, etc.). La mobilisation du partenariat international permet à l'Etat d'assurer le monopole

⁸⁹ Voir R. BELLAIS, « Au-delà du budget : comment renforcer l'influence de la France », op. cit.

⁹⁰ N. ELIAS, *La dynamique de l'Occident*, Paris, Calmann-Lévy, 1975.

étatique sur son territoire en y maintenant l'ordre et la contrainte physique. Ensuite, l'analyse de la praxis du partenariat permet d'explorer les retombées des partenariats avec les puissances américaine et française comme des cas pratiques d'appuis stratégiques d'appropriation des modèles externes. Ces partenariats mettent en lumière des modèles de dispositifs se jouant simultanément sur les registres défensifs et dissuasifs⁹¹. La stratégie américaine de la police de proximité, les stages et exercices issus du partenariat franco-ivoirien participent de cette stratégie de la défense du territoire par la dissuasion. La stratégie défensive a en effet pour but de décourager tout adversaire ou ennemi potentiel – de nature terroriste en l'occurrence – d'entreprendre ou de poursuivre un projet offensif⁹². Dans la perspective de David Cumin, la dissuasion viserait donc à prévenir un comportement attentatoire aux intérêts – de l'Etat par exemple – non pas en exerçant une pression physique, mais une pression psychologique, par une menace clairement communiquée, qui n'exige de l'adversaire qu'une abstention.

⁹¹ E. ELA ELA, *La politique de défense du Cameroun depuis 1959 : contraintes et réalités*, Université de Yaoundé II (IRIC). Mémoire de DESS, 2001, p. 62.

⁹² P. REYSSET et Th. WIDEMANN, *La pensée stratégique*, Paris, PUF « Que sais-je ? », 1997, p. 62.

La coopération militaire franco-tchadienne : entre domination et partenariat

Franco-chadian military cooperation : between domination and partnership

Mahamat Ali Saleh

Doctorant en science politique, Université de Yaoundé II

mahamatalisaleh7@gmail.com

Résumé : Considéré comme un allié stratégique de la France en Afrique, le Tchad a annoncé, le 28 novembre 2024, la fin des accords de coopération militaire avec la France. Historiquement liés, les deux pays entretiennent des relations tantôt hostiles, tantôt harmonieuses. Cependant, les critiques récentes concernant leurs relations bilatérales, notamment militaires, ont motivé cette étude visant à clarifier les contours de leur coopération à travers une analyse en science politique et particulièrement en relations internationales. Il ressort que cette coopération militaire est un dispositif hybride, oscillant entre un instrument de domination au service des intérêts français et un partenariat gagnant-gagnant. Elle se traduit par une domination française lorsque cette dernière utilise l'armée tchadienne pour sa politique sécuritaire en Afrique et exerce une influence significative sur la politique intérieure du Tchad. Cependant, elle revêt un aspect mutuellement bénéfique, en permettant à l'armée tchadienne de bénéficier d'un soutien important en équipement, formation et logistique. De son côté, la France installe des bases militaires au Tchad et bénéficie de son soutien dans ses initiatives sécuritaires. En somme, malgré certains avantages pour le Tchad, cette coopération reste largement favorable aux intérêts français, consolidant leur influence dans la région.

Mots clés: coopération militaire, domination, partenariat.

Abstract: Considered a strategic ally of France in Africa, Chad announced last November the end of military cooperation agreements with France. Historically linked, the two countries maintain relations that are sometimes hostile, sometimes harmonious. However, recent criticism of their bilateral relations, particularly military relations, motivated this study aimed at clarifying the contours of their cooperation through an analysis in political science and international relations. It appears that this military cooperation is a hybrid device, oscillating between an instrument of domination in the service of French interests and a win-win partnership. It results in French domination when the latter uses the Chadian army for its security policy in Africa and exerts significant influence on Chad's domestic politique. However, it has a mutually beneficial aspect, allowing the Chadian army to benefit from significant support in equipment, training and logistics. For its part, France is installing military bases in Chad and benefits from its support in its security initiatives. In short, despite certain advantages for Chad, this cooperation remains largely favorable to French interests, consolidating their influence in the region.

Keys words : military cooperation, domination, partnership.

Introduction

Le Tchad et la France entretiennent des relations bilatérales, marquées souvent par des périodes souvent hostiles et parfois des périodes de bonne collaboration. La présence de l'un aux côtés de l'autre ne s'est jamais démentie. Au-delà des réalités historiques et francophones, ainsi que de la volonté indéfectible des deux parties de maintenir des liens solides et durables, cette relation demeure un pilier essentiel.

En effet, dans son ambition de conquérir l'Afrique et de jouer un rôle prépondérant sur la scène internationale, la France entre au Tchad en 1900, après avoir été confrontée au conquérant arabe Rabah. Les forces françaises arrivent par deux directions : une colonne venant de l'ouest de l'ancien Soudan (devenu aujourd'hui le Mali) et une colonne venant du sud de l'Oubangui-Chari avec la formation d'une armée noire sous le générique des tirailleurs sénégalais. La première se confronte au conquérant arabe Rabah à Kousseri. Au cours des combats, Rabah est tué ainsi que le commandant Lamy. Grâce à cette victoire, la France établit un camp à Fort Lamy (N'Djamena aujourd'hui). Mais la campagne militaire lancée par la France ne cesse, car des résistances armées sont organisées partout dans le pays jusqu'au temps de commande des militaires français à partir de 1918¹. Ainsi, le 17 mars 1920, le Tchad devient une colonie française et est rattaché directement au Gouvernement général de l'Afrique-Équatoriale Française(AEF)².

Cependant, grâce à sa participation aux côtés de la France dans la Seconde Guerre mondiale, cette colonie française devient un État indépendant. En effet, la période d'après la Seconde Guerre mondiale est marquée par une transformation du système colonial. Après la création de l'Union française en 1946, la colonie française du Tchad devient un territoire d'outre-mer, en intégrant la fédération française de l'Afrique-Équatoriale française(AEF). Plusieurs mouvements de contestation furent créés dans l'objectif de réclamer l'indépendance du Tchad. La décision du général De Gaulle d'organiser un référendum dans les colonies françaises d'Afrique en 1958 a permis à cette colonie de devenir la République du Tchad. Deux ans plus tard, le Tchad

¹ MARIELLE Debos, « Violences coloniales et résistance au Tchad(1900-1960) », 30 septembre 2020, www.sciencepo.fr, consulté en ligne le 28 décembre 2024 à 20h08.

² *Ibid.*

accède à l'indépendance le 11 août 1960, et François Tombalbaye devient le premier président de la République du Tchad.

Au lendemain de l'indépendance, les deux pays signent un accord de défense le 6 mars 1961. Cet accord vise l'assistance militaire française au Tchad en cas de nécessité de maintien de l'ordre sur le territoire tchadien. L'accord a été révisé en 1975 lorsque le Conseil Supérieur Militaire accède au pouvoir. Cet accord et ses deux annexes se rapportent à des concours des armées françaises au soutien logistique des forces tchadiennes. Les deux pays ont révisé l'accord le 5 septembre 2019 afin de renforcer la coopération en matière de défense et de sécurité entre eux. Cependant, le 28 novembre 2024, le gouvernement de la République du Tchad met fin à l'accord de défense avec Paris.

La première base française a été rétrocédée à l'armée nationale tchadienne le 26 décembre 2024, à l'issue d'une cérémonie organisée à l'aéroport de Faya. Le 11 janvier 2025, la France a rétrocédé au Tchad une deuxième base militaire à Abéché. Les forces françaises vont quitter le Tchad le 31 janvier 2025, date exigée par le gouvernement tchadien, suite aux propos tenus par Emmanuel Macron contre ses partenaires africains. Alors, la coopération militaire franco-tchadienne est-elle un outil de domination ou un véritable partenariat ? Cette interrogation nous amène à formuler l'hypothèse suivante : la coopération militaire franco-tchadienne est un dispositif hybride qui oscille entre un instrument de domination au service des intérêts français et un partenariat mutuellement bénéfique. Le corpus méthodologique de cette réflexion scientifique reposera sur des méthodes de collecte de données telles que les entretiens et l'analyse documentaire, tandis que les méthodes historique et dialectique serviront d'outils pour l'analyse des données. Les théories constructiviste, réaliste et libérale constitueront un cadre privilégié pour mieux comprendre et expliquer l'objet de notre périple scientifique. Pour structurer et expliquer clairement les différents points de cette étude, nous allons d'abord aborder la coopération militaire franco-tchadienne sous l'angle d'un outil de domination au service des intérêts français(I). Ensuite, nous analyserons cette coopération comme un partenariat mutuellement bénéfique (II).

I- La coopération militaire franco-tchadienne : un outil au service des intérêts français

Il sied donc dans cette partie de montrer que l'accord de défense entre les deux États n'est qu'un instrument au service des intérêts français, car il permet à la France, d'instrumentaliser les forces armées tchadiennes pour préserver ses intérêts en Afrique(A) et d'influencer et de s'ingérer dans les affaires internes du Tchad (B).

A- L'instrumentalisation de l'armée tchadienne pour la préservation des intérêts français en Afrique

Le savoir-faire des forces armées tchadiennes a été mobilisé dans les théâtres des conflits africains dans l'objectif de défendre les intérêts de la puissance tutélaire, la France. Les soldats tchadiens ont été transformés en des bras armés français en Afrique et effectuent des missions souvent secrètes, souvent officielles pour préserver les intérêts français en Afrique.

D'abord, en 1964, les forces armées tchadiennes ont épaulé les soldats français pour renverser Léon Mba de son pouvoir. Ce dernier a été renversé officiellement par un coup d'État militaire, organisé dans la nuit du 17 au 18 février 1964 par 150 militaires gabonais, dirigés par les lieutenants Jacques Mombo et Valère Essone³. Alors qu'en réalité, l'armée gabonaise n'a jamais pris part à ce coup d'État, puisqu'elle était encerclée par les soldats français et tchadiens dans ses casernes⁴. D'ailleurs, la France a préparé le coup d'État à partir du Tchad avant de le renverser avec le soutien de l'armée tchadienne, qui était parti en complément d'effectifs⁵.

Puis, au Rwanda, 130 soldats tchadiens ont été envoyés pour appuyer la mission française de Turquoise, lancée dans l'objectif humanitaire, mais elle cache des enjeux politiques français. En effet, en mai 1994 la France a organisé une réunion à huis clos à Paris avec certains Ambassadeurs des pays africains francophones, dont le Tchad, pour leur demander de s'opposer aux rebelles du Front Patriotique Rwandais et soutenir le régime de Juvenil Habyarimana⁶. Le 7 juillet 1994, Idriss

³ MOISE N'Solé Biteghe, *Échec des militaires au Gabon en 1964*, Paris/ Dakar, Éditions Chaka, Coll, « Afrique contemporaine », 1990, p. 62,

⁴ PATRICK Pesnot, *Les dessous de la Françafrique*, Paris, Nouveau Monde, Éditions, 2008, p.79.

⁵ GALI Ngoté, rapporté par LHAKAMA Benoît, *Le déploiement des soldats tchadiens en Afrique centrale entre 1958 à 2015*, Mémoire de master en Histoire, Université de N'Gaoundéré, 2016, p.118.

⁶ ALAIN Fogue Tedom, *Enjeux géostratégiques et conflits politiques en Afrique noire*, L'Harmattan, Paris, 2008, p.138

Deby annonce l'envoi de 130 soldats tchadiens au Rwanda afin d'appuyer l'opération française Turquoise⁷. Ainsi, une compagnie de Para Commandos de l'armée tchadienne, composée de 44 soldats a quitté N'Djamena le 20 juillet 1994⁸ en destination de Goma (Zaire), base arrière de l'opération Turquoise. Une semaine après, le 27 juillet, un second contingent tchadien, composé de 86 soldats a quitté N'Djamena pour rejoindre les 44 éléments envoyés précédemment à Goma⁹. Ces soldats tchadiens dirigés par le chef de Bataillon Mahamat Achakir ont été placés sous le commandement français de l'opération Turquoise¹⁰ et ont mené plusieurs opérations pour protéger les intérêts français.

Au Congo-Brazzaville, les militaires tchadiens ont mené une mission pour renverser le régime de Pascal Lissouba, devenu encombrant pour Paris. En effet, après son arrivée au pouvoir, confronté à une crise économique et sociale lamentable, Lissouba s'est rapproché du PDG d'ELF Loik le Floch-Prigent afin de lui accorder une aide financière pour payer les arriérés des fonctionnaires¹¹. Mais la société refuse¹² et il se tourne vers les firmes pétrolières américaines, qui lui accordent un prêt de 150 millions de dollars. Il met ainsi en concurrence la société française ELF avec les multinationales américaines, tout en augmentant la part des recettes pétrolières de l'État qui était à 17% passe désormais à 33%¹³. Face à cette situation, la France soutient Denis Sassou Nguesso et renverse le pouvoir de Lissouba avec l'aide des soldats tchadiens spécialement convoyés depuis la base d'Abéché par des avions militaires français¹⁴. Les soldats tchadiens avaient pour mission de « repérer et écraser les différents groupes [...] qui représentent le fer de lance du pouvoir déchu »¹⁵. L'ONG Agir Ici-Survie note que « La présence des soldats tchadiens au Congo

⁷ MAHAMAT Hissein, « Rwanda -France-Tchad : l'ANT, couloir turquoise », *Le Progrès* N°45 du 12 juillet 1994, p.3.

⁸ *Le Temps* N°3411, « Rwanda : les soldats tchadiens à Goma », 26 juillet 1994, p.2

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ AMZAT Boukari Yabara, « Denis Sassou Nguesso, terreur et prédateur à Brazzaville » in THOMAS Borrel, AMZAT Boukari Yabara, BENOÎT Collombat et THOMAS Deltombe, *L'empire qui ne peut pas mourir. Une histoire de la Françafrique : guerres, pillages, racisme, coup d'État, corruption, assassinats*, Éditions du Seuil, octobre 2021, p.1015.

¹² *Ibid.*

¹³ *Idem.*

¹⁴ Agir Ici-Survie, *Dossiers noirs de la politique africaine de la France, N°12, Sommet franco-africain au Louvre ; la sécurité au sommet, l'insécurité à la base*, L'Harmattan, 1998, pp.45-46.

¹⁵ *Ibid.*

-B est avérée : ils n'y sont pas allés en Toyota, et leur capacité de projection est entre les mains de l'armée française. Au Tchad, celle-ci pratique volontiers l'autogestion. Mais il est impensable que l'accord de l'Élysée n'ait pas été sollicité pour un engagement aérien hors du Tchad »¹⁶. Ainsi, l'armée tchadienne a appuyé les rebelles de Denis Sassou N'Guesso, pour renverser le régime de Pascal Lissouba hostile à la France.

En République démocratique du Congo (RDC) également, l'armée tchadienne a été instrumentalisée par la France pour soutenir le régime de Kabila. Menacé par les rebelles soutenus par ses anciens alliés Kagamé et Museveni, Kabila a obtenu le soutien de la Françafrique pour protéger son pouvoir. C'est au Sommet des Chefs d'État d'Afrique francophone centrale, tenu à Libreville, au Gabon, que les pays de l'Afrique centrale ont décidé avec la bénédiction de la France et de la Libye de soutenir le régime de Kabila¹⁷. Après l'arrivée à N'Djamena du général Klech et de Charles Josselin, respectivement le premier, état-major de l'armée et le second, responsable de coopération de Paris, Idriss Deby envoie 2000 soldats tchadiens en RDC, dirigés par le colonel Allatchi comme chef du contingent et le lieutenant-colonel Ngaro Nodjingar Kerim comme responsable adjoint pour soutenir Kabila¹⁸. L'ONG Agir Ici-Survie s'interroge si c'est une « coïncidence ? peu de temps après la France, par l'intermédiaire du chef d'état-major Klech et du ministre Josselin, soit venue à N'Djamena confirmer sa présence et sa coopération militaires, Idriss Deby a envoyé au Congo-K quelque 2000 soldats en soutien à Kabila »¹⁹. Ainsi, les soldats tchadiens ont été déployés avec l'aide franco-libyenne et ont mené plusieurs opérations militaires contre les hommes de Jean-Pierre Bemba.

En République centrafricaine, les forces tchadiennes ont appuyé à plusieurs reprises les missions françaises, destinées à renverser les régimes au pouvoir ou apporter un soutien face aux attaques des groupes rebelles. D'abord, l'armée tchadienne a soutenu le projet français de MISAB. Cette mission a été mise en place lors du sommet Françafrique de Ouagadougou, organisé dans la

¹⁶ *Idem*, p.87.

¹⁷ OUSMAN Moussa, « Chassé-croisé diplomatique », L'Observateur N°43 du 16 septembre 1998, p.2.

¹⁸ N'Djamena Hebdo, N°344, « Kabila débarque au palais rose », 17 septembre 1998, p.2.

¹⁹ Agir Ici-Survie, *Dossiers Noirs de la politique africaine de la France N°12, Sommet franco-africain de Louvre, Op.cit*, p.141.

capitale du Burkina Faso en 1996²⁰. La France a choisi (4) quatre pays africains de son pré carré (Tchad, Mali, Gabon et Burkina Faso) de participer à la mission internationale de surveillance des accords de Bangui, et elle apportera une aide logistique, financière et technique pour la réalisation de la mission²¹. Ensuite, l'armée tchadienne avec la bénédiction de la France a renversé le régime de Patassé, devenu encombrant pour Paris et les pays voisins²². Cependant, en 2013, en raison de rapprochement de Bozizé auprès de l'Afrique du Sud pour l'exploitation du diamant centrafricain, la France par le biais du Tchad a équipé et formé la rébellion Seleka pour renverser le régime de Bozizé²³.

Au Mali et au Niger également, l'armée tchadienne a été instrumentalisée par la France pour protéger ses intérêts économiques et stratégiques au Sahel. D'abord, elle a appuyé l'opération Serval lancée par la France au Mali pour protéger l'approvisionnement de central nucléaire française au Niger. De Gao à Kidal en passant par Diffa au Niger, l'armée tchadienne a lutté aux côtés des forces françaises pour sécuriser les sites d'exploitation minière.

Ainsi, grâce à cette coopération militaire, la France a instrumentalisé l'armée tchadienne à son service pour préserver ses intérêts en Afrique. Elle s'est également appuyée sur cette coopération pour exercer une influence sur le Tchad en s'ingérant dans les affaires internes du pays.

B- Un instrument d'influence et d'ingérence française dans les affaires internes du Tchad

La France se basant sur l'accord de défense s'est ingérée dans la scène politique tchadienne, notamment dans les conflits politico-militaires opposants les régimes au pouvoir aux groupes rebelles. Alors que l'accord de défense ne prévoyait aucune intervention militaire française au Tchad, l'armée française s'est impliquée profondément dans les conflits locaux. Elle harcèle les régimes politiques hostiles à sa politique africaine et soutient ceux qui sont favorables à son égard.

²⁰ ISAMAIL A. Diallo, « La MINURCA : gestion d'une situation conflictuelle », in *La prévention des conflits en Afrique centrale. Prospective pour une culture de la paix*, sous la direction de PAUL Ango Ela, Édition Karthala 2001, p.120.

²¹ ALAIN Fogue Tedom, *Enjeux géostratégiques*, *Op.cit*, p.254.

²² ALHADJ Garondé Dajrma, « c'est une machination politique de la France contre Patassé semblable à celle contre Goukouni en 1981 », *Le Temps* N°324 du 20 au 25 novembre 2002, p.4.

²³ EMMANUEL Chauvin, *La guerre en Centrafrique à l'ombre du Tchad : une escalade conflictuelle régionale*, Paris, AFD, 2018, p.14.

Cette coopération militaire sert à la France à maintenir le Tchad sous son contrôle. La France consciente que les régimes politiques tchadiens peuvent être renversés, ou se rebeller contre elle, a pris soin, grâce aux mécanismes de la coopération militaire de placer autour d'eux un arsenal sécuritaire très solide²⁴. Elle profite également de cette convention militaire pour s'octroyer des droits colossaux sur le sous-sol tchadien.

Se basant sur cet accord, elle installe ses bases militaires et maintient une influence au Tchad. Pour s'imposer comme une puissance sur la scène internationale, la France installe ses bases militaires au Tchad. Grâce à celles-ci, elle peut intervenir partout sur le continent africain afin de protéger ses intérêts stratégiques ailleurs qu'au Tchad. Ces bases militaires sont, en quelque sorte, des assurances vies pour les régimes politiques tchadiens²⁵.

En plus, la France interprétant de manière abusive l'accord de coopération militaire technique, intervient dans les conflits locaux²⁶. D'après le rapport numéro 46 du 27 octobre 1977 du Senat Français, rapporté par Damien Mireval, « l'accord de défense quadripartite entre la France, Tchad, Congo, République centrafricaine du 15 août 1960[avec une convention spéciale secrète relative au maintien de l'ordre datant de 1961], ainsi que l'Accord d'assistance militaire technique franco-tchadien du 19 mai 1964(qui se substituait à l'Accord militaire d'assistance technique du 11 août 1960) ont permis à la France de s'engager militairement pour assurer la défense de ses troupes et ressortissants, et donc, par extension d'intervenir en appui aux autorités tchadiennes. En janvier et février 1976, un accord de coopération militaire technique, et en mars 1976, une convention sur le soutien logistique ont été signés. Il y est précisé que les militaires français ne pourront pas participer directement à des opérations de guerre »²⁷. Malheureusement,

²⁴ Sur ce sujet, il faut lire l'article de THOMAS Deltombe qui porte sur « la souveraineté minée par la coopération : quand la France verrouille les indépendances africaines », in THOMAS Borrel, AMZAT Boukari Yabara, BENOÎT Collombat et THOMAS Deltombe, *L'empire qui ne peut pas mourir. Une histoire de la Françafrique : guerres, pillages, racisme, coup d'État, corruption, assassinats*, Éditions du Seuil, octobre 2021, p.414.

²⁵ THOMAS Borrel et YANIS Thomas, « L'Afrique francophone dans la nasse militaire française », in THOMAS Borrel, AMZAT Boukari Yabara, BENOÎT Collombat et THOMAS Deltombe, *L'empire qui ne peut pas mourir, Op.cit*, p.571.

²⁶ MARIELLE Debos, « La France au Tchad, l'opération militaire permanente », in THOMAS Borrel, AMZAT Boukari Yabara, BENOÎT Collombat et THOMAS Deltombe, *L'empire qui ne peut pas mourir, Op.cit*, p.837.

²⁷ DAMIEN Mireval, Tchad, *Les guerres secrètes de la France : les arcanes du renseignement français (1969-1990)*, Va-Editions, 2019, Paris,

la France, bien que les accords ne lui permettent pas de s'ingérer directement dans les conflits tchadiens, s'est impliquée profondément par des interventions militaires directes.

D'abord, le régime de Tombalbaye, confronté aux offensives du Front de Libération Nationale du Tchad (FROLINAT), reçoit le soutien de la France à travers l'opération Limousin, lancée en août 1968. Cette opération vise à empêcher les rebelles de renverser le régime en place. Elle dure jusqu'en 1971, avant d'être remplacée par l'opération Bison²⁸. Cependant, lorsque les relations se sont dégradées, la France a soutenu secrètement le coup d'État militaire organisé par des officiers supérieurs, qui ont renversé le régime de Tombalbaye le 13 avril 1975. Les nouvelles autorités à la tête du Conseil Supérieur Militaire ont, au début, dénoncé l'accord de coopération militaire avec la France, avant de résigner avec elle un nouvel accord de coopération militaire technique le 6 mai 1976. Les forces françaises ont soutenu le régime en bombardant les positions du FROLINAT jusqu'à l'émergence de la guerre civile de N'Djamena entre les partisans de Habré et de Malloum²⁹.

Cependant, en 1983, la France lance l'opération Manta en soutien au régime de Habré pour repousser les rebelles de Goukouni Weddeye qui avec l'aide libyenne, menacent de renverser le pouvoir de Habré. Celle-ci sera remplacée en 1986 par l'opération Épervier grâce à laquelle la France a maintenu Idriss Deby au pouvoir pendant presque trois décennies. Des troupes françaises ont pris part en 2008, dans la guerre qui a opposé Deby aux rebelles coalisés de UFDD³⁰. La France justifie son action par l'accord de coopération militaire, alors que cet accord ne prévoit aucune intervention militaire française dans les conflits tchadiens. En 2019 également, la France intervient directement en faveur d'Idriss Deby pour bombarder une colonne de l'UFR venant de la Libye en territoire tchadien³¹. De même, la France pilonne et effectue des missions de reconnaissance sur les positions des groupes rebelles, comme le CCMSR et le FACT. Après la mort d'Idriss Deby en

²⁸ AUGUSTIN Remond, « L'opération Limousin : l'intervention française au Tchad », Histoire contemporaine, 10 octobre 2024, <https://revue-histoire.fr>, le 30 décembre 2024 à 12h31.

²⁹ Face aux attaques des rebelles aidés par KHADAFI, la France lance l'opération Taccaud en février 1978 et apporte son soutien au régime de MALLOUM.

³⁰ LAURENT d'Ersu et JEAN-CHRISTOPHE Ploquin, « la France a permis à IDRIS Deby de sauver son régime », 7 février 2008, www.la-croix.com, consulté en ligne le 30 décembre 2024 à 17h14.

³¹ Il faut lire l'article de LOUIS Balmond, « L'intervention militaire de la France au Tchad en février 2019 », HAL Archives ouverte, 20 avril 2021.

avril 2021, en raison de ses intérêts au Tchad, elle impose à la tête de l'État, Mahamat Idriss Deby, malgré les contestations des tchadiens. Il faut noter également que certaines sources attribuent la mort d'Idriss Deby à la France, car il aurait tenu des discours critiques vis-à-vis de la France lors de la campagne des élections présidentielles de 2021³².

À cause de l'ingérence de la France dans les affaires internes du Tchad, surtout dans les conflits politico-militaires, l'opposition tchadienne a dénoncé maintes fois la coopération militaire entre les deux pays. Cela n'a pas empêché la France de soutenir les régimes au pouvoir au détriment de la population tchadienne. Grâce à ses bases militaires au Tchad, elle fait la loi au Tchad en remplaçant un régime par un autre. Cette politique française, empreinte de néocolonialisme et de paternalisme, positionne la France comme une puissance militaire protectrice au Tchad.

Cependant, elle a échoué à comprendre les dynamiques profondes des violences locales, s'appuyant sur une analyse régionale des conflits qui s'est fréquemment révélée inadaptée³³. Cette situation alimente les critiques croissantes des tchadiens envers la présence militaire française au Tchad. En 2023, après l'attaque meurtrière de la secte Boko Haram sur la presqu'île de Bohoma, qui a causé la mort de centaines de soldats tchadiens, l'opinion publique tchadienne a vivement dénoncé la coopération militaire franco-tchadienne. Les forces françaises, stationnées à moins de 200 km, n'ont pas apporté de soutien à l'armée tchadienne. Pourtant, elles interviennent par des frappes aériennes pour contrer des colonnes rebelles dans le nord du Tchad, à une grande distance de la capitale. De même, l'opposition tchadienne a largement critiqué les soldats français pour ne pas avoir assisté les forces tchadiennes lors de l'attaque de 27 octobre 2024 sur l'île de Barkaram, déclarant que la coopération militaire entre les deux pays n'est pas nécessaire pour le Tchad, car elle est au service de la France. C'est ce caractère paternaliste et néocolonialiste qui a amené aujourd'hui les autorités tchadiennes à mettre fin à la coopération militaire entre les deux pays.

³² IDRIS Deby a prononcé à plusieurs reprises des discours hostiles à la politique africaine de la France pendant la campagne dans certaines villes du Tchad, notamment au Guerra et autres.

³³ MARIELLE Debos, « La France au Tchad, l'opération militaire permanente », in THOMAS Borrel, AMZAT Boukari Yabara, BENOÎT Collombat et THOMAS Deltombe, *L'empire qui ne peut pas mourir*, *Op.cit.*, p.838.

Cependant, cette coopération militaire a également connu des périodes où elle s'est inscrite dans une dynamique de partenariat mutuellement bénéfique.

II- La coopération militaire franco-tchadienne : un partenariat mutuellement bénéfique

Bien vrai que la coopération militaire bilatérale est au service des intérêts français, mais elle présente également des dimensions qui reflètent une dynamique de partenariat gagnant-gagnant. Il sied donc d'analyser dans une première partie le perfectionnement des capacités des forces armées tchadiennes grâce à l'assistance militaire française(A) et l'installation des bases militaires françaises et l'appui de l'armée tchadienne aux initiatives sécuritaires françaises en Afrique grâce à la coopération militaire (B).

A- Le perfectionnement des capacités des forces armées tchadiennes grâce à l'assistance militaire française

Créée en 1960, l'armée tchadienne, issue de l'armée coloniale française, s'est vu octroyer une assistance multiforme dans le cadre de sa professionnalisation et de sa modernisation. Cette assistance s'inscrit dans les relations bilatérales franco-tchadiennes.

Dans le cadre du partenariat militaire, le Tchad a bénéficié d'une aide considérable de la part de la France dans le domaine de la formation, de l'assistance technique et de la réorganisation de l'armée. Les actions de cette coopération visent principalement la réorganisation de l'armée nationale, la formation qui demeure le socle intangible de la coopération, le soutien institutionnel de la gendarmerie par un renforcement de l'État de droit, et la santé, avec un appui au profil de l'Hôpital Militaire d'Instruction³⁴.

D'abord, de 1960 1990, l'armée tchadienne a bénéficié de l'assistance technique et militaire française afin qu'elle soit capable de répondre efficacement contre toutes les menaces sécuritaires.

Ensuite, en 1990, lorsqu'Idriss Deby accède au pouvoir, la France soutient financièrement un projet dédié à la réorganisation de l'armée tchadienne. Pour mener à bien cette restructuration

³⁴ MIREILLE Saringari, *Coopération entre la France et le Tchad*, Mémoire de Licence en Diplomatie, École Nationale d'Administration et de Magistrature du Tchad, 2012-2013, p.26.

de l'armée, la France a octroyé un financement à hauteur de 5 milliards de FCFA³⁵. Selon le colonel Michel Kreher, chef de la Mission d'Assistance Militaire au Tchad (MAM), « en octobre 1993, ils comptaient « 9500 départs et 3000 dossiers en attente. L'effectif de l'armée sera ramené à 31 000 hommes et les 2500 devraient être atteints en avril 1994 »³⁶. Dans cette perspective, six (6) régiments restructurés de 800 hommes étaient opérationnels, la gendarmerie a été reconstituée après sa suppression par le régime de Habré, et 22 escadrons d'une centaine d'hommes ont été équipés et formés³⁷. Grâce à cette aide française, les effectifs de l'armée tchadienne ont été réduits de 60 000 hommes en 1991 à près de 32 000 en octobre 1995, et plus de 27 000 combattants ont été démobilisés³⁸.

Un autre projet vise aussi la réorganisation de la Garde Nationale et Nomade du Tchad(GNNT), est développé en 2007 dans le cadre de cette coopération sécuritaire³⁹.

Ainsi, la France et le Tchad ont connu une relation diplomatique sécuritaire très profonde par rapport aux autres pays. Dans le cadre de cette coopération militaire avec la France, le Tchad a intégré le Programme de formation RECAMP (renforcement des capacités africaines de maintien de paix). Ce programme a été initié, développé et piloté par la France depuis 1994, en direction de ceux des pays africains qui désirent assurer eux-mêmes progressivement la sécurité du continent, sous l'égide de Nations unies et en accord avec l'Union africaine⁴⁰.

Le Tchad a ainsi bénéficié des nombreuses formations de l'armée française. C'est dans ce registre que, du 18 au 20 janvier 2012, la force française Épervier a organisé deux formations au profit de l'armée tchadienne. La première formation a été effectuée à Faya-Largeau, donnée par la gendarmerie prévôtale de la force Épervier à une vingtaine de gendarmes appartenant à la légion de la gendarmerie de Faya-Largeau. La seconde s'est tenue sur la base aérienne 172 de N'Djamena, par le détachement de protection(DETPRO) de la force Épervier au profit d'une vingtaine de

³⁵ Info.Tchad, N°2983 du 26 novembre 1992, « L'Armée Nationale Tchadienne : l'an deux de la réforme », p.10.

³⁶Info.Tchad, N°3254 du 30 octobre 1993, « La restructuration de l'armée tchadienne : des succès incontournables », p.4.

³⁷ *Ibid*, p.5.

³⁸ La majorité des démobilisés appartient aux forces de l'ancien régime de HABRÉ.

³⁹ MIREILLE Saringari, *Coopération entre la France et le Tchad*, *Op.cit*.

⁴⁰ Centre d'Études et de Recherche de l'enseignement militaire supérieur, RECAMP ; Concept et histoire, mars 2005, p.1.

militaires de l'armée de l'air tchadienne⁴¹. Il faut toutefois rappeler que l'armée tchadienne a bénéficié auparavant d'autres formations de la part de la force Épervier. Par exemple, entre 12 décembre 2008 et 17 janvier 2009, le détachement d'instruction opérationnelle(DIO) a donné une formation tactique et technique au profit de deux sections d'élèves officiers tchadiens de l'école de Koundoul⁴².

Dans la même dynamique, le groupement terre de la force Épervier a conduit quatre détachements d'instruction opérationnelle (DIO) au profit d'une vingtaine d'instructeurs de l'armée tchadienne du grade de Sergent à celui de Capitaine. Ces formations ont été réalisées du 26 août au 20 septembre 2013, sur une période de quatre semaines. La première formation est basée sur les techniques et attitudes militaires pédagogiques. La deuxième formation est centrée sur la topographie. La troisième formation, quant à elle, est centrée sur les actes réflexes et les actes élémentaires du combattant. Et la dernière est consacrée au combat en engins blindés⁴³.

Plusieurs autres formations au profit des forces armées tchadiennes ont été réalisées par les forces françaises que ce soit par la force Barkhane ou encore la force Épervier. Et ces formations sont réalisées dans le cadre des démarches bilatérales régulières entre les deux pays.

Cependant, l'émergence de la crise politico-militaire malienne a renforcé le lien militaire entre la République du Tchad et la France, le premier devient le pivot de la seconde dans la lutte contre le terrorisme en Afrique.

Dans le cadre de l'opération Barkhane, le Tchad a bénéficié d'une enveloppe de 600 000 euros sur une période de trois(3) ans, se déclinant entre trois volets principaux : l'anticipation et l'identification du risque terroriste, l'amélioration des capacités opérationnelles d'intervention et la recherche des preuves en ce domaine⁴⁴. Par ailleurs, la France a soutenu les forces tchadiennes avec des missions de reconnaissance au-dessus du Tchad-Cameroun en mettant en place une cellule

⁴¹ Ministère de la Défense et des Anciens Combattants, « Tchad : les EFT forment l'armée tchadienne », 27 janvier 2012.

⁴² La dépêche du Midi, « Armée : les paras instructeurs au Tchad », 31 janvier 2009, consulté le 18 juillet 2024 à 12h45.

⁴³ Ministère de la Défense, « Tchad : le groupement terre forme les instructeurs de l'armée tchadienne », 4 octobre 2013.

⁴⁴ Ambassade de la France au Tchad, « Lutte antiterroriste, coopération franco-tchadienne », 21 octobre 2014.

de coopération et de liaison du renseignement à N'Djamena, dans le but de permettre aux états-majors du Tchad, de la France et du Niger de partager les informations sécuritaires⁴⁵.

Cependant, cette coopération militaire a également été bénéfique pour la France, qui a non seulement installé ses bases militaires sur le territoire tchadien, mais également reçu une aide considérable du Tchad dans la lutte contre les menaces sécuritaires en Afrique.

B- L'implantation des bases militaires françaises et l'appui de l'armée tchadienne aux initiatives sécuritaires françaises en Afrique grâce à la coopération militaire

Depuis plusieurs décennies, le Tchad et la France ont été des alliés cruciaux, notamment dans le domaine sécuritaire. Considéré comme maillon essentiel de la présence militaire française en Afrique, le Tchad n'a jamais cessé d'être considéré comme « un espace stratégique pour la France, une marche militaire au point de contact entre une Afrique blanche et une Afrique noire »⁴⁶.

Soulignons que la France a toujours voulu disposer d'une série de plates-formes aéroterrestres servant d'escales intermédiaires sur une ligne transversale oblique nord-ouest sud-est, afin d'assurer les liaisons considérées comme essentielles vers Mayotte et la Réunion⁴⁷. En raison de la fermeture des espaces aériens algérien, syrien, jordanien, soudanais et israélien aux avions militaires français, le Tchad a été choisi comme l'une de ces plates-formes stratégiques, grâce à la coopération militaire franco-tchadienne.

Dans cette perspective, la France a déployé en 1978 plus de 980 hommes au Tchad⁴⁸. En effet, suite au retrait des forces françaises de la République centrafricaine, la France a constitué au Tchad une force qui regroupe les soldats de l'armée de terre et de l'air, soit un des plus importants contingents français sur le continent africain. Elle a également déployé au nom de l'opération

⁴⁵ CHATELOT Christophe, « Pourquoi le Tchad s'engage dans la lutte contre Boko Haram ? », *Le monde*, le 2 février 2015, consulté en ligne le 21 janvier 2025 à 21h 45 sur www.lemonde.fr.

⁴⁶ RONAN Corcoran, « La présence militaire de la France au Tchad, histoire d'une continuité postcoloniale », *Afrique : perspectives*, 15 mars 2019, <https://www.isd.sorbonneu.fr>, consulté en ligne le 2 janvier 2025 à 16h37.

⁴⁷ ANDRÉ Moulin, *La France militaire et l'Afrique : coopération et interventions : un état des lieux*. Éditions GRIP, Bruxelles, 1997, p.15.

⁴⁸ *Le Temps* N°147, « La France pourrait conclure un accord de défense avec le Tchad », du 23 décembre au 12 janvier 1999, p.2.

Épervier 950 hommes en 1986 à N'Djamena, mais aussi à Abéché et Faya⁴⁹. Cette opération a permis à la France de contrôler les pays voisins du Tchad les plus attrayants. Elle a également servi à la puissance coloniale de contenir l'avancée de la Libye de Kadhafi, jugée proche de la Russie et qui risque d'influencer le Tchad. L'ex-président français, François Mitterrand, soulignait que « si le Tchad tombe, le Niger et le Cameroun craqueront, mettant en péril l'influence française en Afrique. Pour moi, ce qui compte, c'est l'unité, l'intégrité et la souveraineté du Tchad »⁵⁰.

Dans cette veine, la France déploie également une opération au nom de Barkhane au Sahel, dont le Tchad abrite le centre de commandement de la force. Cette force française prend le relais du dispositif Épervier qui a pris fin en août 2014. La force Barkhane se répartit dans les cinq pays du G5-Sahel : le Tchad, le Mali, le Burkina Faso, le Niger et la Mauritanie. La base principale de cette force s'installe à N'Djamena, avec « une base aérienne projetée qui compte des avions de chasse et de transport et une force de projection terrestre. Elle comprend également le centre de commandement interarmées des opérations, depuis lequel sont pilotées les actions contre les groupes djihadistes »⁵¹. La première réunion de la force Barkhane fut organisée le 21 octobre 2014 à N'Djamena. Grâce à cette coopération, la force Barkhane a été le fer de lance de la France contre le terrorisme qui menace ses intérêts au Sahel. Elle a piloté les opérations depuis le territoire tchadien, principalement de la capitale tchadienne N'Djamena, qui est une sorte de « porte-avions » pour la France⁵².

Cette diplomatie militaire entre les deux États a également permis à la France d'avoir l'aide crucial du Tchad dans ses missions sécuritaires en Afrique. Les soldats tchadiens ont été déployés comme nous l'avons montré ci-haut dans les théâtres des conflits africains afin d'appuyer les missions sécuritaires françaises⁵³, notamment l'opération Serval de 2013 au Mali ou l'opération

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ PIERRE Favien, MICHEL Martin-Roland, *La décennie Mitterrand.1, Les ruptures (1981-1984)*, Paris, le Seuil, 1999, p.17.

⁵¹ VINCIANE Joly, « Tchad : quarante années de présence des forces française depuis l'opération Manta », *La Croix*, 9 septembre 2023, consulté en ligne le 18 juillet 2024 à 11h 06 sur www.lacroix.fr.

⁵² RONAN Corcoran, « La présence militaire de la France... », *Op.cit.*

⁵³ En effet, les soldats tchadiens ont assisté les forces françaises dans plusieurs théâtres des conflits africains à savoir : au Gabon, au Togo, au Rwanda, au Congo-Brazzaville, en République Démocratique du Congo, en République centrafricaine, au Cameroun, au Mali, au Nigeria et au Niger. Notons également que le Tchad a été la première colonie

Barkhane à partir de 2014. Le Tchad a été l'allié clé dans cette dernière opération contre les groupes terroristes au Sahel, en permettant à la France d'établir une base stratégique dans la capitale Tchad, qui a servi de quartier général pour les forces françaises. Par ailleurs, le Tchad a apporté un soutien diplomatique à la France dans ses initiatives sécuritaires, visant à mobiliser les partenaires africains et internationaux pour la stabilisation du Sahel.

Géraud Magrin explique cette aide tchadienne à la France par « la relation franco-tchadienne, outre ce vieux compagne d'armes, s'inscrit dans la volonté occidentale et africaine de mettre en place une répartition des rôles dans la gestion des crises adaptées au contexte post-guerre froide. Cette ambition remonte à la fin des années 1990, quand, face à la multiplication des conflits en Afrique et au génocide rwandais, les États-Unis, le Royaume uni et la France s'entendent sur le besoin de coordonner leurs appuis en matière de renforcement des capacités africaines de maintien de la paix(...) afin que celles-ci soient en mesure d'intervenir en première ligne dans les opérations de maintien de la paix à mener en Afrique, quitte à ce que les pays occidentaux apportent un soutien logistique, en matière de renseignement, voire de couverture aérienne, selon les nécessités propres à chaque théâtre(...) si nous ne connaissons pas la nature des discussions entre autorités politiques et militaires française et tchadienne(...), mais au moins, l'armée de l'ancienne puissance coloniale n'est pas seule »⁵⁴.

Ainsi, cette coopération militaire franco-tchadienne, bien qu'elle présente des avantages pour les deux pays, semble servir davantage les intérêts de la France que ceux du Tchad. En effet, elle permet à la France non seulement de maintenir une influence significative sur le Tchad en soutenant des dirigeants favorables à ses intérêts, mais en plus d'utiliser l'armée tchadienne comme un outil dans la mise en œuvre de sa politique sécuritaire en Afrique.

française à avoir répondu à l'appel d'aide du général de Gaulle pendant la Seconde Guerre mondiale. Et grâce à la division du général LERCLERC, qui a quitté le Tchad dont la France a été libérée.

⁵⁴ GÉRAUD Magrin, 2016, p.6, in RAKHIS Manamom Israel, *La politique étrangère du Tchad en Afrique centrale : fondements sécuritaires, enjeux géopolitiques et géostratégiques*. Thèse de Doctorat Ph/D en Gouvernance et Intégration régionale, Université Panafricaine de Yaoundé II-Soa, 2019, p.367.

Conclusion

En définitive, il ressort de cette analyse que la coopération entre le Tchad et la France, principalement dans le domaine militaire, remonte à une époque ancienne et repose sur des bases historiques solides. Le Tchad a été la première colonie française à répondre à l'appel à l'aide du général De Gaulle lors de la Seconde Guerre mondiale. L'accord de défense signé au début de l'indépendance, révisé en 1976 et 2019, est aujourd'hui sur le point de sonner le glas. Cette coopération militaire a servi à la fois d'instrument de domination au service des intérêts français en Afrique et de partenariat mutuellement bénéfique pour les deux pays. D'une part, la France a instrumentalisé l'armée tchadienne pour défendre ses intérêts dans les pays africains, tout en exerçant une influence sur la politique intérieure du Tchad, en soutenant des dirigeants favorables à ses intérêts et renversant ceux hostiles à sa politique vis-à-vis du Tchad. D'autre part, la coopération a permis à l'armée tchadienne de bénéficier d'une aide considérable de la France en matière d'équipement, de formation et de logistique. Parallèlement, elle offre à la France l'opportunité d'installer des bases militaires sur le territoire tchadien et d'obtenir le soutien tchadien dans ses initiatives sécuritaires en Afrique. Bien que cette coopération ait apporté certains avantages au Tchad, elle s'est avérée largement favorable aux intérêts français, consolidant leur influence politique, économique et stratégique dans la région.

RARJP
ISSN: 2958-1567
www.revuerarjp.com
revuerarjp@gmail.com