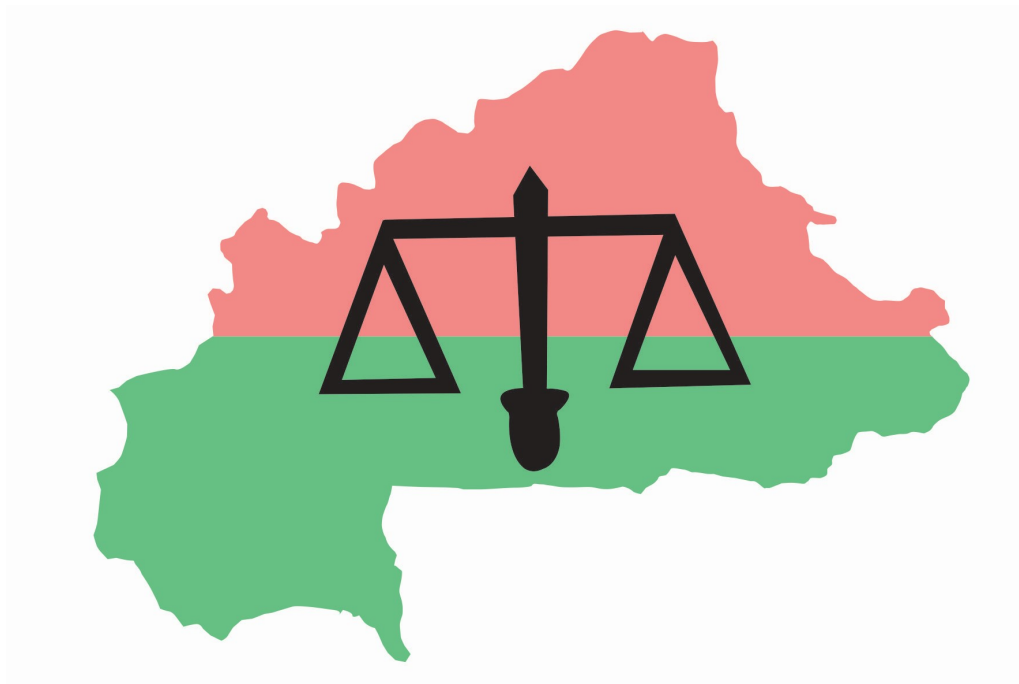


Revue Burkinabè de Droit



Revue semestrielle

N° 61 – 2^e SEMESTRE 2020

Revue Burkinabè de Droit

Revue semestrielle

N° 61 – 2^e SEMESTRE 2020

REVUE BURKINABÈ DE DROIT (RBD) OUAGADOUGOU

COMITÉ DE DIRECTION

- Pr SAWADOGO Filiga Michel, Professeur titulaire
- Pr LOADA G. AUGUSTIN, Professeur titulaire
- Pr OUEDRAOGO Sèni, Rédacteur en chef de la RBD
- Dr DABIRE N. Julien, Directeur de l'UFR/SJP

COMITÉ SCIENTIFIQUE

- Pr ANOUKAHA François, Université de Yaoundé, Cameroun
- Pr BA T. Ahmed UFR/SJP, Université Ouaga II, Burkina Faso
- Pr BADJI Mamadou, Université Cheick Anta Diop, Sénégal
- Pr CHAPPUIS Christine, Université de Genève, Suisse
- Pr DIARRA Eloi, Université de Rouen, France
- Pr FAU - NOUGARET Matthieu, Université de Bordeaux, France
- Pr FILALI Osman, Institut d'Etudes Politique de Lyon, France
- Pr LOADA G. Augustin, UFR/SJP, Université Ouaga II, Burkina Faso
- Pr LOURDE Albert, Université de Perpignan, France
- Pr MELEDJE Djedro Francisco, Université de Cocody, Côte d'Ivoire
- Pr MESCHERIAKOFF Alain-Serge, Institut d'études politiques de Lyon, France
- Pr MEYER Pierre UFR/SJP, Université Ouaga II, Burkina Faso
- Pr N'DIAW Diouf Université Cheick Anta Diop, Sénégal
- Pr POULET Yves, Université de Namur, Belgique
- Pr SANTOS Akuété Pedro, Université du Bénin, Faculté de Droit, Togo
- Pr SAWADOGO Filiga Michel, UFR/SJP, Université Ouaga II, Burkina Faso
- Pr SOMA Abdoulaye UFR/SJP, Université Ouaga II, Burkina Faso
- Pr SOSSA Dorothée Cossi, Université de Cotonou-Calavi, Faculté de Droit, Bénin
- Pr YONABA Salif UFR/SJP, Université Ouaga II, Burkina Faso

COMITE DE REDACTION

Rédacteur en chef

- Pr OUEDRAOGO Séri, Professeur titulaire

Membres

- Dr DABIRE N. Julien, Directeur de l'UFR/SJP
- Pr KABRE W. Dominique, Maître de conférences agrégé
- Pr TOE Souleymane, Maître de conférences agrégé
- Dr NAMOUNTOUGOU Aldjima Matthieu, Maître-assistant
- M. YOUNGBARE Pierre Laurent Dieudonné, Chercheur

ADMINISTRATION

CENTRE D'ETUDES JURIDIQUES ET DE DOCUMENTATION
UFR/Sciences Juridiques et Politiques
Université Ouaga II - BURKINA FASO

E-mail. rbd@univ-ouaga2.bf

Tél. : (+226) 62616501

SOMMAIRE

EDITORIAL

Remerciements de l'équipe sortante	7
Hommages à YOUGBARE Pierre L. D.	9

1. DROIT PRIVE

KALIEU ELONGO Yvette Rachel , La conversion des procédures collectives.....	11
KANGAMBEGA Élisabeth L. , L'exécution forcée des décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage et des sentences arbitrales impliquant le droit de L'OHADA	41
OUEDRAOGO Edouard , Les droits de la défense dans la procédure pénale burkinabè	97
DABO Aïssata , L'exonération de la responsabilité pénale du dirigeant social-délégué en droit OHADA au regard du droit français.....	127

2. DROIT PUBLIC

KASSABO Léon Dié , Réflexions sur quelques singularités du constitutionnalisme africain	165
SAWADOGO Elvis Flavien , L'exercice du pouvoir normatif par le juge administratif burkinabè	199
OUEDRAOGO Bienvenu Venceslas Wendpanga , Le principe de l'intégrité territoriale en droit constitutionnel d'Afrique noire francophone.....	231
OUANDAOGO Abdul Aziz Wendkuni , La garantie juridictionnelle de la séparation des pouvoirs en Afrique noire francophone	259
AHOUISSOU Muriel , La technologie de la blockchain : le futur de la commande publique des États de l'UEMOA ?	287
SOBZE Serge François , La contribution des juridictions communautaires au processus d'intégration sous-régionale en Afrique francophone	303

REMERCIEMENTS

Je voudrais profiter de la fin de ma mission en tant que rédacteur en chef de la RBD pour remercier les membres du comité de gestion de la revue, les contributeurs et les lecteurs. Mes remerciements sont particulièrement adressés au professeur SAWADOGO Filiga Michel qui m'a incité à accepter la lourde responsabilité qui fut la mienne pendant 6 ans. La gestion d'une revue est une immense charge de travail qui ne se laisse pas imaginer. Le rédacteur en chef doit recevoir les contributions, les anonymiser et identifier des évaluateurs indépendants pour assurer la qualité scientifique que tout journal scientifique doit avoir. A défaut de trouver un évaluateur, il faut s'y substituer lorsque l'article rentre dans le champ de vos compétences.

Or, l'exigence de l'évaluation est récusée par certains contributeurs qui peinent à comprendre la règle de l'obligation de se soumettre aux jugements des pairs. Je crois avoir constamment ressassé le principe de l'évaluation.

Au total, j'ai pris du plaisir à diriger la RBD et d'avoir permis la régularité semestrielle de sa parution. Mieux nous avons ensemble permis à la RBD de s'installer durablement dans la publication du troisième numéro annuel, dont un numéro spécial consacré soit aux hommages aux retraités, soit aux candidats à l'agrégation.

Le Pr KABRE Dominique est désormais appelé à reprendre le relais et de porter haut le flambeau de notre revue. Je lui souhaite une bonne chance et réitère ma constante disponibilité à lui partager ma modeste expérience.

Séni Mahamadou OUEDRAOGO

HOMMAGES A PIERRE L. D. YOUGBARE

Il est des hommages que l'on prend le plaisir de rédiger. Celui réservé à YOUGBARE Pierre Laurent Dieudonné dans ce numéro en est un exemple. Né à Ouaga le 02 décembre 1960, Pierre a été pendant longtemps la figure technique, informatique de la Fac de droit de la désormais UFR/SJP de l'Université Thomas Sankara.

Pierre Yougbaré a fait un brillant parcours à l'Ecole supérieure de droit (ESD) de l'Université de Ouagadougou de 1982 à 1987 d'où il sortira avec une Maîtrise en Droit des affaires assortie de la mention assez bien. Sa passion pour l'informatique le conduira à un Master de spécialisation en Droit et Gestion des Technologies de l'Information et de la Communication (DGTIC) des Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur (BELGIQUE).

Au plan de son expérience professionnelle, Pierre a été chef du Centre d'études juridiques et de documentation (CEJD) à l'UFR/SJP de l'Université Thomas SANKARA jusqu'en 2020.

Avec sa double casquette de Juriste et informaticien, Pierre a marqué la faculté de droit à travers un rôle hautement important dans le rayonnement du Centre de recherche, aujourd'hui Centre d'études juridiques et de documentation. Les étudiants se remémoreront les fiches de TD tirées sur du papier recyclé de couleur rougeâtre. Ces documents permirent de vitaliser les travaux dirigés et d'en faire un excellent instrument de didactique et de transmission pédagogique des techniques juridiques aux étudiants. La fin de la coopération belgo burkinabè en matière universitaire, du moins celle au profit de la faculté de droit, sonna malheureusement le glas de cet excellent support de formation.

Enseignant vacataire durant une décennie (1994 à 2003), il a dispensé le cours d'initiation à l'informatique aux étudiants de 5^{ème} année (DESS) en droit.

Pierre s'est aussi et surtout illustré dans l'élaboration et l'animation de la collection des « Codes et lois du Burkina Faso », objectif final du projet « Codification du droit burkinabè » initié par le professeur CEREXHE Etienne à travers son ONG belge les « Amis de la Faculté de droit » (1985-1991).

Les « Codes et lois du Burkina Faso » sont une collection de neuf (9) tomes couvrant toutes les matières du droit burkinabè. Sa production a nécessité le recensement et la collecte des textes législatifs et réglementaires applicables au Burkina Faso sur :

- plus de deux siècles de recherches documentaires, d'analyse, de mise à jour et d'harmonisation ;
 - plus de cent ans de Journaux officiels dépouillés systématiquement (soit plus 5 000 J.O. de l'AOF, de la Haute Volta, de la Côte d'Ivoire, du Burkina Faso...) ;
- et

- des dizaines de documents officiels consultés (Juris-classeur de la France d'outre-mer, Recueils de législation, de doctrine et de jurisprudence coloniales, Répertoire des textes applicables en Afrique occidentale française de G. SEAGALON, Codes et lois pour la France, l'Algérie et les colonies de A. CARPENTIER, etc...

La couleur kaki et le volume impressionnant des codes sont parmi les caractéristiques les plus connus de ces ouvrages. L'étudiant sérieux et ambitieux devait s'en approprier sans imaginer que Pierre était en amont pour la recherche et la collecte des textes de portée générale, et se chargeait également en aval de leur tri et sélection, analyse, consolidation et mise à jour, mise en forme et en page avant édition. Il a été chef du projet « Codification du droit burkinabè » qu'il a mené à bien jusqu'à l'an 2000, grâce notamment au soutien de la coopération des Royaumes de Belgique et de Danemark.

Afin de donner une suite au projet codification par l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication, et de contribuer ainsi à asseoir le Burkina Faso dans la nouvelle société de l'information, Pierre a initié et réalisé, dans le cadre du projet PADEG, la base de données juridique dénommée « Fasolex » contenant la législation, la jurisprudence et la doctrine burkinabè.

Toujours dans le même cadre, il a contribué à l'élaboration des Précis de droit burkinabè.

Pierre a aussi et surtout participé à plusieurs projets de recherche dans des départements ministériels et/ou des programmes.

En ce qui concerne la Revue burkinabè de droit, Pierre a commencé à publier la Chronique de législation à partir du numéro 25 (janvier 1994) de la RBD. Il devint membre de son Comité de rédaction à partir du numéro 35 établi pour le 1^{er} semestre 1999.

La sortie des cadres de l'Administration de Pierre va certainement porter un coup dur à la RBD et au Centre d'études juridiques et de documentation. Gageons qu'avec son départ, de nouvelles compétences et une nouvelle vision viennent porter le renouveau de l'UFR/SJP dans le nouveau cadre et l'environnement de l'Université Thomas Sankara.

Séni Mahamadou OUEDRAOGO
Rédacteur en chef de la RBD

LA CONVERSION DES PROCEDURES COLLECTIVES

1. La diversité des procédures de traitement des difficultés¹ d'une entreprise qu'elles soient préventives ou curatives impose au juge de faire le choix de la procédure applicable. Ce choix est d'une importance capitale sur le sort du débiteur². Il tient compte, très souvent, de la situation économique du débiteur au moment où le tribunal statue³. Dès lors, « le tribunal doit être exactement informé pour pouvoir statuer sur le principe même de l'ouverture de la procédure et sur le choix de la procédure »⁴.

2. Or, il arrive souvent qu'au moment où il est amené à statuer, le tribunal ne dispose pas de tous les éléments nécessaires ou que les éléments fournis ne reflètent pas la situation réelle de l'entreprise. Quand bien même le tribunal aurait bien apprécié la situation du débiteur, il est possible que celle-ci évolue au cours de la procédure⁵. Il faut en tirer les conséquences. Ceci explique qu'une procédure ouverte ait parfois un caractère provisoire⁶. C'est pourquoi, certains auteurs appelaient, il y a longtemps déjà, à la prudence du juge en ce sens : « Les tribunaux doivent hésiter à prononcer la faillite sur le siège, sans un examen très approfondi. Ils doivent préférer prononcer un jugement de règlement judiciaire, sauf à le transformer par la suite en faillite s'il y a

¹ Pour une approche comparative des procédures collectives, lire par exemple : Pour la Grèce, LIAKOPOULOS Tharassis, « Le redressement des entreprises en difficultés en droit hellénique », *RIDC* n° 4, 1985, p. 986 et sv. En Italie, une nouvelle loi du 14 février 2019 a réformé le droit des procédures collectives. Sur une brève présentation de cette loi, lire : Pirola Pennuto Zei and associati, La réforme des procédures collectives en Italie, <https://lepetitjournal.com/milan/actualites/la-reforme-des-procedures-collectives-en-italie-254594>, consulté le 17 février 2020. Pour le droit britannique, lire par ex. : MARKS David, « Les procédures d'insolvabilité en Grande Bretagne », *Petites Affiches*, n° 119, 16 juin 2005, p. 7 et sv. Adde : SEVERIN Eric, Du JARDIN Philippe, « Procédures collectives américaines et européennes : quels objectifs pour quelle efficacité ? » *Revue Banque*, n° 757, Février 2013, p. 56 et sv. ; POCHET Christine, « Traitement légal de la défaillance et gouvernance : une comparaison internationale », *Revue internationale de droit économique* 2001/4 t. XV, 4 | pages 465 à 488 -<https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droiteconomique-2001-4-page-465.htm> consulté le 15 janvier 2020.

² Un auteur n'a pas hésité à qualifier la décision d'ouverture d'une procédure collective de « décision grave ». COQUELET Marie-Laure, *Entreprises en difficultés Instruments de paiement et de crédit*, Hypercours, Dalloz, 6^{ème} édition, 2017, p. 117, n° 150.

³ Existence ou non de la cessation des paiements, débiteur relevant de la procédure de droit commun ou de la procédure simplifiée, etc.

⁴ LE CORRE Pierre-Michel, *Pratique des procédures collectives*, Dalloz, 2001, p. 100.

⁵ LUCAS François-Xavier, *Manuel de droit de la faillite*, PUF, 2016, p. 111, n° 117 qui affirme : « Il n'est pas rare que la situation de l'entreprise évolue alors qu'elle se trouve soumise à une procédure collective ». Il arrive parfois, mais rarement, que cette évolution soit positive lorsque les difficultés à l'origine de la procédure ont disparu.

⁶ Elle traduit d'abord l'idée du caractère réversible voire provisoire de l'ouverture d'une procédure collective, qu'elle soit préventive ou de redressement. Seule la procédure de liquidation des biens est, de tout temps, considérée comme une procédure irréversible.

lieu »⁷. Plus récemment, un auteur affirmait que « lorsque l'hésitation reste permise, un redressement judiciaire peut être ouvert qui ne sera converti en liquidation judiciaire qu'une fois qu'il sera établi qu'aucun plan de redressement sérieux ne peut être arrêté »⁸. Les juges peuvent donc être amenés à convertir la procédure initialement ouverte en une autre.

3. La conversion des procédures collectives est une réalité. Pour autant, elle ne semble pas avoir suscité une attention particulière pour la doctrine⁹. Ce désintérêt n'est pas propre au droit des procédures collectives. De manière générale, la question de la conversion ne suscite pas beaucoup d'intérêt¹⁰. Peut-être parce que la notion elle-même n'est pas d'appréhension aisée.

4. La conversion est définie comme le passage, le changement d'une situation à une autre¹¹. La notion n'est pas propre au droit, encore moins au droit des procédures collectives. Elle est utilisée assez souvent dans des domaines aussi variés que la religion, l'informatique, l'environnement ou l'économie¹².

5. En droit, tout en admettant que la notion est peu explorée¹³, il y a des domaines où on la retrouve régulièrement¹⁴. En droit des biens, la loi prévoit la conversion de l'usufruit en rente viagère¹⁵. En droit de la famille, on connaît la conversion de la séparation de corps en divorce¹⁶. La conversion, en droit des sociétés commerciales,

⁷ LAGARDE Maurice, MEJANES Louis, *Traité formulaire de la faillite et du règlement judiciaire Décret-Loi du 20 mai 1955*, LGDJ, Paris, 1956, p. 8. Dans le même sens, un auteur relevait que « Une grande rigueur est donc nécessaire dans le choix du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens » CHAPUT Yves, *La faillite, Que sais-je ?* PUF, 1981, p. 11.

⁸ LUCAS François - Xavier, *Manuel de droit de la faillite*, op. cit., p. 111, n° 116.

⁹ Voir cependant : MASTRULLO Thomas, « La conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire », *Revue des procédures collectives* n° 2, Avril 2008, étude 19.

¹⁰ Voir toutefois, pour une étude récente : BOUAZIZ Hamed, *La conversion des actes juridiques*, Thèse, Université Jean Moulin (Lyon 3), 2017.

¹¹ Selon le Dictionnaire français Larousse Convertir c'est changer, transformer une chose en une chose différente.

¹² En religion, la conversion renvoie à l'abandon d'une religion pour une autre. En informatique, la conversion c'est le changement de forme d'un fichier, le passage d'un format à un autre. En droit de l'environnement, on a beaucoup entendu parler ces dernières années en France, de la prime à la conversion instituée dans le cadre de la protection de l'environnement et qui encourage les automobilistes à échanger leurs vieux véhicules polluants contre des voitures plus propres au regard des exigences environnementales. En économie et en particulier dans le domaine monétaire, on parle de la conversion monétaire qui est le changement d'une monnaie pour une autre.

¹³ BOUAZIZ Hamed, *La conversion des actes juridiques*, Thèse précitée, p. 24, n° 24.

¹⁴ Sur quelques applications de la conversion, lire BOUAZIZ Hamed, thèse précitée, n° 29.

¹⁵ Elle est définie comme « une opération par laquelle l'usufruit - et dans certains cas le droit d'habitation dont jouit le conjoint survivant sur certains biens est remplacé par un autre droit - tel une rente ou un capital avec pour conséquence que le conjoint survivant perd tout droit sur le bien grevé d'usufruit ». Voir article 759 du code civil français.

¹⁶ Article 308 alinéa 1 code civil de 1804 applicable au Cameroun ; article 185 du code de la famille du Sénégal ; articles 306 et 307 du code civil français.

renvoie, s'agissant particulièrement des titres sociaux, à l'opération par laquelle un titre, soit revêtira dans l'avenir une nouvelle forme, soit sera échangé avec un autre titre d'une autre nature¹⁷. La conversion des actes juridiques encore appelée conversion par réduction, quant à elle, est un mécanisme assez connu en droit des obligations¹⁸. Elle est définie comme l'opération qui consiste à tirer d'un acte nul un autre acte nouveau valable lorsqu'il correspond à l'intention des parties et que ses conditions de validité sont réunies¹⁹.

6. Par contre, la conversion semble presque incompatible avec le droit processuel. Appelée « conversion par changement de procédure »²⁰ ou « conversion procédurale » par opposition à la conversion par changement d'état, elle suppose « qu'une procédure nouvelle va prendre le relais d'une procédure précédente »²¹. Cette situation serait relativement rare. Tout au plus peut-on envisager la conversion des actes de procédure ou de certaines mesures d'exécution dont certains sont assez bien connus²².

Associée au droit des procédures collectives, la conversion semble encore plus difficile à admettre. Elle peut être vue uniquement comme un incident qui émaille le déroulement d'une procédure qui est en cours. Loin de cette image simpliste, la conversion de procédure collective est surtout une mesure, issue d'une décision judiciaire, qui peut modifier profondément le déroulement d'une procédure ouverte. Ceci peut justifier l'intérêt accordé à son étude.

7. Il y a longtemps que la conversion a été admise en droit des procédures collectives. En se limitant au droit français qui a largement inspiré le droit applicable dans de nombreux pays, on relève que l'article 573 Cce de 1807 tel qu'issu de la Loi du 4 mars

¹⁷ Titres au porteur changés en titres nominatifs, obligations changées en actions. On parle également de la conversion des créances en capital.

¹⁸ Quelques auteurs s'y sont intéressés : BOUAZIZ Hafedh, *La conversion des actes juridiques*, thèse précitée ; COURET Alain, « La notion juridique de conversion », *Mélanges offerts à Pierre Vigreux, Collection Travaux et recherches de l'I.P.A.-I.A.E.*, 1981, T. 1, p. 219-260 ; BOUDJKA Augustin, *La conversion par réduction, contribution à l'étude des nullités des actes juridiques*, RTD Com 2002, p. 223 et sv. ; GOUT Olivier, « Le juge et l'annulation du contrat », *RIDC* Vol. 52, n° 3, Juillet-septembre 2000, p. 675 et sv.

¹⁹ GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, *La formation du contrat*, LGDJ, 2013.

Monsieur BOUAZIZ, dans sa thèse, a proposé la définition suivante de la conversion de l'acte juridique : la conversion est « la technique qui donne effet, en dehors de l'intervention d'une volonté, à un acte juridique, lorsque les éléments qui demeurent correspondent à la définition d'une figure juridique nouvelle », BOUAZIZ Hafedh, *La conversion des actes juridiques*, thèse précitée, p. 41, n° 35.

Lorsqu'elle est étudiée, la conversion des actes juridiques n'est parfois appréhendée qu'à l'aune de notions classiques plus connues telles que la novation, la réfaction ou encore la nullité partielle de sorte que certains auteurs pensent qu'on peut toujours la ramener à ces notions.

²⁰ COURET Alain, op. cit., n° 8.

²¹ COURET Alain, op. cit., loc. cit.

²² On citera par exemple : la conversion de la saisie conservatoire des meubles ou des droits d'associés et valeurs mobilières en saisie-vente ; la conversion de la saisie conservatoire des créances en saisie attribution.

1889 en son article 19 avait déjà prévu la conversion de la liquidation judiciaire en faillite. La réforme du droit français de la faillite par le Décret-Loi du 20 mai 1955 qui a institué la procédure de règlement judiciaire, entraîna une modification du droit applicable. L'article 137 du Décret disposait alors que « Par jugement rendu en audience publique, d'office ou sur demande, soit de l'administrateur, soit des créanciers, soit sur le rapport du juge commissaire, le débiteur entendu en chambre de conseil ou dûment appelé par pli recommandé avec demande d'avis de réception, le tribunal convertit, s'il y a lieu dans les conditions ci-après, le règlement judiciaire en faillite ». La Loi du 13 juillet 1967 intervenue par la suite organisait également plusieurs hypothèses de conversion. Par exemple, l'article 7 prévoyait la conversion à tout moment du règlement judiciaire en liquidation des biens et disposait par ailleurs que la faillite personnelle des dirigeants entraînait nécessairement la résolution du concordat et la conversion du règlement judiciaire en liquidation des biens²³. Il s'est agi de ce qu'un auteur a qualifié « d'interférences fâcheuses entre le sort de l'homme et celui de l'entreprise »²⁴. Pourtant, dès 1967, le législateur français a voulu « dissocier les solutions de nature économique et financière des sanctions qui frappent les débiteurs malhonnêtes »²⁵.

Au fil des réformes du droit français des procédures collectives devenu droit des entreprises en difficultés²⁶, le principe de la conversion des procédures est demeuré. Les législations successives l'ont reçu avec plus ou moins de modifications mais sans bouleversements majeurs. La Loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, marquée par une réforme en profondeur du droit des entreprises en difficultés, maintient le principe de la conversion et en prévoit différents cas²⁷. Sous l'empire de cette loi également, la conversion de procédure était

²³ Cette hypothèse de conversion a été analysée par la doctrine comme traduisant une absence de dissociation entre le sort des dirigeants et celui de l'entreprise puisque « la conversion du règlement judiciaire en liquidation des biens sera imposée à une personne morale qui avait démontré ses chances de redressement, et cela, du simple fait de l'acharnement de ses dirigeants à se maintenir en fonction » MARTIN-SERF Arlette, « Faillite et personnes morales », Etudes dédiées à René ROBLOT, Aspects actuels du droit commercial français, LGDJ, 1984, p. 449-470 spéc. p. 466.

²⁴ BRUNET Andrée, « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », Etudes dédiées à René ROBLOT, Aspects actuels du droit commercial français, LGDJ, 1984, p. 471-495 spéc. p. 476.

²⁵ CHAPUT Yves, La faillite, préc., p. 5.

²⁶ Sur cette évolution, lire par exemple : COQUELET Marie-Laure, *Entreprises en difficultés Instruments de paiement et de crédit*, op. cit., p 8, n° 8 ; SAINT-ALARY HOUIN Corinne, « De la faillite au droit des entreprises en difficulté Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle » in *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit* sous la Direction de HECQUARD-THERON Maryvonne et KRYNEN Jacques, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2005, Tome 1 : Bilans, p. 389 et sv.

²⁷ Sur les différents cas, voir par ex. CHARTIER Yves, *Droit des affaires 3/ Entreprises en difficultés Prévention – redressement – liquidation* PUF, Paris, 1989, passim ; DERRIDA Fernand, GODE Pierre, SORTAIS Jean Pierre, avec la collaboration de HONORAT Adrienne, *Cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, Dalloz, Paris, 3^{ème} éd., 1991, p. 50, n° 49.

presque devenue le principe, la Cour de cassation ayant fait de l'ouverture de la période d'observation une phase incontournable et préalable à la liquidation judiciaire²⁸. La loi du 10 juin 1994 comme celle de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 modifiée par une autre loi du 6 août 2015 vont chacune apporter quelques modifications aux règles applicables à la conversion. Il en est de même des ordonnances du 18 décembre 2008 et du 12 mars 2014²⁹.

8. Ces règles ont influencé plus ou moins profondément de nombreuses législations³⁰ dont celles de certains pays membres de l'OHADA antérieurement à la création de cette organisation³¹. L'OHADA, dans le but de doter les Etats membres d'une législation uniforme et moderne tout en restant dans l'esprit des législations nationales des Etats membres et du droit français dont il s'est inspiré, a, à travers l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives (AUPCAP) adopté le 10 avril 1998³², consacré quelques dispositions à la conversion des procédures collectives. Il s'agit principalement des articles 33, 119, 121 et 126 qui prévoyaient notamment les différentes hypothèses dans lesquelles la conversion de procédures pouvait intervenir³³. La conversion de procédure pouvait ainsi intervenir en cas d'annulation ou de résolution du concordat préventif ou du concordat de redressement. Dans le premier cas, le juge prononcera une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens en lieu et place du règlement préventif ; dans le second cas, la

Ainsi par exemple, l'inexécution des engagements financiers souscrits lors d'un règlement amiable entraînait, outre la résolution du règlement, l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

²⁸ Voir en ce sens, l'arrêt de principe : Com. 4 novembre 1986, JCP, 1987, I, 16003, obs. CABRILLAC Michel et VIVANT Michel ; D. 1986, p. 579, note DERRIDA Fernand. Le tribunal devait obligatoirement ouvrir un redressement judiciaire et mettre en place une période d'observation - même très brève - avant de convertir ce redressement en liquidation judiciaire. Cette conversion pouvait intervenir d'autant plus rapidement que l'entreprise ne présentait pas de chance sérieuse de redressement.

²⁹ Elles ont chacune, dans une certaine mesure, eu des incidences sur le régime de la conversion tout au moins parce qu'elles en prévoient de nouvelles hypothèses.

³⁰ Voir par exemple le code de commerce algérien qui comporte des dispositions relatives à la conversion (Section V du chapitre 7 du Livre 3).

³¹ La plupart des pays qui ont opéré une réforme de leur droit des procédures collectives se sont inspirés de la législation antérieure au 10 juin 1994. Certains Etats avaient repris largement la loi française de 1967 (cas du Sénégal et du Mali). D'autres avaient plutôt adopté le dispositif législatif mis en place en 1984 et 1985. D'autres encore appliquaient une réglementation mixte (cas du Burkina Faso). Mais, certains Etats n'avaient pas véritablement réformé le droit de la faillite reçu du législateur colonial (cas du Cameroun).

³² Sur cet acte uniforme, lire : SAWADOGO Filiga Michel, OHADA Droit des entreprises en difficultés, Bruylant Bruxelles, 2002 ; POUGOUE Paul Gérard et KALIEU Yvette, L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA, PUA, Yaoundé, 1999.

Selon un auteur, cet acte uniforme était marqué d'un certain classicisme si on le compare au droit français même si l'auteur reconnaît en même temps qu'il comportait des innovations (BLANC Gérard, « Prévenir et traiter les difficultés », www.ohada.com, ohadata D-10-18).

³³ Sur les cas de conversion prévus par l'AUPCAP de 1998, voir not. SAWADOGO Filiga Michel, OHADA Droit des entreprises en difficultés, précité, p. 283 et sv.

procédure de redressement judiciaire en cours sera remplacée par une procédure de liquidation des biens.

Le nouvel acte uniforme adopté le 15 septembre 2015³⁴ a quasiment repris toutes ces dispositions en apportant néanmoins quelques modifications et en y ajoutant de nouvelles hypothèses dont la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens à l'expiration du délai prévu pour l'achèvement de la procédure de redressement³⁵. On peut y ajouter le cas de conversion prévu par l'article 112 al.2 qui dispose que : « La juridiction compétente saisie par le syndic, un créancier contrôleur, ou par le ministère public, peut, à tout moment et après rapport du juge-commissaire faire application de l'article 33 alinéa 5 ». Il s'agit de la conversion de procédure qui intervient en cours de continuation de l'activité lorsque celle-ci a été autorisée.

9. Admise et plus ou moins règlementée, la notion de conversion n'a pourtant pas reçu, dans les différentes législations relatives aux procédures collectives, une définition précise. La doctrine, pour sa part, s'est surtout limitée à partir des diverses hypothèses prévues par la loi³⁶, à tenter une classification. Par exemple, on a opposé la conversion remède³⁷ à la conversion sanction³⁸. Dans le premier cas, la conversion est

³⁴ Sur une présentation générale de la réforme de l'AUPCAP, lire par exemple : Dossier Modernisation de l'acte uniforme sur les procédures collectives de l'OHADA, Droit et patrimoine, n° 253, décembre 2015, p. 30 et sv.; KALIEU ELONGO Yvette Rachel, Le droit des procédures collectives de l'OHADA, PUA, 2016; KOM KAMSU Maurice, « L'attractivité du nouveau droit de l'insolvabilité OHADA à l'égard du débiteur », *Le NEMRO Revue Trimestrielle de Droit Economique* Avril/juin 2017-2, p. 258 et sv. ; ADAMOU Rabani, « Le nouveau des entreprises en difficulté de l'espace OHADA », *Annales africaines Nouvelle série* Vol.1 avril 2017, n° 6, p. 69 et sv.

³⁵ Le redressement judiciaire étant désormais enfermé dans un délai, la conversion sanctionne le non respect du délai. En ce sens, lire : KONATE Mamadou, « Le redressement et la liquidation mieux encadrés et plus rapides » in *Modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives, Droit et patrimoine*, préc., p. 39 et sv. A travers cela, le droit OHADA s'engage dans la voie d'une meilleure gestion du temps consacré aux procédures collectives : MONTCHO AGBASSA Eric, « Brèves considérations sur le temps dans l'acte uniforme portant procédures collectives » in *Les horizons du droit OHADA Mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel SAWADOGO*, Ed. CEDIJ, 2018, p. 879 et sv. not. p. 884.

On peut y ajouter le cas de conversion prévu par l'article 112 al. 2 qui dispose que: « La juridiction compétente saisie par le syndic, un créancier contrôleur, ou par le ministère public, peut, à tout moment et après rapport du juge-commissaire faire application de l'article 33 alinéa 5 ». Il s'agit de la conversion de procédure qui intervient en cours de continuation de l'activité lorsque celle-ci a été autorisée au cours de la procédure de redressement judiciaire.

³⁶ Sur une présentation de ces différentes hypothèses et leur évolution en droit français, voir SOINNE Bernard et KERCKHOVE Eric, *Traité des procédures collectives*, LITEC, Commentaires des textes Formules, 2^e éd., 1995, p. 1910 et sv.

³⁷ Un auteur a par exemple parlé du redressement judiciaire « sanction ». CHARTIER Yves, *Droit des affaires 3/ Entreprises en difficultés*, op. cit., p. 165, n° 83.

³⁸ Sur une distinction entre la procédure de liquidation de droit commun et la liquidation des biens ouverte à titre de sanction, voir KOM Jacqueline, *Droit des entreprises en difficultés, Prévention-traitement-sanction*, PUA, Yaoundé, 2013, p. 164. L'article 145 al.1 AUPCAP devenu l'article 144-1 nouveau organisait, en droit OHADA, une hypothèse de conversion sanction en prévoyant la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens si une personne physique était dans l'incapacité de continuer son activité en raison des déchéances

analysée comme une solution face à l'échec de la procédure initiale³⁹. Dans le second cas, la conversion permet de sanctionner les agissements du débiteur⁴⁰ ou du dirigeant⁴¹. Cette distinction est pourtant fragile. Il apparaît par exemple que les motifs de conversion mêlent parfois conversion-remède et conversion-sanction⁴². Il est également des situations où la conversion ne relève ni de l'un ni de l'autre cas⁴³. En droit français, la distinction a d'ailleurs perdu de son intérêt depuis que le législateur a supprimé les cas de conversion correspondant à une sanction du comportement du débiteur⁴⁴.

10. Parce que la conversion des procédures collectives n'est pas définie, il est possible qu'on y assimile des situations qu'on pourrait qualifier de fausses hypothèses de conversion. On s'en tiendra ici à quelques exemples.

On ne saurait parler de conversion de procédure lorsque la juridiction d'appel, saisie d'un recours contre une décision qui annule ou infirme la décision de première instance, prononce d'office le redressement judiciaire ou la liquidation des biens et renvoie à la juridiction compétente pour la suite de la procédure⁴⁵. Il n'y a pas non

dont elle était frappée. Le code de commerce algérien (Section V : De la conversion du règlement judiciaire en faillite : articles 336 et sv.) énumère aussi un certain nombre d'hypothèses de conversion que l'on peut aisément classer selon qu'il s'agit de conversion sanction ou conversion remède.

³⁹ Par exemple en cas de refus ou d'impossibilité de tout concordat, le redressement judiciaire doit être converti en liquidation des biens. Voir : JAMES Jean Claude, La liquidation des biens dans le droit OHADA des procédures collectives in POUGOUE Paul Gérard (Dir.), Encyclopédie OHADA, Lamy, 2011, Paris, p. 1104 et sv. not. 1105. Pour une application, Voir Tribunal de Grande Instance de Bobo-Dioulasso, Jugement n° 298 du 29 décembre 2004, Sté SENEFURA SAHEL, Sté Adventis Grop Science, Sté ALM International et SNTB c/ SOPAGRI –SA, www.ohada.com ohadata J-09-62.

⁴⁰ Par exemple en droit français, il y a conversion de la procédure de sauvegarde en procédure de redressement si la cessation des paiements était antérieure à l'ouverture de la sauvegarde. On estime en effet que c'est de manière frauduleuse que le débiteur, qui connaissait probablement son état de cessation des paiements, a obtenu la sauvegarde qui est une mesure réservée au débiteur qui n'est pas en état de cessation des paiements au moment d'ouverture de la procédure.

⁴¹ Il arrivera donc que le comportement d'un dirigeant en cours d'une procédure influe sur le sort de l'entreprise ce qui vient remettre en cause la distinction entre l'homme et l'entreprise et entre les comportements des dirigeants et les performances de l'entreprise. BRUNET Andrée, « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », op. cit.

⁴² ARTZ Jean François, « L'extension du règlement judiciaire et de la liquidation des biens aux dirigeants sociaux », RTD Com. 1975, p. 1 et sv.

⁴³ C'est le cas de la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens qui intervient à l'expiration du délai prévu par la loi (voir article 33 al.6 AUPCAP).

⁴⁴ On pourrait néanmoins analyser la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire prévue par l'article L. 621-12 Cce français et qui intervient pour cause de cessation des paiements survenue antérieurement au jugement d'ouverture de la sauvegarde comme une sanction de la « fraude » du débiteur qui sans doute savait qu'il était déjà en état de cessation des paiements.

⁴⁵ L'article 33 alinéa 5 AUPCAP prévoit par exemple que la décision de la juridiction compétente (...) est susceptible d'appel. La juridiction d'appel qui annule ou infirme la décision de première instance peut prononcer d'office le redressement judiciaire ou la

plus conversion de procédure lorsque le juge, suite à une demande d'ouverture d'une procédure de règlement préventif ou de redressement judiciaire, prononce plutôt un redressement judiciaire ou une liquidation des biens. Ne doit pas non plus être considérée comme une conversion le fait que le tribunal qui a ouvert une procédure de droit commun décide de la convertir en une procédure simplifiée comme le prévoient les articles 145-5 à 145-7, 179-3 et 179-10 du nouvel AUPCAP ou encore l'article L. 644-6 Cce français. Il en serait de même si le juge décide de retourner à une procédure de droit commun après avoir ouvert une procédure simplifiée⁴⁶. Dans le même sens, en droit français, l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire suite à l'échec du rétablissement professionnel ne serait pas, pour certains, un cas de conversion de procédure puisque la liquidation judiciaire « a été demandée lors du déclenchement de la procédure collective et que le tribunal n'a fait que surseoir à statuer sur cette demande »⁴⁷.

11. Toutes ces hypothèses ne seront pas prises en compte dans le cadre de la présente étude consacrée à la conversion stricto sensu. La conversion des procédures collectives signifie ici qu'une procédure, amiable ou judiciaire, initialement ouverte contre un débiteur en difficultés et qui est en cours, est transformée, avant sa clôture, par une décision judiciaire, en une autre procédure qui va produire de nouveaux effets sans pour autant que les effets de la précédente procédure soient entièrement effacés ou réalisés. La conversion, ainsi entendue, n'est pas un phénomène marginal du droit des entreprises en difficultés. Elle peut parfois concerner des entreprises qui, économiquement, ont un certain poids⁴⁸. Par ailleurs, les statistiques révèlent un taux élevé de conversion des procédures surtout le passage des procédures de redressement à des procédures de liquidation. La pandémie de la covid-19 en cours peut d'ailleurs faire craindre une augmentation vertigineuse des cas de conversion.

12. Comme la conversion des actes juridiques qui entraîne la substitution d'un acte à un autre, la conversion de procédure entraîne la substitution d'une procédure à une autre, le remplacement d'une procédure par une autre. En cela, il y a effectivement passage, changement et la procédure issue de la conversion peut être vue comme une

liquidation des biens. Voir aussi Article R 631-6 Cce français. Cette « fausse » hypothèse de conversion avait déjà retenu, il y a de nombreuses années, l'attention d'un éminent auteur. En ce sens : THALLER Edmond, *Traité général théorique et pratique de droit commercial Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires* par PERCEROU Jean, T.1, Ed. Arthur Rousseau, Paris, 1907, p. 316.

⁴⁶ Sur le régime des procédures simplifiées OHADA, lire par exemple : DIALLO Bakary, « Des procédures adaptées aux « petites » entreprises : les procédures simplifiées » in *Modernisation de l'acte uniforme sur les procédures collectives*, Dossier Droit et patrimoine, préc., p. 44 et sv. En droit français, voir par exemple : VIDAL Dominique, GIORGINI Giulio Cesare, *Cours de droit de droit des entreprises en difficultés*, 1^{ère} éd., GUALIANO, Paris, 2015, p. 357.

⁴⁷ LUCAS François - Xavier, *Manuel de droit de la faillite*, préc., p. 80, n° 74.

⁴⁸ Voir par exemple l'affaire *Smoby-Majorette* en France. Cette entreprise faisait partie des grands producteurs de jouets français. La procédure de sauvegarde ouverte contre elle en mars 2007 a été convertie après seulement quelques mois en une procédure de redressement judiciaire. Sur cette affaire, lire MASTRULLO Thomas, préc., n° 6.

nouvelle procédure. Par contre et c'est ici que se trouve la question centrale de cette étude, il y a lieu de se demander si la procédure antérieure perd toute son efficacité du fait de la conversion. Y a-t-il une mutation totale de procédure ? Il serait difficile de l'affirmer au regard des spécificités des procédures collectives⁴⁹. Il faut alors admettre qu'une procédure collective ouverte et non encore clôturée ne saurait perdre tous ses effets du seul fait de la conversion. Elle ne rompt pas totalement avec la procédure initiale. Comme le dit si bien un auteur, il ne saurait y avoir « mise à néant du premier jugement (...) et des conséquences d'ordre public qui y sont attachées »⁵⁰. Malgré le prononcé d'un jugement de conversion, il y a donc continuité de la procédure originaire dont certains des effets sont appelés à lui survivre. Il y a là des éléments qui permettent de rapprocher la conversion des procédures collectives de celle des actes juridiques.

13. A l'heure où l'accent est mis sur la prévention⁵¹ et l'anticipation des difficultés de l'entreprise⁵² et que la priorité est accordée au redressement⁵³, la conversion, surtout lorsqu'elle conduit à l'ouverture d'une liquidation de l'entreprise, peut être vue

⁴⁹ Comme l'affirme un auteur : « la procédure collective conserve un particularisme fort, irréductible aux règles procédurales de droit commun (...) ; Le sort d'une entreprise en difficultés et le traitement judiciaire de ses relations avec ses partenaires appellent des règles spécifiques ». VALLENS Jean Louis, « Droit de la faillite et droits de l'homme », op. cit. not. p. 590. Dans le même sens, un auteur a reconnu que « la finalité particulière des procédures collectives a modifié certains aspects du procès », BIBOUM BIKAY François, Les pouvoirs d'office du juge des procédures collectives de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) et les principes cardinaux du procès, *Juridical Tribune*, Volume 5, Issue 2, December 2015, p. 233 et sv. not. p. 234. Adde, THERON Julien, Les règles dérogatoires à la procédure in Le droit des entreprises en difficultés après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ? sous la direction de MACORIG-VENIER Francine, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 133 et sv.

⁵⁰ LE CORRE Pierre Michel, op. cit., p. 323, n° 428, note 3.

⁵¹ NDONGO Cécile, La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé, Bibliothèque du droit des entreprises en difficultés, LGDJ, T13, 2018.

⁵² MACORIG-VENIER Francine, « L'anticipation des difficultés de l'entreprise. Modernité du droit français et approche comparatiste », in Qu'en est-il du code de commerce 200 ans après ? Etat des lieux et projections, SAINT-ALARY- HOUIN Corinne (Dir.), Travaux de l'IFR, Presses de l'Université de Toulouse, 2008, 416 pages, p. 331 et sv.

⁵³ Un auteur affirme ainsi de manière claire et péremptoire que : « Le droit des entreprises en difficultés, depuis la loi du 25 janvier 1985, a pour ambition le sauvetage des entreprises et des emplois. Subsidiairement, il tend au paiement des créanciers » Le CORRE Pierre-Michel, « Volonté individuelle et périmètre des procédures collectives » in Volonté et biens Regards croisés sous la Direction de STRICKLER Yves et SIIRIAINEN Fabrice, L'Harmattan, 2013, p. 219.

Selon le Pr SOSSA Dorothée, le nouvel acte uniforme « tend à renforcer la célérité et l'efficacité des procédures collectives, favoriser le sauvetage des entreprises viables et le paiement substantiel des créanciers », SOSSA Dorothée, « Modernisation de l'acte uniforme sur les procédures collectives », Présentation générale, Droit & patrimoine, n°253, Décembre 2015, préc., p. 30. Il y a là une évolution nette par rapport au droit antérieur qui réservait « la primauté aux créanciers » (BLANC Gérard, préc.).

comme un échec des politiques de prévention⁵⁴. Mais, en même temps, le droit des procédures collectives se veut un droit pragmatique⁵⁵. Lorsque l'impossibilité de prévenir ou de redresser intervient ab initio, le juge doit prononcer la liquidation des biens⁵⁶. Mais, il peut arriver que l'analyse de la situation ait laissé croire à un redressement. S'il apparaît par la suite que tel n'est pas le cas, la solution prévue est alors de convertir la mesure prononcée en une autre car « Lorsque l'heure n'est plus au redressement de l'entreprise »⁵⁷, il faut recourir à une mesure ultime, radicale, qu'est la liquidation des biens⁵⁸.

14. Puisque la conversion n'emporte pas une transformation totale de la situation et que la nouvelle procédure ne s'émancipe pas entièrement de la précédente, il y a donc lieu d'apprécier l'effet de la conversion sur ces différentes procédures (I). Parce que les créanciers sont les premiers concernés par toute procédure collective, l'impact de la conversion sur leurs droits doit être apprécié (II).

I- LA CONVERSION ET LE SORT DES PROCEDURES

15. La conversion des procédures collectives semble répondre au même schéma en dépit de la diversité des situations dans lesquelles elle peut intervenir. En apparence, elle marque une rupture dans le déroulement d'une procédure ; elle présente donc, sur le plan procédural, tous les caractères d'un changement de cap dans le cours d'une procédure collective. Cela se traduit par le prononcé d'un jugement mettant en place une nouvelle procédure⁵⁹ qui se substitue à la précédente et revendique une certaine autonomie par rapport à celle-ci. Pourtant, derrière ce changement apparent, il y a, en réalité, une continuité qui se justifie par la spécificité du droit des procédures collectives.

⁵⁴ Un auteur n'avait pas hésité, il y a quelques années, à dire que la liquidation judiciaire est « un échec... » CARTIER Yves, op. cit. , p. 426.

⁵⁵ MASTRULLO Thomas, « La conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire », *Revue des procédures collectives* n° 2, Avril 2008, étude 19, n° 5.

⁵⁶ En ce sens : KOM Jacqueline, *Droit des entreprises en difficultés OHADA Prévention - traitement- sanctions*, op. cit., p. 163 et sv. qui affirme que : « Dès l'ouverture des procédures collectives, l'objectif poursuivi le plus souvent est d'aider l'entreprise à surmonter ses difficultés grâce à un traitement judiciaire/ pour ce faire, le redressement judiciaire est la procédure sollicitée en priorité même si les chances de sauvetage de l'entreprise sont minces. Au cours de la procédure de redressement, c'est le constat de l'impossibilité pour l'entreprise d'être redressée qui conduit au prononcé de la liquidation par la juridiction saisie ».

⁵⁷ Le CORRE Pierre - Michel, *Volonté individuelle et périmètre des procédures collectives in Volonté et biens Regards croisés sous la Direction de Y. STRICKLER et F. SIIRIAINEN*, L'Harmattan, 2013, p. 219.

⁵⁸ On rejoint ici l'idée selon laquelle « l'opération de conversion participe parfois d'une idée de police (...). Il en est incontestablement ainsi en ce qui concerne l'obligation légale faite au juge de convertir le règlement judiciaire en liquidation des biens » (COURET Alain, op. cit., n° 13).

⁵⁹ La solution contraire a parfois été retenue par la jurisprudence pour qui, la conversion d'office n'ouvre pas une nouvelle procédure.

Le jugement de conversion, bien qu'il mette en place une nouvelle procédure⁶⁰(A), n'emporte pas une véritable rupture dès lors qu'il y a survie des effets de la procédure antérieure (B).

A- La mise en place d'une nouvelle procédure

16. Quel que soit son domaine, la conversion se démarque par son caractère « fondamentalement » judiciaire⁶¹. Dès lors que le tribunal a ouvert une procédure, la conversion, dans les cas où elle est prévue, ne peut donc intervenir qu'à la suite d'un autre jugement, le jugement de conversion⁶² qui se distingue du jugement d'ouverture tout en lui empruntant certains caractères. Le jugement de conversion ressemble quasiment à un jugement d'ouverture. Pourtant, il produit des effets spécifiques.

1- Le jugement de conversion, un quasi-jugement d'ouverture

17. Tant au regard des conditions de saisine du tribunal que de son prononcé, le jugement de conversion ne diffère pas fondamentalement d'un jugement d'ouverture.

18. A l'image du jugement d'ouverture, le jugement de conversion peut intervenir d'office ou à la demande de certaines personnes limitativement énumérées⁶³. Il pourra

⁶⁰ Parfois, cette nouvelle procédure ne produit pas les mêmes effets qu'un jugement d'ouverture. Ainsi, les juges français ont estimé, dans une décision rendue en 2014 que le jugement de conversion du redressement judiciaire en liquidation judiciaire ouvre une nouvelle procédure. Par conséquent, s'agissant de l'exercice des actions en responsabilité contre les dirigeants, le délai de prescription court non pas à compter du jugement de conversion du redressement judiciaire en liquidation judiciaire mais à compter du jugement d'ouverture de la procédure de redressement (Cour de cassation, chambre commerciale, 4 novembre 2014, n° 13-24028 ; Dalloz actualité, 18 novembre 2014, note LEINHARD Alain).

⁶¹ Selon M. BOUAZIZ, « La conversion moderne exige l'intervention active du juge non seulement pour vérifier si les conditions de la conversion sont réunies, mais aussi et surtout pour se prononcer sur son opportunité » BOUAZIZ Hafedh, thèse préc., n° 36. Cela participe du renforcement des pouvoirs du juge des procédures collectives. Sur le pouvoir du juge dans les procédures collectives en général, voir par ex. CHARTIER Yves, Droit des affaires 3/ Entreprises e difficultés Prévention – Redressement – Liquidation, PUF, 1^{ère} éd. , 1989, 529 pages, p. 39, n° 9.

⁶² Sur sa nature, jugement déclaratif ou jugement constitutif, voir les analyses de COURET Alain, préc., n° 37 et sv. Il est vrai que l'analyse concerne surtout la conversion des actes juridiques. Comparer avec la nature du jugement d'ouverture qui, pour les auteurs serait surtout un jugement constitutif et non seulement déclaratif. En ce sens : COQUELET Marie-Laure, op. cit., p. 116, n° 148 ; GUYON Yves, Droit des affaires, T.2 Entreprises en difficultés Redressement judiciaire - Faillites Economica, 3^{ème} éd., 1991, p. 177, n° 1147 ; SAWADOGO Filiga Michel, ouvrage préc., p. 120, n° 128.

⁶³ Non seulement ces personnes ne sont pas nécessairement les mêmes que pour l'ouverture de la procédure mais elles varient en fonction des différentes hypothèses de conversion. Certains auteurs se sont alors interrogés sur l'absence de véritables critères de distinction. En ce sens : MASTRULLO Thomas, op. cit., n° 24.

s'agir du syndic, du débiteur, du ministère public, des créanciers⁶⁴, des contrôleurs, de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du représentant de l'organe professionnel pour les personnes morales ou de toute personne intéressée⁶⁵.

19. Le pouvoir de saisine d'office reconnu au tribunal⁶⁶ participe de la protection de l'intérêt général et de la recherche de célérité de la procédure. Instituée par la loi de française 1838 qui a modifié l'article 440 Cce, sa particularité en matière de procédures collectives a été relevée⁶⁷.

En droit français, la saisine d'office a été progressivement encadrée⁶⁸. Jugée anticonstitutionnelle lorsqu'elle est mise en œuvre pour l'ouverture d'une procédure car elle porte atteinte au principe d'impartialité du juge⁶⁹, elle a été supprimée par l'article 49 de l'Ordonnance du 12 mars 2014. Par contre, le tribunal conserve le pouvoir de se saisir d'office en cas de conversion de procédure⁷⁰. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le juge constitutionnel a en effet jugé que le pouvoir de conversion d'office doit être admis car «la faculté pour le juge d'exercer certains pouvoirs d'office dans le cadre de l'instance dont il est saisi ne méconnaît pas le principe d'impartialité dès lors qu'elle est justifiée par un motif d'intérêt général et exercée dans le respect du principe du contradictoire»⁷¹.

En droit OHADA, la saisine d'office du tribunal à l'effet de convertir une procédure est reconnue aussi bien avant qu'après la réforme de l'acte uniforme⁷². L'article 33 de

⁶⁴ La procédure étant déjà en cours, seuls doivent être considérés comme créanciers, ceux dont les créances ont été admises - au moins à titre provisoire. Par contre, que doit-on décider dans l'hypothèse où la vérification des créances est encore en cours au moment de la conversion ? Faudrait-il alors revenir aux conditions d'exercice d'une demande d'ouverture ?

⁶⁵ Par exemple, l'article 112 al. 2 du nouvel acte uniforme dispose que : « La juridiction compétente saisie par le syndic, un créancier contrôleur, ou par le ministère public, peut, à tout moment et après rapport du juge-commissaire faire application de l'article 33 alinéa 5 » c'est-à-dire convertir le redressement judiciaire en liquidation des biens.

⁶⁶ HERZOG Jean Louis, « La saisine d'office du tribunal de commerce en matière de faillite et de règlement judiciaire », *RTD Com.* 1964, p. 481 et sv.

⁶⁷ BRUNET Andrée, *op. cit.*, p. 477.

⁶⁸ Sur le pouvoir de saisine d'office du juge en droit français, voir par ex. BRIGNON Bastien et CERATI-GAUTHIER Adéline, « Les saisines d'office confrontées aux dernières réformes du droit des entreprises en difficulté », *D.* 2014, n° 2248. Sur la saisine d'office comme une atteinte à l'impartialité du tribunal, voir VALLENS Jean Louis, « Droit de la faillite et droits de l'homme », *RTDCom* 1997, préc., not. p. 579.

⁶⁹ Décision du 7 décembre 2012 JCP Ed. Entreprise, 2013, II, 1048, Note FRICERO Natalie. Lire aussi : GERBAY Nicolas, « La saisine d'office en ouverture du redressement judiciaire est inconstitutionnelle », *JCP* 2013, n° 50.

⁷⁰ Voir par exemple, l'article L 631-15 Cce français.

⁷¹ Cons. Const. Décision n° 2014-438 QPC du 16 janvier 2015 SELARL GPF Claeys (Conversion d'office de la procédure de sauvegarde en une procédure de redressement judiciaire). Voir aussi, Cons. Const. 6 juin 2014, n° 2014-399 QPC. Lire également : GIBIRILA Deen, *Droit des entreprises en difficultés* Défrenois, Paris, 2009, Ed. , n° 283.

⁷² BIBOUM BIKAY François, « Les pouvoirs d'office du juge des procédures collectives de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) et les principes cardinaux du procès », *Juridical Tribune*, préc. not. p. 240 ; SAWADOGO Filiga Michel, *ouvrage précité*, p. 115, n° 123.

l'AUPCAP de 1998 prévoyait par exemple que le tribunal pouvait, à toute époque de la procédure, se saisir d'office pour la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens lorsque le débiteur n'était pas ou n'était plus dans la possibilité de proposer un concordat sérieux. Le nouvel article 33 maintient le principe en modifiant toutefois les hypothèses dans lesquelles elle peut intervenir.

20. Les autres modes de saisine ne présentent pas de spécificités particulières. Il s'agira, comme en matière d'ouverture de procédure, d'une assignation adressée par le créancier au tribunal compétent qui reste celui du lieu d'ouverture de la procédure ou alors d'une requête faite par le débiteur ou l'administrateur judiciaire ou le contrôleur par exemple⁷³.

21. Le prononcé d'un jugement en matière de procédures collectives est généralement entouré de mesures assurant la protection des droits du débiteur. Il s'agit par exemple de son audition préalable lorsque le jugement est prononcé sur saisine d'office⁷⁴, de l'audition d'un tiers ou encore de la désignation d'un juge ou d'un rapporteur. La solution participe du respect des droits de la défense. Les mêmes garanties doivent donc être appliquées au prononcé du jugement de conversion⁷⁵.

Les juges de cassation français sanctionnent régulièrement la non convocation ou la convocation irrégulière du débiteur à l'audience au cours de laquelle la conversion est prononcée⁷⁶. La convocation du débiteur n'est pas prévue en droit OHADA. L'article

Pour une application de la saisine d'office en droit OHADA, voir CCJA, Arrêt n° 032/2011 du 8 décembre 2011, www.ohada.com, ohadata J-13-153.

⁷³ Voir article L 631-15 Cce français.

⁷⁴ Certains auteurs y ont vu une « discrimination injustifiée par rapport à d'autres décisions pouvant être prononcées d'office par le tribunal. Sur la question, lire particulièrement, HERZOG Jean Louis, art. préc.

⁷⁵ Sous l'empire du code de commerce français de 1807, l'article 573 prévoyait expressément que le débiteur devait être « entendu en chambre de conseil ou dûment appelé par pli recommandé avec demande d'avis de réception ». A sa suite, l'article 137 du Décret-Loi du 20 mai 1955 disposait que « Par jugement rendu en audience publique, d'office ou sur demande ; soit de l'administrateur, soit des créanciers, soit sur le rapport du juge commissaire, le débiteur entendu en chambre de conseil ou dûment appelé par pli recommandé avec demande d'avis de réception, le tribunal convertit, s'il y a lieu dans les conditions ci-après, le règlement judiciaire en faillite ». Il s'agit de respecter, en la matière, le caractère contradictoire de la procédure qui est un principe directeur du procès. En ce sens : VALLENS Jean Louis, Droit de la faillite et droits de l'homme, RTDCom 1997, p. 567 et sv. not. p. 582.

Plus récemment, l'article R. 631-3 Cce dans sa version antérieure issue de l'Ordonnance de 2008 prévoit par exemple qu'en cas de saisine d'office pour la conversion du redressement judiciaire en liquidation, le Président du Tribunal fait convoquer le débiteur par acte d'huissier de justice auquel est joint une note dans laquelle il expose les faits de nature à motiver sa saisine d'office. Voir aussi article R. 621-20 Cce.

⁷⁶ Pour un cas, voir Cass. Com. 9 février 2010, n° 09-10925. Plus récemment : Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, arrêt n° 557 du 26 juin 2019, (17-27.498) ; Cass. Com. 24 mai 2018, n° 16-27-296. La décision des juges de fond est censurée parce que le tribunal n'avait pas respecté les modalités relatives à la convocation du débiteur en matière de saisine d'office.

112 al. 3 AUPCAP qui régit la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens en cours de continuation de l'activité a plutôt prévu l'audition préalable des créanciers et des contrôleurs mais à leur demande⁷⁷. Toutefois, on peut se demander si les dispositions de l'article 32 AUPCAP qui précisent les conditions préalables au prononcé du jugement d'ouverture⁷⁸, lesquelles sont plus protectrices ne devraient pas s'appliquer. Si la désignation du juge du siège ou d'un rapporteur ne paraît pas nécessaire en cas de conversion pour des raisons de célérité de la procédure, par contre, le débiteur et dans une certaine mesure les représentants du personnel ou le représentant de l'ordre professionnel devraient être préalablement entendus ou tout au moins appelés comme dans l'hypothèse du jugement d'ouverture. On pourrait aussi se demander si l'audition du juge-commissaire ayant supervisé la procédure de redressement judiciaire désormais convertie en liquidation des biens n'est pas nécessaire.

22. On peut s'interroger sur le pouvoir d'appréciation dont dispose le juge saisi d'une demande de conversion. L'avènement de la pandémie de la covid-19 donne un écho particulier à cette question. Comme on l'a déjà souligné plus haut, cette situation peut entraîner une augmentation objective des cas de conversion due par exemple à la difficulté pour les entreprises en redressement judiciaire de respecter les engagements concordataires ou à une plus grande vulnérabilité des entreprises face à la cessation des paiements. Le juge saisi doit-il toujours prononcer la conversion ? Il faut relever relativement à cette question qu'il existe des cas de conversion d'office et des cas de conversion laissés à l'appréciation du juge. Par exemple, à l'issue de la période fixée par le tribunal dans le jugement d'ouverture, si une procédure de redressement judiciaire n'est pas achevée, elle doit être convertie en liquidation des biens. Une appréciation rigoureuse de cette règle dans le contexte actuel de la covid-19 pourrait entraîner la mise en liquidation automatique de nombreuses entreprises. On peut néanmoins considérer que la déclaration de l'état d'urgence sanitaire à laquelle quelques pays ont procédé a eu pour effet de suspendre le délai. Dans les autres cas, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation qui lui permettra par exemple de tenir compte du contexte actuel pour ne pas procéder à certains cas de conversion. Mais, en même temps, on peut se demander si une conversion trop tardive ne pourrait pas avoir des conséquences néfastes surtout pour les créanciers.

⁷⁷ Il dispose que : « Elle (la juridiction) peut au besoin entendre les créanciers et les contrôleurs qui en feraient la demande par une déclaration motivée déposée au greffe. Si celle-ci l'estime nécessaire, elle fait convoquer (...) ces créanciers et contrôleurs. Elle procède à leur audition et il est dressé procès-verbal de leurs déclarations (...) ».

⁷⁸ Ce texte prévoit que : « La juridiction compétente statue (...) après avoir entendu ou dûment appelé le débiteur, les délégués ou représentants du personnel (..), le ministère public et le cas échéant, le créancier demandeur. La juridiction compétente peut entendre toute autre personne dont l'audition lui paraît utile.

Avant de prononcer sa décision, elle peut désigner un juge du siège ou toute autre personne qu'elle estime qualifiée afin de lui remettre un rapport sur la situation économique et sociale du débiteur dans le délai qu'elle détermine (...) ».

23. Une fois rendu, le jugement de conversion doit être publié. Contrairement à l'AUPCAP dans sa version de 1998 qui ne prévoyait pas cette mesure, le texte révisé organise désormais la publicité de ce jugement⁷⁹. Toutefois, comme le jugement d'ouverture⁸⁰, il produit effet dès son prononcé⁸¹ aussi bien à l'égard du débiteur que des tiers. Par son contenu, le jugement de conversion se rapproche également du jugement d'ouverture.

24. Le jugement de conversion comme le jugement d'ouverture, met en place une nouvelle procédure qui se démarque de la précédente par nature et ses finalités. Selon le cas, on passera d'une procédure préventive à une procédure curative, parfois d'une procédure consensuelle ou amiable - cas de la conciliation ou de la sauvegarde - à une procédure entièrement judiciaire⁸². Le jugement de conversion emporte aussi et nécessairement, une modification de la situation du débiteur qui pourra passer de l'assistance au dessaisissement⁸³ ou d'une gestion personnelle de ses biens à une gestion par un tiers. Il modifie aussi le déroulement de la procédure⁸⁴.

⁷⁹ L'article 33 alinéa 5 prévoit à cet effet et par renvoi aux articles 36 à 38, la publicité et la notification de la décision de conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens. L'article 141 prévoit également que La décision de conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens suite à l'annulation ou à la résolution du concordat doit également être publiée.

⁸⁰ La solution est que le jugement d'ouverture produit effet à compter de sa date c'est-à-dire dès le jour de son prononcé à zéro heure (COQUELET Marie Laure, op. cit., p. 117, n° 152 ; LUCAS François -Xavier, Manuel de droit de la faillite, op. cit., p. 137, n° 151).

⁸¹ Voir SAWADOGO Filiga Michel, « La remise en cause des obligations en droit des procédures collectives par la « règle du zéro heure » en Afrique Francophone » in L'obligation Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard Pougoué, sous la coordination de ANOUKAHA François et OLINGA Aalin Didier, Aprod Harmattan - Cameroun 2015, p. 835 et sv. not. 839.

⁸² Par exemple la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire comme le prévoit le droit français si la cessation des paiements survient pendant la période d'observation. Le problème se pose de la fixation de la date de cette cessation des paiements qui, à défaut, est celle du jugement de conversion.

Certains auteurs affirment ainsi « qu'il y a un changement en cas de passage de la sauvegarde au redressement judiciaire car « ce dernier est plus directif, l'impérum du juge s'y fait mieux sentir, le particularisme du droit des procédures collectives y sera plus fort » (VIDAL Dominique, GIORGINI Giulio Cesare, préc, p. 261, n° 982).

⁸³ Dès lors que le jugement de conversion est publié, la question peut se poser de savoir à partir de quel moment la modification des règles intervenue dans la gestion des biens du débiteur produit effet. Comparer avec le jugement d'ouverture en l'absence des textes. Voir cependant, l'article 339 du code de commerce algérien précise clairement que « Dans tous les cas de conversion, le jugement de conversion emporte le dessaisissement du débiteur à partir de sa date ». Ainsi, tout doute est levé.

La conséquence qui en résulte est que les actes qui seront posés en violation de ces règles d'assistance ou de représentations risqueraient d'être annulés ou déclarés inopposables.

⁸⁴ Sur les effets de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire par conversion en droit OHADA, voir NDONGO Cécile, ouvrage préc., n° 519.

25. Lorsque du fait de la conversion le juge est amené à ouvrir une procédure qui suppose au préalable l'existence de la cessation des paiements du débiteur - redressement ou liquidation, le problème s'est posé de savoir si la constatation de cette cessation des paiements était une condition préalable à la conversion. L'évolution du droit français surtout depuis l'adoption de l'ordonnance du 18 décembre 2008 modifiant l'article L. 631-15, II du code de commerce est dans le sens de la non exigence de la cessation des paiements⁸⁵ par exemple pour la conversion de la procédure de redressement judiciaire en liquidation judiciaire⁸⁶. Résolu le problème de l'existence ou non de la cessation des paiements, se pose celui de sa date car, lorsque la preuve de la cessation des paiements est nécessaire⁸⁷, le jugement de conversion doit en fixer la date. Les règles de droit commun s'appliquent alors. Il en est ainsi par exemple en cas de conversion du règlement préventif en redressement judiciaire ou liquidation des biens. Mais, parfois, il n'est point besoin de fixer une nouvelle date de cessation des paiements. C'est le cas lorsqu'il y a conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens. Par contre, le problème pourra être celui de la modification. Partant du principe que la date fixée est provisoire, il est admis que le juge pourrait, en cas de conversion, modifier celle initialement fixée⁸⁸. Toutefois, l'article 43 de l'AUPCAP révisé dispose que : « Sauf fraude, elle (la date) ne peut être reportée à une date antérieure à la décision définitive ayant homologué le concordat préventif ».

⁸⁵ Pour certains auteurs, l'institution de la procédure de sauvegarde qui est une procédure collective pouvant s'ouvrir en l'absence de cessation des paiements a semble-t-il, commencé à sonner le glas de l'exigence de la cessation des paiements comme condition d'ouverture des procédures collectives (en ce sens : CAVIGLIOLI Christian et LEGUEVASQUES Christophe, « Aperçu de la loi de sauvegarde à l'usage du chef d'entreprise », *Petites affiches*, 17 février 2006, n° 35, p. 22 et sv. in Regards croisés des praticiens sur la loi de sauvegarde. Egalement, JEANTIN Michel et Le CANNU Paul, *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit Entreprises en difficulté*, Dalloz, 2003, 6ème éd., p. 412-413 ; BALLOT-SQUIRAWSKI Claire, *La cessation des paiements, condition variable de la liquidation judiciaire*, Dalloz 2018, p. 987 et sv.

⁸⁶ Pour une application récente et fidèle de cette disposition, voir : Com. 28 février 2018, n° 16-19.422.

Pour une solution antérieure à l'Ordonnance de 2008 c'est-à-dire dans le sens de la non exigence de la cessation des paiements, voir Cour de cassation, chambre commerciale 28 juin 2017, 16-13.056. Pour les juges de cassation, « (...) en se déterminant ainsi (en prononçant la résolution du plan et la conversion de la procédure en liquidation judiciaire), sans constater l'état de cessation des paiements de la société débitrice, auquel est subordonné le prononcé de la liquidation judiciaire, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

⁸⁷ Par exemple en droit français, la cessation des paiements intervenue au cours de la période d'observation de la procédure de sauvegarde entraîne la conversion en redressement judiciaire. La conversion ne pourrait donc intervenir en l'absence de preuve de cette cessation des paiements.

⁸⁸ Il y a longtemps que le problème s'est posé et la jurisprudence y était alors favorable. Une décision ancienne avait admis la modification de la date de la cessation des paiements suite à la conversion de la procédure (Cass. Requête, 19 février 1895, DP. 95, I, 422).

Pour une application récente en droit OHADA antérieurement à la réforme, voir : Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Jugement n° 37 du 11 juillet 2007 www.ohada.com, ohadata J-09-340.

26. Le juge qui procède à une conversion doit nommer les organes chargés de conduire la « nouvelle » procédure. Ainsi, dans la décision de conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens, le juge doit désigner un syndic qui se substitue au débiteur⁸⁹ et sera chargé des opérations de réalisation d'actif et d'apurement de passif ou de cession de l'entreprise. L'article 141 alinéa 2 de l'AUPCAP révisé va dans ce sens en disposant que : « En cas d'annulation ou de résolution du concordat de redressement judiciaire, la juridiction compétente convertit le redressement judiciaire en liquidation des biens et nomme un syndic ».

Le syndic du redressement judiciaire n'étant plus en fonction au moment du jugement de conversion puisque l'homologation met fin à la procédure, il est intéressant de se demander s'il faut nommer comme syndic de liquidation celui précédemment désigné pour le redressement avec l'avantage qu'il connaît bien l'entreprise ou s'il faut désigner un « nouveau » syndic spécialement chargé de conduire la procédure de liquidation. Aucune solution n'est prévue en droit OHADA. La question est résolue différemment en droit français où le mandataire judiciaire - mandataire ad hoc ou conciliateur - en charge de la procédure précédente est désigné, sauf exceptions, liquidateur en cas de conversion d'une procédure de sauvegarde ou de redressement en liquidation judiciaire⁹⁰.

Le tribunal doit aussi désigner, même en l'absence de dispositions expresses, les autres organes de la procédure tels que le juge-commissaire⁹¹ et éventuellement les contrôleurs.

27. A l'instar du jugement d'ouverture, le jugement de conversion emporte des effets.

⁸⁹ La solution n'est pas nouvelle. Le Décret-Loi français de 1955 prévoyait déjà que la conversion du règlement judiciaire en faillite emportait dessaisissement du débiteur. S'agissant d'une solution classique, l'on doit admettre, même en l'absence de disposition expresse, que la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens emporte dessaisissement du débiteur sous réserve des exceptions habituellement admises. L'AUPCAP de 1998 est allé dans le même sens. Pour une application, voir Tribunal de Grande instance de Ouagadougou, Jugement n° 90 bis du 24 janvier 2001, www.ohada.com, ohadata J- 09-481 où le juge a converti le redressement judiciaire de FLEX-FASO en liquidation des biens et nommé des co-syndics. Voir aussi SAWADOGO Filiga Michel, Entreprises en difficultés, Bruylant Bruxelles, 2002, p. 286, n° 294. L'article 330 du code de commerce algérien prévoit également la nomination d'un syndic. En droit français, le tribunal nomme un liquidateur.

⁹⁰ Sur ce point, lire VIDAL Dominique, Droit de l'entreprise en difficulté, Gualiano, 3^{ème} éd., 2010, p. 277. Le droit antérieur était déjà dans ce sens. Ainsi, en cas de conversion du redressement judiciaire en liquidation judiciaire, le tribunal désignait comme liquidateur celui qui remplissait les fonctions de représentant des créanciers dans la période d'observation, ce qui assurait « une certaine continuité » CHARTIER Yves, op. cit ; p. 429, n° 272.

⁹¹ Voir jugement n° 90 du 24 janvier 2001, affaire FLEX FASO, précitée où le tribunal a désigné un juge commissaire ce qui laisse penser que, pour les juges, le jugement de conversion est donc considéré comme une nouvelle procédure.

2- Les effets attachés au jugement de conversion

28. On retrouve, en cas de conversion, de nombreux effets communs aux différents jugements rendus en matière de procédure collective⁹². Ils peuvent concerner la procédure ou le débiteur⁹³.

29. Certains effets du jugement d'ouverture peuvent aussi s'appliquer au jugement de conversion. Ainsi, la conversion d'une procédure en liquidation des biens peut imposer la remise du courrier du débiteur au syndic conformément à l'article 56 AUPCAP qui parle d'ailleurs de la décision prononçant la liquidation des biens et non de la décision d'ouverture de la liquidation. De même, l'article 57 du texte qui prévoit l'incessibilité des droits sociaux ou l'autorisation du juge-commissaire pour la cessibilité de certains droits à compter du jugement d'ouverture devrait être appliqué en cas de conversion, particulièrement lorsqu'il y a conversion du règlement préventif en redressement ou liquidation. Bien qu'il ne soit fait mention que de la décision d'ouverture, il nous semble qu'il s'agit d'une mesure importante qui devrait s'appliquer également lorsqu'il y a conversion de procédure.

30. La décision de conversion, à l'instar de la décision d'ouverture, peut être également l'occasion pour le juge de se prononcer sur la continuation ou non de l'activité du débiteur. En prévoyant simplement qu'« En redressement judiciaire, l'activité est continuée avec l'assistance du syndic », la rédaction de l'article 112 AUPCAP permet son application aussi bien en cas d'ouverture directe qu'en cas de conversion. Lorsque l'entreprise est mise en liquidation des biens, l'article 113 AUPCAP dispose, pour sa part, que « A titre exceptionnel, si l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige, la juridiction compétente peut autoriser, dans la décision prononçant la liquidation des biens, une poursuite provisoire de l'activité pour une durée de six mois au plus renouvelable une fois à la demande du syndic et après avis du ministère public ». En parlant de la décision qui prononce la liquidation des biens, cette disposition vise aussi bien l'ouverture directe que celle par voie de conversion. Les articles L 641-10 et suivants du code de commerce français pour leur part, prévoient uniquement la continuation de l'activité en cas de liquidation judiciaire sans précision. On peut en déduire que ces règles s'appliquent que la liquidation soit ouverte directement ou par conversion. En somme, l'ouverture de la liquidation par conversion n'interdit pas, sur le principe, la continuation exceptionnelle de l'activité si le tribunal l'autorise⁹⁴.

31. Le jugement de conversion emporte, en outre, des effets spécifiques à l'égard du débiteur.

⁹² Par exemple l'apposition des scellés ou les opérations d'inventaire.

⁹³ Pour les effets propres aux créanciers, voir infra, IIème partie.

⁹⁴ Dans le même sens, LUCAS François-Xavier, Manuel de droit de la faillite, op. cit., p. 323, n° 339.

En premier lieu, il faut relever qu'en cas de conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens, le jugement met automatiquement fin à l'assistance du débiteur pour laisser place au dessaisissement⁹⁵.

En deuxième lieu, tel que le prévoit le droit OHADA⁹⁶, on doit également appliquer au jugement de conversion tous les effets qui découlent de la dissolution de plein droit de la personne morale tel que cela ressort de l'article 53 alinéa 1 AUPCAP⁹⁷. L'ouverture d'une procédure de liquidation des biens qu'elle soit initiale ou consécutive à une conversion entraîne, en effet, la dissolution des personnes morales. La personnalité morale est néanmoins conservée pour les besoins de la liquidation conformément au droit commun jusqu'à la clôture de celle-ci.

En troisième lieu, le jugement de conversion produit des effets propres à des hypothèses particulières de conversion. Par exemple, il ressort de l'article 76 AUPCAP que la liquidation des biens entraîne, en droit OHADA, l'exigibilité des dettes non échues à l'égard du débiteur⁹⁸. Bien qu'elle n'ait pas été expressément prévue pour s'appliquer au cas de conversion du redressement en liquidation, la logique qui sous-tend la mesure justifie son application à la liquidation qui s'ouvre par conversion.

32. Malgré la naissance d'une nouvelle procédure avec des effets qui lui sont parfois spécifiques, la procédure précédente n'est pas totalement effacée.

B- La survie des effets de la procédure antérieure

33. Avec la conversion, deux procédures collectives se succèdent dans le temps à l'égard d'un même débiteur. Pourtant et au-delà de cette succession, la continuité de la procédure collective doit être assurée. Cette continuité se justifie par le souci d'efficacité du droit des procédures collectives. Dès lors, l'articulation doit être recherchée entre la nouvelle procédure et la procédure précédente. Il convient de préciser avant d'aller plus loin que la conversion de procédure s'entend toujours du passage d'une procédure moins grave à une procédure plus grave en termes de conséquences pour le débiteur et les créanciers. Les mécanismes de conversion ne prévoient pas la situation inverse où une procédure moins grave serait substituée à une procédure plus grave.

La conversion de procédure ne doit pas porter atteinte au caractère collectif et unitaire de la procédure. La survie de la précédente procédure est donc justifiée par cette exigence. Cette survie se traduit dans la continuité des actes de procédure.

⁹⁵ Voir supra n° 22.

⁹⁶ La solution contraire est par contre retenue désormais en droit français depuis l'ordonnance du 12 mars 2014.

⁹⁷ En parlant de la « décision qui prononce la liquidation des biens » et non de la décision d'ouverture de la liquidation, la rédaction de cet article permet son application en cas de conversion.

⁹⁸ Il s'agit d'une solution nouvelle par rapport au droit antérieur.

1. La survie justifiée par le caractère collectif et unitaire des procédures collectives

34. Malgré le prononcé d'un jugement, la conversion n'emporte pas rupture entre la procédure initiale et la nouvelle procédure. La Cour de cassation française s'est prononcée en ce sens : « Mais attendu (...), que le prononcé de la liquidation judiciaire au cours de la période d'observation d'un redressement judiciaire n'ouvre pas une nouvelle procédure collective »⁹⁹. Les juges en ont tiré comme conséquence qu'une nouvelle loi ne pouvait pas s'appliquer à une procédure de liquidation judiciaire qui, en l'espèce, n'était pas une procédure initiale, mais une procédure résultant de la conversion d'une précédente procédure de redressement judiciaire. Selon un auteur, il s'agit d'éviter le cloisonnement entre les procédures et d'adapter le cadre juridique à l'évolution de la situation du débiteur¹⁰⁰. Mais, il s'agit aussi de prendre compte les caractères essentiels de la procédure collective que sont l'unicité et le caractère collectif.

35. Le caractère collectif est l'un des traits essentiels des procédures de traitement des difficultés des entreprises. Il doit être préservé en toutes circonstances¹⁰¹. Quand survient une conversion de procédure marquée sur le plan formel par l'ouverture d'une autre procédure, celle-ci ne doit pas affecter ce caractère. Il y a longtemps que cela a été admis.

La loi française du 13 juillet 1967 prévoyait déjà en son article 80 que : « Dès que la liquidation des biens ou la conversion du règlement judiciaire est prononcée, les créanciers sont constitués en état d'union ». La solution a été reprise dans les législations postérieures. En droit OHADA, en cas de conversion du règlement préventif en redressement judiciaire ou en liquidation des biens, l'un des effets du jugement de conversion est la constitution des créanciers en une masse puisque celle-ci n'existe que pour les procédures de redressement et liquidation. Lorsque cette masse existe déjà comme dans le cas d'une procédure de redressement judiciaire, la conversion emporte uniquement la modification de sa composition mais pas la création d'une nouvelle masse. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'article 141 alinéa 2 de l'AUPCAP révisé qui dispose : « En cas d'annulation ou de résolution du concordat de redressement judiciaire, la juridiction compétente convertit le redressement judiciaire en liquidation des biens (...). Il est constitué une seule masse des créanciers antérieurs et postérieurs au concordat ». C'est dire que malgré la survenance d'une seconde procédure, il n'y aura pas deux masses de créanciers.

⁹⁹ Cour de cassation, Chambre commerciale, 24 mars 2015, 14-11.023, inédit.

¹⁰⁰ <https://www.lettredurestructuring.com/P-2139-452-A1-conditions-de-la-conversion-de-la-procedure-de-redressement-judiciaire-en-liquidation-judiciaire.html>

¹⁰¹ Par exemple en cas de procédures collectives internationales, les dispositions applicables relativement au déroulement des procédures et à la prise en compte des droits des créanciers permettent, autant que faire se peut, de considérer que malgré la pluralité de procédures en cours, l'on est en présence d'une seule et même procédure.

36. En plus de son caractère collectif, l'unité de la procédure collective doit être préservée. Le mécanisme de la conversion ne remet pas en cause cette unité.

37. De l'avis de certains auteurs, l'un des aspects les plus originaux de la conversion est que « en dépit de sa transformation (...), la situation juridique ancienne survit dans la nouvelle, tout au moins, en un certain nombre de ses éléments »¹⁰². S'agissant particulièrement de la conversion des actes juridiques, l'acte qui naît de la conversion, tout en étant un acte nouveau, comporte nécessairement les traces de l'acte ancien. Il y a d'ailleurs là une condition sine qua none de son existence »¹⁰³. Cette idée de survie des éléments de la situation antérieure peut être également soutenue relativement à la conversion des actes de procédure¹⁰⁴. Elle se retrouve aussi dans la conversion des procédures collectives. Celle-ci ne saurait aboutir à une véritable substitution d'une procédure par une autre car « La transformation d'une procédure en une autre qu'opère la conversion et qui est justifiée par la modification voire l'aggravation de la situation du débiteur, ne saurait être totale du fait que la précédente procédure a généralement commencé à produire ses effets au moment où le jugement intervient. Or, ces effets ne sauraient être entièrement effacés »¹⁰⁵. Sous l'apparence formelle de deux procédures dont l'une succède à l'autre, c'est en effet une seule et même procédure collective qui déploie ses effets.

Cette survie d'une procédure unique mais transformée se manifeste dans la continuité des actes de procédure.

2. La survie traduite dans la continuité des actes de procédure

38. En même temps qu'ils sont investis de missions nouvelles¹⁰⁶, les organes de la nouvelle procédure doivent assurer la continuation des mesures initialement entreprises. Lorsque le jugement de conversion intervient, les actions en cours telles que la vérification des créances déclarées dans la première procédure ne sont pas nécessairement achevées. Il reviendra alors à l'organe désigné de continuer ces actions sur la base de ce qui a été précédemment fait. Il n'y a donc ni gel ni suspension des actes de procédure en cours. C'est pour rendre compte de cette continuité que l'article 19 in fine de la Loi française du 4 mars 1889 disposait déjà que « Les opérations de la faillite sont suivies sur les derniers errements de la procédure de liquidation ». La notion d'errements ici est importante¹⁰⁷. Elle renvoie aux manières d'agir auxquelles on recourt habituellement. Il s'agissait donc pour le syndic de ne pas s'écarter des mesures engagées au cours de la liquidation. L'article 79 de la loi française de 1967

¹⁰² COURET Alain, op. cit., n° 64.

¹⁰³ COURET Alain, op. cit., n° 65.

¹⁰⁴ Il est ainsi admis que « Dans le cas de la conversion de la saisie en vente volontaire, il n'y a pas une nouvelle procédure; c'est l'ancienne qui continue » COURET Alain, op. cit., n° 73.

¹⁰⁵ MASTRULLO Thomas, article préc., n° 22. Dans le même sens, CHAPUT Yves, La faillite, op. cit., p. 102 pour qui : « La période intermédiaire ne peut être totalement effacée ».

¹⁰⁶ Telles que la publication du jugement de conversion, l'établissement d'un bilan supplémentaire ou la vérification des nouvelles créances le cas échéant.

¹⁰⁷ La notion d'errement, peut être considérée comme le vieux français. Dans son sens plus récent, il correspond surtout à une conduite blâmable.

était dans la même logique en prévoyant que : « Le syndic procède aux opérations de liquidation en même temps qu'à l'établissement de l'état des créances ».

Les législations récentes sont moins précises mais restent dans le même esprit. Il ressort par exemple de l'article 141 AUPCAP qu'en cas de conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens, suite à l'annulation ou à la résolution du concordat, le syndic désigné procède « sur la base de l'ancien inventaire (...) au récolement des valeurs, actions et documents¹⁰⁸ ; s'il y a lieu, il procède à l'inventaire et dresse un bilan supplémentaire (...). Il est procédé, sans délai, à la vérification des nouveaux titres de créance produits ». L'article 146 al. 3 est plus explicite en disposant que : « lorsque la liquidation des biens est prononcée sur conversion d'une procédure de redressement judiciaire, le syndic procède aux opérations de liquidation en même temps qu'il achève, le cas échéant, la vérification des créances et qu'il établit l'ordre des créanciers. Il poursuit les actions introduites avant la décision d'ouverture de la procédure de liquidation des biens ». On peut par exemple citer ici les actions en responsabilité contre les dirigeants, les procédures de licenciements en cours ou encore les actions en inopposabilité ou en nullité de la période suspecte. A titre de droit comparé, l'article L641-5 Cce français dispose que : « Lorsque la liquidation judiciaire est prononcée au cours de la période d'observation d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le liquidateur procède aux opérations de liquidation en même temps qu'il achève éventuellement la vérification des créances et qu'il établit l'ordre des créanciers. Il poursuit les actions introduites avant le jugement de liquidation, soit par l'administrateur, soit par le mandataire judiciaire, et peut introduire les actions qui relèvent de la compétence du mandataire judiciaire ». L'idée est bien celle de la continuation et non de la rupture dans les procédures.

39. En dépit du jugement qui est prononcé, c'est finalement la même procédure collective qui suit son cours. Cette absence de rupture permet de protéger les droits des créanciers.

II- LA CONVERSION ET LES DROITS DES CREANCIERS

40. A elle seule, la possibilité de conversion « à tout moment de la procédure »¹⁰⁹ produit un effet perturbateur sur les créanciers qui vivent avec la crainte d'une conversion qui, si elle intervient, peut ruiner parfois tout espoir de rentrer dans leurs

¹⁰⁸ Le "récolement" est un contrôle opéré par un huissier ou par un greffier fait après inventaire, après saisie ou après apposition de scellés afin de vérifier que les biens mis sous main de justice n'ont pas été déplacés ou détournés.

www.dictionnaire-juridique.com/definition/recolement.php.

C'est dire que l'inventaire des biens auquel est soumis le syndic après sa nomination a pour point de départ l'ancien inventaire. Il n'y a donc pas, en dépit de la conversion deux masses de biens mais bien une seule et unique masse. Avec le récolement, le nouveau syndic prend finalement à son compte en le validant, l'inventaire fait par son prédécesseur.

¹⁰⁹ Par exemple, le tribunal peut « à tout moment de la période d'observation du redressement judiciaire prononcer la liquidation judiciaire si le redressement est manifestement impossible » conformément à l'article L. 631 -15 Cce ».

droits¹¹⁰ surtout lorsqu'une procédure en cours est convertie en procédure de liquidation. Mais, de manière plus précise, le jugement de conversion lorsqu'il est prononcé, emporte des effets relativement importants sur les créanciers. Loin de remettre totalement en cause la situation des créanciers, la conversion n'affecte pas tous les droits car ceux-ci peuvent être maintenus (A). Certains droits peuvent d'ailleurs s'en trouver plutôt consolidés (B).

A- Le maintien des droits

41. Le jugement de conversion ouvre une nouvelle procédure sans pour autant mettre totalement fin à la procédure initiale¹¹¹. Ce jugement ne fait donc pas table rase de la procédure précédente surtout en ce qui concerne le sort des créanciers. Leurs droits nés de la procédure antérieure doivent être préservés qu'il s'agisse des droits communs à tous les créanciers ou des droits propres à certains créanciers. Ceci se traduit par la non-exigence d'une nouvelle déclaration des créances, et le maintien de certains droits spécifiques antérieurs à la conversion.

1- Le maintien des droits collectifs : la non exigence d'une nouvelle déclaration des créances

42. La déclaration ou la production des créances est une obligation qui s'impose aux créanciers. Elle participe du caractère collectif de la procédure et de la discipline imposée aux créanciers¹¹². Elle intervient après le jugement d'ouverture de la procédure, dans le délai prévu, sous peine de forclusion. Ses contours méritent toutefois d'être précisés lorsque survient une conversion qui entraîne « l'ouverture d'une nouvelle procédure ». Quel impact doit avoir cette procédure sur les droits des créanciers antérieurs à la conversion dont les créances avaient déjà été déclarées ? Autrement dit, une nouvelle information préalable doit-elle être donnée et une nouvelle période de déclaration des créances doit-elle être ouverte pour permettre aux créanciers antérieurs au jugement de conversion de déclarer à nouveau leurs créances ?

¹¹⁰ La conversion a donc un caractère imprévisible. Comme le dit un auteur s'agissant de la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire : « Par définition, le jugement d'ouverture de la sauvegarde (...) reste sous la menace d'une conversion en redressement judiciaire, spécialement sur le fondement de l'article L. 621-12, si l'appréciation des circonstances qui l'ont justifié se trouve, postérieurement à son prononcé, remise en cause », MASTRULLO Thomas "La conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire", *Revue des procédures collectives* n° 2, Avril 2008, étude 19, n° 15.

¹¹¹ Pour reprendre l'image utilisée par un auteur, la conversion serait une solution, une issue sans pour autant marquer la clôture de cette procédure. En ce sens : LE CORRE Pierre-Michel, « Les clôtures », *Revue des procédures collectives* n° 2, Avril 2008, dossier 14, Pratique, contentieux et réforme de la loi de sauvegarde.

¹¹² SAWADOGO Filiga Michel, Effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard des créanciers in *Encyclopédie OHADA*, sous la direction de Paul-Gérard POUGOUE, Lamy, 2011, p. 724 et sv, not. p. 733, n° 20 ; GUYON Yves, *Droit des affaires*, T. 2, Entreprises en difficultés – Redressement judiciaire – faillite, op. cit., p. 253, n° 1213 et sv.

En principe, les droits des créanciers antérieurs au jugement d'ouverture de la première procédure et ayant déclaré leurs créances ne doivent pas être affectés par la conversion qui intervient au cours de la procédure. C'est pourquoi, ces créanciers ne sont pas traditionnellement soumis à une nouvelle déclaration de créances après le jugement de conversion. Leurs créances sont automatiquement prises en compte dans la nouvelle procédure. En droit OHADA, la production des créances ne s'impose pas en cas de conversion. L'article 141 *in fine* de l'AUPCAP révisé qui traite des effets de la conversion en cas de résolution ou d'annulation du concordat préventif ou du concordat de redressement précise que « Les créances antérieurement admises sont reportées d'office au nouvel état des créances sous déduction des sommes qui auraient été perçues par les créanciers au titre de dividende ». Il en découle qu'en cas de conversion soit du règlement préventif en redressement judiciaire ou en liquidation des biens, soit du redressement judiciaire en liquidation des biens, il n'y a pas lieu à une nouvelle déclaration pour les créances antérieures au jugement de conversion et déjà déclarées. Dans le même sens, le droit français prévoit que lorsque les créanciers sont soumis à un plan de sauvegarde ou de redressement qui se résout par l'ouverture d'une nouvelle procédure, les créanciers à la première procédure, pour leurs créances déclarées au jugement d'ouverture n'ont pas à déclarer de nouveau à la seconde procédure - redressement ou liquidation judiciaire. Ils sont admis de plein droit dans ces procédures¹¹³. Pour la Cour de Cassation française, cette admission de plein droit devrait s'étendre aux créances qui sont contestées lors de la première procédure et pour lesquelles le juge n'a pas encore tranché¹¹⁴. La raison avancée est que la

¹¹³ Voir par exemple article L. 622-27 Cce. La solution est constante et fait partie des cas dits de « dispense légale de déclaration ». Pour quelques cas d'application, voir par ex. : Com. 16 janvier 2007, D. 2007, p. 311, obs. Leinard ; Gaz. Pal. 13 avril 2007, n° 103, p. 45, note Le Corre-Broly ; Cass. com., 7 juillet 2009, n° 08-13849. Egalement Cass. Com., 28 juin 2017, pourvoi n° 16-11171 pour un cas de conversion d'un plan de redressement en liquidation judiciaire.

Sous l'empire de la Loi de 1985, la solution n'était pas exactement la même. Il était prévu qu'en cas de résolution du plan, la procédure de redressement judiciaire qui s'ouvrait était une nouvelle procédure et que par conséquent, les créanciers antérieurs au jugement de redressement devaient déclarer à nouveau leurs créances. Par conséquent, les juges devaient, au cours du prononcé du jugement de conversion, ordonner l'allongement du délai de déclaration, ce qui n'était pas toujours le cas. En ce sens : DERRIDA Fernand, GODE Pierre et SORTAIS Jean Pierre, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, préc., p. 50, n° 49.

¹¹⁴ Cour de cassation française, Avis n° 01200007 du 17 septembre 2012 https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_15/avis_classes_date_239/2012_41_60/17_septembre_2012_01200007_4373/01200007_17_24148.html. Selon la Cour : « Tout créancier, qui a déclaré sa créance et qui est soumis à un plan de sauvegarde ou de redressement, peut bénéficier de la dispense de déclaration prévue à l'article L. 626-27 III du code de commerce, peu important que sa créance n'ait pas encore été définitivement admise au passif de la procédure à la date de la résolution du plan ». Par ailleurs, « par application de l'article L. 626-27 I du code de commerce, le jugement qui prononce la résolution du plan en cas de constatation de l'état de cessation des paiements au cours de l'exécution de ce plan met fin aux opérations et à la procédure lorsque celle-ci est toujours en cours, de sorte que les créances déjà déclarées au passif de la première procédure

contestation devient caduque car elle sera examinée lors de la seconde procédure. Par contre, les créances non déclarées à la première procédure ne peuvent plus l'être à la procédure issue de la conversion. La forclusion est définitive et ne peut être levée du seul fait de cette conversion¹¹⁵. La solution est rigoureuse mais logique. Un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation française s'est prononcé en ce sens¹¹⁶.

2- Le maintien de certains droits individuels antérieurs à la conversion

43. Lorsque survient une procédure collective, le principe est celui du traitement égalitaire des créanciers. Cette égalité se manifeste par exemple par la soumission de tous à la discipline collective. Celle-ci impose par exemple la suspension des poursuites individuelles, l'arrêt du cours des intérêts ou encore l'obligation de production des créances. Pourtant, certains créanciers bénéficient d'un traitement particulier. C'est le cas des travailleurs et de certains titulaires de droits particuliers à l'exemple des titulaires de sûretés. C'est également le cas des créanciers postérieurs au jugement d'ouverture encore appelés créanciers de la masse. La discipline collective imposée par l'ouverture de la procédure ne les concerne pas. Par contre et surtout, ils bénéficient de droits spécifiques, en particulier de la priorité de paiement par rapport aux créanciers antérieurs que l'on appelle également créanciers dans la masse. Institué par l'article 117 AUPCAP dans sa version antérieure à la réforme, cette règle a été maintenue telle qu'elle après la révision du texte.

44. Cette priorité de paiement doit être maintenue malgré l'intervention du jugement de conversion qui met en place une procédure différente de la précédente. Autrement dit, il faut continuer à prendre en compte leurs droits acquis au cours de la procédure initiale, en dépit de la conversion survenue ultérieurement. Des dispositions légales sont parfois prévues en ce sens.

Par exemple, l'article 142 alinéa 3 AUPCAP qui traite des effets de la conversion dispose que : « Les titulaires de créances contre la première masse conservent leur droit de préférence par rapport aux créanciers composant cette masse ». Il s'agit de maintenir au profit de ces créanciers considérés comme postérieurs au jugement d'ouverture de la procédure initiale mais devenus créanciers antérieurs au jugement de conversion au même titre que les créanciers dans la masse, une priorité sur ces derniers. A défaut d'obtenir immédiatement le paiement de leur créance à l'échéance,

collective et qui n'ont pas encore été admises sont soumises à la procédure de vérification et d'admission propre à la seconde ».

¹¹⁵ <http://nouvellesdupalais.unblog.fr/2016/03/01/le-contentieux-des-procedures-collectives-la-declaration-de-creance-2eme-partie/> A moins pour le créancier d'engager une action en relevé de forclusion.

¹¹⁶ Cour de cassation Ch. Com 15 février 2011 n° 09-14318 : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la déclaration de créance doit intervenir dans un délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture du redressement judiciaire au Bodacc, la conversion du redressement en liquidation judiciaires demeurant sans effet sur le point de départ du délai de déclaration de la créance, la cour d'appel a violé, par fausse application, les textes susvisés.

ces créanciers seront payés par préférence sur les autres¹¹⁷. Bien qu'ils deviennent du fait de la conversion qui met en place une procédure nouvelle des créanciers antérieurs au jugement de conversion, ce « privilège » leur est maintenu¹¹⁸.

C'est en ce sens également que l'article L.641-13, I, al.2 Cce français prévoit que : « En cas de prononcé de la liquidation judiciaire sur conversion, sont également payés à leur échéance les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire bénéficiant du traitement préférentiel aux termes de l'article L 622-17 Cce ». Ces créances sont donc traitées comme « des créances postérieures privilégiées qui doivent être payées à leur échéance »¹¹⁹. A défaut de paiement à l'échéance, ils bénéficient d'un régime de préférence que le code organise en son article L. 622 -17-II. A la différence de l'article 117 AUPCAP précité qui pose uniquement le principe de la préférence, l'article L. 622 -17-II organise la priorité des créances concernées tant à l'égard des autres créances telles que les créances bénéficiant du privilège du salaire, qu'entre les créances relevant de ce régime privilégié. La conversion de procédure qui intervient ensuite ne porte pas atteinte à la priorité de traitement instituée à leur profit par la loi¹²⁰.

Bien plus que le maintien, la conversion de la procédure peut être l'occasion de consolider certains droits des créanciers.

B- La consolidation des droits des créanciers

40. L'ouverture d'une procédure collective impose certaines mesures aux créanciers, celles-ci étant parfois justifiées par le caractère collectif de la procédure. C'est le cas de la déclaration ou de la production des créances. Mais, d'un autre côté, l'ouverture d'une nouvelle procédure donne naissance à des droits. Il s'agit parfois de droits particuliers à certains créanciers. C'est le cas par exemple des salariés qui bénéficient

¹¹⁷ SAWADOGO Filiga Michel, Effets des procédures à l'égard des créanciers, op. cit. En droit OHADA, leur traitement prioritaire est déduit de l'article 117 AUPCAP qui dispose tout simplement que : « Toutes les dettes nées régulièrement ; après la décision d'ouverture, de la continuation de l'activité ou de toute activité régulière du débiteur ou du syndic sont des créances de la masse.

Pendant longtemps, ces créanciers étaient connus en droit français sous le nom de créanciers de l'article 40. En droit OHADA, leur sort est régi par l'article 117AUPCAP.

¹¹⁸ SAWADOGO Filiga Michel ouvrage préc., p. 286, n° 294 : « L'annulation ou la résolution du concordat n'a pas pour effet de remettre en cause la position privilégiée qui existait avant l'adoption du concordat ».

¹¹⁹ COQUELET Marie - Laure, *Entreprises en difficultés Instruments de paiement et de crédit*, op. cit., p. 350, n° 505. Adde : VIDAL Dominique et GIORGINI Giulio Cesare, *Cours de droit des entreprises en difficultés*, préc., p. 209 qui parlent à leur propos de « créances méritantes ». On peut citer par exemple : les créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité lorsqu'elle est autorisée ; les créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant le maintien de l'activité, etc.

¹²⁰ Pour en bénéficier, les créanciers doivent toutefois en cas de non-paiement à l'échéance porter leur créance à la connaissance du mandataire judiciaire, de l'administrateur ou du commissaire à l'exécution du plan dans les délais indiqués par la loi.

du superprivilège des salaires dont la mise en œuvre se justifie aisément en cas de procédure collective.

Lorsque survient une conversion de procédure collective, ces droits sont maintenus pour la plupart comme précédemment dit. Mais, ils vont souvent être également renforcés. Ainsi se justifie par exemple le caractère exceptionnel de la nullité et de l'inopposabilité des actes antérieurs à la conversion. Dans le même temps, la conversion fait émerger des droits pour certains créanciers. C'est le cas du privilège de new money.

1- Le caractère exceptionnel de la nullité et de l'inopposabilité des actes antérieurs à la conversion

41. Le principe est que les actes accomplis par le débiteur antérieurement à la conversion ne sont pas totalement anéantis en cas de survenance de celle-ci. Dans l'hypothèse particulière de la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens, il s'agit des actes accomplis avant l'annulation ou la résolution du concordat, c'est-à-dire entre l'homologation du concordat et la résolution ou l'annulation de celui-ci. Ils ne sont ni annulés ni déclarés inopposables sauf en cas de fraude¹²¹. C'est ce que prévoit l'article 143 AUPCAP qui dispose : « Les actes faits par le débiteur entre l'homologation du concordat et sa résolution ou son annulation ne peuvent être déclarés inopposables qu'en cas de fraude aux droits des créanciers et conformément aux dispositions relatives à l'action paulienne ». La raison est que « la période intermédiaire ne peut être totalement effacée »¹²² et il faut « prendre en considération les tiers de bonne foi qui ont traité avec le débiteur qui n'était plus assisté et qui avait retrouvé ses pouvoirs d'administration et de disposition »¹²³. L'homologation du concordat met fin à l'assistance du débiteur par le syndic. Ceci a pour conséquence de permettre au débiteur d'exercer de nouveau ses pouvoirs de gestion¹²⁴. A ce titre et tout en respectant les mesures concordataires, il peut passer de nouveaux actes dans l'intérêt de l'entreprise. Toutefois, si ces actes ont été accomplis dans le but de porter atteinte aux droits des créanciers en particulier ceux soumis au plan concordataire, ces actes peuvent être remis en cause. Une double condition est posée : une condition de fond qui est l'exigence de la fraude et une condition de procédure car l'action ne peut être mise en œuvre que par le mécanisme de l'action paulienne dont on connaît la complexité. Par contre, la nature des actes importe peu. C'est-à-dire qu'aucune suspicion ne pèse a priori sur aucune catégorie d'actes. En cela, le régime des inopposabilités et nullités en cas de conversion se distingue de celui applicable aux actes de la période suspecte¹²⁵.

¹²¹ CHAPUT Yves, *La faillite*, op. cit., p. 102.

¹²² CHAPUT Yves, *La faillite*, op. cit., loc. cit.

¹²³ CHAPUT Yves, *La faillite*, op. cit., loc. cit.

¹²⁴ Voir article 136 AUPCAP qui dispose : « Dès que la décision d'homologation est passée en force de chose jugée, Le débiteur recouvre la libre administration et disposition de ses biens à l'exception de ceux qui ont fait l'objet d'une cession conformément aux articles 131 à 133 ci-dessus ».

¹²⁵ Sur ce régime, voir par exemple LUCAS François – Xavier, *Manuel de droit de la faillite*, préc., p. 171, n° 190 et sv.

Cette solution participe donc de la sécurité juridique et de la protection des droits des tiers qui ont traité avec le débiteur.

42. Les créanciers peuvent aussi recouvrer l'intégralité de leurs droits en cas de résolution ou d'annulation du concordat conformément à l'article 142 1° AUPCAP. L'article 144 AUPCAP ajoute que : « les dispositions des articles 141, 142 et 143 sont applicables au second redressement judiciaire ou liquidation des biens prononcé après annulation ou résolution du concordat ». Il s'agit de toutes les dispositions qui assurent la préservation des droits des créanciers antérieurs à la conversion.

Au régime commun de la nullité des actes antérieurs qui concerne tous les créanciers antérieurs à la conversion, s'ajoute le privilège reconnu à quelque uns d'entre eux.

2- L'émergence de nouveaux droits : le cas du privilège de new money

43. L'un des effets du jugement d'ouverture d'une procédure collective est de distinguer entre les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs à ce jugement. Lorsque survient la conversion, la situation peut être bouleversée et de nouvelles catégories de créanciers apparaissent. Parmi ceux-ci, il y a les créanciers postérieurs au jugement d'ouverture de la procédure initiale mais antérieurs au jugement de conversion¹²⁶. Dans cette catégorie, il faut encore distinguer entre ceux qui ont contribué sans succès au rétablissement de la situation du débiteur et les autres. Les premiers sont les créanciers bénéficiaires du privilège de l'argent frais qui ne doivent pas être confondus avec les créanciers de la masse qui sont les créanciers postérieurs au jugement d'ouverture¹²⁷ - mais antérieurs au concordat. Il s'agit par exemple de ceux dont les créances sont nées de la continuation des contrats en cours.

44. Figurant parmi les innovations majeures de l'acte uniforme révisé de 2015¹²⁸, le privilège de new money encore appelé privilège de l'argent frais ou privilège de procédure permet aux bénéficiaires d'être préférés aux autres créanciers du débiteur dans des conditions bien encadrées par la loi¹²⁹. Ces bénéficiaires limitativement énumérés sont toutes les personnes qui acceptent volontairement de consentir au débiteur faisant l'objet d'une procédure, un nouvel apport de trésorerie au débiteur.

¹²⁶ Que l'on appelle aussi créanciers antérieurs au concordat.

¹²⁷ Sur le sort de ces créanciers antérieurement à la réforme de l'AUPCAP, lire : AKONO Ramses Adam, « Le clair-obscur du régime de faveur des créances postérieures en droit OHADA des procédures collectives », *Revue de Recherche Juridique* 2014-2, p. 885 et sv.

¹²⁸ CROCQ Pierre, « Des créanciers et contractants mieux protégés » in *Droit et patrimoine*, Dossier spécial « Modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives », Décembre 2015, n° 253, p. 59 et sv. not. p. 64 NDONGO Cécile, *op. cit.*, p. 103 et sv. Le droit OHADA s'est, sur ce point, inspiré des dispositions du code de commerce français.

¹²⁹ ASSONTSA Robert, SILIENOU Herline Idèle, « L'introduction du privilège de « New Money » en droit Ohada des procédures collectives », *Annales Africaines, Revue de la Faculté des Sciences juridiques et Politiques de l'Université Cheick Anta Diop de Dakar*, Volume 1, avril 2017, n° 6, p. 353 et sv.

Plusieurs raisons ont été invoquées pour justifier cette priorité accordée à certains créanciers¹³⁰. Il s'agit principalement « d'inciter les créanciers du débiteur à une collaboration plus active et spontanée à la prévention des difficultés des entreprises »¹³¹.

45. le domaine du privilège a été circonscrit par les textes l'organisant. En droit OHADA, le privilège peut être mis en œuvre dans trois hypothèses. La première est l'ouverture d'une liquidation des biens postérieurement à un accord de conciliation homologué ou exécuté. C'est ce que prévoit l'article 5-11. La deuxième est l'ouverture d'une liquidation des biens postérieurement à l'homologation du concordat préventif conformément à l'article 11-1. La troisième, enfin, est l'hypothèse de la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens qui nous intéresse tout particulièrement ici et qui est prévue par l'article 33-1 de l'AUPCAP. En droit français, les créanciers concernés bénéficieront du privilège en cas d'ouverture de conversion d'un accord amiable homologué en procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens conformément à l'article L. 611-11.

La conversion d'une procédure de redressement judiciaire en liquidation des biens donne donc l'occasion de mettre en œuvre ce nouveau privilège. L'article 33-1 précité dispose clairement à cet effet que : « En cas de conversion d'une procédure de redressement judiciaire en liquidation des biens, les personnes qui avaient consenti dans le concordat de redressement judiciaire un nouvel apport de trésorerie au débiteur (...) sont payées au titre du privilège selon les rangs prévus par les articles 166 et 167 ci-dessous ».

46. Relativement à la portée du privilège, la situation des créanciers bénéficiaires est meilleure en droit OHADA qu'en droit français¹³². Comme le prévoient les articles 166 et 167 AUPCAP, ces créanciers sont classés au premier rang tant sur la distribution du prix de vente des meubles que sur celle des immeubles. Par contre, il ressort des dispositions du code de commerce y relatives que les créanciers de la procédure sont classés en troisième position après le superprivilège des salaires et le privilège des frais de justice en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire¹³³ et en seconde position en cas d'ouverture d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire¹³⁴. Ce classement prioritaire peut, pour diverses raisons, être remis en cause ce qui n'est pas de nature à favoriser le recours à ce mécanisme dont le but est principalement d'attirer les créanciers lorsque l'entreprise connaît des difficultés.

¹³⁰ SAWADOGO Filiga Michel, Note sous article 33-1 AUPCAP in OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, Edition 2018, p. 1208.

¹³¹ COQUELET Marie-Laure, ouvrage préc., p. 45, n° 71.

¹³² CROCQ Pierre, « Des créanciers et contractants mieux protégés », in *Droit et patrimoine*, op. cit., loc. cit.

¹³³ Article L. 641 -13, II Cce.

¹³⁴ Article L. 622-17, Cce.

Sur le privilège de new money en droit français, lire par exemple LUCAS François Xavier, *Manuel de droit de la faillite*, préc., p. 53, n° 36.

La mise en œuvre du privilège de l'argent frais porte néanmoins atteinte à des règles bien établies du droit des procédures collectives telles que les inopposabilités de la période suspecte ou le principe de l'égalité entre les créanciers, bien que ces atteintes soient justifiées par des causes plus « nobles » comme le redressement de l'entreprise. D'un autre côté, le bénéfice du privilège impose certaines contraintes au créancier parmi lesquelles l'obligation de respecter les engagements concordataires et l'obligation de déclarer les créances¹³⁵. S'il est vrai qu'en cas de conversion le régime de la déclaration est modifié et que certaines créances sont admises d'office¹³⁶, cela ne semble pas concerner les créanciers bénéficiaires du new money.

47. En conclusion de cette étude sur la conversion des procédures collectives, il convient de dire que cette mesure qui intervient à l'issue d'une décision judiciaire, participe du pragmatisme et de la recherche d'efficacité des procédures collectives. Le jugement de conversion conduit à mettre en place une nouvelle procédure, généralement d'une gravité plus importante que la précédente. Pour autant, l'intervention d'un jugement de conversion ne saurait faire perdre de vue la nécessaire continuité de la procédure collective une fois celle-ci ouverte. On comprend donc pourquoi la nouvelle procédure n'efface pas totalement les effets de la procédure antérieure à laquelle elle se substitue. Cette idée de continuité se retrouve également relativement aux droits des créanciers. L'ouverture d'une nouvelle procédure ne doit pas affecter leurs droits acquis dans la procédure antérieure. Parfois même, la survenance de la conversion sera l'occasion de faire naître de nouveaux droits plus protecteurs de leurs intérêts. Si convertir c'est changer et que le changement emporte toujours des bouleversements, il n'y a pas en matière de procédures collectives de raisons de redouter du changement qui, tout en étant inévitable est parfois dans l'intérêt de la procédure collective et de l'intérêt général. La conversion permet au droit des entreprises en difficultés d'apporter une réponse adaptée aux problèmes économiques que connaissent les entreprises. Les effets désastreux de la pandémie du corona virus sont là pour le démontrer. Reste qu'il faudra que le juge qui reste l'acteur majeur, en fasse un bon usage.

Yvette Rachel KALIEU ELONGO

Agrégée des facultés de droit

Université de Dschang (CAMEROUN)

¹³⁵ ASSONTSA Robert, SILIENOU Herline Idèle, art. préc., p. 372, n° 27.

¹³⁶ Voir *Supra*, n° 32.

L'EXECUTION FORCEE DES DECISIONS DE LA COUR COMMUNE DE JUSTICE ET D'ARBITRAGE ET DES SENTENCES ARBITRALES IMPLIQUANT LE DROIT DE L'OHADA¹

1. L'importance de l'exécution d'une décision définitive de justice ou d'une sentence arbitrale², en général, est telle que l'on ne peut s'empêcher de convenir avec Xavier-Baptiste RUEDIN que « L'exécution des arrêts définitifs, [...] est un élément clé du fonctionnement du système [...]. La manière dont les jugements sont exécutés est révélatrice du degré d'efficacité d'un système judiciaire »³. Ceci incite à s'intéresser à la question sous l'angle du droit communautaire OHADA, en se focalisant sur l'exécution forcée des arrêts de la CCJA et de celle des sentences arbitrales impliquant ledit système⁴, en particulier les sentences rendues conformément à l'Acte Uniforme relatif au droit de l'Arbitrage (AUA) et celles rendues sur le fondement de certaines conventions⁵. La question est saisissante d'autant plus que l'exécution est, dans les deux hypothèses, susceptible de se heurter à des obstacles juridiques de nature diverse lors de sa matérialisation bien qu'il s'agisse d'une exécution ayant le caractère forcé. Or, en matière d'affaires, c'est une situation non souhaitable. A ce titre, il convient d'admettre que, lorsque le débiteur exécute

¹ OHADA : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.

² Cette importance est pertinemment et implicitement soulignée par une juridiction communautaire qui considère que le droit d'accès à une juridiction « [...] serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie. [...] on ne comprendrait pas que l'article 6...décrive en détail les garanties de procédure [...] accordées aux parties et qu'il ne protège pas la mise en œuvre des décisions judiciaires [...]. L'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du "procès" », cité par Frédérique FERRAND dans son article "La fondamentalisation de l'exécution forcée", in "Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité", sous la direction de Claude BRENNER, Actes du Vème colloque organisée par la Revue de Droit et procédures, les 27 & 28 avril 2007, Editions Juridiques et Techniques, Paris 2007, p. 25. La citation est tirée de l'arrêt Hornsby, CEDH 19 mars 1997, Hornsby contre Grèce, D. 1998, p. 74, note Fricero ; JCP 1998, II, 22949.

³ Xavier-Baptiste RUEDIN, "Exécution des arrêts de la Cour Européenne des droits de l'Homme (procédure, obligations des Etats, pratique et réforme)", LGDJ/ Bruylant, 2009, p. 1.

⁴ Pour aller plus loin, voir « OHADA 20 ans déjà : bilan et perspectives », Actes du colloque sur le 20^{ème} anniversaire de l'OHADA, Ouagadougou 10-11 octobre 2013, Revue Burkinabè de Droit (RBD), n° 48, 1^{er} semestre 2014, p. 111 & ss.

⁵ Il s'agit des sentences arbitrales rendues sur le fondement de règles différentes de celles prévues par l'AUA. En effet, aux termes de l'article 34 de l'AUA, « Les sentences arbitrales rendues sur le fondement de règles différentes de celles prévues par le présent Acte Uniforme, sont reconnues dans les Etats-parties, dans les conditions prévues par les conventions internationales éventuellement applicables et, à défaut, dans les mêmes conditions que celles prévues aux dispositions du présent Acte Uniforme ». Par ailleurs, il faut signaler qu'en droit de l'OHADA, coexistent l'arbitrage régi par l'AUA et l'arbitrage institutionnel soumis au Règlement d'Arbitrage (R.A) de la CCJA.

spontanément ou volontairement ses obligations, cela n'appelle aucun problème⁶ et c'est ce que souhaite tout créancier. Aussi, importe-t-il de noter que l'exécution d'une décision de justice est considérée, à juste titre, par la Cour Européenne des droits de l'Homme (CEDH) comme un élément du droit à un procès équitable⁷. En d'autres termes, la Cour consacre le droit à l'exécution d'une décision de justice et considère qu'il constitue une garantie de l'équité ou de l'équilibre entre les parties au procès. Il va sans dire que cela est valable pour les sentences arbitrales qui sont, dans la présente réflexion, considérées au sens large comme des décisions de justice. La notion de décision de justice est, sous l'angle de la justice étatique, entendue au sens propre (jugement, arrêt, ordonnance) et doit être distinguée de celle qu'un auteur qualifie judicieusement « d'actes d'administration judiciaires par lesquels le juge ne tranche pas de litige, mais prend des décisions administratives pour la gestion de l'instance ou de la juridiction »⁸. Cette dernière catégorie d'actes de justice n'est pas susceptible d'exécution forcée⁹.

2. Par ailleurs, le thème interroge sur la notion d'exécution d'une décision. Au sens large, une définition simple est donnée par Loïc AZOULAI qui vise, surtout, l'application du droit communautaire. Selon ce dernier, l'exécution « désigne l'ensemble des procédés par lesquels, le droit se réalise et passe dans les faits. Ces procédés ont pour objet de rendre utile et effective la norme juridique »¹⁰. Danièle ALEXANDRE et André HUET, quant à eux, ont une approche plus détaillée qui inclut un point saillant de la présente étude, en l'occurrence l'exécution forcée. En effet, ils l'appréhendent comme « la possibilité qu'offre la décision de parvenir à la réalisation du droit qu'elle consacre grâce à une contrainte publique sur les personnes ou sur les biens [...] ; on songe notamment à l'exécution forcée au moyen d'une saisie,

⁶ V. Art. 28 de l'AUPSRVE. Voir aussi, Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 82 du 20 janvier 2004, Société WACKENHUT contre ECOBANK), in www.ohada.com, Ohadata J-04-492.

⁷ Selon la Cour « L'exécution d'un jugement ou d'un arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit être considérée comme faisant partie intégrante du procès au sens de l'art. 6 », citée par Natalie FRICERO, in « Une extension de la notion de «procès équitable » : la consécration du droit à l'exécution du jugement », D. 1998, p. 74.

⁸ Didier CHOLET, « Exécution des jugements et des actes », in **Répertoire de procédure civile (Dalloz)**, septembre 2015 (actualisation : avril 2016), n° 44 & 45.

⁹ Alain FOURNIER, « Hypothèque légale », in **Répertoire de Droit Immobilier (Dalloz)**, 2007 (actualisation : juin 2012), n° 101 à 128.

¹⁰ Loïc AZOULAI, « Pour un droit de l'exécution de l'Union Européenne », in DUTHEIL DE ROCHERE Jacqueline (sous la direction), « L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux », Colloque, 7, Edit. Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 1. L'auteur estime au sujet du droit communautaire que « L'exécution est le grand impensé du droit de la Communauté et de l'Union ». Par ailleurs, pour Didier CHOLET, « Juridiquement, l'exécution correspond à la réalisation du droit qui permet la satisfaction du créancier. Cette réalisation est obtenue par l'application de mesures de coercition [...]. En droit substantiel, l'exécution est l'accomplissement par le débiteur de l'obligation due [...], voir Didier CHOLET, op. cit., n° 1 & 2.

à l'expulsion d'une personne »¹¹. L'exécution forcée, un des éléments centraux de cette étude, n'est pas à confondre avec l'exécution d'office¹². L'exécution forcée est une procédure légale intervenant après la non-exécution volontaire d'une obligation et consistant à recourir à des moyens coercitifs pour imposer la réalisation effective de l'exécution "due"¹³.

3. Dans le cadre de la présente étude, l'exécution d'une sentence ou d'une décision s'entend de l'application ou la réalisation de « l'ordre donné » par le juge ou l'arbitre et consigné dans le jugement ou la sentence. C'est aussi la mise en œuvre du jugement rendu (définitif ou assorti de l'exécution provisoire) ou celle d'une mesure provisoire. C'est en d'autres termes le fait de donner un effet à une décision de justice ou à une sentence arbitrale. Pour certains, « L'exécution du titre est l'effet le plus énergique que le bénéficiaire d'un titre [...] puisse rechercher »¹⁴. L'exécution n'est pas expressément définie par le législateur de l'OHADA, même si elle relève du domaine des procédures ou des voies d'exécution. La CCJA ne s'est pas non plus penchée sur la notion, mais elle a fait l'effort, à travers notamment un arrêt du 26 octobre 2006¹⁵ de définir les voies d'exécution comme « des procédures légales permettant à un créancier impayé, soit de saisir les biens de son débiteur pour les vendre, le cas échéant, et se faire payer, soit de procéder à une saisie de créance en vue de se faire

¹¹ Danièle ALEXANDRE et André HUET, « Compétence européenne, reconnaissance et exécution : matières civile et commerciale », Répertoire de Droit Européen (Dalloz) janvier 2015 (actualisation : juin 2016), n° 334.

¹² L'exécution d'office est « un privilège de l'administration qui a le pouvoir de mettre en application certaines de ses décisions sans autorisation ni discussion », voir Rémy CABRILLAC, (sous la direction), « Dictionnaire du vocabulaire juridique », 5^{ème} édit., LexisNexis, Paris, 2013, p. 230 ; voir aussi, Pierre-Laurent FRIER, « L'exécution d'office : principe et évolutions », ADJA 1999, p. 45 & ss. Contrairement à ce que semble penser certains, comme Hervé MASUREL, l'exécution d'office ne saurait être synonyme de l'exécution forcée qui est une arme légale contraignante prévue pour forcer la réalisation d'un engagement ferme ou d'une obligation. L'exécution d'office, elle, intervient, généralement, en cas d'urgence ou de menace imminente susceptible de compromettre la sécurité ou l'ordre public. Or, pour Hervé MASUREL « L'exécution d'office, ou encore l'exécution forcée, terme qui exprime avec plus de clarté sinon de diplomatie ce que l'on veut dire, est, comme l'écrivait Jean Rivero, « la possibilité pour l'administration de se conférer elle-même un titre exécutoire lui permettant de passer proprio motu à l'exécution matérielle de ses décisions » », voir Hervé MASUREL « L'exécution d'office des mesures de police administrative », in AJDA 1999, p. 39.

¹³ Aux termes du dictionnaire du vocabulaire juridique l'exécution forcée est « [l'] ensemble des moyens de contrainte exercés pour imposer, dans le respect des garanties et des formalités prescrites par la loi, l'exécution des obligations », in Rémy CABRILLAC, (sous la direction), « Dictionnaire du vocabulaire juridique », op. cit., p. 230.

¹⁴ Gilles CUNIBERTI, Clotilde NORMAND, Fanny CORNETTE, « Droit international de l'exécution / Recouvrement des créances civiles et commerciales », L.G.D.J., 2011, p. 27. Pour Roger PERROT et Philippe THERY, la finalité ou l'objectif du droit de l'exécution, « ...consiste à faire passer le droit dans les faits en surmontant l'inertie ou la mauvaise volonté d'un débiteur qui se déroberait, ou pourrait se dérober, à l'exécution de ses obligations », voir Roger PERROT et Philippe THERY, « Procédures civiles d'exécution », 3^{ème} édit., Dalloz 2013, p. 2.

¹⁵ Voir affaire SCI Golfe de Guinée contre PROMOMER SARL, CCJA, arrêt n° 022/2006 du 26 octobre 2006, in <http://www.ohada.com>, ohadata J-08-91.

attribuer, soit enfin, de se faire délivrer ou restituer un bien mobilier corporel ». Cette décision portant sur l'exécution d'un contrat de bail ayant abouti à une ordonnance d'expulsion n'est pas dépourvue d'intérêt. Elle apporte des précisions sur le domaine de compétence de la CCJA en matière de voies d'exécution. En effet, tout en reconnaissant l'expulsion d'une personne (d'un immeuble) comme une mesure d'exécution forcée, la cour précise qu'elle n'entre pas dans le champ de définition des voies d'exécution forcée prévu par l'AUPSRVE. Dans les systèmes de droit communautaire comme celui de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), il reste incontestable que l'exécution efficace des décisions de ses organes juridictionnels est capitale puisqu'elle est susceptible d'avoir une influence sur la garantie de la sécurité juridique voire sur la confiance légitime ou l'espérance légitime¹⁶.

4. En tout état de cause, l'analyse du traité permet de penser que les engagements et les objectifs de l'OHADA font, implicitement, du facteur "exécution des décisions" de la CCJA et des sentences arbitrales impliquant le système juridique de l'OHADA, l'un des principaux enjeux de l'institution tout comme cela semble être perçu dans l'Union Européenne¹⁷. Les sentences arbitrales impliquant le système juridique de l'OHADA sont, ici, interprétées comme celles qui font appel explicitement ou implicitement à des règles d'exécution relevant du droit de l'OHADA. Cependant, il ne s'agit pas,

¹⁶ La notion « d'espérance légitime » tout comme celle de « confiance légitime » n'est pas clairement définie par ses utilisateurs que sont les juridictions nationales et communautaires européennes mais dans la pratique, la jurisprudence a démontré l'intérêt de l'intégrer dans les législations nationales et communautaires comme le démontre Charlotte BLANC-FILY. Selon l'auteur, « L'espérance légitime, notion construite progressivement par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) depuis le milieu des années 1990, permet d'élargir l'applicabilité de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme [...]. Prenant de plus en plus d'ampleur dans la jurisprudence européenne pour devenir progressivement un critère essentiel dans la recherche de l'applicabilité du droit de propriété [...]. Synonyme de promesse, d'attente ou d'espoir, et jouissant naturellement d'une connotation positive, l'espérance ne possède *a priori* aucun attribut justifiant son incursion dans le domaine du droit. [...]. La légitimité, en revanche, constitue un élément récurrent du vocabulaire juridique puisque l'idée de légitimité se reflète dans les concepts de bien-fondé, de droit et de légalité. L'association de ces deux termes peut donc sembler surprenante [...]. Pourtant, selon Jean-Baptiste Walter, "puisque ce n'est pas l'espérance nue mais plutôt celle qualifiée de légitime qui semble intéresser l'activité juridique" [...]. ». Pour plus de précisions, voir Charlotte BLANC-FILY, « La notion conventionnelle d'espérance légitime : convergences et divergences entre appréhensions prétorienne nationale et européenne », in RFDA 2015 p. 527.

¹⁷ En effet comme l'expriment si bien Katarzyna Blay-Grabarczyk et autres « ...la garantie des arrêts de la Cour se présente comme la face cachée du système européen, comparé à l'éclat même troublé de la jurisprudence européenne ». Face cachée d'un système qui a pourtant érigé le droit à l'exécution des décisions de justice en principe fondamental du droit à un procès équitable s'imposant aux autorités nationales », voir Katarzyna Blay-Grabarczyk et autres « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme — Aspects européens : acteurs politiques et acteurs juridictionnels », consulté en ligne, in RFDA 2014, p. 935. De telles réflexions sont intéressantes et pourraient inspirer les acteurs de nos systèmes communautaires.

dans la présente étude, d'examiner l'ensemble des deux catégories de sentences arbitrales à la fois, c'est-à-dire celles rendues sur le fondement de la législation de l'OHADA¹⁸ et les sentences étrangères définies dans l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage (AUA). L'étude se limite aux sentences rendues en application de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage et à celles dont les règles de reconnaissance et d'exécution sont précisées à l'article 34 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Quoiqu'il en soit, il ne faut pas perdre de vue le fait qu'un des objectifs de l'OHADA est d'assurer la sécurité juridique,¹⁹ d'attirer les investisseurs dans son espace juridico-économique, voire d'assurer les échanges commerciaux dans la sérénité. Or, la réalisation de cet objectif dépend, en partie, de la suite donnée aux décisions rendues par ses juridictions et des garanties réservées à l'exécution des sentences arbitrales dans son espace juridique. Aussi, la CCJA est-elle, dans une certaine mesure, par elle-même, une des institutions productrices de normes juridiques de l'OHADA grâce aux décisions rendues (notamment par le biais de l'interprétation). Il en est de même des sentences arbitrales impliquant le droit de l'OHADA quant à leur exécution, plus particulièrement celles soumises à l'Acte Uniforme relatif au droit de l'Arbitrage (AUA) qui apparaît comme le droit commun en matière d'arbitrage²⁰. Ce constat renforce l'intérêt d'une étude axée sur l'exécution forcée de ces décisions et de ces sentences arbitrales, surtout sous l'angle des garanties offertes en vue de leur matérialisation effective et efficace. Ainsi, cette réflexion vise une question centrale qui est celle de savoir si le dispositif juridique destiné à l'exécution forcée des décisions de la CCJA et celui prévu pour l'exécution des sentences arbitrales soumis à l'AUA répondent entièrement aux exigences de la réalité et de l'efficacité. En d'autres termes, les garanties légales prescrites et les principes juridiques en la matière sont-ils de nature à assurer une exécution effective et à garantir la sécurité juridique. En somme, cette interpellation se décline en plusieurs interrogations implicites qui gravitent autour de cette question centrale. Ainsi, les règles garantissant l'exécution forcée des décisions de la CCJA et celle des sentences arbitrales sont-elles à la mesure des objectifs de l'OHADA, contrainte d'allier droit public et droit privé ou encore justice étatique et justice privée ? La CCJA est-elle dotée de moyens qui assurent, de façon infaillible, le rétablissement des droits ou la réparation du préjudice subi par le requérant victorieux ? Y a-t-il lieu de craindre l'existence d'obstacles quant à cette exécution, notamment du côté de l'Etat ?

¹⁸ Les sentences rendues conformément au Règlement d'arbitrage de la CCJA et celles renvoyant à l'application de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage (AUA) constituent les deux catégories de sentence relevant du droit de l'OHADA.

¹⁹ V. Paul CASSIA, « La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes », *D.* 2006, p. 1190 ; voir, aussi, Frank MODERNE, « Principes fondamentaux, principes généraux », in *RFDA* 1998, p. 495. Concernant la question de délai de recours et le principe de sécurité juridique, voir Conseil d'Etat (CE) français, 13 juillet 2016, arrêt n° 387763, in *Recueil Lebon* 2016.

²⁰ L'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage du 11 mars 1999 a été abrogé par celui du 23 novembre 2017 qui a fait l'objet de quelques améliorations.

5. En tout état de cause, l'exécution forcée²¹ des décisions n'est pas sans poser des problèmes dans la mesure où la fonction du juge (communautaire) ou de la Cour se limite à la *jurisdictio* renvoyant à son pouvoir de dire le droit et à l'*imperium* visant celui d'imposer la décision rendue²². Ces pouvoirs ne semblent pas intégrer ceux pouvant permettre à la CCJA de prendre directement les mesures de matérialisation de l'exécution forcée de ses décisions sur le terrain. La même difficulté s'étend à l'arbitre ou au tribunal arbitral. En outre, il ne faut pas perdre de vue le fait que l'arbitre est dans une posture plus délicate car il ne dispose pas d'impérium et doit s'en remettre au juge étatique²³ pour la plupart des actes juridiques relatifs à l'exécution de la sentence²⁴. Ceci conforte le fait que le nœud du problème est la non réalisation

²¹ La présente étude emprunte notamment la définition de l'exécution forcée du dictionnaire juridique (CORNÜ) qui est « L'exécution d'une convention ou d'un jugement imposé au débiteur sur sa personne ou sur ses biens par le ministère d'un officier public compétent, et, au besoin de la force armée, en observant les formalités prescrites, par la loi », voir Gérard CORNÜ, « Vocabulaire juridique », Puf, 11^{ème} édition, Paris, 2016, p. 432. Aussi, pour ALLAND Denis et RIALS Stéphane, c'est « l'ultime moyen d'assurer l'exécution », voir ALLAND Denis et RIALS Stéphane, « Dictionnaire de culture juridique », Puf, 1^{ère} édition, Paris, 2016, p. 679. C'est donc une arme juridique pour faire face au débiteur récalcitrant ou résistant.

²² Comme le précise un auteur, l'impérium est composé de trois éléments : « "[...] -la *jurisdictio*, qui réside dans le pouvoir de dire le droit.

- L'*imperium merum*, sorte d'impérium à l'état pur" qui correspond aux pouvoirs spécifiquement concernés par l'emploi de la force et de la contrainte par opposition à la *jurisdictio*.

- et l'*imperium mixtum*, qui relève principalement de l'*imperium merum*, mais qui en est cependant détachée afin d'être reliée à la *jurisdictio* à l'efficacité de laquelle elle contribue », voir Laure BERNHEIM-VAN de CASTEELE, in « Les principes fondamentaux de l'arbitrage », Bruylant, Bruxelles 2012, p. 622.

²³ Selon Achille SALETTI, Jacques Van COMPERNOLLE et Jean-François Van DROOGHENBROECK, « Le concours du juge étatique à l'arbitrage peut être envisagé à trois niveaux [...] en premier lieu, pour remplir, son office de juge du provisoire lorsque la procédure arbitrale [...] s'avèrera impuissante à assurer la protection provisoire de droits ou d'intérêts menacés [...] en second lieu, pour prendre des mesures d'assistance permettant l'obtention de preuves [...]. Enfin, à l'issue de la procédure arbitrale, le juge étatique peut se transformer en juge de contrôle [...] », voir « L'arbitre et le juge étatique – Etudes de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia – », sous la direction d'Achille SALETTI, Jacques Van COMPERNOLLE et Jean-François Van DROOGHENBROECK, Bruylant, 2014, p. 12.

²⁴ Voir (en particulier le dernier alinéa) l'article 13 de l'AUA : « Lorsqu'un différend faisant l'objet d'une procédure arbitrale en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente.

Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi ou si aucune demande d'arbitrage n'a été formulée, la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou manifestement inapplicable à l'espèce. Dans ce cas, la juridiction étatique compétente statue sur sa compétence en dernier ressort dans un délai maximum de quinze (15) jours. Sa décision ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dans les conditions prévues par son règlement de procédure.

En tout état de cause, la juridiction étatique ne peut relever d'office son incompétence.

Toutefois, l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'à la demande d'une partie, une juridiction étatique, en cas d'urgence reconnue et motivée, ordonne des

volontaire de la décision. En effet, comme l'exprime, autrement, un auteur, « La mise en œuvre de l'exécution forcée s'inscrit dans un contexte pathologique : l'inexécution. [...]. Dans une perspective sociologique [...]. Les débiteurs récalcitrants peuvent être malheureux, mais aussi malicieux ; les créanciers peuvent poursuivre abusivement l'exécution ou tenter de recouvrer leurs créances, pour faire eux-mêmes face à des situations délicates »²⁵. En effet, l'on convient que les manœuvres peuvent provenir aussi bien du débiteur que du créancier. Concernant le problème des débiteurs malicieux, la Cour d'Appel d'Abidjan a eu l'occasion d'affirmer la réalité de la question dans un arrêt. Dans cette affaire, le comportement frauduleux du débiteur a semblé évident dans la mesure où la Société BAZAFRIQUE (débitrice) a sollicité sa mise en liquidation après le déclenchement effectif des opérations d'exécution forcée. Il est donc normal que la Cour en tire les conséquences en déclarant que « [...] les gérants de la Société BAZAFRIQUE ont sollicité la mise en liquidation de celle-ci, après que la saisie conservatoire portant sur ses biens ait été convertie en saisie vente, qu'il y a là manifestement une intention malicieuse de fraude au droit des créanciers »²⁶.

6. Au risque de se répéter, il s'agit, dans la présente étude d'examiner l'exécution forcée des décisions de la CCJA soumise à un cadre juridique à double facette (I) et l'exécution des sentences arbitrales émaillée de complexité (II) en vue d'apporter de façon globale des réponses aux précédentes interrogations. Toutefois, l'on ne s'interdira pas d'évoquer, si nécessaire, des décisions topiques ne relevant pas directement du domaine de l'étude.

I- L'EXÉCUTION FORCÉE DES DÉCISIONS DE LA CCJA : UNE EXÉCUTION SOUMISE À UN CADRE JURIDIQUE A DOUBLE FACETTE

7. Les règles de procédure d'exécution constituent les premiers moyens juridiques incontournables d'exécution des décisions de justice. L'exécution des décisions de la CCJA, à l'instar de la plupart des décisions de justice de type communautaire voire international, est essentiellement soumise à deux catégories de règles. Elle est non seulement soumise aux règles de procédure communautaire (première facette) mais aussi à la législation nationale (seconde facette) en vertu du principe de territorialité des voies d'exécution, surtout s'agissant d'une exécution forcée qui ouvre légalement droit à l'usage de la contrainte. Ce principe suppose que la loi interne s'applique aux mesures d'exécution forcée (notamment aux saisies pratiquées sur des biens situés sur le territoire). Cette exécution, qu'elle soit forcée ou non, est donc soumise à une réglementation mixte. Cette mixité s'explique notamment par le fait que les institutions communautaires ne disposent pas de pouvoirs exorbitants, ni de procédure

mesures provisoires ou conservatoires, dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du litige au fond, pour lequel seul le Tribunal arbitral est compétent ».

²⁵ V. François VINCKEL, « Droit de l'exécution forcée », Gualino, Paris 2008, p. 16.

²⁶ C.A. Abidjan, arrêt du 16 janvier 2001, Agence CARACTERE contre Société BAZAFRIQUE, <http://www.ohada.com>, ohadata J-02-189.

spécifique d'exécution permettant d'engager directement le processus de mise en œuvre matérielle de l'exécution. La procédure d'exécution forcée ne fait donc pas l'objet d'une législation entièrement centralisée (harmonisée). Une telle situation reste évidente dans la mesure où l'OHADA gère un vaste espace virtuel tandis que l'Etat membre est « maître » d'un espace géographique réel (territoire) lui appartenant. Cette mixité procédurale n'est pas forcément à l'avantage du bénéficiaire de l'exécution forcée, surtout dans l'hypothèse où l'Etat a le statut de partie au contentieux. Pour s'en convaincre, il convient de s'intéresser au corps minimal de règles communes consacré à l'exécution forcée des décisions de la CCJA (A) lesquelles règles restent perméables à quelques obstacles difficilement surmontables (B).

A- Un corps minimal de règles communes pour l'exécution forcée des décisions de la CCJA

8. Au niveau du droit communautaire, des dispositions du traité OHADA, du règlement de procédure de la CCJA et de l'AUPSRVE, essentiellement, régissent l'exécution des décisions de la CCJA. Ainsi, l'article 20 du traité de l'OHADA²⁷ et l'article 46 du règlement de procédure de la CCJA²⁸ constituent des éléments de l'ensemble des dispositions clés d'ordre communautaire régissant l'accueil et la réalisation des décisions de la CCJA dans l'ordre juridique interne. Si l'on se réfère à l'article 46-1 du règlement de la CCJA, il y a, comme en droit international, une séparation des fonctions : le juge de la CCJA dit le droit et passe le relais aux autorités nationales pour faire exécuter la solution juridique imposée. Dans ce sens, un auteur estime, à raison, que « Dès que le juge a tranché [...] "le juge cesse d'être juge " et l'effectivité du droit reconnu est étranger à l'office du juge »²⁹. A partir de ce moment,

²⁷ Article 20 du traité de l'OHADA : « Les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Ils reçoivent sur le territoire de chacun des Etats Parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions des juridictions nationales. Dans une même affaire, aucune décision contraire à un arrêt de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne peut faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire d'un Etat Partie ».

²⁸ Article 46 du règlement de procédure de la CCJA : « L'exécution forcée des arrêts de la Cour est régie par les règles de la procédure civile en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel elle a lieu. La formule exécutoire est apposée, sans autre contrôle que celui de la vérification de l'authenticité du titre, par l'autorité nationale que le Gouvernement de chacun des Etats Parties désignera à cet effet et dont il donnera connaissance à la Cour. Après l'accomplissement de ces formalités à la demande de l'intéressé, celui-ci peut poursuivre l'exécution forcée en saisissant directement l'organe compétent, suivant la législation nationale ».

2- L'exécution forcée ne peut être suspendue qu'en vertu d'une décision de la Cour.

3- Toute demande tendant à surseoir à l'exécution forcée d'une décision de la Cour est présentée dans les conditions prévues aux articles 23 et 27 du présent Règlement. Elle est immédiatement signifiée aux autres Parties, auxquelles le Président fixe un bref délai pour la présentation de leurs observations écrites ou orales.

4- Le Président statue sur la demande par voie d'ordonnance motivée et non susceptible de recours. Cette ordonnance est immédiatement signifiée aux Parties. ...»

²⁹ Marcel DYMANT, "L'exécution forcée après l'obtention du titre exécutoire" in « Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité », Actes du Vème colloque organisée par la Revue

la Cour ne peut pas, directement, enjoindre à l'Etat requis de procéder à la mise en œuvre diligente de sa décision. L'OHADA renvoie, en effet, à l'Etat sollicité pour entamer le processus d'exécution qui se fonde sur sa propre législation (procédure civile interne). Ces situations ne sont pas sans conforter l'idée selon laquelle l'on peut imaginer « ...le cauchemar que vit le bénéficiaire d'un jugement face à un débiteur peu scrupuleux [...]. L'exécution transfrontalière ressemble à une course d'obstacle »³⁰.

9. Aussi, l'analyse de l'article 14 du traité de l'OHADA, permet d'indiquer que les décisions rendues par la CCJA sont d'ordre civil c'est-à-dire qu'elles couvrent les domaines civil et commercial³¹. Ainsi, le législateur OHADA distingue implicitement les affaires relevant du droit privé et celles relevant du droit public, voire du droit pénal. En effet, une affaire échappe à l'OHADA dès lors qu'intervient une autorité publique agissant dans l'exercice de la puissance publique³². Néanmoins, une personne morale publique peut, personnellement, être concernée par l'exécution d'un arrêt de la CCJA, en raison notamment d'activités économiques ou commerciales

de Droit et procédures, les 27 & 28 avril 2007, Editions Juridiques et Techniques, Paris 2007, p. 118.

³⁰ Voir Nathalie FRICERO, « L'euphémisation de l'exécution forcée », in « *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité* », op. cit., p. 98.

³¹ Aux termes de l'article 14 du traité, « La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage assure l'interprétation et l'application communes du traité ainsi que des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions [...]. Saisie par la voie du recours en cassation, la Cour 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 et des règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales ». Dans ce sens, voir **CCJA**, arrêt n° 047/2009 **DU 12/11/2009**, Affaire Union Internationale de Banques en Guinée (UIBG) contre Etablissements Alpha Oumar BARRY, <http://www.ohada.com>, ohadata J-10-185.

³² V. Hélène GAUDEMET-TALLON, « Compétence et exécution des jugements en Europe » « Règlement n° 44/2001 Conventions de Bruxelles et de Lugano », 3^{ème} édit., L.G.D.J., 2002, p. 27. L'auteur affirme précisément que, « ...dans l'arrêt Eurocontrol de 1976 et dans l'arrêt Rüfer de 1980, la Cour de justice pose un critère de distinction entre affaires relevant du droit privé et donc de la convention et affaires relevant du droit public et donc exclues du domaine de ce texte : s'il y a "intervention d'une autorité publique agissant dans l'exercice de puissance publique," l'affaire échappe à la convention de Bruxelles....la Cour relève que l'organisme public en cause a exercé des prérogatives de puissance publique ». Concernant cette séparation, la Cour de Cassation française estime à raison que « Le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires s'oppose à ce que le juge civil ordonne des mesures qui contrarient les prescriptions que l'autorité administrative a édictées, dans l'exercice de ses pouvoirs de police de l'eau et des milieux aquatiques, à la suite de l'inobservation des dispositions applicables aux installations, ouvrages, travaux et activités réalisés à des fins non domestiques par toute personne physique ou morale, publique ou privée, et entraînant des prélèvements sur les eaux superficielles ou souterraines, restitués ou non, une modification du niveau ou du mode d'écoulement des eaux, la destruction de frayères, de zones de croissance ou d'alimentation de la faune piscicole ou des déversements, écoulements, rejets ou dépôts directs ou indirects, chroniques ou épisodiques, même non polluants », voir Cassation Civ., 1^{ère} civ, 9 septembre 2020, n° 19-17.271, in AJDA 2020 p. 1685 (Revue consultée en ligne le 24-10-2020).

menées par un établissement public et régies par le droit privé³³. Cela pose le problème de l'immunité d'exécution qui est un privilège reconnu à certaines personnes en raison de leur statut, notamment les personnes morales de droit public³⁴.

10. En matière d'exécution et sous l'angle du droit communautaire, certaines caractéristiques de la décision ou de l'arrêt de la Cour constituent des éléments sans lesquels, il sera pratiquement impossible de donner effet à la décision de la Cour c'est-à-dire de procéder à son exécution. Il s'agit des qualités essentielles destinées à garantir la production d'effet efficace, en l'occurrence celle de l'autorité de chose jugée et le caractère de force exécutoire³⁵. Est-il nécessaire de rappeler qu'un jugement doté de l'autorité de chose jugée, en dehors des cas de recours qui s'y rattachent (la révision dans le cas de la CCJA), ne peut faire l'objet d'une remise en cause. La CCJA l'a d'ailleurs rappelé dans un arrêt, en déclarant que « L'autorité de la chose jugée, principe fondamental de la justice, [...] s'oppose à ce que l'arbitre statue dans la même cause opposant les mêmes parties »³⁶.

11. En somme, ces caractères, dont sont pourvus les arrêts de la CCJA³⁷, permettent le passage aux actes matériels d'exécution qui peut se traduire par des actes exercés sur des biens du débiteur de l'obligation prescrite par la Cour, à travers sa décision, constituant, ici, un titre exécutoire judiciaire. Convient-il de rappeler que ces actes, c'est-à-dire ces mesures d'exécution qui se distinguent des mesures conservatoires, doivent leur existence au titre exécutoire traduisant la réalité d'une créance certaine, liquide et exigible³⁸. Ces caractéristiques sont importantes à plus d'un titre. En effet, la décision de la Cour déclare non seulement la conduite à tenir (à l'égard des parties au procès) mais, aussi, constitue le titre exécutoire³⁹ nécessaire au déclenchement de la

³³ V. Benoît BARS, « Droit des sociétés et de l'arbitrage international –Pratique en droit de l'OHADA », Edit Joly, 2011, p. 12. L'auteur cite d'ailleurs un cas d'application du droit OHADA à un Etat actionnaire minoritaire dans une société commerciale soumis au droit OHADA : « Cotonou, n° 256/200, 17 août 2000 : RG 314/2000, Bénin, LV, n° 10, p. 127, www.juriscope.org ».

³⁴ Nous reviendrons sur cette question qui est réglée par l'article 30 de l'AUPSRVE de l'OHADA.

³⁵ La force exécutoire est la qualité permettant au créancier de l'exécution d'obtenir la réalisation de ses droits.

³⁶ Voir CCJA, 1^{ère} Chambre, Ass. Plén., arrêt n° 3, 31/01/2011, SOCIÉTÉ PLANOR AFRIQUE SA C/ SOCIÉTÉ ATLANTIQUE TELECOM SA, in <http://www.ohada.com>, [Ohadata J-12-136](#).

³⁷ V. article 20 du traité OHADA.

³⁸ Concernant la condition « certaine et exigible » de la créance, voir CCJA, arrêt du 24/04/2003, in <http://www.ohada.com> ohadata J-03-193.

³⁹ Article 33 de l'Acte Uniforme portant organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des voies d'Exécution (AUPSRVE) : « Constituent des titres exécutoires :

- 1) les décisions juridictionnelles revêtues de la formule exécutoire et celles qui sont exécutoires sur minute ;
- 2) les actes et décisions juridictionnelles étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarés exécutoires par une décision juridictionnelle, non susceptibles de recours suspensif d'exécution, de l'État dans lequel ce titre est invoqué ;
- 3) les procès verbaux de conciliation signés par le juge et les parties ;
- 4) les actes notariés revêtus de la formule exécutoire ;

procédure d'exécution dans le pays récepteur ou d'accueil ; ce titre étant la preuve du bien fondé de la créance. En effet, une personne ne peut obtenir l'engagement d'une procédure d'exécution que si elle est créancière à l'égard d'un débiteur. Sa créance doit être constatée par un titre exécutoire⁴⁰, pour permettre d'engager une mesure exécutoire. Les fonctions de ce titre sont précisées par un auteur qui souligne, à juste titre, que « [...] le titre exécutoire... a théoriquement deux fonctions : d'abord, il garantit la certitude de la créance ; ensuite, il investit les agents d'exécution du droit et du devoir de les mettre en œuvre pour obtenir l'exécution, au besoin forcée, des créances visées par le titre »⁴¹. Aussi, le titre exécutoire est-il défini par Stéphane PIEDELIEVRE comme « un acte écrit délivré au nom de l'Etat qui donne pouvoir à son titulaire de procéder à l'exécution forcée de la créance qu'il constate. Il en est ainsi, par exemple, des décisions de justice et des actes notariés »⁴². Si l'on devait transposer cette définition en droit communautaire, il serait plutôt question « d'un acte écrit délivré au nom de l'Institution communautaire ou de l'Organisation communautaire ». En droit communautaire de l'OHADA, l'on note l'absence de

5) les décisions auxquelles la loi nationale de chaque État Partie attache les effets d'une décision judiciaire ».

Il convient d'observer que, dans une certaine mesure, cet article 33 se rapproche de l'article L.113-3 du code des procédures civiles d'exécution français selon lequel « seuls constituent des titres exécutoires : 1° Les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, ainsi que les accords auxquels ces juridictions ont conféré force exécutoire ; 2° Les actes et les jugements étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarées exécutoires par une décision non susceptible d'un recours suspensif d'exécution, sans préjudice des dispositions du droit de l'Union européenne applicables ; 3° Les extraits de procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties ; 4° Les actes notariés revêtus de la formule exécutoire ; 5° Le titre délivré par l'huissier de justice en cas de non-paiement d'un chèque ou en cas d'homologation de l'accord entre le créancier et le débiteur dans les conditions prévues à l'article 1244-4 du code civil ; 6° Les titres délivrés par les personnes morales de droit public qualifiés comme tels par la loi, ou les décisions auxquelles la loi attache les effets d'un jugement ».

⁴⁰ V. Stéphane PIEDELIEVRE, « Droit de l'exécution », PUF, 2009, p. 62. D'une manière générale, le titre exécutoire est un « titre permettant de demander l'exécution forcée d'une obligation », voir Rémy CABRILLAC, (sous la direction), « Dictionnaire du vocabulaire juridique », op. cit., p. 492.

⁴¹ Christine HUGON, "Le titre exécutoire européen à la lumière de la convention européenne des droits de l'Homme", in « La justice civile européenne en marche », sous la direction de Mélina DOUCHY-OUODOT et Emmanuel GUINCHARD, Dalloz, 2012, p. 136.

⁴² Dans ce sens, voir CCJA, ARRÊT n° 002/2016 DU 21/01/2016, SAFIPAR S.A., PALMAFRIQUE S.A., SAMBA COULIBALY contre POTTIER Guillaume, Etat de Côte d'Ivoire, Tiemoko KOFFI, in <http://www.ohada.com>, [Ohadata J-16-211](#). La Cour a, à cette occasion et par rapport à l'exécution forcée, apporté quelques précisions quant à sa compétence : « Attendu que l'ordonnance... du premier Président de la Cour Suprême a été rendue relativement à l'exécution de l'arrêt... rendu le 13 juillet 2012 par la Cour d'appel d'Abidjan, que cette procédure de sursis à exécution est prescrite par la loi nationale "en cas de pourvoi en une matière où cette voie de recours n'est pas suspensive (...) "lorsque ladite exécution est de nature à troubler l'ordre public ou doit entraîner un préjudice irréparable..." que l'action qui a abouti à l'ordonnance querellée n'a pas eu pour objet de statuer sur une quelconque exécution forcée entreprise en vertu d'un titre exécutoire mais d'empêcher qu'une telle exécution puisse être entreprise sur la base d'une décision frappée d'un pourvoi en cassation ; qu'il s'ensuit que la Cour doit se déclarer incompétente ».

définition expresse, toutefois les titres ayant un caractère exécutoire sont limitativement énumérés par le législateur communautaire⁴³. Cette énumération exhaustive apparaît comme un gage de reconnaissance de la portée restrictive du titre exécutoire qui ne concerne, en principe, que les obligations et les personnes visées dans l'acte.

12. C'est probablement dans ce sens que Stéphane PIEDELIEVRE juge qu'il « existe un principe de relativité du titre exécutoire »⁴⁴. Au sujet dudit titre, la CCJA a eu à confirmer la limitation de cette catégorie de titre à ceux prévus par l'article 33 AUPSRVE notamment, en refusant les amalgames sémantiques. Pour la Cour, il n'est pas possible de confondre ou d'assimiler le « titre exécutoire », légalement défini par énumération, à un « titre exécutable ». En effet, dans l'affaire Société SODICAM contre M., elle a clairement déclaré que « l'Acte uniforme... à l'instar de la législation camerounaise ne connaît pas de "titre exécutable", les décisions pouvant faire l'objet d'exécution par les huissiers étant des titres exécutoires »⁴⁵. La Cour n'a pas, à cette occasion, manqué de rappeler qu'un procès-verbal non revêtu de la formule exécutoire n'a pas la qualité de titre exécutoire. Il convient de signaler que le titre exécutoire, au sens de décision de justice, a une connotation plus complexe dans les droits nationaux. Ceci se conçoit dans la mesure où dans les droits nationaux, l'on dénombre plus de catégories de décisions de justice (jugement, arrêt, ordonnance) correspondant à la hiérarchie des juridictions. Ainsi, en droit interne, il a été jugé qu'un titre exécutoire, bien qu'ayant les caractéristiques d'une décision de justice, ne suffit pas à le rendre exécutoire, à défaut d'une signification en bonne et due forme. En effet, selon le Tribunal, « ...il est unanimement admis en droit processuel, que le seul prononcé du jugement ne suffit pas à le rendre exécutoire ; la signification est une condition sine qua non de l'exécution »⁴⁶. Les juridictions nationales de l'OHADA semblent, en

⁴³ Voir art. 33 AUPSRVE, op. cit.

⁴⁴ Stéphane PIEDELIEVRE, « Droit de l'exécution », op. cit., p. 62.

⁴⁵ CCJA, arrêt n° 51 du 26 novembre 2009, affaire Société SODICAM, in :

<http://www.ohada.com>, ohadata J-10-30

http://r.search.yahoo.com/_ylt=A9mSs3Lq04VYGCSAxQtjAQx.;_ylu=X3oDMTByaW11dnNvBGNvbG8DaXlyBHBvcwMxBH70aWQDBHNIYwNzcq--

<http://RV=2/RE=1485194337/RO=10/RU=http%3a%2f%2f212.82.99.181%2fsearch%2fsrpcache%3fp%3dOhadata%2bJ-10-305%2bJuriscope%26fr%3dyfp-t-905%26ei%3dUTF-8%26u%3dhttp%3a%2f%2fcc.bingj.com%2fcache.aspx%3fq%3dOhadata%2bJ-10-305%2bJuriscope%26d%3d4711104046760795%26mkt%3dfr-FR%26setlang%3dfr-FR%26w%3dFRiV9GPg-75eXJSEpPoHiiOM9rRhqHIP%26icp%3d1%26.intl%3dfr%26sig%3dpXmTq5fyfNeDJmOoheENVA--/RK=0/RS=j6BVEIWtDP72k4Vik2wGjkvyAtQ->

Cette affaire porte sur la notion du titre exécutoire telle qu'édictee à l'article 33 de l'AUPSRVE, par rapport à un procès-verbal d'une commission de reclassement. La Cour s'oppose non seulement à l'assimilation entre titre exécutoire et « titre exécutable » mais, aussi, refuse la qualité de titre exécutoire à un procès-verbal non revêtu de la formule exécutoire, donc non conforme à la définition consignée à l'article 33-5) de l'AUPSRVE.

⁴⁶ Tribunal de Première Instance de Douala-Ndokoti, ordonnance de contentieux d'exécution du 30 septembre 2003, Dame NGASSA Rose contre Ste Négocier Cameroun Trading et autres, <http://www.ohada.com>, ohadata J-04-449.

effet, être constantes et unanimes à ce sujet comme l'atteste la Cour d'Appel de Ouagadougou. Cette dernière a conclu, effectivement, dans une décision que « faute de signification et corrélativement en raison de l'effet suspensif lié à l'appel interjeté, l'ordonnance de taxe [...] qui, de par la volonté de la loi, ne peut recevoir exécution, n'est pas un titre exécutoire au sens des articles 33 et 153 de l'acte uniforme sur les voies d'exécution et 414 du code de procédure civile »⁴⁷. D'autres critères réputant une décision de justice non exécutoire ont été retenus par des juridictions nationales de l'OHADA. C'est le cas des décisions non assorties de l'exécution provisoire⁴⁸ et des décisions frappées d'opposition ou d'appel⁴⁹.

13. Le titre exécutoire, ici la décision de la CCJA, est certes valable dans tous les Etats membres de l'OHADA, mais certaines opérations ou mesures nécessitent l'intervention de l'Etat, en tant que territoire d'exécution. Effectivement, aux termes de l'article 20 du traité OHADA, « Les arrêts de la Cour Commune [...] reçoivent sur le territoire de chacun des Etats Parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions des juridictions nationales ». Néanmoins, aucune précision n'est faite quant à la nature de ces juridictions, conduisant à penser que toutes les juridictions sont, *a priori*, visées (notamment administratives, civiles, militaires). Il en ressort que, s'agissant de l'exécution des décisions de la juridiction communautaire, le droit OHADA intègre le principe de territorialité et assimile les décisions de la CCJA à celles rendues par les juridictions internes. Ce principe sous-entend que l'OHADA n'a pas d'autres options que de prendre en compte la souveraineté de l'Etat et son statut de détenteur monopolistique de la contrainte ou de la force publique. Il met, implicitement, en exergue les limites des pouvoirs de l'Organisation communautaire. Ainsi, l'Etat dont les services sont requis pour concourir à l'exécution effective de la décision, dans une certaine mesure, intervient

⁴⁷ CA Ouagadougou, ordonnance de référé n° 28 du 15 mai 2003, Société COLINA Assurances contre Cabinet d'Audit Financier et d'Expertise Comptable KOMBOIGO & Associés, in <http://www.ohada.com>, ohadata J-04-56. Dans le même sens, voir C.A. Abidjan, 1^{ère} Chambre Civile & Commerciale, arrêt civil n° 107 du 9/4/2010, Agence de Gestion Foncière contre M. DOGBO Paul et M. BAEDAN M'Bouke Faustin, <http://www.ohada.com>, Ohadata J-11-17. La Cour a, dans cette affaire, réitéré le fait qu'une décision de justice non signifiée à la partie concernée (en l'occurrence une ordonnance du Président de la Cour Suprême non signifiée aux intimés) ne saurait être opposable à cette partie. En d'autres termes, elle n'est pas exécutoire.

⁴⁸ Voir C.A. Daloa, Chambre Civile et Commerciale, arrêt n° 63 du 14/01/2005 CFAO contre DA et la SGBCL, in <http://www.ohada.com>, ohadata J-07-06.

⁴⁹ C.A. Abidjan, Chambre Civile et Commerciale, arrêt n° 192 du 03/02/2004, M. MAHOU Athanase Contre M. ZABAD ABASS, <http://www.ohada.com>, Ohadata J-05-337. La Cour indique, implicitement, que le non épuisement des voies de recours prive la décision de justice du caractère exécutoire. En effet, selon cette Cour, « [...] il appartient à l'appelant d'indiquer que la juridiction saisie a statué ou non sur la demande à lui soumise et qu'une décision définitive est intervenue [...] à l'effet d'exercer tous ses droits notamment les différentes saisies opérées. En l'espèce, aucun élément ne permet de répondre à cette préoccupation majeure ». Voir, également, C.A. Abidjan, Chambre Civile et Commerciale, arrêt n° 1213 du 14/11/2003, N'GUESSAN Konan Camille C/ Sté OUTSPAN IVOIRE, <http://www.ohada.com>, Ohadata J-03-319.

comme facilitateur ou interface. A ce titre, les Etats membres de l'OHADA constituent, quelque peu, les « moteurs de démarrage » de l'exécution des décisions rendues par la CCJA. L'Etat a, par le biais de ses services compétents (autorités judiciaires ou non), l'obligation de prendre les mesures nécessaires à l'exécution effective de ces arrêts, à la demande de la partie intéressée et conformément aux règles de l'OHADA et aux siennes⁵⁰. Il ne faut pas perdre de vue le fait que certaines mesures d'exécution ont le caractère d'actes administratifs relevant de la compétence exclusive de l'Etat dans lequel l'exécution de la décision est sollicitée. Une telle situation rend plus complexe ou plus lourde la procédure de mise en œuvre de la décision, surtout si certains actes nécessaires ont été établis ou accomplis par des particuliers et sont dépourvus du caractère authentique ou assimilé. Dans ce cas, l'on ne peut éviter la prolongation des délais de réalisation car il faut prendre en compte le délai d'attente de l'intervention de l'autorité compétente pour l'authentification de l'acte. Il ne faut pas non plus écarter le fait qu'une demande de délai de grâce peut être faite par le débiteur. Par rapport à ce dernier, le pire est à craindre car non seulement il peut profiter de certaines situations pour organiser sa propre insolvabilité mais aussi pour pratiquer une évasion judiciaire dans l'espace de l'OHADA⁵¹.

14. L'on peut donc observer que, pour l'exécution forcée d'un arrêt de la CCJA, les articles 28 à 34 de l'AUPSRVE, notamment, constituent des moyens juridiques non négligeables et nécessaires pour obtenir du débiteur l'exécution effective de la décision. Ces dispositions légales encadrent, dans une certaine mesure, le droit à l'exécution en vue, probablement, d'éviter les abus de droit pouvant empêcher le créancier d'obtenir l'exécution⁵². Ainsi, l'Etat requis doit prendre en charge la procédure de déclenchement de l'exécution, à partir de la saisine de ses services par la partie intéressée ou le bénéficiaire de l'exécution forcée. A compter de cette saisine, l'Etat est tenu de procéder, au moins, à l'apposition de la formule exécutoire conformément aux prescriptions de l'article 46 du Règlement de procédure de la CCJA. Si cette apposition ne semble pas théoriquement poser de problème, dans la

⁵⁰ Voir l'article 46-1 du règlement de procédure de la Cour.

⁵¹ Ainsi, comme l'affirme pertinemment Nathalie FRICERO, « On imagine aisément le cauchemar [...] à un débiteur peu scrupuleux, qui a décidé de profiter de l'espace européen [africain] pour pratiquer l'évasion judiciaire, les déplacements des capitaux ou d'avoirs bancaires », voir Nathalie FRICERO, « L'euphorisation de l'exécution forcée », in « Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité », op. cit., p. 97 & ss.

⁵² Concernant l'existence d'un abus de droit, voir **TRIBUNAL DE COMMERCE DE POINTE-NOIRE, JUGEMENT n° 001 DU 09/01/2008**, Société ENI-CONGO S.A. contre Etablissements MIC VIDEO, <http://www.ohada.com>, ohadata J-13-71. Cette affaire concerne, entre autres, une demande d'indemnisation de part et d'autre des parties pour abus de droit et une demande de suspension de l'exécution provisoire d'une sentence arbitrale consécutive à une procédure d'exécution forcée déjà entamée. Le tribunal tout en ne reconnaissant pas l'existence d'abus au détriment du débiteur, le reconnaît en faveur du créancier en ces termes : « Il est vrai que la résistance de la société ENI-CONGO à l'exécution de la sentence arbitrale et ...la présente action intentée par elle sont abusives et vexatoires en ce qu'elles ont toutes deux abouti à la reconnaissance des droits des Etablissements MIC VIDEO au paiement de certaines sommes d'argent et à l'exécution forcée pour le recouvrement de celles-ci ».

pratique il peut en être autrement. L'acte d'apposition revenant à un agent désigné par l'Etat, il n'est pas certain que l'opération soit effectuée sans heurt dans la mesure où certains Etats sont confrontés à des problèmes de ressources humaines notamment. Dans de telles situations, l'exécution peut se heurter au problème de lenteur administrative voire de la mauvaise volonté des services de l'Etat⁵³, ce qui n'est pas à l'avantage de la sécurité des affaires et de la crédibilité du système juridique de l'Organisation commune. Le pire, c'est qu'à ce stade, non seulement le juge (le juge de l'exécution, s'il en existe ou le juge compétent en la matière) ne peut directement intervenir pour permettre l'accélération des opérations de réalisation mais aussi, l'observation de certains délais s'imposent dans une telle procédure. Dans ce sens, la pensée selon laquelle « La recherche de conformité au but social conduit par Jhering pour qui *"Le droit est la politique de la force, [...] notre conception de la théorie du droit s'occupe plus de la balance que de l'épée de la justice"*, est révélatrice d'une césure entre titre exécutoire, et sa mise à exécution »⁵⁴.

15. En outre, même si l'autorité en charge de l'apposition de la formule exécutoire et le juge en charge de l'exécution sont prévus, rien ne garantit ni leur compétence, ni leur célérité, ni leur efficacité voire leur bonne foi. Dans une telle hypothèse, l'on est en droit de s'interroger si l'offre de garantie légale prévue pour l'exécution forcée est à la hauteur de l'attente du créancier qui est l'effectivité de cette exécution dans un délai acceptable, laquelle effectivité est tributaire du délai de réalisation. Cette interrogation n'est-elle pas confortée par un auteur lorsqu'il affirme que « Le facteur temps, élément essentiel de la régulation pacifiée de l'exécution d'un titre exécutoire joue comme une arme au tranchant redoutable, en dehors de la volonté des parties. Alors que le temps pour exécuter aménagé conventionnellement c'est-à-dire par une libre négociation où chacun abandonne partie de son dû ou de ses prérogatives contentieuses est seul gage d'effectivité harmonieuse »⁵⁵. Quoi qu'il en soit les mesures d'exécution forcée sont enfermées dans des délais généralement impératifs

⁵³ A propos de la mauvaise foi ou volonté des services de l'Etat, voir Tribunal régional hors classe de Dakar, Affaire TRANSAIR contre Société EEXIMCOR AFRIQUE, Jugement du 14/07/2004, voir <http://www.ohada.com>, ohadata J-06-02. Cette décision met en exergue la possibilité pour le créancier de se heurter à une inaction volontaire ou au refus des agents de l'Etat de lui apporter leur concours. C'est pourquoi le Tribunal relève « [...] que le jugement ...constitue un titre exécutoire [...]. Qu'en procédant à son exécution, l'huissier auteur de la réquisition s'est heurté au refus des forces de l'ordre [...] Que, Mieux, le gouverneur, en affirmant qu'il doit saisir d'abord les autorités ministérielles avant de donner son accord alors que les gendarmes trouvés sur place ont été placés sur ce site en vertu d'un arrêté ministériel émanant de lui, démontre ainsi ce refus [...]. Que la nature impérative du titre exécutoire justifie l'ouverture du site à l'huissier exécutant sans que les gendarmes sur place ou le gouverneur ne puissent y opposer un argument quelconque qui, du reste, doit être notifié à l'huissier qui en prend bonne note mais ne doit point servir d'opposition ou de refus de prêter main forte d'autant que la saisie ne portait que sur les biens de EEXIMCOR et non sur les biens du site ».

⁵⁴ Marcel DYMAN, "L'exécution forcée après l'obtention du titre exécutoire" in « Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité », op. cit., p. 118 ; [« Jhering, « La lutte pour le droit », Maresq aîné, 1890, p. 1 »]

⁵⁵ Marcel DYMAN, " op. cit., p. 120.

qui peuvent être des délais d'action divers (à l'égard du débiteur ou du créancier : délais de contestation, etc.) ou des délais d'attente (interdiction temporaire d'expulsion d'un locataire par exemple). Ce facteur temps corrobore le fait que, quand « ...ils sont imposés, au créancier, les délais d'actions, par leur sanction, leur diversité et leur brièveté, transforment souvent les voies d'exécution en un véritable parcours de combattant, inutilement complexe et dangereux »⁵⁶. Ces questions sont d'autant plus importantes que le bénéficiaire du titre exécutoire est, à partir de ce moment, "placé entre les mains" du « for » dont les règles de procédure civile régissent, en partie, le déroulement de l'exécution. Ainsi, comme le relève, à juste titre, un auteur, « ...pour procéder à l'exécution forcée, le bénéficiaire devra faire en sorte que son jugement circule avec tous ses attributs, l'autorité de chose jugée et la force exécutoire »⁵⁷. En outre, l'obligation de prêter main forte au créancier de l'exécution forcée, à la charge de l'Etat, prend effet en ce moment.

16. L'Etat apparaît, ainsi, comme un agent exécutant particulier dans le processus de réalisation de l'exécution forcée. Il est donc au cœur de l'opérationnalisation de l'exécution forcée. L'Etat, sous l'angle de l'exécution des décisions, est un terme sui generis qui inclut l'ensemble de ses services compétents. Ainsi, le greffier en chef ou l'autorité publique en charge de certifier le titre exécutoire, le procureur, l'huissier (requis par l'autorité publique), les forces publiques et les personnes accomplissant ou participant à l'exercice d'un service public sont concernées. L'exécution, du côté de l'Etat, peut donc impliquer un certain nombre d'agents nécessitant une coordination pour une exécution effective et satisfaisante. Dans cette logique et conformément à la législation de l'OHADA, l'Etat doit garantir un minimum de moyens juridiques voire de mesures pour assurer une exécution efficace et satisfaisante. Cependant, il convient de reconnaître qu'il s'agit là d'un minimum de mesures ou de règles qui ne saurait absorber tous les problèmes juridiques générés par le processus de l'exécution forcée, notamment les incidents d'ordre procédural prévus ou non par les textes. C'est l'exemple des contestations relatives aux droits d'une tierce personne : elle peut introduire une action en distraction visant les biens saisis (assiette de l'exécution forcée) du débiteur concerné par l'exécution forcée⁵⁸. Dans cette hypothèse, le

⁵⁶ Philippe HOONAKER, « Procédures civiles d'exécution », 2^{ème} édition, Larcier, 2012, p. 7.

⁵⁷ Voir Nathalie FRICERO, « L'eupéanisation de l'exécution forcée », op. cit., p. 98.

⁵⁸ V. CCJA, ARRET N° 16 DU 24 FEVRIER 2005, Affaire SABBAH Affif Youssef & Autres c/ Madame GUTTY & Autres, in <http://www.ohada.com>, ohadata J-05-361. Dans cette affaire qui concerne une exécution forcée, la CCJA a fait droit à la demande des requérants des demandeurs qui ont sollicité la distraction de leurs biens, en tant que tiers sur le fondement de l'article 141 de l'AUPSRVE. Une telle action qui permet l'intervention, dans la procédure, d'un tiers, personne non partie au contentieux d'origine, est de nature à allonger les délais de réalisation de l'exécution forcée. Voir, dans le même sens, le TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE DE YAOUNDE, ORDONNANCE DU 8 JUILLET 2004, SOH DUPONT contre BAYOKLAG Jean Marc, in <http://www.ohada.com>, ohadata J-05-213. Selon le Tribunal « ...il est constant et établi que les tiers qui se prétendent propriétaires d'un bien saisi peuvent demander à la juridiction compétente d'en ordonner la distraction, [...] que sa demande, à peine d'irrecevabilité doit satisfaire à certaines exigences ». Le tribunal, tout en ne faisant pas droit à la requête du demandeur, reconnaît implicitement sur le fondement de

déroulement de l'exécution forcée peut être retardé par cette action née de la réalisation des mesures de l'exécution. Des problèmes liés à la nature du bien devant couvrir la dette peuvent également survenir alors qu'aucune solution légale communautaire n'a été expressément prévue à cet effet.

17. D'une manière générale, pour permettre, notamment, au créancier de jouir effectivement des droits qui lui ont été reconnus par la CCJA à l'issue du procès, l'OHADA rend l'Etat responsable des conséquences du manquement à son obligation de l'accompagner (non-exécution voire mauvaise exécution notamment) dans l'exécution forcée et effective de la décision⁵⁹. En effet, aux termes de l'article 29 de l'AUPSRVE, « L'Etat est tenu de prêter son concours à l'exécution des décisions et des autres titres exécutoires. La formule exécutoire vaut réquisition directe de la force publique. La carence ou le refus de l'Etat de prêter son concours engage sa responsabilité »⁶⁰. Malgré la consécration de ces différents moyens juridiques pour obtenir l'exécution d'une décision de la CCJA, l'on peut s'interroger sur leurs limites. S'agissant de la responsabilité de la puissance publique par rapport à son concours dans l'exécution forcée de la décision, une disposition laconique est censée solutionner toutes les questions de responsabilité imputable à celle-ci dans le cadre de sa mission qui consiste à « prêter son concours à l'exécution des décisions »⁶¹. Peut-on se satisfaire d'une telle disposition présageant des difficultés dans la pratique, face à un « super acteur » de l'exécution forcée des décisions en la personne de l'Etat ? Aussi, l'on ne doit pas ignorer que l'Etat, garant de la bonne exécution, est susceptible d'avoir la qualité de *"juge et partie"*⁶² dans l'exécution forcée d'une décision de la CCJA, en présence d'une affaire impliquant une structure de l'Etat⁶³. Or, l'engagement de la responsabilité de l'Etat en vue d'obtenir une réparation ne peut se

l'article 141 de l'AUPSRVE au tiers qui se prétend propriétaire d'un bien saisi le droit d'engager une action pour en demander la distraction.

⁵⁹ V. Tribunal régional hors classe de Dakar, Jugement du 14/07/2004, *Affaire TRANSAIR contre Société EEXIMCOR AFRIQUE*, op. cit.

⁶⁰ Concernant l'intervention de la force publique voir : **COUR D'APPEL D'ABIDJAN, ARRÊT DU 8 AVRIL 2003, ARRÊT N° 1124, STE ASH INTERNATIONAL ET AUTRES CONTRE HAMED BASSAM TRAORE ET AUTRES**, [Ohadata J-03-334](#). Cette affaire qui concerne l'intervention de la force publique rappelle les conditions de son intervention, conformément à l'art. 29, al. 2 de l'AUPSRVE. Il en ressort que la seule formule exécutoire suffit et vaut réquisition directe de la force publique. La Cour précise qu'une réquisition préalable n'est pas nécessaire.

⁶¹ Article 29, alinéa 1 de l'AUPSRVE.

⁶² Concernant les problèmes que peut générer l'intervention de l'Etat en tant que partie au litige, voir C.A. Paris, arrêt du 29 mars 2001, *Société National Iranian Oil Compagny (NIOC) contre Etat d'Israël*, in <http://www.ohada.com>, ohadata J-08-189. L'Etat, qui dans cette affaire devait nommer un arbitre, a montré une certaine réticence.

⁶³ Voir **CA ABIDJAN, ARRÊT N° 283 DU 1^{ER} MARS 2002**, *Société GESTOCI, S.A C/ DIARRA Abdoulaye*, [ohadata J-04-93](#). Dans cette affaire, l'implication de l'Etat en tant que partie n'est pas contestée par la Cour : « Considérant que la GESTOCI est une société d'économie mixte [...] que l'Etat a des actions dans cette société ; Que l'Etat étant actionnaire, il est évident qu'il ait des représentants dans ladite société ».

faire que sur le fondement de la carence⁶⁴ ou celui du refus de prêter son concours à l'exécution de la décision. La législation de l'OHADA ne vise donc pas toutes les formes d'actes dommageables ou préjudiciables au bénéficiaire de l'exécution forcée de la décision. Ainsi, les cas de réaction tardive (dans un délai non raisonnable)⁶⁵, d'inertie injustifiée de l'Etat ou d'autres cas ne constituant pas des situations de carence ou de refus⁶⁶ semblent être exclus du champ d'application de la responsabilité étatique. Aussi, suffit-il, que la réticence de l'Etat ou l'acte dommageable d'exécution imputable à celui-ci ne corresponde pas à la définition légale de « mesure d'exécution forcée » pour qu'il y ait un blocage. Pourtant, cette action en responsabilité ne s'inscrit que dans le cadre d'une mesure d'exécution. En outre, certaines décisions conduisent à penser que les juges de l'espace de l'OHADA ont une interprétation étroite de la notion de « mesure d'exécution »⁶⁷.

18. Quoiqu'il en soit, le législateur communautaire reste peu précis quant à la nature de la responsabilité étatique prévue à l'article 29, alinéa 3 de l'AUPSRVE, au type de procédure permettant son engagement et aux sanctions s'y rapportant. Ceci amène à s'interroger sur la qualité de l'autorité ou du juge compétent pour connaître de cette ouverture à réparation ou cet engagement de la responsabilité de l'Etat. Est-ce

⁶⁴ Le recours permet de sanctionner l'inaction de l'Etat ou d'une institution. En droit communautaire « La carence consiste à ne pas avoir adopté un acte déterminé, alors que le traité commandait d'adopter un tel acte », voir Jean-Marc FRAVRET, « L'essentiel du contentieux communautaire », Gualino Editeur, Paris, 2010, p. 75. En principe, le simple recours en carence est destiné à constater l'effectivité de la carence, c'est-à-dire à constater l'abstention fautive de l'Etat ou de l'institution en cause. L'arrêt constatant la carence est un arrêt déclaratoire destiné à l'institution en cause sans pour autant constituer une injonction de réagir. Néanmoins, l'Etat ou l'institution en cause a l'obligation de prendre les mesures visées d'autant plus qu'il s'agit d'une violation de la législation communautaire.

⁶⁵ A ce sujet et par rapport à l'Etat, la Cour européenne des droits de l'homme, tout en reconnaissant qu'exceptionnellement un retard justifié dans l'exécution de la décision peut subvenir, refuse d'admettre le prétexte d'absence de crédits comme justificatif du retard ou cette non-exécution ; voir CEDH, 1^{ère} section, 07-05-2002, arrêt n° 59498/00, in D. 2002, p. 2574.

⁶⁶ Dans le cadre de l'application de l'art. 29 de l'AUPSRVE, voir CCJA, 30 avril 2008, arrêt n° 027/2008, Société African Petroleum Consultants (APC) contre Etat du Cameroun, in <http://www.ohada.com>, Ohadata J-09-105. La Cour, face à une demande de condamnation de l'Etat camerounais pour non-respect dudit article, a opposé son incompétence en raison de la violation des règles de sa saisine.

⁶⁷ Ainsi, le juge camerounais a, dans sa décision, employé les termes « difficultés d'exécution » en tant que synonyme de litige relatif aux « mesures d'exécution ». Selon celui-ci, « ... c'est à tort que le juge de référé a malgré tout retenu sa compétence, que s'agissant des difficultés d'exécution de l'arrêt de la cour d'appel et partant de l'ordonnance... rendue le 4 janvier 2002 par le Président de la Cour Suprême du Cameroun, c'est le juge des difficultés d'exécution défini à l'article 49 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution qui devait connaître de la cause », voir **C A de l'Ouest (Cameroun), arrêt n° 1/Civ du 13/01/2010**, affaire Sieur SIDZE André c/ Succession KUEDADO : <http://www.ohada.com>, Ohadata J-12-76. Voir, aussi, l'affaire SCI Golfe de Guinée C/ PROMOMER SARL, CCJA, arrêt n° 022/2006 du 26 octobre 2006, op. cit. ; **TRIBUNAL DE COMMERCE DE POINTE-NOIRE, JUGEMENT DU 9 JANVIER 2008**, Société ENI-CONGO S.A. contre Etablissements MIC VIDEO, op. cit.

uniquement le juge civil de l'urgence comme désigné à l'article 49 de l'AUPSRVE ? Le juge des juridictions administratives peut-il, aussi, être compétent ? La question est importante si l'on part du fait qu'il s'agit d'actes ou de mesures de type administratif dont certaines peuvent relever de la compétence du juge des juridictions administratives, s'agissant de la sanction du manquement. Cela paraît logique dans la mesure où cette responsabilité vise la réparation d'un préjudice dû à une faute imputable à l'Etat : c'est un manquement à son obligation de concourir à l'exécution forcée de la décision. Il peut arriver qu'une situation juridique liée à l'exécution forcée ne réponde pas à la définition légale d'une mesure d'exécution et rende difficile l'engagement de la responsabilité de l'Etat. Dans certains systèmes de droit, en vue d'obtenir une réparation de la part de l'Etat fautif, la victime qui ne peut pas soumettre sa requête au juge de l'urgence peut saisir une juridiction administrative. Dans ce cas, le fondement juridique peut être le dysfonctionnement des services publics de l'Etat. Généralement, dans les systèmes de droit de type francophone, notamment en droit burkinabè, cette compétence des juridictions administratives est comparable à celle relative à la responsabilité publique hospitalière. Finalement, tout concourt à conclure que l'OHADA fait preuve d'une certaine défaillance ou impuissance quant à la protection juridique satisfaisante du titulaire d'un droit d'exécution forcée face à l'Etat chargé d'assurer les mesures d'accompagnement. L'on peut néanmoins souligner qu'en droit de l'OHADA, la compétence des juridictions administratives éloigne légèrement le justiciable du système OHADA et trouble le créancier dans la recherche de la résolution diligente de son principal problème qui demeure l'exécution effective de la décision de la CCJA. En outre, lorsqu'il y a réparation ou indemnisation pour carence ou refus de l'Etat de prêter son concours, c'est juste le tort engendré par cette situation qui est réparé. L'indemnisation est, en principe, calculée proportionnellement au préjudice causé par le comportement fautif de l'Etat. En conséquence, la créance initiale reste dans sa totalité impayée. En d'autres termes, à ce stade, son problème principal demeure irrésolu et les retards s'accumulent. A titre de droit comparé, l'on peut noter qu'en droit français, la compétence des juridictions administratives est envisageable. En atteste l'affaire Couitéas relative à l'intervention de la force publique qui a été portée devant le Conseil d'Etat. En effet, c'est ce dernier qui a vidé ledit contentieux en affirmant que : « le justiciable nanti d'une sentence judiciaire dûment revêtue de la formule exécutoire est en droit de compter sur la force publique pour l'exécution du titre qui lui a ainsi été délivré »⁶⁸.

19. En somme, l'on doit se résoudre à admettre que tout acte ou tout litige né du processus d'exécution forcée n'entre pas forcément dans le domaine d'application des litiges ou des demandes relatives à une mesure d'exécution forcée tel que défini à l'article 49 de l'AUPSRVE⁶⁹. Quelle que soit la situation, l'on peut observer que si les

⁶⁸ CE 30 novembre 1923, affaire Couitéas, cité par Didier CHOLET, *op. Cit.*, n° 23.

⁶⁹ Aux termes de l'article 49 de l'AUPSRVE, « La juridiction compétente pour statuer sur tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire est le président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui [...] ». Ainsi, selon la Cour d'appel d'Abidjan, « Dans le cadre des contestations de l'article 49 de l'acte uniforme portant voies d'exécution le juge des référés

actes litigieux relèvent de la compétence du juge désigné à l'article 49 de l'AUPSRVE, la situation est moins complexe. En revanche, si ces actes ne sont pas de la compétence du juge en charge de cette catégorie de contentieux, la situation se complexifie davantage, en raison du rôle et du statut de l'Etat dans la réalisation de l'exécution forcée de la décision. L'Etat est l'unique "producteur et garant" des mesures nécessaires à la matérialisation de cette exécution. Ainsi, dans le cadre de la mise en œuvre de l'exécution forcée d'une décision de la CCJA, l'on retient que tout acte préjudiciable au créancier de la décision et lié au processus d'exécution forcée ne constitue pas forcément un acte ou une mesure d'exécution forcée, au sens de l'article 49 de l'AUPSRVE. Les jurisprudences nationales et les décisions de la CCJA attestent ce constat⁷⁰. En conséquence, cette saisine ou ce recours n'est ouvert qu'aux incidents visant des mesures prévues expressément à l'article 49 de l'AUPSRVE. Cet article exclut donc de son domaine d'application les contentieux survenus à l'occasion du processus d'exécution forcée et n'ayant pas les caractéristiques d'une mesure d'exécution forcée ou d'une saisie conservatoire. Pourtant, aucune définition expresse de la « mesure d'exécution forcée » n'est donnée par le législateur de l'OHADA. Ceci rend, au sein des Etats, les contentieux de l'exécution plus complexes et fragilise les garanties de l'exécution forcée. L'on peut donc relever que certaines situations ou difficultés bien que liées voire non détachables du processus d'exécution forcée sont susceptibles de conduire à l'impasse face à des interprétations dudit article par la CCJA, quelquefois strictes, d'autres fois confuses.

20. Au total, ces différentes insuffisances ne font que conforter la position d'un auteur qui estime que « ...pour obtenir effectivement son dû, le créancier devra contraindre le débiteur par des voies de droit. Les obstacles réapparaissent, en raison

en tant que juge de l'urgence est compétent pour connaître de tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée. Partant ledit jugement avait compétence pour se prononcer sur la régularité de l'apposition de la formule exécutoire ». La Cour confirme donc dans cette affaire la compétence du juge de référé pour connaître du contentieux lié à l'exécution forcée notamment la question de validité de la formule exécutoire apposée ; voir Cour d'Appel d'Abidjan, Chambre Civile et Commerciale, arrêt n° 725 du 29 juin 2004, Société ETIPACK –CI contre Société REGIA, in <http://www.ohada.com>, ohadata J-05-317.

⁷⁰ Voir **CCJA**, arrêt n° 047/2009 DU 12 NOVEMBRE 2009, Union Internationale de Banques en Guinée (UIBG) contre Etablissements Alpha Oumar BARRY, in <http://www.ohada.com>, ohadata J-10-185, op. cit. En l'espèce, la requérante demande, entre autres, l'annulation d'un sursis à exécution ordonné par le Président de la Cour suprême de Guinée relativement à une rétention exercée sur la provision des comptes des Etablissements Alpha Oumar BARRY. Elle a estimé que tout litige portant sur une mesure d'exécution forcée ou une difficulté d'exécution doit être soumise au droit OHADA. La Cour, quant à elle, considère qu'il s'agit plutôt d'un acte empêchant l'exécution (mais pas un acte d'exécution). En effet, selon la Cour, « [...] contrairement à ce que prétend la demanderesse au pourvoi, l'article 49 alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme susvisé n'est pas applicable en l'espèce, la procédure de sursis à exécution introduite le 15 juin 2007 et qui a abouti à l'ordonnance attaquée n'ayant pas eu pour effet de suspendre une exécution forcée déjà engagée – la signification-commandement de payer en date du 24 avril 2007 ne pouvant être considérée, en l'espèce, comme un acte d'exécution – mais plutôt d'empêcher qu'une telle exécution puisse être entreprise ». Pourtant dans une certaine mesure, l'on peut considérer un acte empêchant une exécution forcée comme un acte entrant dans le champ d'application du contentieux de l'exécution forcée.

de la protection de la souveraineté des Etats. Le seul espoir du bénéficiaire réside dans une timide harmonisation des procédures d'exécution [...] ⁷¹. D'ailleurs, ces problèmes sont essentiellement favorisés par la territorialité des mesures de l'exécution. Il va sans dire que ce principe de territorialité s'accommode avec la souveraineté des Etats et la détention du monopole de la contrainte par ceux-ci. Le créancier peut, par exemple, être confronté à des difficultés liées à une demande de désignation d'un séquestre judiciaire formulée par lui-même ou à un problème de « certification » du titre exécutoire bien qu'il s'agisse d'une simple formalité. Il faut admettre que dans certains cas, ce type de difficultés transcende le cadre judiciaire, surtout quand les difficultés sont dues à la surcharge de travail de l'autorité en charge de réaliser l'acte ou la mesure sollicitée (problème d'insuffisance en ressources humaines). Face à de telles situations, un agent économique ou une entreprise peut, en effet, perdre ses chances de recouvrer diligemment sa créance voire celles d'être concurrentielle sur un marché donné ; d'où l'inquiétude face au fait qu'en droit de l'OHADA, certaines difficultés liées au déroulement de l'exécution forcée peuvent être exclues de la compétence du juge en charge du contentieux de l'exécution forcée.

La consécration du droit à l'exécution des décisions de la CCJA par l'OHADA ne doit donc pas occulter le fait que ces règles sont perméables à des obstacles (B) auxquels peut être confronté le créancier surtout que certains moyens juridiques mis à sa disposition ne permettent pas d'obtenir directement l'exécution forcée.

B- Des règles d'exécution communautaires perméables à des obstacles difficilement surmontables

21. Quelle que soit la situation, l'exécution forcée des décisions de la CCJA n'est pas à l'abri de difficultés liées notamment à l'intervention des autorités étatiques, aux personnes (tiers, débiteurs, créanciers), aux procédures, au lieu (problème de localisation d'un bien par exemple), au temps, à l'ouverture d'une procédure collective ⁷², voire à une pandémie ⁷³. A côté de ces situations qui peuvent perturber la réalisation forcée de la décision de la CCJA, deux autres non moins importantes peuvent également se dresser contre cette exécution forcée. Il s'agit de celles de l'ordre public et de l'immunité de la puissance publique. L'ordre public peut être à l'origine de la carence ou du refus des autorités étatiques de prendre les mesures nécessaires à l'exécution d'une décision de justice. En effet l'ordre public étant un « fourre-tout juridique », les autorités publiques peuvent, par exemple, se fonder sur le fait que leur action peut troubler l'ordre public qui est d'intérêt général, tout en estimant que l'exécution vise, *a priori*, un intérêt particulier. Ainsi, un concours de

⁷¹ Nathalie FRICERO, « L'eupéanisation de l'exécution forcée », op. cit., p. 98.

⁷² Jérémie JOURDAN-MARQUES, "Chronique d'arbitrage : déflagration dans le recours en annulation", (voir le point : "**C- La clause et le liquidateur judiciaire**," in *Dalloz actualité* du 4 mai 2020.

⁷³ Exemple des perturbations engendrées par la pandémie COVID 19 dans tous les domaines socio-économiques. A ce sujet, voir Loïc MALFETTES, "Suspension des nouveaux critères de vulnérabilité à la Covid-19 ouvrant droit à l'activité partielle", in *Dalloz actualité* du 19 octobre 2020 ; B. HAFTEL : "Le Covid-19 et les contrats internationaux", *D.* 2020. 1040 ; "L'impact du covid-19 sur les contrats internationaux", *RDC* 2020, n° 3, p. 70.

l'Etat mettant en cause la sécurité, la salubrité ou la tranquillité publique constitue un trouble à l'ordre public. Il s'agit donc pour l'Etat de choisir entre la protection de l'intérêt général et celle d'un droit subjectif. Or, comme l'on peut s'en douter, dans l'ordre interne le choix est vite fait : le maintien de l'ordre public au détriment de la garantie de recouvrement assurée par l'OHADA, quitte à violer la législation communautaire. Cela n'est pas démenti par des juges ivoiriens qui préfèrent faire application des règles internes en vertu de l'ordre public. Toutefois, la CCJA, malgré l'argumentaire du juge national qui semble prôner la primauté du maintien de l'ordre public, s'accorde avec les requérants pour relever, « que... l'article 32 de l'Acte uniforme... ne peut se concilier avec l'application des articles 180 et 181 du Code de procédure civile ivoirien qui énoncent, en substance que l'exécution des jugements pour lesquels l'exécution provisoire a été ordonnée hors des cas ou conditions prévues par la loi peut être suspendue en vertu de défenses obtenues auprès du Premier Président de la Cour d'Appel : ce magistrat pouvant...ordonner qu'il soit sursis à l'exécution des jugements frappés d'appel ou des ordonnances de référé lorsque cette exécution est de nature à troubler l'ordre public ou doit entraîner un préjudice irréparable ou des conséquences manifestement excessives [...] »⁷⁴. A l'analyse de cette décision de la CCJA, l'on note qu'au-delà de l'affirmation implicite de la primauté du droit communautaire OHADA par rapport aux droits nationaux, l'on assiste à une hiérarchisation des intérêts en cause : face à l'intérêt d'un Etat membre, l'intérêt de la communauté (OHADA) prévaut. Ici, l'intérêt communautaire est protégé à travers celui de l'individu (celui du bénéficiaire de l'exécution forcée). En faisant droit à la demande du requérant, la Cour met plus l'accent sur l'obligation pour les Etats de respecter le droit OHADA que sur le respect des droits du bénéficiaire de l'exécution. Elle ne s'attarde pas non plus sur l'ordre public, notion sur laquelle l'on reviendra ultérieurement.

22. Quelques immunités et d'autres situations juridiques peuvent constituer de véritables obstacles à la mise en œuvre effective des arrêts de la CCJA. A ce titre, l'on peut d'ores et déjà relever, qu'en principe, la force exécutoire des arrêts de la Cour ne s'impose pas à l'Etat, en tant que personne morale de droit public ou entreprise publique. Mieux, l'Etat est bénéficiaire d'une immunité qui peut perturber le bon déroulement de l'exécution forcée de la décision de la CCJA. Il s'agit de l'immunité d'exécution. En effet, l'interprétation de l'article 30 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE) permet, *a priori*, de conclure que les personnes morales de droit public ou les entreprises publiques sont susceptibles de bénéficier de cette immunité. A ce sujet, il faut distinguer l'immunité d'exécution de l'immunité de juridiction⁷⁵. La dernière est un privilège qui permet notamment à l'Etat (étranger) d'échapper à la

⁷⁴ Voir CCJA, **ARRÊT N° 002/2001 DU 11/10/2001**, *Epoux KARNIB contre Société Générale de Banques* en Côte d'Ivoire, Ohadata J-02-06.

⁷⁵ Les activités de police, de guerre, de diplomatie, de contrôle des échanges, les clauses exorbitantes du droit commun (pour les contrats) font partie des actes protégés par l'immunité de juridiction comme l'indique Bernard AUDIT, in « Droit international privé », Economica, 6^{ème} édit., Paris, 2010, p. 362.

compétence des juridictions nationales (exception d'incompétence)⁷⁶. L'immunité d'exécution, quant à elle, s'oppose, en principe, à la mise en œuvre d'un droit reconnu par une juridiction contre le bénéficiaire de cette immunité notamment l'Etat. Des mesures d'exécution forcées ou conservatoires, en particulier, ne peuvent pas être ordonnées à l'encontre de celui-ci⁷⁷. Une telle protection conforte le principe de souveraineté de l'Etat et peut, en même temps, constituer une source d'abus de la part de l'Etat du lieu d'exécution. L'Etat pourrait s'en prévaloir pour refuser d'assister le titulaire du titre exécutoire, surtout quand la corruption et la violation de certains droits du justiciable s'invitent dans la procédure au sein de certains pays africains. Dans ce cas, il y a un risque de violation du droit à réparation ou du droit à l'exécution forcée dont est titulaire le bénéficiaire de la décision. Cette immunité suppose, également, qu'aucune astreinte ne peut être ordonnée contre l'Etat, même en cas de refus d'assumer ses obligations liées à l'exécution, surtout que celui-ci a le monopole de la coercition.

23. Concernant l'immunité d'exécution dont bénéficient les personnes morales de droit public ou les entreprises publiques, il importe de signaler que la jurisprudence de la CCJA a connu un revirement en faveur du titulaire du titre exécutoire (pourvu que ce revirement dure). En effet, si dans le passé (avant ce revirement) la CCJA

⁷⁶ V. Cour de cassation française, Chambre mixte, arrêt n° 220 du 20 juin 2003, *affaire MME NAIRA X CONTRE ECOLE SAOUDIENNE DE PARIS ET AUTRES*, IN : http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/00_45.630_555.html. Pour Denis ALLAND & Stéphane RIALS « L'immunité de juridiction fait interdiction au juge d'user de son pouvoir dès lors qu'une personne immune est défendeur devant lui, et seulement lorsqu'elle est devant lui dans cette situation », voir Denis ALLAND & Stéphane RIALS (direction), « Dictionnaire de la culture juridique », PUF, 2003, p. 803. Voir, aussi la définition du *Lexique* qui appréhende l'immunité d'exécution comme un « Privilège qui protège contre toute exécution forcée les bénéficiaires d'une immunité de juridiction. De ce fait, les biens détenus [...] par des Etats étrangers ou des organismes qui en sont l'émanation directe, échappent à toute voie d'exécution, au nom du respect de la souveraineté étatique. Cette immunité n'exclut pas l'exequatur qui n'est pas en lui-même, un acte d'exécution, mais une simple mesure préalable à l'exécution forcée », in « *Lexique des termes juridiques* » (sous la direction de Serge GUINCHARD et de Thierry DEBARD), 21^{ème} édition, Dalloz, 2014, p. 488.

⁷⁷ Dans ce sens, d'aucuns précisent pertinemment que « la règle relative à l'immunité d'exécution s'adresse aux autorités titulaires du pouvoir de contrainte légitime [...]. L'immunité d'exécution concerne ...l'étendue du pouvoir coercitif que l'Administration peut détenir à l'encontre de personnes, de biens et de lieux [...] l'immunité d'exécution est considérée comme obéissant à des motifs plus impérieux que l'immunité de juridiction. Son régime est par conséquent plus vaste. [...]. L'immunité d'exécution interdit également de priver une personne de la jouissance de ces biens par quelque mesure que ce soit, saisie, dépossession, gel ou autre. Si ce principe demeure pour les organisations internationales, cette conception absolutiste de l'immunité d'exécution a cédé, en ce qui concerne les Etats étrangers, devant une approche fonctionnelle, interdisant la saisie des biens et avoirs destinés à l'exercice des fonctions de puissance publique, mais autorisant celle des biens affectés à des activités économiques ou commerciales, remplaçant dès lors l'immunité d'exécution par un régime d'insaisissabilité de certains biens – ceux affectés à des prérogatives de puissance publique – substituant un statut des biens à celui d'une personne », voir Denis ALLAND & Stéphane RIALS, « Dictionnaire de la culture juridique », op. cit., p. 804 & 805.

consacrait sans ambages cette immunité aux personnes morales de droit public et aux entreprises publiques (peu importe leur forme et leur mission), elle a une autre approche des bénéficiaires de celle-ci comme l'atteste sa décision du 26 avril 2018 concernant les sociétés d'Etat d'économie mixte⁷⁸. Cette décision de la Cour est, sans doute, en rupture avec des arrêts antérieurs en la matière. En atteste son arrêt du 7 juillet 2005 qui consacrait l'insaisissabilité des biens des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques de toute forme, en se fondant notamment sur l'immunité d'exécution prévue à l'article 30 de l'AUPSRVE⁷⁹. L'arrêt du 7 juillet 2005 dit *affaire TOGO TELECOM* porte sur une saisie-attribution pratiquée à l'encontre de la Société TOGO TELECOM qui après l'avoir contestée a eu gain de cause. A ce sujet, la CCJA a estimé que la qualité d'entreprise publique de cette Société suffit pour bénéficier de la couverture immunitaire d'exécution de l'article 30 de l'AUPSRVE⁸⁰. Il va sans dire qu'une telle décision ne milite pas en faveur de la

⁷⁸ V. CCJA, 26 avril 2018, arrêt n° 103/2018, en ligne : in http://www.institut-idef.org/IMG/pdf/ccja_n103_du_26-4-2018_mbulu_meseso_ctre_sghc_et_10_autres.pdf.

Dans cette affaire qui se rapporte, tout comme dans l'affaire dite TOGO TELECOM, à des saisies-attributions (pratiquées à l'encontre de la Société Grands Hôtels du Congo S.A) la Cour a eu un raisonnement différent. Effectivement, elle s'est attardée sur la forme de l'entreprise publique qui est déterminante pour la reconnaissance ou non du droit à l'immunité d'exécution consacré à l'article 30 de l'AUPSRVE. La Cour semble, ici, se montrer très regardante sur les critères de classification d'une entreprise publique dans l'ensemble des personnes morales de droit public et des entreprises publiques bénéficiaires de l'immunité d'exécution.

⁷⁹ Pour la CCJA, « Attendu qu'aux termes de l'article 30, alinéas 1 et 2 de l'Acte uniforme susvisé, « l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution. Toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité » ; Attendu que de l'analyse des dispositions sus-énoncées, il ressort, contrairement aux allégations des requérants, qu'en énonçant en son alinéa 1er, que « l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution », et en son alinéa 2, que « toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité », l'article 30 de l'Acte uniforme susvisé pose, audit alinéa 1er, le principe général de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public, et en atténue les conséquences audit alinéa 2, à travers le procédé de la compensation des dettes ; que ladite compensation, qui s'applique aux personnes morales de droit public et aux entreprises publiques, ne peut s'analyser que comme un tempérament au principe de l'immunité d'exécution qui leur bénéficie en vertu de l'alinéa 1er dudit texte ; qu'il suit qu'en jugeant que « l'article 30 alinéa 1er de l'Acte uniforme susvisé pose le principe d'immunité d'exécution, et que les entreprises publiques, catégorie dans laquelle est classée TOGO TELECOM, figurent dans l'énumération des Sociétés contre lesquelles s'applique la compensation, il n'y a aucun doute à l'égard de cette dernière sur sa qualité de bénéficiaire de l'immunité d'exécution », la Cour d'Appel de Lomé n'a point erré dans l'interprétation dudit article, et donc, point violé celui-ci », voir CCJA, 7 juillet 2005, Affaire Aziablévi YOVO contre Société Togo Telecom n° 043/2005, in <http://www.ohada.com>, jurisprudence, *Ohadata J-06-32*.

⁸⁰ Voir Filiga Michel SAWADOGO, "La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA" (à propos de l'arrêt de la CCJA du 7 juillet

sécurité juridique ou des investissements dans l'espace de l'OHADA. En revanche, la Cour a fait volte-face s'agissant de l'affaire dite *MBULU MUSESO* (arrêt du 26 avril 2018) dans la mesure où elle s'est appesantie sur les caractéristiques (la nature ou la forme notamment) de l'entreprise publique. En effet, pour la détermination des catégories de personne morale publique et d'entreprise publique bénéficiaires de ladite immunité, la cour, tout en se reconnaissant légalement compétente pour le faire, a tenu compte du pourcentage d'action détenu par l'Etat. Ce constat est corroboré par la CCJA en ces termes : « qu'en l'espèce, il est établi que le débiteur poursuivi est une société anonyme dont le capital social est détenu à parts égales par des personnes privées et par l'Etat du Congo et ses démembrements ; qu'une telle société étant d'économie mixte ... demeure une entité de droit privé soumise comme telle aux voies d'exécution sur ses biens propres ; qu'en lui accordant l'immunité d'exécution prescrite à l'article 30 susmentionné, la Cour de Kinshasa/Gombe a fait une mauvaise application de la loi et expose sa décision à la cassation ». Il ressort de cette décision que la détermination du caractère saisissable ou non des droits et biens relève de la compétence des Etats (article 51 de l'AUPSRVE) ; quant à celle des catégories de personnes morales de droit public et des entreprises publiques entrant dans le champ d'application de l'immunité d'exercice, elle est soumise au droit de l'OHADA (d'où la compétence de la Cour)⁸¹.

24. Par ailleurs, en dehors des immunités prévues par l'OHADA, d'autres immunités qui ne sont, *a priori*, pas des immunités d'exécution peuvent, suivant les circonstances, se présenter comme telles, en matière d'exécution forcée, surtout sous l'angle du droit international. Il s'agit de l'immunité de souveraineté ou immunité des Etats fondée sur l'indépendance des Etats et la courtoisie⁸². D'origine hybride, elle associe des règles de l'immunité des souverains et celles de type diplomatique. Les Etats eux-mêmes, leurs souverains et leurs émanations sont les bénéficiaires de cette catégorie d'immunité⁸³. Celle-ci a un lien avec l'immunité d'exécution dans la mesure où elle se décline en deux variantes d'immunités : l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution. Cette déclinaison de l'immunité de souveraineté est, à juste titre, perçue par deux auteurs comme une immunité de juridiction et son

2005, Affaire Aziablévi YOVO contre Société Togo Telecom), in <http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-07-16.html>

⁸¹ Cette affaire a fait l'objet d'un recours en révision qui n'a pas abouti, voir CCJA, 28 décembre 2018, arrêt n° 295/2018, en ligne :

⁸² Selon Bernard AUDIT « En matière de compétence internationale, le principe d'immunité souveraine [revient] à ce qu'un Etat laisse se dérouler une procédure contre un Etat étranger ou un souverain étranger, un agent diplomatique qui les représente. La notion de "procédure" s'entend de la manière la plus large : l'immunité se manifeste depuis le stade de la signification, qui est nulle si elle est faite par voie d'huissier jusqu'à celui de l'exécution », voir Bernard AUDIT, « Droit international privé », Economica, 6^{ème} édit., Paris, 2010, p. 355.

⁸³ Les émanations de l'Etat désignent les organismes dotés de la personnalité juridique et agissant pour le compte de l'Etat ou du Souverain. Ils ne sont pas à confondre avec les démembrements territoriaux de l'Etat (collectivités, autres), voir Marie-Laure NIBOYET & Géraud de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, « Droit international privé », 5^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2015, p. 423.

prolongement⁸⁴. Ils considèrent l'immunité d'exécution comme le prolongement de l'immunité de juridiction. En effet, l'immunité de juridiction des Etats, liée à la qualité de la personne (Etat, souverain, leur représentant) a un caractère fonctionnel et couvre donc les actes accomplis par l'Etat dans l'exercice de sa souveraineté. Ainsi, comme le soulignent les deux auteurs, « Selon la formule désormais consacrée, si les Etats bénéficient de l'immunité "*par principe*," il en est autrement quand le bien saisi se rattache non pas à une activité de souveraineté mais qu'il "*est affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande*" »⁸⁵. Autrement dit, une distinction est faite entre les actes d'autorité (*jure imperii*) et les actes de gestion (*jure gestionis*). C'est à ce titre que la Cour de cassation française a déclaré que les Etats étrangers et les organismes agissant pour leur compte ne peuvent être couverts par l'immunité de juridiction que si « l'acte qui donne lieu au litige constitue un acte de puissance publique ou a été accompli dans l'intérêt d'un service public »⁸⁶. S'ils se comportent comme des personnes privées, l'immunité de juridiction ne joue donc pas. S'agissant de l'immunité d'exécution des Etats, elle « protège les Etats étrangers contre toutes les mesures tendant à les dessaisir de leurs biens »⁸⁷. La protection inclut les mesures d'exécution forcée et les mesures conservatoires assortissant le bien saisi du statut d'indisponibilité. Généralement, pour déterminer le champ d'application de l'immunité souveraine d'exécution, l'on s'attache à la situation du bien concerné. S'il est directement détenu par l'Etat étranger lui-même, en principe l'immunité de souveraineté s'impose. En revanche, il n'est pas couvert par l'immunité des Etats, si le ou les biens sont détenus par des organismes publics distincts de l'Etat étranger. C'est pourquoi la Cour de cassation française a considéré que « lorsqu'ils font partie d'un patrimoine que celui-ci a affecté à une activité principale relevant du droit privé, ils peuvent être saisis par tous les créanciers, quels qu'ils soient, de cet organisme »⁸⁸. Sont donc exclus, dans cette hypothèse, les créanciers généraux de l'Etat. Ceci sous-entend que, s'ils sont affectés à une activité principale relevant du service public, l'immunité s'applique. Cependant, en matière de sentence, l'action en exequatur n'est pas concernée car cette dernière ne constitue pas un acte d'exécution mais une mesure préparatoire à celle-ci. La protection des biens de l'Etat étranger n'est pas absolue car des restrictions peuvent s'opérer comme en droit communautaire de l'OHADA. Ainsi, les biens affectés à des activités commerciales ou à des activités de type privé ne sont pas couverts. A cette liste d'immunités particulières, il importe d'adjoindre la catégorie d'immunité spécifique d'exécution diplomatique qui renforce l'immunité diplomatique prévue par les conventions de

⁸⁴ Marie-Laure NIBOYET & Géraud de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, op. cit., p. 418.

⁸⁵ Marie-Laure NIBOYET & Géraud de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, op. cit., p. 426. Les auteurs renvoient, à ce titre, à l'arrêt de la Cour de cassation française, 1^{ère} ch. Civ., Soc. Eurodif c/ Rep. Islamique d'Iran, RCDIP 1984, p. 644, note Bischoff.

⁸⁶ Cass. civ. fr. 25 février 1969, Sté Levant-Epress, in Rev. Crit. de Droit Internat., 1970, 102, note Bourel ; Cass. civ.2 mai 1990, in Rev. Crit. de Droit Internat 1991, 140 (citées par Bernard AUDIT, op.cit., p. 362).

⁸⁷ Marie-Laure NIBOYET & Géraud de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, op. cit., p. 425.

⁸⁸ Cass. civ. 1^{er} octobre 1985, Sonatrach, JCP 1986, II, 20566. Concl. Guphe. Selon Bernard AUDIT qui a cité cet arrêt, cette décision signifie que ces biens « font en quelque sorte l'objet d'une présomption de commercialité », voir Bernard AUDIT, op. cit., p. 366.

Vienne du 18 avril 1961 (protection des missions diplomatiques)⁸⁹. Il sied de rappeler que cette dernière convention vise notamment les personnes elles-mêmes et les actes accomplis dans le cadre de leur mission. En outre, cette immunité diplomatique spécifique s'appuie sur la convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 qui consacre l'inviolabilité des biens des missions diplomatiques des États étrangers utilisés ou destinés à être utilisés dans le cadre desdites missions⁹⁰. Toutefois, dans la pratique, il convient d'admettre que les difficultés, en la matière, demeurent pour le créancier qui doit, parfois, faire face à une jurisprudence pratiquement insaisissable, notamment en droit français. En effet, la jurisprudence française protège quelques fois le créancier⁹¹ et, souvent, les États et leurs émanations,⁹² en se focalisant sur la volonté réelle de l'État⁹³.

⁸⁹ La Convention de Vienne de 1961 exige de l'État d'accueil la mise en place de mesures nécessaires pour faciliter l'accomplissement des fonctions de la mission diplomatique et de protéger leurs biens nécessaires à l'accomplissement de leurs fonctions contre des mesures d'exécution forcée (en dehors des cas de renonciation expresse de l'État étranger à l'immunité d'exécution sur ces biens).

⁹⁰ V. convention de 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Cette convention a été signée et ratifiée par plusieurs États de l'Union Européenne.

⁹¹ Ainsi dans l'affaire République du Congo contre Syndicat des copropriétaires de l'immeuble Résidence Antony Châtenay, la Cour de cassation, a déclaré : « Mais attendu que, selon les principes de droit international relatifs aux immunités, les États étrangers bénéficient, par principe, de l'immunité d'exécution ; qu'il en est autrement lorsque le bien saisi se rattache, non à l'exercice d'une activité de souveraineté, mais à une opération économique, commerciale ou civile relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice ; Que l'acquisition par l'État du Congo de biens immobiliers en France, fussent-ils affectés au logement de son personnel diplomatique, ne constitue pas une prérogative ou un acte de souveraineté mais seulement une opération habituelle de gestion relevant du droit privé ; qu'ayant constaté que les biens en cause n'étaient pas affectés aux services de l'Ambassade ou de ses annexes et n'étaient pas la résidence de l'ambassadeur, puis retenu que cette acquisition impliquait pour l'État du Congo le paiement des charges de copropriété de sorte que la créance du syndicat se rattachait à cette opération, la cour d'appel a, à bon droit, décidé que la République démocratique du Congo ne pouvait pas opposer son immunité d'exécution », voir **Cassation civ, 25 janvier 2005**, République démocratique du Congo contre Syndicat des copropriétaires de l'immeuble Résidence Antony, in <https://www.legifrance.gouv.fr>

⁹² Dans l'affaire **RÉPUBLIQUE DU CONGO contre SOCIÉTÉ COMMISSIONS IMPORT EXPORT (COMMISIMPEX), LA COUR A JUGÉ QUE** « [...] l'arrêt déclare régulières les saisies pratiquées par la société Commisimpex, après avoir énoncé que le droit international coutumier n'exige pas une renonciation autre qu'expresse à l'immunité d'exécution et qu'il ressort de la lettre d'engagement signée le 3 mars 1993 par le ministre des finances et du budget que la République du Congo a renoncé expressément à se prévaloir de son immunité d'exécution à l'égard de Commisimpex sur tous les biens susceptibles d'en bénéficier, qu'ils soient ou non affectés à l'accomplissement de la mission diplomatique ; attendu qu'il ressort des énonciations du jugement entrepris que les titulaires des comptes saisis sont, soit l'ambassade de la République du Congo en France, soit la délégation permanente de cet État auprès de l'UNESCO ; que la présomption d'affectation à l'accomplissement des fonctions de ces missions diplomatiques est confortée par l'intitulé de ces comptes et que, alors qu'il le lui incombait, le créancier n'a rapporté la preuve contraire devant aucune des juridictions saisies », voir **Cassation civ (fr)**, arrêt n° 3 du 10 janvier 2018, **RÉPUBLIQUE DU CONGO, DOMICILIÉE MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES contre SOCIÉTÉ COMMISIMPEX**, in <https://www.legifrance.gouv.fr>; voir dans le même sens, **Cassation civ, arrêt n° 867 du 28**

25. Concernant l'immunité diplomatique, l'on peut noter que la jurisprudence française, (en particulier la Cour de cassation) consacre "une immunité d'exécution autonome au profit des États pour le fonctionnement de leur mission diplomatique"⁹⁴. En conséquence, la renonciation à cette immunité ne peut être déduite d'une renonciation générale de l'État à l'immunité d'exécution, même si cette jurisprudence a connu des rebondissements⁹⁵. Il s'ensuit qu'une renonciation générale ne peut suffire à valider la renonciation par un État étranger à l'immunité d'exécution de ses missions diplomatiques. « Dans un objectif de cohérence et de sécurité juridique », la Cour exige que la renonciation par un État étranger à l'immunité d'exécution de ses missions diplomatiques soit exprimée de façon expresse et spéciale⁹⁶. Dans une certaine

septembre 2011, LA SOCIÉTÉ NML CAPITAL LTD CONTRE LA RÉPUBLIQUE ARGENTINE in <https://www.legifrance.gouv.fr>.

⁹³ Ainsi, pour Éric LOQUIN, « La Cour de cassation et la Cour d'appel de Paris devaient juger des conséquences de l'engagement d'un Etat d'exécuter une sentence arbitrale sur l'immunité d'exécution reconnue aux Etats. La Cour de cassation décide « que l'engagement pris par l'Etat signataire de la clause d'arbitrage d'exécuter la sentence dans les termes de l'article 24 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale impliquait renonciation de cet Etat à cette immunité ». A l'inverse, la Cour d'appel de Paris juge « que la seule mention, sans autre précision, dans le contexte des contrats litigieux, que l'emprunteur renonce à tout droit d'immunité relativement à l'application de la sentence arbitrale rendue à son encontre à l'occasion du présent contrat ne manifeste pas la volonté non équivoque de l'Etat emprunteur de renoncer en faveur de son cocontractant, personne morale de droit privé, à se prévaloir de l'immunité diplomatique d'exécution et d'accepter que cette société commerciale puisse, le cas échéant, entraver le fonctionnement et l'action de ses ambassades et représentations à l'étranger (...) ». Toutefois, l'auteur poursuit en mentionnant que, « Malgré leurs solutions diamétralement opposées, il n'est pas certain que les deux juridictions soient en opposition compte tenu des faits des deux espèces. Les deux décisions procèdent d'une même méthode, la recherche de la volonté réelle de l'Etat », voir note Éric LOQUIN, RTD Com. 2001, p. 409.

⁹⁴ Didier CHOLET, "Exécution des jugements et des actes", in *Répertoire de Procédure Civile*, septembre 2015 (actualisation : 2019), n° 156.

⁹⁵ V. Cass. Civ., 1^{re}, 13 mai 2015, n° 13-17.751, *Bull. civ.* 2015, I, n° 107 ; Cass. Civ., 1^{re}, 10 janvier 2018, n° 16-22.494, *Dalloz actualité*, 24 janvier 2018, obs. PAYAN.

⁹⁶ A ce sujet, la Cour de cassation française a d'abord consacré, le principe de renonciation particulière et expresse. Elle a, ensuite, « [...] énoncé un principe plus large selon lequel les États ne peuvent renoncer à leur immunité d'exécution sur les biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins publiques que de manière écrite, expresse et spéciale, en mentionnant les biens ou la catégorie de biens pour lesquels la renonciation est consentie (Civ. 1^{re}, 28 mars 2013, n°s 10-25.938, 11-13.323 et 11-10.450 [3 arrêts], *D.* 2013. 1728, note Martel ; *RDC* 2013. 1485, [...] ; *Rev. crit. DIP* 2013. 671, note Muir Watt ; *RGDIP* 2013. 194, avis Chevalier). La renonciation au profit de certains créanciers ne vaut donc certainement pas pour les autres (Civ. 1^{re}, 5 mars 2014, n° 12-22.406, *D.* 2014. 1466, obs. Leborgne ; *D.* 2014. 1967, obs. Bollée) [...] ». L'auteur poursuit, en indiquant que « Cette solution a été remise en cause par un arrêt qui énonce que "le droit international coutumier n'exige pas une renonciation autre qu'expresse à l'immunité d'exécution" (Civ. 1^{re}, 13 mai 2015, n° 13-17.751, *JCP* 2015. 759, note Laazouzi ; *Procédures* 2015 comm. 228, note Weiller). La renonciation n'a donc pas à être spéciale et porter sur des biens spécialement énoncés pour engager l'État. En toute hypothèse, la personne qui ne peut obtenir l'exécution en raison de l'immunité d'exécution pourra engager la responsabilité de l'État du fait de la coutume internationale si elle a subi un préjudice grave et

mesure, la Cour considère que les fonds affectés aux missions diplomatiques jouissent d'une présomption d'utilité publique. Cette présomption inclut les comptes bancaires des ambassades. Il en ressort que le créancier doit prouver que les biens concernés sont destinés à une activité privée ou commerciale, d'où la difficulté de saisir le compte d'une ambassade.

26. En tout état de cause, le législateur OHADA prévoit une exception modératrice du principe. En effet, aux termes de l'article 30 de l'AUPSRVE, « L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution [...] les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité ». Cependant, cette exception à la règle n'est valable que si la créance est incontestée⁹⁷ et sous réserve de réciprocité. Dans une certaine mesure, on en déduit que les personnes morales de droit public et les entreprises publiques bénéficient d'une immunité qui les protège contre les effets des décisions de la CCJA ayant force exécutoire, même si cette Cour a revu sa copie en la matière, en procédant à quelques précisions⁹⁸. L'on constate, ici, l'inversion des rôles car c'est plutôt le créancier de l'exécution qui doit être protégé contre les éventuels abus de l'Etat. Par ailleurs, le législateur communautaire ne définit pas clairement les personnes morales de droit public et les entreprises publiques. Or, leur détermination peut varier suivant les législations nationales⁹⁹. Ainsi, les collectivités territoriales et leurs démembrements,

*spécial ([...], JCP A 2012. 2097, note Pacteau ; AJDA 2011. 2482, note Broyelle ; RFDA 2012. 46, rapp. Roger-Lacan) » (voir Didier CHOLET, op. cit., in *Répertoire de Procédure Civile*, septembre 2015 (actualisation : 2019), n° 156 à 157. Après cette fluctuation jurisprudentielle, la Cour a adopté, à nouveau, sa première position (le principe de renonciation particulière et expresse) pour des raisons de cohérence et de sécurité juridique.*

⁹⁷ En effet, aux termes dudit article (30), « Les dettes des personnes et entreprises visées à l'alinéa précédent ne peuvent être considérées comme certaines au sens des dispositions du présent article que si elles résultent d'une reconnaissance par elles de ces dettes ou d'un titre ayant un caractère exécutoire sur le territoire de l'État où se situent lesdites personnes et entreprises ».

⁹⁸ A ce sujet, le revirement jurisprudentiel de la CCJA est salutaire (arrêt du 26 avril 2018, n° 103/2018 précité), en ce sens qu'il permet d'atténuer les difficultés rencontrées par le créancier de l'exécution vis-à-vis des personnes morales de droit public et des entreprises publiques, en particulier par rapport aux sociétés d'Etat d'économie mixtes.

⁹⁹ Voir dans ce sens, TPI Dschang, ordonnance n° 12/ORD du 11 septembre 2000, Université de Dschang contre Tonyé Dieudonné, in <http://www.ohada.com>, ohadata J-02-179. Le tribunal, tout en reconnaissant qu'un décret (art. 7 du décret n° 93/032 du 19/1/1993 fixant le régime financier applicable aux Universités) « consacre incontestablement la saisissabilité des droits et créances de l'université de Dschang » déclare : « ce ...n'est point contraire à la volonté du législateur de l'OHADA ; mais attendu que cette argumentation [...] n'est pas pertinente ; qu'en effet les deniers de l'Université étant assimilés à des deniers publics, il va sans dire qu'ils sont insaisissables ». Le juge n'a pas retenu la qualité de la personne morale (établissement public) comme critère de justification de l'immunité d'exécution (prévu à l'article 30 de l'AUPSRVE) mais plutôt la nature d'un des éléments de son patrimoine, en l'occurrence les deniers de l'Université, assimilés à des deniers publics.

les établissements publics¹⁰⁰ et l'Etat constituant, souvent, des éléments de l'ensemble "*Personnes morales de droit public*"¹⁰¹. Loin de défendre le législateur face à ces insuffisances normatives, il sied de reconnaître que le concept de personne morale de droit public est complexe. Relativement à l'exécution des décisions, le concept intègre des particularités fondamentales et procédurales qui peuvent échapper au contrôle voire aux compétences du législateur communautaire¹⁰². Les ordres de recette, les rôles, les titres de perception et les arrêtés constituent des exemples de titres exécutoires émis par les personnes morales de droit public dans certains pays de l'OHADA (cas du Burkina Faso) qui échappent, parfois, au langage juridique de cette institution et aux compétences des juridictions communautaires. La mise en œuvre effective de ces titres peut donner lieu à des procédures ou à des contentieux liés à l'exécution telle que la réclamation (opposition à exécution) et la contestation du recouvrement. Aussi, ces contentieux relèvent-ils, quelquefois, de la compétence des structures (les directeurs généraux, etc.) et juridictions administratives (tribunal administratif, conseil d'Etat, etc.) et sont soumis au droit administratif. Il en ressort que face à ces paramètres, la CCJA peut, parfois, être confrontée d'une part à des litiges issus des juridictions nationales judiciaires pour une créance trouvant « sa source dans un rapport de droit privé » et d'autre part des contentieux issus de juridictions nationales d'ordre administratif puisant leur « source dans un rapport de puissance publique »¹⁰³.

¹⁰⁰ A ce sujet, voir **TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE DOUALA, ORDONNANCE DU 13 NOVEMBRE 1998**, Office national des ports du Cameroun (ONPC) contre SFIC, in <http://www.ohada.com>, ohadata J-02-179. Le tribunal a, dans cette affaire, fait droit à la requête de l'ONPC, en tant qu'établissement public, suite à une saisie-arrêt pratiquée à son encontre. Le juge qui s'appuie sur des textes nationaux et l'article 30 de l'AUPSRVE a considéré que « l'immunité d'exécution dont bénéficie l'ONPC et l'atteinte grave portée au principe de la continuité du service public dont il est investi » suffisent à lever la saisie.

¹⁰¹ Le droit public est défini comme "l'ensemble des règles juridiques concernant la complexion, le fonctionnement et les relations des Etats et des organisations ou collectivités qui les regroupent ou les constituent"; le droit public interne traite de "l'ensemble des règles de droit public consacrées à l'organisation et au fonctionnement politique (droit constitutionnel), administratif (droit administratif) et financier (droit financier et fiscal) des collectivités publiques à l'exclusion de leurs aspects internationaux", in Gérard CORNU, "Vocabulaire juridique", PUF, 1994, p. 649. Aux termes du dictionnaire de droit international public, "Parmi les différentes personnes, l'on peut distinguer celles qui sont de nature publique, telles que l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics; et celles de nature privée, comme les associations ou les sociétés commerciales ou civiles", in "Dictionnaire de droit international public", sous la direction de Jean SALMON, Bruylant, 2001, p. 823.

¹⁰² Dans ce sens, René LAUBA ne précise-t-il pas que « Selon l'analyse du répertoire pratique de droit privé au chapitre "Exécutions et titres de perception", les ressources publiques peuvent être classées en deux grandes catégories selon qu'elles résultent de l'exercice de la puissance publique (sans contrepartie immédiate) ou qu'elles ressemblent à celles des personnes privées (en contrepartie des services qu'elles rendent ou des biens qu'elles produisent ou qu'elles mettent à la disposition des tiers). Cette différence de nature implique des procédés de recouvrement différents, même si ceux-ci procèdent dans la plupart des cas, des prérogatives exorbitantes dont ont été dotées les personnes publiques », voir René LAUBA, « Le contentieux de l'exécution », LexisNexis, 2012, p. 61.

¹⁰³ René LAUBA, op. cit., p. 80 & ss.

27. A ce privilège susceptible de constituer un handicap à la matérialisation du titre exécutoire de la CCJA, il convient d'ajouter un autre prévu à l'article 916, al.1 de l'Acte Uniforme relatif aux sociétés commerciales (AUSGIE). Cet article ouvre droit à des dérogations qui peuvent permettre à l'Etat de jongler entre les normes de l'OHADA et ses propres normes voire à en abuser en cas de besoin. En outre, ces dérogations ne sont pas forcément favorables à une exécution efficace. Aux termes dudit article, « Le présent Acte Uniforme n'abroge pas les dispositions législatives auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier ». En revanche, on peut s'interroger sur l'étendue de l'immunité d'exécution dont jouissent les Etats. Est-elle valable lorsque l'exécution doit se faire à l'encontre de l'Etat ? En d'autres termes, si l'Etat est lui-même le débiteur, peut-il opposer son immunité d'exécution ? En principe, elle est valable pour toute mesure d'exécution forcée ou toute saisie conservatoire. Néanmoins, il ne s'agit pas d'un obstacle absolu.

28. Outre, ces obstacles, l'exécution matérielle de la décision du juge communautaire fait resurgir le principe de territorialité. En rappel, l'intervention juridique de la CCJA, par rapport à l'exécution, prend fin après le prononcé de l'arrêt à exécuter. L'Etat requis et des spécialistes sont ceux qui procèdent aux opérations matérielles de l'exécution à l'intérieur de ce pays. Ainsi, dans certains cas, les actes des experts d'exécution, notamment les huissiers, nécessitent un recours à la force publique. Or, l'huissier (profession libérale au Burkina Faso) ou tout autre spécialiste privé ne dispose d'aucun pouvoir pour requérir son concours. L'intervention de celle-ci dépend de la volonté de l'Etat requis qui en est le « propriétaire » et le dépositaire. A ce sujet, une distinction est faite, en droit international public, entre la compétence normative et la compétence d'exécution de l'Etat. Ainsi, comme le précise certains auteurs, la compétence d'exécution est soumise à un strict principe de territorialité. La compétence normative est en revanche en principe illimitée. Les Etats sont, sauf exception, libres d'adopter des normes extra-territoriales¹⁰⁴ régissant les choses et les personnes situées hors de leur territoire¹⁰⁵.

29. L'exception d'ordre public national peut, également, constituer un frein à la mise en œuvre d'une décision. L'ordre public peut être de fond (relatif aux règles substantielles) ou de forme (relatif à la procédure notamment "les conditions d'élaboration du jugement")¹⁰⁶. Cette exception peut se traduire par une contradiction de l'arrêt notamment avec des règles ou une décision interne d'ordre constitutionnel. Cela s'explique surtout par le fait que le contenu dudit ordre relève de la prérogative et de la souveraineté de l'Etat. Hormis le domaine de l'arbitrage, il est le seul compétent à en déterminer le contenu : la Cour commune ne peut procéder à son appréciation ou à son contrôle. Dans un tel contexte, quelle est la conduite à tenir par la Cour pour favoriser la poursuite du processus d'exécution ? *A priori*, la Cour ne dispose d'aucun

¹⁰⁴ A propos de l'extra-territorialité, voir Louis d'AVOUT, Sylvain BOLLEE, Étienne FARNOUX, "Droit du commerce international, D. septembre 2019 – juillet 2020, p. 1970 & ss.

¹⁰⁵ V. Gilles CUNIBERTI, Clotilde NORMAND, Fanny CORNETTE, op. cit., 2011, p. 11.

¹⁰⁶ V. Gilles CUNIBERTI, Clotilde NORMAND, Fanny CORNETTE, op. cit., p. 69.

moyen pour lever l'obstacle. Si l'exécution d'un arrêt est confrontée à une telle situation, la CCJA pourrait s'inspirer de la solution jurisprudentielle européenne qui consiste à circonscrire le recours à l'exception d'ordre public. Ainsi, la Cour de Justice des Communautés Européennes, dans son arrêt du 28 mars 2000 (affaire Krombach, C-7/98) a estimé que « ...s'il n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de l'ordre public d'un Etat contractant, il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un Etat contractant peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision [...] »¹⁰⁷. La Cour, en reprenant le même raisonnement dans un autre arrêt, a objectivement justifié cette solution. Ainsi, selon « L'avocat général [...] dans ses conclusions sur l'affaire *Renault c. Maxicar* : l'interprétation par la Cour a pour sens et pour finalité d'éviter que la convention ne fasse l'objet d'interprétations divergentes. La Cour est donc nécessairement compétente pour interpréter aussi la notion "d'ordre public" »¹⁰⁸. En effet, dans un tel cas de figure, une des missions de la CCJA étant de veiller à la bonne application du droit OHADA, elle pourrait « s'ingérer » dans le domaine exclusif de l'Etat en cause, dès lors que celui-ci oppose l'atteinte à son ordre public pour refuser l'exécution d'un arrêt de la CCJA. Toutefois, cette ingérence doit être justifiée par le fait que la posture adoptée par l'Etat implique et met en péril le système de droit OHADA ou les engagements des Etats membres.

30. La question de l'atteinte à l'ordre public n'est pas à confondre avec celle de l'*inconciliabilité* qui, en revanche, est implicitement prévue par le droit OHADA. En effet, aux termes de l'article 20 du traité OHADA, « [...] Dans une même affaire, aucune décision contraire à un arrêt de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne peut faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire d'un Etat Partie ». Des décisions sont dites inconciliables quand elles se contredisent notamment par leurs effets juridiques. Selon la Cour de Justice Européenne, les décisions inconciliables sont celles qui « entraînent des conséquences juridiques qui s'excluent »¹⁰⁹. Il convient de noter que l'article 20 précité ne résout, cependant pas toutes les difficultés liées à cette situation.

31. Partant du postulat que plusieurs Etats membres l'OHADA sont membres d'autres organisations communautaires, l'exécution d'une décision de la CCJA peut se heurter à la coexistence d'un autre arrêt de la Cour de Justice de la CEMAC, de celle de l'UEMOA ou de celle de la CEDEAO. Sachant que ces juridictions jouissent, à l'instar de la CCJA, de l'autonomie juridictionnelle, peut-on conclure que la solution prévue à l'article 20 couvre l'ensemble des conflits que peut générer la question d'*inconciliabilité* ? La réponse est négative car l'OHADA n'a aucune compétence pour interdire l'exécution d'un arrêt de la Cour de Justice de la CEDEAO ou de l'UEMOA, voire de la CEMAC contredisant le sien, dans un Etat membre de ces entités

¹⁰⁷ Arrêt cité par [Hélène GAUDEMET-TALLON](#) in « Compétence et exécution des jugements en Europe » (Règlement n° 44/2001 Conventions de Bruxelles et de Lugano), 3^{ème} édit., L.G.D.J., 2002, p. 330.

¹⁰⁸ Arrêt du 11 mai 2000, toujours cité par [Hélène GAUDEMET-TALLON](#), op. cit., p. 330.

¹⁰⁹ V. Gilles CUNIBERTI, Clotilde NORMAND, Fanny CORNETTE, op. cit., p. 58.

juridiques. En effet, la concurrence de compétence, dans certains domaines (commerciale, économique, droits de l'Homme notamment) est une réalité¹¹⁰. La difficulté, dans ce cas, ne se situe pas forcément au niveau de la coexistence de ces décisions. Elle peut provenir du fait que l'arrêt de la CCJA et le jugement de la tierce Cour sont inconciliables. Ils peuvent avoir des liens étroits tout en générant des effets juridiques contraires. Le défaut de passerelle entre ces juridictions et surtout leur autonomie excluent l'application de la solution prévue par le droit de l'OHADA. On relève donc que les dispositions de l'article 20 résolvent partiellement le problème car elles semblent viser essentiellement les décisions des juridictions nationales soumises au droit de l'OHADA et les décisions étrangères. Il convient, également, de relever que faute de précisions, la décision peut être interprétée comme toute décision juridique provenant aussi bien d'autorités administratives que judiciaires. Ces difficultés interrogent sur ce qui en est de l'exécution forcée des sentences arbitrales.

II- L'EXÉCUTION FORCÉE DES SENTENCES ARBITRALES : UNE EXÉCUTION NON EXEMPTÉ D'OBSTACLES

32. La volonté des parties reste insuffisante pour assurer l'exécution forcée d'une sentence arbitrale, émanation d'une justice privée ; d'où l'importance de l'*exequatur* dont la fonction est de permettre l'exécution forcée d'un jugement étranger ou d'une sentence. Cette volonté ne suffit pas non plus à enrayer les éventuels obstacles à cette exécution, surtout que la sentence est dépourvue de la force exécutoire de plein droit. L'on est donc unanime à reconnaître qu'une fois la sentence rendue, des difficultés ou des obstacles peuvent se dresser sur le parcours de l'attente du créancier (l'exécution forcée de la sentence), surtout que la réalisation effective de cet objectif nécessite un *exequatur*. Ceci amène à examiner, d'abord, les règles minimales destinées à la matérialisation de cette exécution forcée complexe prévues pour surmonter le refus d'exécution volontaire (A) avant de s'attarder sur les règles de matérialisation de la sentence arbitrale en proie à d'éventuelles embûches (B) susceptibles de compromettre la mise en œuvre effective de l'exécution forcée des sentences arbitrales.

A- Des règles minimales pour une matérialisation d'exécution forcée complexe

33. Faut-il signaler qu'il existe diverses formes de sentences arbitrales¹¹¹ dont plusieurs font implicitement partie du langage juridique du législateur de l'OHADA ?¹¹² Il s'agit, notamment, de la sentence partielle de type simple, de celle partielle de type additionnel, de la sentence rectificative, de la sentence

¹¹⁰ V. Elisabeth L. KANGAMBEGA, "La concurrence et les conflits de juridictions des cours de justice des processus d'intégration en Afrique de l'Ouest", in RBD, n° 46, 1^{er} semestre, 2013, p. 59 & ss.

¹¹¹ V. Jérémy JOURDAN-MARQUES, "Chronique d'arbitrage : l'arbitrage à l'épreuve du déséquilibre significatif," *Dalloz Actualité* du 29 juillet 2020.

¹¹² Pour aller plus loin, voir Pierre MEYER, « Droit de l'arbitrage », Bruylant, Bruxelles 2002, p. 229 & ss.

interprétative¹¹³ et de la sentence d'accord parties. L'on parle de sentence d'accord parties lorsque, au cours d'un arbitrage, les parties s'entendent sur différents points du litige et demandent à l'arbitre de rédiger une sentence dite d'accord-parties constatant leur accord (accord mettant fin à la procédure d'arbitrage). Il convient de noter que le défaut de motivation d'une décision ou d'une sentence dite d'accord parties lui prive du caractère juridictionnel, d'où l'insuffisance d'une simple constatation de l'accord des parties. Aussi, est-il question de sentence définitive¹¹⁴. Cette dernière catégorie

¹¹³ La sentence rectificative est celle qui est destinée à "corriger un élément du dispositif qui serait erroné au regard de la décision du tribunal arbitral, telle qu'elle ressort des motifs de la sentence [...]. Il ne s'agit donc pas de modifier le sens de la décision, mais au contraire d'en modifier l'expression, pour la rendre conforme au sens de la décision", Laurent HIRSCH "Recours contre une sentence rectificative en matière d'arbitrage international," in *Jusletter* 22. August 2005 :

[http://www.hirsch-](http://www.hirsch-law.ch/documents/lhir/Jusletter%20August%202005%20Hirsch.pdf)

[law.ch/documents/lhir/Jusletter%20August%202005%20Hirsch.pdf](http://www.hirsch-law.ch/documents/lhir/Jusletter%20August%202005%20Hirsch.pdf). Concernant la

sentence rectificative, la Cour de Cassation française a, dans son arrêt 8 juillet 2009, estimé que « [...] le juge arbitral ne peut, sous couvert de rectifier une erreur matérielle, modifier les droits et obligations des parties fixés par une précédente sentence arbitrale [...] » (Cass. Civ. Fr., ch.1, 8 juillet 2009, 08-17.984, Inédit, in :

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000020839858/>). Quant à la sentence

interprétative elle désigne celle qui l'interprète. La sentence interprétative peut faire l'objet d'un recours en annulation (voir Paris, 28 mai 1998, *Revue de l'arbitrage* (Rev. arb.) 1999, 858, obs. J. Pellerin). Ainsi, la Cour de Cassation française a, dans l'arrêt précité, jugé que, « [...] pour rejeter le recours en annulation contre la sentence interprétative, l'arrêt retient d'abord que la sentence du 17 décembre 2005 l'interprète seulement pour permettre de résoudre une difficulté matérielle consécutive à des dispositions qui ne s'articulaient pas [...]. Qu'en statuant ainsi, alors que la date limite de paiement de chacune des condamnations avait été reportée de plusieurs mois et qu'une condition particulière était ajoutée au paiement [...], la cour d'appel a violé les textes susvisés. Par ces motifs casse et annule, mais seulement en ce qu'il a rejeté le recours en annulation formé contre la sentence rectificative et interprétative du 17 décembre 2005 [...] » (Cass. Civ. Fr., ch.1, 8 juillet 2009 précité).

Voir, aussi, Elisabeth ZOLLE, "Note sur la sentence interprétative du 14 mars 1978 rendue dans l'affaire de **DELIMITATION DU PLATEAU CONTINENTAL ENTRE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE ET LE ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE ET D'IRLANDE DU NORD**", in **ANNUAIRE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL**, volume 23, 1977, p. 1293-1303 (consultable en ligne).

¹¹⁴ Ainsi, un auteur les distingue en précisant que « Les sentences peuvent recevoir des appellations variées, interlocutoires, intérimaires, avant-dire droit, partielles, mixtes, l'essentiel pour les départager étant leur contenu en ce qu'il tranche ou non tout ou partie du litige au fond, ce qui conditionne leur qualité de sentence. », voir Bertrand MOREAU, « Arbitrage international », in *Répertoire de droit commercial*, 2016, n° 256. L'on peut donc retenir qu'une sentence définitive tranche le litige au fond, en partie ou en intégralité. Ainsi, aux termes de l'article 16, al. 1, de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage, « La procédure arbitrale s'achève par le prononcé d'une sentence définitive ». L'expression est reprise, dans ce sens, par des juridictions de l'espace OHADA. C'est le cas de la Cour suprême du Congo lorsqu'elle déclare : « Attendu que l'État congolais, la Caisse congolaise d'amortissement d'une part et la société Commisimpex ont effectivement accepté de se soumettre au jugement arbitral de la Chambre de commerce internationale de Paris ; que celle-ci saisie à la diligence des parties a rendu le 3 décembre 2000 une sentence arbitrale définitive, à l'exécution de laquelle il convient de renvoyer lesdites parties », Cour Suprême du Congo,

désigne la décision qui tranche de façon définitive tout ou partie du litige au fond et est affectée du caractère obligatoire. L'étude, axée essentiellement sur cette dernière catégorie, s'intéresse à l'exécution des sentences rendues sur le fondement des prescriptions de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'Arbitrage, aux sentences étrangères soumises aux règles de procédure d'exequatur et de reconnaissance de cet Acte Uniforme¹¹⁵. Sont exclues du domaine d'application dudit Acte uniforme les sentences soumises à des règles juridiques étrangères ou celles relevant d'une convention internationale¹¹⁶. En somme, l'étude vise, essentiellement, les sentences arbitrales définitives impliquant explicitement ou implicitement des règles prescrites par l'Acte Uniforme relatif à l'arbitrage¹¹⁷. Par rapport à cette catégorie de sentence (définitive), la CCJA a, dans un arrêt portant, entre autres, sur un recours en contestation de validité de sentence, signifié que la notion de *sentence définitive* visée dans une convention d'arbitrage ne peut pas être interprétée comme valant renonciation au recours en contestation de validité. Ainsi, la Cour a estimé que « [...] les termes employés à l'article 34 du contrat de concession ne sont que des périphrases traduisant la règle de l'autorité de la chose jugée, qui s'attache à la sentence rendue sous l'égide de la CCJA, qui ne peut être remise en cause et n'est susceptible d'aucune autre voie de recours que celle du recours en contestation de validité, auquel ne saurait faire obstacle, la seule mention du caractère « définitif » de la sentence dans la convention d'arbitrage, toutes les sentences rendues sous l'égide de la CCJA étant revêtues de « l'autorité de chose jugée », comme prévu à l'article 23 de l'Acte uniforme sur le Droit de l'arbitrage et considérées comme décisions définitives ayant force de chose jugée, dès lors qu'elles ne sont plus susceptibles de voies de recours

Chambre Commerciale, arrêt n° GCS-2003 du 27/06/2003, IN <http://www.ohada.com>, OHADATA J-13-75.

¹¹⁵ Sont concernées les sentences rendues par un tribunal arbitral dont le siège se trouve dans un des Etats Parties (art. 1 de l'AUA), celles issues d'un tribunal ayant son siège dans un Etat tiers et soumises à l'Acte Uniforme relatif à l'Arbitrage retenu volontairement par les parties comme loi de procédures et les sentences rendues sur la base de règles autres que celles prévues par l'Acte Uniforme et ne pouvant être reconçues ni exequaturées sur le fondement d'une convention internationale (art. 34 de l'AUA ; pour plus de détails voir Pierre MEYER, op. cit., p. 237 & ss.).

¹¹⁶ Pour un exemple d'application de règles juridiques étrangères, voir l'affaire *African Petroleum Consultants C/ Société Nationale de Raffinage*, SENTENCE ARBITRALE DU 17 AVRIL 2002 (APPLICATION DE LA LOI ANGLAISE) ET COMPÉTENCE DES JURIDICTIONS CAMEROUNAISES, [Ohadata J-02-177](#). Pour aller plus loin, voir Emmanuel GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », in : https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/13-03-2007/13-03-2007_gaillard.pdf *l'arbitrage international*

¹¹⁷ L'arbitrage est défini, par un auteur « [...] comme l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci ». Cette définition est donnée par Charles JORROSON et citée par Laure BERNHEIM-VAN de CASTEELE, op. cit., p. 51. Par ailleurs, *l'institution d'arbitrage* est, quant à elle, définie par Ph. FOUCHARD comme : « [...] une personne morale (association, syndicat, société...) dont la mission est d'organiser des arbitrages en application d'un règlement », voir Ph. FOUCHARD, in *Revue d'Arbitrage*, 1990, 281.

suspensives »¹¹⁸. En tout état de cause, l'OHADA a prévu un minimum de règles d'opérationnalisation de l'exécution forcée sans lequel la sentence arbitrale sera privée d'efficacité¹¹⁹. Ce minimum s'impose dans la mesure où les actes d'exécution des décisions se distinguent des actes ordinaires. Leur réalisation est soumise à des modalités particulières liées aux lieux, au temps, aux biens et aux personnes¹²⁰. Il s'agit, en somme, des règles permettant la libre circulation des titres exécutoires et assurant l'efficacité des décisions, notamment celle des sentences arbitrales¹²¹. S'agissant de l'efficacité de la sentence arbitrale, un auteur, se référant à la jurisprudence française, propose une solution non dénuée d'intérêt¹²². Il s'agit des

¹¹⁸ **CCJA, 29 NOVEMBRE 2011, ARRÊT N° 11/2011, AFFAIRE ETAT DU MALI CONTRE SOCIÉTÉ ABS INTERNATIONAL CORPORATE LTD, IN :**
<http://www.ohada.com/jurisprudence/ohadata/J-13-147.html>

¹¹⁹ L'efficacité d'un titre exécutoire s'entend d'un titre permettant d'accomplir des actes ou des mesures nécessaires à la réalisation effective du but poursuivi.

¹²⁰ François VINCKEL, « Droit de l'exécution forcée », op. cit., p. 187 & ss.

¹²¹ La sentence pouvant, à ce titre, être considérée à juste raison comme « ...la décision par laquelle le tribunal arbitral tranche au fond le litige qui lui est soumis, en totalité ou en partie, sur la compétence ou sur un moyen de procédure dont l'effet est de mettre fin à l'instance [...]. La sentence arbitrale est revêtue de l'autorité de chose jugée dès son prononcé...et peut faire immédiatement l'objet des voies de recours dont elle est susceptible », voir. Bertrand MOREAU, op. cit., n° 240. Selon l'auteur, « Est aussi une sentence la décision qui statue sur des mesures provisoires ou conservatoires pour la durée de l'instance. [...] (Paris, 7 oct. 2004, no 2004/13909, Rev. arb. 2005. 737) ». Le même auteur se réfère à une autre définition jurisprudentielle pour préciser, en même temps, ce qu'il faut entendre par une sentence de caractère international : "La sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées", (Civ. 1re, 8 juill. 2015, no 13-25.846) », voir. Bertrand MOREAU, op. cit., n° 270.

¹²² V. Emmanuel GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », in https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/13-03-2007/13-03-2007_gaillard.pdf, p. 12 & ss. Selon l'auteur, « En droit commun de l'arbitrage, trois règles concourent à assurer l'efficacité de la sentence. 1° L'interdiction de critiquer la sentence pour des griefs qui n'ont pas été soulevés [...]. La règle selon laquelle la sentence ne peut être critiquée devant les juridictions étatiques pour des griefs qui n'ont pas été soulevés, chaque fois que cela était possible, devant le tribunal arbitral lui-même est très fermement établie dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Seules les justifications varient. La deuxième règle concourant à l'efficacité de la sentence résulte de l'abandon du contrôle de la contradiction de motifs, susceptible d'être contenue dans la sentence faisant l'objet d'un contrôle de l'annulation ou de l'exécution devant le juge [...]. Par deux arrêts des 14 juin 2000 et 3 novembre 2004, la première chambre de la Cour de cassation a jugé que le moyen de recours en annulation – ou en refus d'exequatur – à l'encontre d'une sentence arbitrale, fondé sur une contradiction de motifs était irrecevable. [...]. Une erreur de droit, pas plus qu'une erreur de fait, commise par l'arbitre n'est pas une cause d'annulation de la sentence. L'adage selon lequel une contradiction de motifs équivaut à une absence de motifs ne vaut que pour le juge chargé de contrôler la rectitude de l'application de la règle de droit. En présence de motifs contradictoires, la Cour de cassation se trouve dans l'incapacité d'exercer son rôle régulateur. [...]. La troisième règle susceptible de donner à la sentence arbitrale une efficacité maximale est celle qui se dessine dans la jurisprudence française à propos du contrôle de la violation par les arbitres de l'ordre

règles suivantes : "1° L'interdiction de critiquer la sentence pour des griefs qui n'ont pas été soulevés, chaque fois que cela était possible, devant le tribunal arbitral lui-même" ; "2° L'absence de contrôle de la contradiction de motifs par la cour d'appel au titre de l'article 1502 3° du nouveau Code de procédure civile"; "3° Le recul du contrôle de la violation par les arbitres de l'ordre public international."¹²³

34. Certes la sentence arbitrale est un élément de l'ensemble des actes permettant d'obtenir l'exécution forcée d'une obligation déterminée (les titres exécutoires) mais elle demeure un titre soumis à exequatur, à l'instar des titres ou décisions étrangères ; cet exequatur pouvant être interprété comme l'expression d'une forme de contrôle exercé par le juge du for, par rapport à sa compatibilité avec les exigences juridiques de l'Etat dans lequel l'exécution est sollicitée. Effectivement, la sentence arbitrale n'est pas d'exécution immédiate¹²⁴. Son exécution nécessite un exequatur et plus précisément une décision d'exequatur rendue par la juridiction compétente dans l'Etat-partie la déclarant exécutoire dans le territoire sollicité¹²⁵. Il va sans dire que cette décision est subordonnée à l'existence de la sentence arbitrale, laquelle est censée être conforme aux règles de l'ordre public international¹²⁶. Ainsi, la force décisive et l'autorité de chose jugée (chose jugée) constituant les effets de la sentence arbitrale par elle-même¹²⁷ ne permettent pas de s'affranchir de l'ordonnance d'exequatur et d'engager directement la procédure d'exécution forcée proprement dite dans le territoire sollicité. Néanmoins, la portée de l'autorité de chose jugée est mentionnée par la CCJA qui la considère comme faisant partie des principes fondamentaux de la justice assurant la sécurité juridique d'une situation acquise et participant de l'ordre

public international. Ainsi [...], on touche peut-être ici aux limites du libéralisme acceptable en la matière ».

¹²³ V. Emmanuel GAILLARD, op. cit.

¹²⁴ Benoit Le BARS, « Droit des sociétés et de l'arbitrage international /Pratique en droit de l'OHADA », Joly Editions, Paris 2011, p. 114 & ss.

¹²⁵ Article 30 de l'AUA : « La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur rendue par la juridiction compétente dans l'Etat-partie. La juridiction compétente est celle du pays où l'exécution forcée est sollicitée.

¹²⁶ Article 31 de l'AUA : « La reconnaissance et l'exequatur de la sentence arbitrale supposent que la partie qui s'en prévaut établisse l'existence de la sentence arbitrale ».

« L'existence de la sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité ».

« Si ces pièces ne sont pas rédigées dans la ou les langue(s) officielles, de l'Etat partie où l'exequatur est demandé [...].

La reconnaissance et l'exequatur sont refusés si la sentence est manifestement contraire à une règle d'ordre public international [...].

¹²⁷ La force décisive en tant qu'effet de sentence est implicitement prévue à l'article 22 de l'AUA et se traduit essentiellement par le dessaisissement du Tribunal arbitral. Quant à l'autorité de la chose jugée par rapport au litige tranché édictée par l'AUA (art. 23), il se matérialise par l'existence de la décision arbitrale concernée ; voir Pierre MEYER, « Droit de l'arbitrage », op. cit., p. 231 & ss. Concernant l'autorité de chose jugée, voir aussi : CCJA, 29/11/2011, Etat du Mali c/ Société ABS International Incorporated LTD, IN <http://www.ohada.com>, OHADATA J-13-147.

public international au sens du Règlement d'arbitrage de la CCJA¹²⁸. En outre, cette autorité que revêt la sentence, avant son exequatur, conforte le fait que cette décision a un caractère juridictionnel ouvrant droit à des voies de recours (en annulation notamment) contre la sentence prononcée¹²⁹ et permettant de prendre des mesures conservatoires¹³⁰. Dans l'hypothèse d'une annulation de la sentence, il va sans dire que celle-ci emporte de plein droit main levée de ces mesures conservatoires qui ont été prises en vertu de cette sentence. Toujours par rapport aux effets de l'autorité de chose jugée, faut-il déduire qu'en cas de condamnation, à ce stade, d'une partie par les arbitres au paiement d'une indemnité, les intérêts commencent à courir à compter du prononcé de la sentence ? Logiquement, la réponse est positive.

35. Quoiqu'il en soit, à défaut d'exécution volontaire ou amiable, l'arbitre ne disposant pas d'imperium, la nécessité de l'exequatur se justifie aisément (procurer la force exécutoire à la décision). C'est ainsi que l'intervention du juge de l'exequatur s'impose, même si celui-ci est, à cet effet, investi d'un pouvoir de contrôle limité. Il s'agit d'un contrôle *prima facie* c'est-à-dire un pouvoir lui permettant de rendre la sentence exécutoire sans la faculté de vérifier, notamment la régularité de la composition du tribunal arbitral ou le caractère fondé ou non de la sentence (vice, raisonnement de l'arbitre...). Aussi, dans le silence de l'Acte uniforme, rien ne s'oppose à ce que les parties prévoient dans leur convention d'arbitrage que la sentence soit assortie d'une exécution provisoire. Toutefois, l'on note, qu'avant toute exequatur, le tribunal arbitral peut, soit d'office, soit à la demande d'une partie ordonner l'exécution provisoire¹³¹. Une telle faculté reste avantageuse pour le créancier car elle permet d'accélérer l'opérationnalisation de l'exécution de la sentence, même si cette exécution provisoire peut être contestée. L'on est sans ignorer que les contestations alourdissent la procédure de concrétisation de la sentence, si l'on tient compte du fait qu'en matière de pouvoirs destinés à la réalisation de la sentence, l'arbitre reste le parent pauvre. Si ladite contestation apparaît évidente quand elle est à l'initiative d'une des parties à l'arbitrage, elle ne l'est pas s'agissant des tiers à l'encontre desquels la sentence en cause porte préjudice¹³².

¹²⁸ CCJA, 31/01/2011, SOCIÉTÉ PLANOR C/ SOCIÉTÉ ATLANTIQUE TELECOM SA, IN [HTTP://WWW.OHADA.COM](http://www.ohada.com), OHADATA J-12-136; VOIR AUSSI, S. BOLLEE, « LES MÉTHODES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ À L'ÉPREUVE DES SENTENCES ARBITRALES », *ECONOMICA*, 2004, P. 191 & SS. POUR ALLER PLUS LOIN, VOIR, Julien THÉRON, "Réflexions sur la nature et l'autorité des décisions rendues en matière d'admission de créances au sein d'une procédure collective," *RTD Com.* 2010, p. 635 & ss.

¹²⁹ Aux termes de l'article 25, al. 2 de l'AUA, la sentence arbitrale peut faire l'objet d'un recours en annulation devant la juridiction compétente dans l'État Partie. Les décisions rendues à cet effet sont susceptibles de pourvoi en cassation devant la CCJA (art. 25, al. 4 de l'AUA). L'autorité de chose jugée ouvre aussi droit à un recours en révision devant le tribunal arbitral ou devant le juge étatique compétent en cas d'impossibilité pour le tribunal de se réunir à nouveau (art. 25, al. 5 de l'AUA).

¹³⁰ Concernant les conséquences de l'autorité de la chose jugée, voir Christophe SERAGLINI & Jérôme ORTSCHIEDT, « L'arbitrage interne et international », Edit. Montchrestien, Paris 2013, p. 397 & ss.

¹³¹ Art. 28 al.1 de l'AUA (d'office) ; art. 24 de l'AUA (à la demande d'une partie).

¹³² L'hypothèse de la tierce sera analysée ultérieurement.

36. En somme, la prescription de ces différentes voies de recours, le défaut de pouvoirs d'impérum de l'arbitre ne font que conforter le caractère complexe et délicat de la procédure d'exécution forcée de la sentence arbitrale. En revanche, la procédure de matérialisation de la décision du juge étatique ou communautaire qui dispose de confortables attributs est moins complexe et permet un cheminement plus rapide vers le « terrain de l'exécution effective ». L'on peut donc observer qu'autant les droits concédés aux litigants (surtout) et aux tiers dès le prononcé de la sentence constituent des garde-fous contre les éventuelles violations substantielles de leurs droits, autant l'exercice effectif de ces droits est de nature à influencer la procédure d'exécution forcée et à compromettre la célérité de la procédure voire la confidentialité de l'arbitrage. Il s'ensuit que cette mise en œuvre constitue un élément retardateur de la procédure d'exécution de la sentence arbitrale, préjudiciable surtout à la partie victorieuse. Il est donc judicieux de trouver un équilibre entre la jouissance des droits et la poursuite de réalisation effective de la sentence qui passe obligatoirement par l'obtention de l'exequatur. A ce titre, quelques dispositions de l'AUA sont consacrées aux conditions d'obtention de l'exequatur qui exigent l'intervention du juge étatique chargé d'ordonner l'exécution forcée de la sentence¹³³. Si l'ancienne version de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage souffrait d'un défaut de procédure d'exequatur, la nouvelle version a fait l'objet d'une correction répondant au besoin de procédure simple, rapide et visant l'efficacité de la sentence arbitrale. En effet, l'Acte Uniforme a prévu un minimum de règles régissant cette procédure¹³⁴. Les deux derniers alinéas de l'article 31 de l'AUA consacrent une procédure simplifiée d'exequatur applicable aux sentences arbitrales soumises à cet Acte uniforme et à celles rendues conformément à un régime différent mais non susceptibles d'être soumises aux conditions de reconnaissance prescrites par les conventions internationales.

37. Cette procédure a le mérite d'apporter des précisions quant aux délais de réaction imposés à la juridiction saisie de la requête en exequatur et aux droits du requérant en cas de silence de celle-ci au-delà de ces délais (exequatur réputé acquis). Ainsi, la réaction tardive de la juridiction compétente saisie est sanctionnée par l'accord de l'exequatur dont le mode d'acquisition pourrait être, dans une certaine mesure, comparé à celui de la prescription acquisitive (usucapion). La nature de la procédure elle-même (non contradictoire) et la personne habilitée à matérialiser l'exequatur (apposition de la formule exécutoire) sont également précisées. Cette procédure a

¹³³ Art. 30 de l'AUA.

¹³⁴ L'article 31 de l'Acte a été augmenté de deux alinéas (al. 5 & 6) destinés à la procédure d'exequatur : « La juridiction étatique, saisie d'une requête en reconnaissance ou en exequatur, statue dans un délai qui ne saurait excéder quinze (15) jours à compter de sa saisine. Si à l'expiration de ce délai la juridiction n'a pas rendu son ordonnance, l'exequatur est réputé avoir été accordé.

Lorsque l'exequatur est accordé, ou en cas de silence la juridiction saisie de la requête en exequatur dans le délai de quinze (15) jours comme indiqué ci-dessus, la partie la plus diligente saisit le Greffier en chef ou l'autorité compétente de l'Etat Partie pour apposition de la formule exécutoire sur la minute de la sentence. La procédure relative à la demande d'exequatur n'est pas contradictoire ».

l'avantage de combler un vide (défaut de procédure) qui renforçait les difficultés en matière d'exécution forcée de la sentence arbitrale dans l'espace juridique de l'OHADA. L'obtention de l'exequatur se traduit donc par un acte gracieux, en l'occurrence une décision ou une ordonnance d'exécution ou d'exequatur. A la faveur du requérant, le législateur communautaire rejette tout recours d'appel contre la décision octroyant l'exequatur : non application du principe de double degré de juridiction, pas de recours en cassation. Toutefois, cet avantage a des limites dans la mesure où il est dérogé à cette règle en cas de recours en annulation contre la sentence querellée. Effectivement, ce recours emporte, sous certaines conditions, un recours contre la décision ayant accordé l'exequatur¹³⁵, même si, *a contrario*, en cas de rejet du recours en annulation, la validité de la sentence et celle de la décision accordant l'exequatur s'imposent de plein droit¹³⁶. Cependant, dans cette hypothèse, rien n'est prévu quant au sort réservé à l'exequatur réputé accordé : est-il soumis au même régime ? L'on peut répondre par l'affirmative partant du fait que, quelle que soit la forme d'obtention de l'exequatur, tout exequatur accordé produit les effets prescrits conformément au droit de l'OHADA. Aussi, ces règles de recours en annulation de la sentence interpellent-elles sur le silence du législateur de l'OHADA, s'agissant de la validité d'une décision d'exequatur rendue par un juge ou une juridiction incompétente. En effet, par rapport au recours d'annulation de la sentence, le législateur semble insister sur la compétence de la juridiction en ces termes : « Toutefois, le recours en annulation de la sentence emporte, de plein droit, *dans les limites de la saisine de la juridiction compétente de l'Etat-partie*, recours contre la décision ayant accordé l'exequatur »¹³⁷. Pourtant, il ne précise pas les sanctions ou les conséquences de cette incompétence corrélative à la décision d'octroi de l'exequatur. Cette incompétence *ratione materiae* devrait entraîner la nullité de la décision comme en droit français¹³⁸. Il convient de signaler que malgré la consécration de la nullité de la décision d'exequatur par la jurisprudence française dans une telle hypothèse, celle-ci s'oppose à ce que cette nullité soit constatée par la voie du recours pour excès de pouvoir¹³⁹. En tout état de cause, l'on peut noter que l'annulation de la sentence arbitrale peut intervenir dans les cas suivants : l'incompétence du tribunal arbitral, l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral, la non-conformité de la sentence à la mission confiée à l'arbitre, le non-respect du principe du contradictoire, le défaut de motivation de la sentence et la violation des règles de l'ordre public international.¹⁴⁰

38. Par ailleurs, concernant l'exécution de certaines sentences issues de conventions internationales et impliquant des Etats membres de l'OHADA, il est précisé qu'elles

¹³⁵ Art. 32, al. 2 & 3 de l'AUA.

¹³⁶ Art. 33, al. 2 de l'AUA.

¹³⁷ Art. 32, al. 3 de l'AUA.

¹³⁸ En droit français, la nullité a été consacrée comme sanction à plusieurs reprises par la jurisprudence : voir Cass. civ. 14 juin 1831, DP 1831, 1, 210 ; Rennes, 23 avril 1893, DP 1893, 2, 376 ; Cass. civ. 11 juin 1959, Rev. Arb 1959, 117.

¹³⁹ V. FOUSSARD, « Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage », Rev. arb. 2002, 579, spéc. n° 27, note n° 148, cité par Bertrand MOREAU, « Arbitrage commercial », in *Répertoire de Droit commercial*, op. cit. n° 332.

¹⁴⁰ Art. 26 de l'AUA.

ne relèvent pas de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage mais de la convention concernée. En effet, Il y est fait mention de celles rendues sur le fondement de règles différentes et qui sont reconnues ou exécutées dans un Etat Partie conformément aux règles prescrites par un accord ou une convention internationale à laquelle cet Etat a adhéré¹⁴¹. A ce sujet, il a été admis, en application des dispositions de la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales et des dispositions de l'Acte uniforme sur l'arbitrage de l'OHADA concernées (art. 30 à 34) que les juridictions camerounaises sont compétentes pour octroyer l'exequatur d'une sentence arbitrale issue d'une convention d'arbitrage soumis à la loi anglaise¹⁴². Une autre décision rendue par une juridiction burkinabè conforte cette possibilité de soumettre l'exécution de la sentence arbitrale à la Convention de New York, dans l'espace d'un Etat membre de l'OHADA. En effet, le Tribunal de grande instance de Ouagadougou a exprimé cette faculté en ces termes : « Attendu que les articles 669 du code de procédure civile et 999 du code des personnes et de la famille concernent les jugements et arrêts civils et commerciaux étrangers ; qu'en l'espèce, la décision dont l'exequatur est demandé est une sentence arbitrale ; que le texte applicable est la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance de l'exécution des sentences arbitrales étrangères à laquelle le Burkina Faso est partie depuis son adhésion le 23 mars 1987¹⁴³. Aussi, faut-il signaler les sentences rendues sur le

¹⁴¹ Art. 34 de l'AUA : « Les sentences arbitrales rendues sur le fondement de règles différentes de celles prévues par le présent Acte Uniforme, sont reconnues dans les Etats-parties, dans les conditions prévues par les conventions internationales éventuellement applicables, et à défaut, dans les mêmes conditions que celles prévues aux dispositions du présent Acte Uniforme ». Les conventions internationales visées sont essentiellement les suivantes : celle de New-York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, la convention de Washington du 18 mars 1965 créant le Centre international pour le règlement des différends liés aux investissements (CIRDI), les différentes conventions interafricaines de coopération et d'entraide judiciaire et les accords judiciaires bilatéraux existant entre des Etats membres de l'OHADA et la France, voir Pierre MEYER, « Droit de l'arbitrage », op. cit., p. 243 & ss.

¹⁴² V. **COUR DU RESSORT DE FAKO, ARRET DU 15 MAI 2002**, African Petroleum Consultants (vendeur) contre Société Nationale de Raffinage (acheteur), in <http://www.ohada.com>, [Ohadata J-02-177](#). Voir aussi : **COUR D'APPEL DE LIBREVILLE, ARRET DU 06/02/2002**, illustrant implicitement une application de convention interafricaine de coopération et d'entraide judiciaire, en matière d'exécution de décision. Le litige concerne une ordonnance d'injonction de payer rendue au Cameroun, revêtue de la formule exécutoire et devant recevoir l'exequatur au Gabon pour y être exécutée. C'est à cette occasion que le juge gabonais a, entre autres, invoqué l'application d'une Convention interafricaine en ces termes : « [...] En application de l'article 30 de la Convention de Tananarive sur la coopération judiciaire entre les Etats membres de l'OCAM, la demande d'exequatur doit être présentée au juge du ressort territorial dans lequel se trouvent les biens à saisir », voir **ARRET DU 6 FEVRIER 2002**, KAMDJE ELISE C/ TCHANA KWEZE, in <http://www.ohada.com>, [Ohadata J-02-125](#). Au-delà de ces considérations, cet arrêt confirme la complexité des procédures d'exequatur et d'exécution des décisions et l'élasticité des délais d'exécution.

¹⁴³ V. Tribunal de grande instance (TGI) de Ouagadougou, Jugement du 13 juin 2001, Société des Ciments d'Abidjan (SCA) contre Société burkinabè des Ciments et Matériaux (CIMAT), in <http://fasolex.univ-ouaga.bf>; note Pierre MEYER in *Revue Burkinabè de Droit (RBD)* n° 41, [Ohadata J-03-83](#). Il importe de préciser que même si les conditions d'octroi d'exequatur se

fondement de règles étrangères et dont la reconnaissance ou l'exécution est requise dans un Etat membre de l'OHADA non Partie à une convention internationale, en la matière. A la différence de la première catégorie de sentence étrangère, cette dernière n'est pas rendue conformément aux règles prescrites par une convention internationale ; elle est soumise aux règles de reconnaissance et d'exécution des sentences prévues par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage à l'instar de celles rendues conformément à cet Acte.

39. La nouvelle version des règles relatives aux conditions et à la procédure (présidant à l'opérationnalisation de la sentence arbitrale ou à son efficacité au sein des Etats membres de l'OHADA) témoigne d'une certaine évolution du droit de l'arbitrage dans ce système, même si des obstacles persistent comme le révélera la prochaine articulation de l'étude. En effet, le principe d'indisponibilité de recours contre la décision d'octroi de l'exequatur, le caractère superficiel ou sommaire du contrôle effectué par le juge étatique pour cet octroi, le caractère restrictif du régime de l'annulation de la sentence et celui des voies de recours attestent la réalité du progrès de l'arbitrage dans le système de l'OHADA. Ainsi, la réduction du pouvoir du juge d'exequatur au strict minimum nécessaire à la vérification du caractère manifestement contraire ou non conforme à une règle d'ordre public international ne constitue-t-il pas une des stratégies de l'OHADA pour affirmer une certaine réalité de l'efficacité de la sentence arbitrale dans son espace ? Au-delà de ces considérations, cette réglementation générale de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales témoigne, aussi, d'une volonté du législateur de l'OHADA d'atteindre ces principaux objectifs et de faire la promotion de la justice privée qu'est l'arbitrage, au sein de l'espace communautaire de l'Organisation. Ce dynamisme du législateur n'est-il pas conforté par un auteur qui estime que « L'orientation libérale du droit de l'arbitrage répond à un besoin pratique légitime : favoriser les échanges commerciaux par un infléchissement des entraves à l'accès à la justice et à la résolution des litiges »¹⁴⁴. Force est de constater que, en matière d'exécution forcée des sentences arbitrales, l'exercice des voies de recours, la procédure d'obtention de l'exequatur et d'autres situations qui vont être examinées dans le prochain point (B) sont de nature à rendre les délais de réalisation de la sentence arbitrale élastiques. Il s'agit notamment des éventuels obstacles.

rapprochent de celles prévues par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, l'exequatur a, ici, été accordé en vue de l'exécution d'une sentence rendue par un Tribunal arbitral de la Cour Internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, conformément aux exigences de cette convention. Dans tous les cas, ceci ne constitue pas un problème car ledit Acte uniforme admet, dans une certaine mesure, l'application des conventions internationales en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales (voir art. 34 dudit Acte).

¹⁴⁴ Maximin de FONTMICHEL, « Le faible et l'arbitrage », *Économica*, Paris 2013, p. 444.

B- Des règles de matérialisation de la sentence arbitrale en proie à d'éventuelles embuches

40. Le droit à l'exécution forcée n'étant pas absolu, il va sans dire que des obstacles seront toujours dressés sur le chemin de l'exécution d'une décision, cette présence étant plus accentuée quand il s'agit de l'exécution d'une sentence arbitrale. Parmi ces obstacles, il est judicieux de s'attarder sur ceux liés à la protection de certains droits, au caractère quérable de la force exécutoire de la sentence et à ceux rattachés au privilège d'immunité reconnus aux Etats.

41. Le caractère quérable de la force exécutoire constitue un véritable problème dans la mesure où ce défaut est de nature à perturber le processus d'aboutissement de l'exécution forcée de la sentence arbitrale. Il peut donc influencer sur l'efficacité de celle-ci. En outre, comme il a été mentionné dans le précédent point (A), la force de la chose jugée de plein droit, un des atouts de la sentence arbitrale produit des effets dont certains peuvent être préjudiciables au créancier de l'exécution forcée. Dans l'hypothèse d'un recours en annulation formé contre la sentence arbitrale dès le prononcé de la décision définitive, les obstacles commencent à poindre en raison de l'effet suspensif de ce recours¹⁴⁵. L'exercice de ce droit contribue donc à allonger les délais¹⁴⁶ d'attente par rapport au déclenchement de la procédure de reconnaissance et d'exequatur, ce qui éloigne de la phase de l'exécution effective de la sentence. Le blocage temporaire, dans cette hypothèse, est inévitable car aucune mesure d'exécution forcée ne peut être engagée. N'est-ce pas ce qui amène deux auteurs à affirmer, à juste titre, que « la solution avait pour inconvénient majeur de fournir un instrument dilatoire de premier ordre à une partie récalcitrante [...]. Il lui suffisait de faire un recours, même ne présentant aucune chance de succès [...] afin de retarder l'exécution »¹⁴⁷. Pour solutionner le problème, certains préconisent de faire assortir la sentence d'une exécution provisoire¹⁴⁸, mais sous les auspices de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, cette solution a des limites car si la partie non bénéficiaire de l'exécution provisoire, à l'issue d'un recours, obtient effectivement l'annulation de la sentence principale, l'exécution provisoire est anéantie et son caractère non suspensif n'a plus d'effet. Ceci conduit, sous certaines conditions, à un recul car il faut reprendre toute la procédure arbitrale (reprise effectuée par la partie la plus diligente)¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Art. 28 de l'AUA.

¹⁴⁶ Par rapport à la question de temps, voir « L'arbitre, le juge et le temps », in « L'arbitre et le juge étatique – Etudes de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia – », op. cit., p. 11 & ss.

¹⁴⁷ Les auteurs font allusion à un régime qui a prévalu avant une réforme en 2011 en France, par rapport au caractère suspensif du recours, voir Christophe SERAGLINI & Jérôme ORTSCHIEDT, « L'arbitrage interne et international », op. cit., p. 875.

¹⁴⁸ V. Christophe SERAGLINI & Jérôme ORTSCHIEDT, op. cit., p. 875.

¹⁴⁹ Art. 29 de l'AUA.

42. Aussi, l'effet suspensif n'entame-t-il en rien le fait que l'exécution forcée d'une sentence arbitrale, quelle que soit la situation, est subordonnée à l'existence d'une décision définitive octroyant l'exequatur. Cette exigence suscite, d'ailleurs de nombreuses questions dont celle du point de départ du délai de computation du retard quant au commencement d'exécution, notamment pour le calcul des intérêts moratoires (en cas d'une clause moratoire)¹⁵⁰. Cependant, le texte communautaire (l'AUA) ne règle pas la question comme en droit français où elle est réglée de façon dubitative par la jurisprudence française qui semble hésiter à ce sujet. Dans tous les cas, la condition d'existence de l'exequatur ne peut être remplie tant que des recours sont en cours de traitement et le processus de mise en exécution de la sentence suspendu. Pire, même en cas d'obtention de l'exequatur, une annulation ultérieure de la sentence arbitrale emporte l'exequatur. Dans ces conditions, se pose la question de savoir ce qui advient à une exécution provisoire accordée, notamment par le tribunal arbitral, et réalisée. Une telle situation est génératrice de plusieurs autres problèmes quel que soit le mode d'exécution immédiate de la sentence emprunté (en nature ou en numéraire)¹⁵¹. Les biens ou les numéraires peuvent avoir disparus par voie de consommation ; ils peuvent se retrouver entre les mains d'un tiers, grâce à cette exécution provisoire. S'agissant d'un bien, il peut changer de statut par voie de destruction, de perte ou d'avaries ou devenir insaisissable. Il peut aussi l'être en changeant de propriétaire ou de possesseur, en « traversant » les frontières du lieu de demande de l'exequatur, ce qui fait intervenir un élément d'extranéité. Toujours dans l'hypothèse de l'exécution provisoire immédiate, le débiteur de l'exécution peut organiser sa propre insolvabilité ou refuser d'y procéder. Certains pourront préconiser une solution préventive : les mesures conservatoires. Il n'en demeure pas moins que ces mesures ne peuvent pas absorber tous les obstacles. Une autre difficulté réside dans le fait que, dans le cadre de l'exécution forcée, certains actes d'opérationnalisation (concours de la force publique, intervention d'un huissier, désignation d'un expert, etc.) nécessitent l'intervention de l'Etat. Ces actes ne peuvent malheureusement se réaliser sans exequatur.

¹⁵⁰ A ce sujet la jurisprudence française semble hésiter. C'est probablement dans ce sens que s'oriente la conclusion d'un auteur : « La jurisprudence ne s'est pourtant pas engagée dans la voie de l'affirmation d'une reconnaissance de plano pour les jugements étrangers déclaratifs patrimoniaux avec toute la franchise que l'on aurait pu espérer. Un arrêt récent en matière d'intérêts moratoires paraît à cet égard plutôt en retrait, en décidant que " les intérêts moratoires dus en exécution d'une condamnation prononcée par une juridiction étrangère ne courent qu'à compter de la décision d'exequatur " (Civ., 1^{re}, 6 mars 2007, n° 04-17, 127, Delsey, *Rev. crit. DIP* 2007, 784 [...] *D.* 2007. Chron. 2328). La décision laisse ainsi entendre que, aux yeux de la France, le débiteur condamné à l'étranger n'est en retard dans l'exécution de son obligation qu'à compter du prononcé de la décision d'exequatur, l'obligation ne pesant sur lui qu'à cette date. Il aurait sans doute été préférable de choisir la décision étrangère comme point de départ pour le calcul des intérêts moratoires, comme la Cour de cassation s'était elle-même montrée disposée à le faire peu de temps auparavant, dans une affaire où la condamnation résultait d'une sentence arbitrale [...] », voir Pascal de VAREILLES-SOMMIÈRES, « **Jugement étranger /Matières civile et commerciale** », in *Répertoire de droit international*, septembre 2013 (actualisation : septembre 2017).

¹⁵¹ V. Christophe SERAGLINI & Jérôme ORTSCHIEDT, op. cit., p. 876 & ss.

43. La demande de l'exequatur peut aussi se heurter à la question de contrariété flagrante de la sentence à l'ordre public international¹⁵², lequel ordre demeure difficile à définir et peut entraîner l'échec de la requête¹⁵³. Ainsi, l'ordre public d'une manière générale peut être une cause d'éviction d'une loi étrangère qui, à l'origine devait faire l'objet d'une application dans l'ordre juridique du for (exception d'ordre public)¹⁵⁴. Le dictionnaire de vocabulaire juridique, définit l'ordre public comme des « Valeurs fondamentales d'une société auxquelles les parties à un acte juridique ne peuvent déroger par des stipulations contraires »¹⁵⁵. Cet ordre public (national) doit être distingué de l'ordre public international considéré par le même dictionnaire comme un « Ordre spécifique au droit international privé, plus restreint que l'ordre public national en ce qu'il ne vise qu'exceptionnellement à écarter la loi étrangère désignée par la règle de conflit afin de protéger les intérêts ou valeurs qui seraient heurtés de front par l'application de cette loi ». Ainsi, le juge burkinabè refuse l'assimilation entre la violation ou la contrariété de l'ordre public national et le fait d'ordonner l'exécution d'une sentence qui entraînerait la fermeture définitive de l'entreprise et la suppression de plusieurs centaines d'emplois. Or, l'on n'est pas en présence d'une procédure collective. Effectivement le TGI de Ouagadougou a tenté de recadrer ce qu'il faut entendre par contrariété de l'ordre public (national), que l'on peut, par ailleurs qualifier, de « fourre-tout ». Pour cette juridiction, «[...] la contrariété à l'ordre public suppose la violation d'un principe général de droit ou d'un ensemble de règles de droit ou d'une règle de droit essentiels à la société ou à l'Etat [...] qu'une sentence arbitrale ayant reconnu une clause compromissoire sur la base d'une cession de créance ne porte pas atteinte à un principe général ou à une règle de droit fondamentale pour la société burkinabè ; [...] qu'une décision de condamnation d'une

¹⁵² Art. 31, al. 4 de l'AUA : « La reconnaissance et l'exequatur sont refusés si la sentence est manifestement contraire à une règle d'ordre public international ». Au sujet du respect de l'ordre public, voir Pierre MEYER, op. cit., p. 256 & ss.

¹⁵³ Comme le confirment, à raison, deux auteurs, « Les usages de l'ordre public sont protéiformes en droit interne comme en droit international privé. En droit interne, la notion tend à se confondre avec celle de dispositions impératives auxquelles, il est interdit de déroger par des conventions privées (article 6 du Code civil). Elle a des prolongements en droit judiciaire privé. [...]. En droit international privé, la notion d'ordre public est sollicitée dans toutes les branches de la discipline. [...]. Elle inspire aussi la théorie des lois de police rendant certaines dispositions du for internationalement impératives, quel que soit le droit désigné par la règle de conflit. Mais la notion d'ordre public revêt un sens plus précis, lorsqu'elle remplit une fonction d'éviction du droit étranger normalement applicable », Marie-Laure NIBOYET & Géraud de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, « *Droit international privé* », op. cit., p. 270 à 271.

¹⁵⁴ Selon Bernard AUDIT, « L'ordre public constitue ainsi en matière de conflits de lois une *clause d'exception* générale assortissant implicitement les différentes règles de conflit ». Pour l'auteur « Présentée... dans le cadre des conflits de lois, où elle est née, la théorie de l'ordre public international s'applique dans toutes les hypothèses d'insertion d'une norme étrangère dans l'ordre juridique du for, et donc en particulier à la réception des jugements : l'absence de contrariété à l'ordre public français constitue une condition expresse de leur reconnaissance en France », voir Bernard AUDIT, « *Droit international privé* », op. cit., p. 273.

¹⁵⁵ V. Rémy CABRILLAC (sous la direction), « *Dictionnaire du vocabulaire juridique* », op. cit., p. 366.

entreprise à des sommes, même de nature à compromettre sa situation financière, ne met pas en cause l'ordre public »¹⁵⁶. Le juge énumère de façon implicite quelques situations ne pouvant pas être considérées comme contredisant l'ordre public interne, notamment une exécution qui pourrait engendrer un licenciement économique, des difficultés financières, la condamnation d'un professionnel débiteur au paiement de sa dette quel qu'en soit le montant. Par ailleurs, s'agissant de la conformité de la sentence arbitrale aux règles de l'ordre public international, une des principales conditions exigées par le droit de l'OHADA pour l'accord de l'exequatur interpelle relativement au contenu de l'ordre public international qui est moins controversé que l'étendue du pouvoir de contrôle de son respect¹⁵⁷.

44. Par rapport à ce contrôle et dans le silence des textes de l'OHADA, l'on peut se demander si le juge "instructeur" d'une demande d'exequatur, est autorisé à examiner la sentence arbitrale en attente d'exequatur de façon approfondie. A cette question le juge burkinabè répond par la négative lorsqu'il déclare que « [...] les arguments ... tendant à mettre en cause le fond du litige ne peuvent prospérer ; qu'en effet, il ne revient pas au juge de l'exequatur de remettre en cause le fond du litige qui a été tranché par les arbitres »¹⁵⁸. Cette position est d'ailleurs confortée par le juge français dans une affaire opposant une entreprise burkinabè (O. Kanazoé) et une société française (J.A Delmas Export), par rapport à des questions d'exequatur et de conformité à l'ordre public. Cette affaire est intéressante à plus d'un titre car le juge français a, à cette occasion, apporté des éclaircissements sur son interprétation quant à certaines notions dont celle de conformité à l'ordre public et celle de l'ordre public procédural. Ainsi, le Tribunal français a précisé que « Les moyens en défense présentés par la société Delmas Export font référence à la violation de principe ou de règles d'ordre public par les juridictions burkinabè au cours des différentes étapes de la procédure. Il faut toutefois observer que le juge de l'exequatur doit seulement vérifier la conformité de la décision étrangère à l'ordre public français, et notamment à l'ordre public procédural. Les notions d'ordre public procédural et de violation de règles de procédure d'ordre public ne se confondent toutefois pas. L'ordre public procédural français impose de contrôler le respect des droits de la défense et du

¹⁵⁶ V. TGI Ouagadougou, Jugement du 13 juin 2001, op. cit.

¹⁵⁷ Le contenu de l'ordre public international semble poser moins de difficultés par rapport à son contrôle. Ainsi, pour Christophe SERAGLINI & Jérôme ORTSCHIEDT, « [...] Si un relatif consensus se dégage progressivement en droit comparé s'agissant du contenu de l'ordre public, les avis demeurent beaucoup plus partagés quant à l'intensité du contrôle opéré par les juges. L'ordre public [...] revêt à la fois une dimension procédurale et une dimension substantielle. Quant à sa dimension procédurale, la contrariété à l'ordre public international pourra notamment tenir aux conditions dans lesquelles la sentence a été élaborée, en cas de méconnaissance du principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres, ou de sentence prononcée par une institution qui n'avait pas la qualité d'arbitre », voir Christophe SERAGLINI & Jérôme ORTSCHIEDT, « Droit de l'arbitrage interne et international », op. cit., p. 892.

¹⁵⁸ V. TGI Ouagadougou, Jugement du 13 juin 2001, op. cit.

principe du contradictoire, mais le juge de l'exequatur ne peut être une instance de recours ou de révision de la décision étrangère »¹⁵⁹.

45. Quelle que soit la situation, il est judicieux que le juge exerce son contrôle de façon équilibrée tout en respectant le principe d'interdiction de révision au fond (non réexamen de l'ensemble en fait et en droit) de la sentence, même si l'on est en face d'un dilemme. Pour cela, il doit intégrer le postulat selon lequel le contrôle vise à s'assurer que la sentence est conforme aux conditions prédéterminées. Comme l'exprime plus explicitement des auteurs « [...] "la prohibition de la révision au fond des sentences ne saurait s'opposer à l'exercice effectif du contrôle de leur conformité à l'ordre public quand bien même il faudrait pour cela procéder à un réexamen de certains points de fait et de droit, le litige dès lors qu'il ne s'agit pas de statuer à nouveau sur le litige primaire, ni même de vérifier si les arbitres l'ont convenablement tranché, mais seulement de s'assurer que la solution inscrite dans la sentence, si elle devait recevoir exécution ...ne contreviendrait pas à l'ordre public" [] »¹⁶⁰. La question de l'étendue du pouvoir de contrôle par rapport à cet ordre public n'est pas non plus tranchée en droit français, au point où certains auteurs trouvent la position de la jurisprudence française inquiétante¹⁶¹. Néanmoins, deux positions doctrinales s'affrontent concernant cette étendue de pouvoir de contrôle de la conformité¹⁶². Les partisans de la thèse minimaliste du contrôle estiment qu'il doit être conféré à l'arbitre le droit à ne pas être étroitement surveillé quant à l'exercice de leur office s'agissant de l'aspect relatif aux règles d'ordre public. Ceux-ci jugent qu'un contrôle approfondi (en vue de déterminer le respect ou la violation de l'ordre public) doit être écarté car il entraîne une appréciation au fond de la sentence arbitrale et remet en cause la finalité et le caractère définitif de cette dernière et l'intérêt du recours à l'arbitrage. Aussi, considèrent-ils qu'un tel contrôle constitue une intrusion du juge de l'annulation dans

¹⁵⁹ Tribunal de grande instance Bordeaux, Jugement du 22 octobre 2001, Entreprise O. KANAZOE / Société J.A Delmas Export, in <http://fasolex.univ-ouaga.bf>. Il convient de signaler que, malgré la ressemblance entre les principes présidant les conditions d'octroi d'exequatur et la reconnaissance des jugements étrangers, de sentences arbitrales en droit de l'OHADA et ceux du droit français, l'exequatur a été accordé par le juge français (au jugement rendu le 30 juin 1999 par le TGI de Ouagadougou), essentiellement, sur le fondement d'un accord judiciaire franco-burkinabè du 24 avril 1961.

¹⁶⁰ V. Christophe SERAGLINI & Jérôme ORTSCHIEDT, « Droit de l'arbitrage interne et international », op. cit., p. 893.

¹⁶¹ Selon Christophe SERAGLINI & Jérôme ORTSCHIEDT, « La position de la jurisprudence française peut inquiéter, particulièrement s'agissant de la défense de l'ordre public de fond. Au vrai de la question de la teneur exacte du contrôle que le juge est prêt à opérer quant au respect par la sentence de l'ordre public de fond, et plus précisément des lois de police, de l'étendue des pouvoirs d'examen dont il doit bénéficier dans ce contrôle, reste controversée. [...]. On peut d'autant plus regretter...qu'elle repose sur un fondement bien fragile. [...] une riche réflexion doctrinale a combattu de façon convaincante l'idée selon laquelle le contrôle de la conformité des sentences arbitrales à l'ordre public international met en cause le « sacro-saint » principe d'interdiction de révision au fond des sentences », Christophe SERAGLINI & Jérôme ORTSCHIEDT, op. cit., p. 891-892.

¹⁶² Christophe SERAGLINI & Jérôme ORTSCHIEDT, op. cit., p. 891-892 ; Maximin de FONTMICHEL, « Le faible et l'arbitrage », op. cit., p. 439 & ss.

l'arbitrage et compromet l'efficacité de l'arbitrage¹⁶³. En revanche les défenseurs de la thèse maximaliste considèrent que le juge doit procéder à une vérification minutieuse du respect des règles de l'ordre public par rapport à la sentence rendue. Ces opposants à la superficialité du contrôle pensent qu'apporter des limitations au pouvoir du juge contrôleur conduit à contourner le contrôle de la conformité de l'ordre public et à favoriser la violation des règles de l'ordre public impunément¹⁶⁴. Quelle que soit la situation, il est intéressant de constater que cette exigence est allégée dans la mesure où il est question d'une « sentence manifestement contraire à une règle d'ordre public international », c'est-à-dire une contrariété flagrante. Ceci suppose que le juge de l'exequatur ne doit pas sanctionner si la contrariété n'est pas apparente ou évidente c'est-à-dire quand elle est non manifeste ou insignifiante. Cette interprétation rejoint, dans une certaine mesure, celle d'un auteur qui partant des « modalités du contrôle *prima facie* du juge de l'exequatur » estime que, « En substance le juge ne peut refuser l'exequatur que s'il est avéré de manière flagrante que l'acte ne constitue pas une sentence ou entrave notoirement l'ordre public international [...]. Dans les deux cas (arbitrage interne et arbitrage international), l'adjonction de l'adverbe *manifestement* réduit considérablement le contrôle du juge de l'exequatur [...] »¹⁶⁵.

46. Relativement aux conditions d'octroi de l'exequatur, deux autres conditions sont susceptibles d'engendrer des difficultés en raison du fait que le texte est laconique à ce sujet. Il s'agit de la production d'une traduction certifiée et de l'inscription du traducteur sur une liste d'experts établie par les juridictions compétentes¹⁶⁶. Dans l'hypothèse où une traduction est nécessaire mais qu'elle fait défaut, peut-elle donner lieu à une annulation de la sentence ? A ce titre, il est inimaginable que la sentence soit annulée, en revanche cette situation peut donner lieu à un rejet de la demande en exequatur. La même question peut être formulée dans le cas d'un expert choisi sur une liste non conforme aux caractéristiques légales précisées (hors liste par exemple).

47. L'on ne peut traiter d'obstacles quant à l'exécution de la sentence arbitrale sans mentionner les voies de recours en la matière, notamment le recours en annulation et la tierce opposition¹⁶⁷. Est-il nécessaire de rappeler que le recours en annulation est

¹⁶³ Maximin de FONTMICHEL, op. cit., p. 429 & ss.

¹⁶⁴ Maximin de FONTMICHEL, op. cit., p. 430.

¹⁶⁵ Laure BERNHEIM-VAN de CASTEELE, « Les principes fondamentaux de l'arbitrage », op. cit., p. 630.

¹⁶⁶ Art. 31, al. 3 de l'AUA, « Si ces pièces ne sont pas rédigées dans les langues(s) officielles(s) de l'Etat Partie où l'exequatur est demandé, la partie devra en produire une traduction certifiée par un traducteur inscrit sur la liste des experts établie par les juridictions compétentes ». Il convient de signaler que cette disposition a été positivement modifiée car l'ancienne version (1999) imposait la langue française comme langue « officielle » alors que certains Etats membres de l'OHADA utilisent d'autres langues à titre de langue officielle (notamment l'anglais).

¹⁶⁷ Art. 25 de l'AUA : « La sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition, d'appel ni de pourvoi en cassation. Elle peut faire l'objet d'un recours en annulation qui doit être porté devant la juridiction compétente dans l'Etat Partie.

ouvert dans six cas : décision rendue par le tribunal arbitral sans convention ou avec une convention nulle ou expirée¹⁶⁸ ; irrégularité de la composition du tribunal ou de la désignation de l'arbitre unique¹⁶⁹ ; non-respect, par l'arbitre, de sa mission¹⁷⁰ ; violation du principe du contradictoire¹⁷¹ ; contrariété de la sentence par rapport à l'ordre public international ; absence de motivation de la sentence¹⁷². Il va sans dire que les difficultés ne peuvent intervenir qu'en cas d'exercice de ce recours¹⁷³. Or, il n'est pas exclu que la partie condamnée ou perdante soit tentée d'engager une procédure de recours en annulation de la sentence arbitrale¹⁷⁴. Pire, ce recours peut cacher des manœuvres dilatoires ou abusives¹⁷⁵. Pour remédier à cette situation, l'insertion d'une clause de renonciation au recours en annulation (conforme à l'ordre public international) se présente comme une solution efficace. Une telle clause est intéressante à plus d'un titre, même si la renonciation constitue un acte grave privant

Toutefois, les parties peuvent convenir de renoncer au recours en annulation de la sentence arbitrale à la condition que celle-ci ne soit pas contraire à l'ordre public international.

La décision de la juridiction compétente dans l'Etat Partie sur le recours en annulation n'est susceptible que de pourvoi en cassation devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

La sentence arbitrale peut faire l'objet d'une tierce opposition par toute personne devant la juridiction de l'Etat Partie qui eût été compétente à défaut d'arbitrage et lorsque cette sentence préjudicie à ses droits.

Elle peut également faire l'objet d'un recours en révision devant le tribunal arbitral en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer sur la solution du différend une influence décisive et qui, avant le prononcé de la sentence, était inconnu du tribunal arbitral et de la partie qui demande la révision. Lorsque le tribunal arbitral n'eut plus être réuni, le recours en révision est porté devant la juridiction de l'Etat Partie qui eût été compétente à défaut d'arbitrage ».

¹⁶⁸ Cass Civ. (fr), 2^e, 26 janvier 1994, *Rev. arb.* 1995, 443 ; Paris, 8 juillet 1970, *Rev. arb.* 1970, 95 ; J.-B. RACINE, "Les sentences d'incompétence", *Rev. arb.* 2010, 729.

¹⁶⁹ V. Paris, 16 novembre 1999, *Rev. arb.* 2000, 313 ; Paris, 29 janvier 2004, *Rev. arb.* 2005, 709, note M. Henry.

¹⁷⁰ Pour un cas de recours en annulation contre la sentence arbitrale pour violation de sa sentence par l'arbitre, voir C. A. Abidjan, arrêt n° 45 du 27 avril 2001, *affaire SOTACI contre DELPECH Gérard et DELPECH Joëlle*. Ici, la Cour a fait droit à la demande [Ohadata J-02-171](#) (2^{ème} espèce), obs. Joseph I. SAYEGH.

¹⁷¹ Cass Civ. (fr), 2^e, 30 novembre 1978, *Rev. arb.* 1979, 355, note P. Level ; Cass Civ. (fr), 2^e, 31 janvier 1996, *Rev. arb.* 1997, 239 (1^{re} espèce) ; Paris, 13 novembre 1983, *Rev. arb.* 1984, 12 ; Cass Civ. (fr), 2^e, 16 décembre 1985, *Rev. arb.* 1987, 390.

¹⁷² Art. 26 de l'AUA.

¹⁷³ V. Jérémy JOURDAN-MARQUES, "Chronique d'arbitrage : déflagration dans le recours en annulation", (voir le point : "I – Les aspects procéduraux du recours en annulation"), in *Dalloz actualité* du 4 mai 2020.

¹⁷⁴ Ainsi, la cour d'appel de Toulouse (France), a considéré que « la clause compromissoire insérée au contrat liant les parties [...] qui stipule que les parties renoncent à attaquer la sentence en réformation par voie d'appel de pourvoi en cassation, de requête civile ou autrement, ne fait pas échec au droit de chaque partie d'exercer un recours en annulation », Toulouse, ch. 2, sect. 9, 26 juin 2013, n° 11/04250, *Affaire Menara Prefa c/ Omnium Technique d'Études et de Précontrainte* (cité par Joséphine HAGE CHAHINE, "Le droit des contrats au secours d'une clause « pathologique » de renonciation au recours en annulation," *AJ Contrat* 2020, p. 280 & ss).

¹⁷⁵ V. H. LECUYER, "L'exercice abusif des voies de recours contre les sentences arbitrales," *Rev. arb.* 2006, 573.

les parties de leur droit de former un recours en annulation de la sentence¹⁷⁶. En effet, comme le mentionne, à juste titre, un auteur, « L'insertion de telles clauses de renonciation éviterait de judiciaireiser le litige que les parties ont voulu soustraire aux juridictions étatiques, ce qui aurait pour conséquence de perdre ainsi les avantages escomptés de l'arbitrage (notamment la rapidité, la confidentialité et la flexibilité dans le règlement du différend) »¹⁷⁷. Il faut, par ailleurs, admettre que le délai d'exercice du recours en annulation apparaît relativement court¹⁷⁸. Cependant, seules l'expiration de ce délai (au-delà du délai d'un mois, l'on perd son droit d'agir), l'absence de ce recours et la renonciation à ce dernier¹⁷⁹ paraissent plus avantageuses pour le créancier. Concernant la renonciation au recours à l'annulation de la sentence arbitrale, la jurisprudence française a estimé qu'une renonciation d'ordre général, c'est-à-dire une renonciation à toutes les voies de recours, ne suffit pas à faire obstacle à ce recours¹⁸⁰. Pour être valable, une renonciation expresse s'avère nécessaire¹⁸¹. En tout état de cause, dans l'hypothèse où un recours en annulation est formé à l'encontre de la sentence arbitrale, le créancier peut être confronté à d'autres difficultés. Parmi celles-ci, figurent les délais d'attente de la décision du juge. Le juge saisi du recours doit rendre sa décision dans un délai maximum de trois mois. En absence de décision dans ce délai, la compétence revient à la CCJA qui dispose, au maximum, de six mois pour trancher. Dans ces conditions, la perte de temps est inévitable : le créancier peut attendre plus de huit mois sans atteindre son objectif qui est l'exécution de la sentence.

Par ailleurs, dans la pratique, les délais peuvent se prolonger à l'issu de ce recours car il est impossible de prédire la tournure que pourrait prendre la procédure de recours en annulation. Ainsi, dans l'hypothèse où la nullité a été prononcée, l'on peut, notamment, se retrouver dans une situation de reprise de la procédure c'est-à-dire l'engagement d'une nouvelle procédure arbitrale. Une telle situation a pour conséquence une perte de temps et une incidence financière. Pourtant, le législateur de

¹⁷⁶ Le caractère grave de cette renonciation commande, lors de la concrétisation dudit acte, un consentement libre et conscient.

¹⁷⁷ Joséphine HAGE CHAHINE, "Le droit des contrats au secours d'une clause « pathologique » de renonciation au recours en annulation," *J Contrat* op. cit.

¹⁷⁸ Art. 27, al. 1 de l'AUA : « Le recours en annulation est recevable dès le prononcé de la sentence. Il cesse de l'être s'il n'a pas été exercé dans le mois de la signification de la sentence munie de l'exequatur ».

¹⁷⁹ V. art. 25, al. 3 de l'AUA. S'agissant de la renonciation, voir Cass. Civ fr., 1^{re}, 15 juillet 2017, arrêt n° 16-17.108, in *Dalloz Actualité* du 4 juillet 2017, obs. X. Delpech.

¹⁸⁰ Selon la cour d'appel de Paris « [...] le recours en annulation est de droit, ainsi, la renonciation à son bénéfice doit le viser expressément et ne saurait résulter d'une clause générale », Paris, pôle 1, ch. 1, ordonnance du magistrat chargé de la mise en état, 3 avril 2014, n° 13/22288, *Rev. arb.* 2015. 110, note P. Leboulanger ; *Gaz. Pal.* 22 nov. 2014, p. 19, note D. Bensaude (cité par Joséphine HAGE CHAHINE, op. cit.) ; Paris, 17 mai 1983, *Rev. arb.* 1987, 309, note Flécheux.

¹⁸¹ Ainsi, la Cour d'appel de Paris a estimé que « Le simple fait pour les parties d'avoir soumis leur arbitrage au règlement de la CCJA ne peut constituer au sens de l'article 1522 de code de procédure civile, une renonciation à un tel recours dès lors que ces dispositions exigent une convention spéciale et une renonciation expresse, non établie en l'espèce », Paris, pôle 1, ch. 1, 2 novembre 2017, n° 16/22740 (cité par Joséphine HAGE CHAHINE, op. cit.).

l'OHADA semble avoir pris en compte le facteur "temps" en prévoyant un délai de recours en annulation de courte durée, en limitant les conditions d'exercice de ce recours et en réduisant de moitié les délais prévus par le Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (en cas de saisine de cette cour).¹⁸² Certes, le législateur de l'OHADA a mis en place des règles pour limiter les effets du recours notamment à l'égard de la sentence arbitrale qui est au cœur de l'exécution, mais des difficultés peuvent subsister à ce niveau. Ces règles ne suffisent donc pas à annihiler les potentiels obstacles à l'exécution. L'on suppose que ces prescriptions visent à permettre au créancier d'obtenir dans un délai raisonnable l'exécution de la sentence, tout en n'ignorant pas la relativité du délai raisonnable. D'une manière générale, l'on ne doit pas perdre de vue le fait que les délais de recours contribuent à garantir la sécurité juridique. Dans ce sens, la Cour de justice de l'Union européenne considère, à raison, que « [...] les délais de recours visent à sauvegarder la sécurité juridique en évitant la remise en cause infinie des actes communautaires entraînant des effets de droit »¹⁸³. Cette position est partagée par la Cour de justice des Communautés européennes, lorsqu'elle affirme : « En vue de garantir aussi bien la stabilité du droit et des relations juridiques qu'une bonne administration de la justice, il importe que des décisions juridictionnelles devenues définitives après épuisement des voies de recours disponibles ou après expiration des délais prévus pour ces recours ne puissent plus être remises en cause »¹⁸⁴. Aussi, faut-il signaler qu'une des conséquences de l'exercice du recours en annulation est-elle la suspension de l'exécution de la sentence arbitrale. Bien plus, la nullité effective de la sentence ayant, en principe, pour effet de replacer les parties dans l'état antérieur¹⁸⁵, elle constitue un sérieux obstacle pour le créancier qui est contraint d'engager une nouvelle procédure, s'il veut poursuivre la procédure de recouvrement de sa créance.

48. L'ouverture de la tierce opposition aux tiers lésés par la sentence arbitrale peut, également, constituer un obstacle à son exécution. Effectivement, l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, tout en reconnaissant un droit aux tiers de former tierce opposition, apparaît peu prolixe quant à la détermination de leur qualité¹⁸⁶. Malgré le fait que le droit d'intervention du tiers apparaisse *a priori* comme non compatible avec

¹⁸² V. art. 27 de l'AUA.

¹⁸³ Cité par Cédric BOUTY, "Chose jugée," in *Répertoire de procédure civile*, mars 2018 (mis à jour en octobre 2020), n° 121 ; voir aussi (toujours cité par l'auteur) : CJCE 30 janvier. 1997, aff. C-178/95, Rec. CJCE-I 585 ; CJCE 12 octobre 1978, aff. 156/77, Rec. CJCE-I, 1881 ; 22 octobre 2002, aff. C-241/01, JCP 2003, II, 10185, note Icard.

¹⁸⁴ V. Cédric BOUTY, "Chose jugée," in *Répertoire de procédure civile*, op. cit., n° 121.

¹⁸⁵ En général, dans cette hypothèse, la juridiction annule et « [...] remet, en conséquence [...] la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt [...] » (Cass. Civ. Fr., ch.1, 8 juillet 2009, 08-17.984, Inédit, op. cit.)

¹⁸⁶ Art. 25 al. 5 de l'AUA : « La sentence arbitrale peut faire l'objet d'une tierce opposition par toute personne devant la juridiction de l'Etat Partie qui eut été compétente à défaut d'arbitrage et lorsque cette sentence préjudicie à ses droits ». Il convient d'ajouter que le présent alinéa a été mieux reformulé en comparaison avec les dispositions de l'ancien Acte uniforme (1999). Il en est d'ailleurs de même pour l'ensemble de l'article même si des imprécisions demeurent.

le caractère contractuel de l'arbitrage, le texte ne délimite pas les catégories de personnes qui peuvent se prévaloir de ce droit. Or, le tiers, à l'égard duquel la sentence est dépourvue de chose jugée (mais leur est opposable)¹⁸⁷, désigne toute « Personne qui n'est pas partie à un acte juridique ou à un litige »¹⁸⁸. Par rapport à l'application de l'article 141 de l'AUPSRVE, la CCJA considère « [...] que le tiers visé par cette disposition s'entend de toute personne étrangère à la saisie vente¹⁸⁹. En d'autres termes, il s'agit d'une personne non liée initialement au litige (ni demanderesse, ni défenderesse). En vertu de cette définition et malgré la nature contractuelle de l'arbitrage, la tierce opposition est ouverte à toute personne non partie au litige ou non représentée mais lésée par la sentence rendue¹⁹⁰. Aussi, convient-il de s'interroger sur l'ouverture de ce droit en faveur notamment de la caution du débiteur et du co-débiteur solidaire qui a le statut de coobligé¹⁹¹. S'agissant de la caution simple du débiteur, elle peut s'en prévaloir, surtout si la sentence remet en cause l'existence ou l'étendue de la dette du débiteur principal (dette excédant ce qui est dû)¹⁹². Il ne faut pas perdre de vue le fait que la caution est tenue à titre accessoire. En outre, le créancier peut, à son tour, opposer à la caution la décision arbitrale arrêtée¹⁹³. Concernant le co-débiteur solidaire, il est, en général, fait application du principe de la représentation mutuelle qui signifie que la décision rendue (la sentence arbitrale) à l'encontre de l'un des codébiteurs solidaires oblige l'ensemble des débiteurs solidaires, sauf si, notamment, un cas de fraude se révèle¹⁹⁴. En la matière, les décisions jurisprudentielles de l'OHADA visent surtout la question de l'intérêt à agir, celle de la qualité à agir paraissant peu traitée comme l'atteste un arrêt de la CCJA¹⁹⁵. Quoiqu'il

¹⁸⁷ V. BOLLEE, "Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers," *Rev. arb.*, 2015, 695 ; Cass. Com. fr, 23 janvier 2007, n° 05-19.523, *Rev. arb.* 2007, 135 ; Cass. Com. fr 2 décembre. 2008, n° 07-17.539, *Rev. arb.* 2009, 327, note Mayer.

¹⁸⁸ V. Rémy CABRILLAC, *op. cit.*, p. 491. La définition permet d'exclure les personnes représentées..

¹⁸⁹ V. **CCJA, ARRÊT N° 16 DU 24 FÉVRIER 2005**, Affaire SABBAH Affif Youssef & Autres c/ Madame GUTTY & Autres, *op. cit.*

¹⁹⁰ Au sujet de la notion de partie, voir François FOURMENT & Julien THERON, "La notion de partie – Double regard", in « Procédure civile et procédure pénale /Unité et diversité ? », Bruylant, 2014, p. 109 & ss.

¹⁹¹ Paris, 14 décembre 1987, *Rev. arb.* 1989, 249, note Vasseur.

¹⁹² Pour aller plus loin, voir Cass. Civ. (fr.), 1^{re}, 5 mai 2015, n° 14-16.644, *D.* 2015, 1810, obs. P. Crocq ; *D.* 2015, 2588, obs. T. Clay ; *Rev. arb.* 2015, 1115, note M. Mignot.

¹⁹³ V. Paris 4 janvier 1960, *Rev. arb.* 1960, 122 ; Paris, 21 mai 1964, *D.* 1964, 602.

¹⁹⁴ V. Cassation Civ., 25 mars 1902, S. 903, 1,1484 ; Cassation Com. 13 janvier 1967, *Rev. arb.* 1967, 116 ; Cassation Com. 22 novembre 1977, *Rev. arb.*, 1978, 461 ; Cassation Civ. 1^{er} décembre 1885, *DP* 1886, 1, 251.

¹⁹⁵ **CCJA, 29 NOVEMBRE 2011, ARRÊT N° 012/2011, RÉPUBLIQUE DE GUINÉE EQUATORIALE C/ COMMUNAUTÉ ECONOMIQUE ET MONÉTAIRE DE L'AFRIQUE CENTRALE (CEMAC), Ohadata J-13-142. DANS CETTE AFFAIRE, LA COUR A RAPPELÉ QUE L'ACTION EN TIERCE OPPOSITION EST SUBORDONNÉE À L'EXISTENCE D'UN PRÉJUDICE OCCASIONNÉ PAR LA SENTENCE ARBITRALE, QUE CE SOIT EN APPLICATION DU RÈGLEMENT OU DE L'ACTE UNIFORME RELATIF À L'ARBITRAGE. C'EST AINSI QUE LA COUR A ESTIMÉ QUE « L'exercice de l'action en tierce opposition suppose, au regard des dispositions de l'article 47.2 du Règlement de Procédure de la Cour [...] l'existence d'un intérêt à agir, alors qu'en l'espèce [...] cette organisation**

en soit, l'on suppose que la sentence arbitrale n'est pas opposable au co-débiteur, même solidaire, qui n'a pas été appelé à la cause et qui en a subi un préjudice. Dans une telle hypothèse, il a la qualité de tiers à l'instar de la caution qui n'a pas été associée à l'instance arbitrale, ni appelée à celle-ci¹⁹⁶. La sobriété des textes de l'OHADA et le caractère limitatif des cas d'ouverture du recours en annulation¹⁹⁷ permettent de conclure que pour bénéficier du droit à tierce opposition, il suffit de prouver que l'on a la qualité de tiers et de démontrer que l'on a été "victime" de la sentence rendue, d'où l'intérêt à agir. L'articulation des textes semble privilégier la qualité de tiers au sens large, tout en refusant implicitement le droit à tierce opposition à l'ayant-cause à titre universel ou à titre particulier et au créancier chirographaire sauf notamment en cas de fraude. Bien que cette tierce opposition puisse intéresser l'arbitre, les textes OHADA sont silencieux à l'instar des textes français. En revanche, la jurisprudence française a traité la question en estimant que l'arbitre qui a participé au prononcé de la sentence arbitrale n'est pas fondé à former tierce opposition par rapport à un recours en annulation de cette sentence¹⁹⁸. Ceci signifie qu'*a contrario*, elle est ouverte à l'arbitre qui n'a pas participé¹⁹⁹. Dans une situation similaire, rien ne s'oppose à ce que le juge de l'espace judiciaire de l'OHADA puisse s'inspirer d'une telle solution.

communautaire ne justifie pas d'un intérêt à agir pour l'exercice de ce recours ». **DANS UNE AUTRE AFFAIRE, LE DÉFAUT DE PRÉJUDICE A, AUSSI, ÉTÉ INDIRECTEMENT INVOQUÉ PAR LA CCJA POUR CONFORTER L'IRRECEVABILITÉ D'UNE TIERCE OPPOSITION :** « [...] Il s'ensuit que...l'arrêt de la Cour n'a pu par conséquent causer un quelconque préjudice à la STIL sur le point allégué par celle-ci [...], voir CCJA, **2/6/2005 (ARRÊT N° 37), SOCIÉTÉ DE TRANSFORMATION INDUSTRIELLE DE LOMÉ (STIL) CONTRE SOCIÉTÉ DES TUBES D'ACIER ET D'ALUMINIUM (SOTACI)**, Ohadata **J-06-06 ; VOIR AUSSI, EN DROIT FRANÇAIS**, Agen, 14 décembre 2005, *Banque et Droit*, septembre/octobre 2006, 70, obs. Rontchevsky.

¹⁹⁶ Aussi, la tierce opposition est-elle ouverte au nu-propriétaire par rapport à l'usufruitier, voir Pierre MEYER, op. cit., p. 261.

¹⁹⁷ Voir les articles 26 et suivants de l'AUA.

¹⁹⁸ V. Cass. Civ., 16 décembre 1997, *Rev. arb.*, 1999, 253, décision citée par Bertrand MOREAU, « **Arbitrage commercial** », in *Répertoire de Droit commercial*, septembre 2013, (actualisation : mai 2017), n° 417. Relativement à l'irrecevabilité de la tierce opposition de l'arbitre contre la rétractation de sa sentence, la Cour de Cassation française a jugé que « [...] nul ne peut être juge et partie ; qu'ayant exactement retenu, d'une part, que l'arbitre exerce une fonction juridictionnelle lui interdisant de demander que lui soit déclarée inopposable la décision dont l'objet était de rétracter les sentences auxquelles il avait participé, [...], d'autre part, qu'est inopérant le grief tiré de l'allégation d'un excès de pouvoir qui aurait été commis par la juridiction saisie du recours en révision, celui-ci n'étant pas de nature à permettre d'écarter les conditions d'intérêt et de qualité pour agir inhérentes à l'exercice de toutes les voies de droit, c'est à bon droit et sans méconnaître le droit à un recours effectif que la cour d'appel, qui n'avait pas à entrer dans le détail de l'argumentation des parties, a déclaré irrecevable la tierce opposition formée par M. Estoup contre l'arrêt rendu le 17 février 2015 », Cass. Civ., 2^e, 11 janvier 2018, n° 16-24.740, in *Dalloz Actualité* du 23 janvier 2018, obs. Jourdan-Marques (cité par Bertrand MOREAU, "Arbitrage en droit interne", in *Répertoire de procédure civile*, op. cit., Actualisation, n° 510 & ss.).

¹⁹⁹ Concernant l'admission de la compétence des arbitres à l'égard du codébiteur solidaire, voir Cass. Com.(fr), 13 novembre 1967, *Rev. arb.* 1967, 116.

49. A ces principaux obstacles auxquels peut être confronté le créancier dans la recherche de l'exécution forcée de la sentence arbitrale, un autre non négligeable retient l'attention. Il s'agit du principe de l'immunité d'exécution des Etats qui peut engendrer la question de renonciation²⁰⁰. Également, en rappel, il ne faut pas négliger les obstacles imprévisibles tels que les pandémies : cas du COVID 19. Ainsi, comme le mentionne un auteur, « L'Organisation mondiale du commerce (OMC) prévoit un recul sans précédent du commerce international de marchandises. Outre la désorganisation liée à la propagation de la maladie elle-même, cette contraction est due aux législations nationales (au sens large) dont se sont dotés les États touchés pour l'enrayer (confinement, fermeture des frontières, restriction aux libertés de mouvement, etc.). Ces réglementations (en France, L. n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 [...]) n'ont pas manqué de perturber l'exécution des contrats internationaux (comme d'ailleurs nationaux), sollicitant les notions de force majeure et d'imprévision (V. la Note du Secrétariat d'Unidroit sur les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international et la crise sanitaire du Covid-19) [...] »²⁰¹.

50. Dans une perspective d'amélioration du cadre juridique et d'effectivité de l'exécution, le régime général de l'exécution forcée des titres exécutoire en droit de l'OHADA, dans son ensemble, nécessite des compléments et des ajustements réguliers intégrant les contraintes ou les difficultés pratiques (les principaux obstacles notamment les immunités d'exécution, l'intervention des services publics dans le processus d'exécution) et les différentes évolutions en la matière (la dématérialisation de certains biens, la composition du patrimoine). En outre, une attention particulière, dans le sens du perfectionnement, doit être réservée à l'exécution forcée des décisions de la CCJA et des sentences arbitrales. A cet effet, l'accent doit être mis sur la recherche et la mise en place de procédures souples, ou allégées, dérogatoires au droit commun, tout en prenant en compte les droits du débiteur pour éviter notamment, comme l'exprime un auteur, « "la fureur de saisie" dont est pris un créancier assoiffé de vengeance » face à « un débiteur plein de bonne foi »²⁰².

51. Aussi, pour une exécution efficace et effective, ne serait-il pas intéressant d'explorer des solutions, telles que celles proposées par certains auteurs, qui peuvent se révéler plus pratiques et judicieuses ? Il s'agit de « l'exécution par moyens détournés » qui selon un de ses défenseurs, « [...] si, on fait masse des difficultés que connaît le recouvrement, le développement de stratégies de contournement par des moyens d'exécution détournés est une réalité incontestable, [...] les moyens détournés ce sont d'abord d'autres moyens que ceux traditionnels tirés des procédures d'exécution [...] ce sont aussi les actes et procédures prévus par le droit de l'exécution

²⁰⁰ L'immunité d'exécution a déjà été traité dans la première partie de l'étude.

²⁰¹ Louis d'AVOUT, Sylvain BOLLEE, Étienne FARNoux, *"Droit du commerce international, op. cit.*

²⁰² Claire FAVRE, « Avant-propos », in *"Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité"*, op. cit., p. 1.

mais utilisée de façon détournée »²⁰³. Parmi ces alternatives, l'on peut citer l'exécution par recours aux garanties, notamment la garantie autonome (art. 2321 du code civil français), l'assurance-insolvabilité et le contrat de fiducie (art. 2011 nouveau du code civil français) qui paraissent plus efficaces. "L'exécution par les techniques du droit des obligations" peut aussi s'avérer non négligeable, au cas « où le recouvrement de la dette se heurte à un obstacle »²⁰⁴. L'action directe (si possible) et la délégation en constituent des illustrations. Pour les auteurs de ces solutions, l'action directe est plus efficace dans cette hypothèse car une fois engagée, « le créancier va profiter exclusivement du résultat de son initiative ». Quant à la délégation, ils la considèrent, à raison, comme un autre « moyen détourné intéressant contre les voies d'exécution, entendons par-là que les autres créanciers n'auront pas de prise sur le délégataire »²⁰⁵. Il convient de signaler que d'autres alternatives non moins intéressantes telles que "l'exécution par moyens détournés dans le droit de l'exécution" et "l'exécution négociée" ont aussi été préconisées²⁰⁶.

52. L'étude conduit à penser que malgré les moyens juridiques déployés par le législateur de l'OHADA pour garantir une exécution forcée effective, ultime moyen de recours du créancier en détresse, des insuffisances demeurent. Il faut, aussi, reconnaître que le principe de la souveraineté des Etats avec toutes ses implications en faveur de la puissance publique²⁰⁷ ne sont pas de nature à permettre de trouver aisément des solutions sans des potentiels obstacles. Ceci amène à convenir avec un auteur qu'il est évident que « les soubassements de l'exécution forcée » sont affectés « au point de compromettre parfois son effectivité [...]. Les obstacles que le législateur oppose à l'exercice de la contrainte sont...de plus en plus nombreux. [...] nombre de limites à l'effectivité de l'exécution forcée qu'institue ou que développe

²⁰³ Olivier SALATI, « L'exécution par moyens détournés », in "Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité", op. cit., p. 126.

²⁰⁴ O. SALATI, « L'exécution par moyens détournés hors du droit de l'exécution », in "Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité", op. cit., p. 139.

²⁰⁵ V. Olivier SALATI, « L'exécution par moyens détournés », in "Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité", op. cit., p. 139 & ss. L'auteur cite, à titre d'illustration, une décision de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation française du 14 février 2006 qui estime que « si la créance du déléguant sur le délégué s'éteint seulement par le fait de l'exécution de la délégation, ni le déléguant ni les créanciers ne peuvent, avant la défaillance du délégué envers le délégataire exiger le paiement ; qu'il en résulte que la saisie-attribution effectuée entre les mains du délégué, par le créancier du déléguant, ne peut pas avoir pour effet de priver le délégataire, dès son acceptation, de son droit exclusif à un paiement immédiat par le délégué, sans concours avec le créancier saisissant », voir Bull. Civ., IV, n° 37.

²⁰⁶ V. Françoise ANDRIEUX, « L'exécution par moyens détournés dans le droit de l'exécution », in « Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité », op. cit., p. 141 & ss ; Yvon DESDEVISES, « L'exécution négociée », in « Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité », op. cit., p. 109 & ss. ; Marcel DYMANT, "L'exécution forcée après l'obtention du titre exécutoire" in « Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité », op. cit., p. 117 & ss.

²⁰⁷ V. François VINCKEL, « L'influence du droit public sur le droit de l'exécution forcée », in « Droit de l'exécution forcée », op. cit., p. 57 & ss.

délibérément le droit contemporain [...] participent au fond à une entreprise de désagrégation du droit de gage général qui est au fondement de la discipline »²⁰⁸.

Dr Élisabeth L. KANGAMBEGA
Enseignant-Chercheure, UFR/Sciences Juridiques et politiques
Université Thomas SANKARA (UTS)
BURKINA FASO

²⁰⁸ Frédérique FERRAND "La fondamentalisation de l'exécution forcée," in "Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité", op. cit., p. 51.

LES DROITS DE LA DÉFENSE DANS LA PROCÉDURE PÉNALE BURKINABÈ

Résumé : Si ‘se défendre’ est un droit, avoir les moyens de le faire ne l’est pas moins. En matière pénale, ce droit est garanti par un certain nombre de principes qui, mis en ensemble, offrent à la personne poursuivie la possibilité de le faire valoir. Cependant, en droit burkinabè, les droits de la défense, bien que garantis par des textes à valeur constitutionnelle, internationale et législative, peinent surtout à être effectifs. Que ce soit à la phase d’enquête, devant le juge d’instruction ou pendant le jugement, la personne poursuivie ne dispose pas toujours de moyens adéquats pour assurer convenablement sa défense. Il conviendrait alors que les autorités compétentes déploient des efforts supplémentaires, afin que ce droit humain fondamental connaisse une pleine effectivité aussi bien théorique que pratique à toutes les phases de la procédure pénale.

Sommaire

INTRODUCTION

- I- LES DROITS DE LA DEFENSE DANS LA PHASE PREPARATOIRE DU PROCES PENAL
 - A- Les droits de la défense, quasi-sacrifiés dans la phase d’enquête de police
 - 1- *La légalité imposée aux agents enquêteurs*
 - 2- *L’insuffisance des garanties relatives aux droits de la défense*
 - B- Les droits de la défense relativement protégés dans la phase d’instruction
 - 1- *Les droits de la défense aménagés pendant la phase d’instruction*
 - 2- *Les droits de la défense manifestement réduits pendant la phase d’instruction*
- II- LES DROITS DE LA DEFENSE DANS LA PHASE DECISOIRE DU PROCES PENAL
 - A- Les droits de la défense compromis par la procédure accélérée
 - 1- *Le contradictoire malmené*
 - 2- *L’égalité des armes presque niée en pratique*
 - B- Les droits de la défense renforcés dans la procédure nécessitant une information
 - 1- *Les droits de la défense garantis par le jeu des débats*
 - 2- *Les droits de la défense prolongés par le jeu des recours*

CONCLUSION

INTRODUCTION

Toute mise en cause judiciaire doit se faire dans les règles de l'art, et appelle nécessairement des explications de la personne concernée. Cette formule suffirait à résumer le principe des "droits de la défense", notion que le législateur burkinabè n'a pas jugé opportun de définir. Il s'est contenté d'énumérer ces droits, obligeant par conséquent la doctrine à se mettre à la tâche.

Selon F. M. Sawadogo, les droits de la défense sont « *un ensemble de droits ou de garanties destinés à sauvegarder les droits et libertés individuels et à permettre à l'individu – suspect, inculpé, prévenu, accusé – de se défendre et de contribuer à la manifestation de la vérité* »¹. Le doyen G. Cornu ne dit pas autre chose, en les concevant comme « *l'ensemble des prérogatives qui garantissent à la personne suspecte ou poursuivie la possibilité d'assurer effectivement sa défense dans la procédure pénale ...* »². Dans le même sens, S. Guinchard et G. Montagnier soutiennent qu'il s'agit de l'ensemble des garanties qui permettent à un mis en cause, mis en examen, prévenu ou accusé d'assurer efficacement sa défense dans l'information, l'instruction ou le procès qui le concerne³. De toutes ces définitions, il ressort un élément constant : les droits de la défense font bloc ; ils forment un *ensemble*. Sous ce rapport, dans le cadre de la présente étude, nous entendrons par droits de la défense, tous les droits, formels et substantiels, relatifs ou d'ordre public, reconnus à toute personne mise en cause durant toute la procédure pénale.

Ceci dit, les droits de la défense doivent être distingués, par exemple, du principe du contradictoire. Tandis que les premiers bénéficient au défendeur⁴ et lui permettent de faire valoir ses arguments, le second offre le cadre de la dialectique judiciaire. Il assure que les prétentions et moyens de droit, ainsi que les éléments de preuve sont discutés par les parties⁵, l'une excipant, l'autre contestant et réciproquement. Partant, le principe du contradictoire bénéficie aussi bien à la personne poursuivie, à l'accusation qu'à la partie civile⁶. Dans ses effets, la contradiction est l'âme même des procédures

¹ « Les droits de la défense », *Revue burkinabè de droit*, spécial janvier 1988. p. 228.

² *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF Quadrige, 12^e éd, 2018, p. 311 et s.

³ V. *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 17^e éd, 2009. p. 282.

⁴ Par défendeur, on entend toute personne qui combat une prétention ou rejette des accusations. Ainsi, en procédure civile par exemple, les droits de la défense bénéficient également au demandeur qui se voit opposer une exception ou une demande reconventionnelle de la part de son adversaire, le défendeur. Par application de l'adage *reus in excipiendo fut actor*, ce dernier devient circonstanciellement demandeur et l'autre, défendeur. Voy en ce sens : L. M. IBRIGA et W. J. DJIGUEMDE, *Introduction à l'étude du Droit*, Ouagadougou, Editions la Réussite, 2020. p. 246.

⁵ V. N. DOSSOU SAKPONOU, « Le respect du principe du contradictoire dans un procès », in F. J. AïVO et alii, *L'amphithéâtre et le Prétoire : Au service des droits de l'homme et de la démocratie, Mélanges en l'honneur du Président Robert DOSSOU*, Paris, L'Harmattan, 2020. p. 544.

⁶ « L'exigence d'une procédure (...) contradictoire impose que les parties au procès pénal disposent des mêmes droits » : Crim., 11 mai 2010, Bull. crim., n° 78.

contentieuses, en tant qu'elle permet aux juges d'accéder plus ou moins facilement à la vérité, et trancher équitablement⁷. Malgré leurs différences, droits de la défense et principe du contradictoire gardent des points de contact. Les droits de la défense n'ont de sens que s'ils sont pratiquement garantis. Et, justement, le principe du contradictoire en constitue une occasion, un cadre d'exercice. Partant, ils participent conjointement d'une bonne administration de la justice. Pour mieux dire, le respect des droits de la défense assure la crédibilité et la qualité du service public de la justice en le mettant à l'abri, autant que possible, des erreurs judiciaires sur fond de procédures expéditives et bâclées.

Contrairement à l'opinion qu'on pourrait se faire à partir des définitions sus - citées, la procédure pénale n'a pas le monopole des droits de la défense. « *Principe inhérent à toute légitimité processuelle, le principe des droits de la défense qui suppose une procédure juste et équitable, innerve tout le droit* »⁸. A titre illustratif, en Droit administratif, la jurisprudence les reconnaît indépendamment de toute règle écrite⁹ ; ce qui laisse penser leur appartenance au droit naturel. En Droit des sociétés commerciales, la jurisprudence exige que la grande liberté reconnue aux associés de révoquer le dirigeant social ne sacrifie pas les droits de la défense de ce dernier¹⁰. D'une manière générale, les droits de la défense trouvent application, à chaque fois qu'une sanction est encourue. Il en est ainsi, même et surtout, en droit pénal international, où la gravité des infractions expose les accusés à de sévères sanctions¹¹. Ceci dit, la présente réflexion se propose d'étudier les droits de la défense, précisément, dans la procédure pénale burkinabè.

D'un point de vue juridique, les droits de la défense dans la procédure pénale burkinabè sont consacrés et garantis par les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, qui engagent l'Etat burkinabè¹². De même, ils sont énoncés

⁷ Les droits de la défense constituent une « *composante essentielle* » du procès équitable. V. Cour Constitutionnelle du Bénin, Décision Dcc 20-641 du 19 Novembre 2020.

⁸ P. A. TOURE, « L'assistance : une mamelle des droits de la défense... », in F. J. AïVO et alii, *L'amphithéâtre et le Prétoire : Au service des droits de l'homme et de la démocratie Mélanges en l'honneur du Président Robert DOSSOU*, op cit. p. 1058.

⁹ En ce sens, v. CE. 26 octobre 1945, *Aramu et autres*, Rec. 213 ; 20 Juin 1947, p. 276. Au Burkina Faso : Cour Suprême Ch. Administrative, *Affaire Conombo Jean-Baptiste*, 28 juin 1974, Décision n° 7 in S. YONABA, *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabè : Droit administratif*, Coll. Précis de droit burkinabè, Ouagadougou, 2^e éd, 2013. p. 61. Au Sénégal CE (Sénégal) n° 1/1994 du 26 janvier 1994, *Coopérative des Boulangers du marché Zinc « Bokk Jom »*, in Demba SY (dir), *Répertoire de jurisprudence : droit administratif (Recueil des arrêts du Conseil d'État 1993-1994-1995)*, Dakar, CREDILA, p. 104-105.

¹⁰ V. M. GERMAIN, *Les sociétés commerciales*, tome, vol 2, Paris, 19^e éd, 2009. n° 1685. p. 489.

¹¹ V. S. A CASSESE, *Les grands arrêts de droit international pénal*, Paris, Dalloz, 2010, p. 83. Voir aussi article 67. 1. b Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale (CPI).

¹² Ce sont, notamment, la Déclaration Universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948 (article 11), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (article 14. 3) et la Charte Africaine des droits de l'homme et des Peuples (article 7. 1. C).

dans la Constitution du 11 juin 1991¹³ et dans le Code de Procédure Pénale (CPP)¹⁴. Et la jurisprudence, à son tour, affirme qu'il s'agit d'un principe général de droit¹⁵.

Historiquement, les droits de la défense puisent leurs sources dans le droit naturel. Cependant, dans leur formulation formelle, nous les devons au droit romain¹⁶. En doctrine, la notion de *droits de la défense* serait apparue, pour la première fois, en 1961 sous la plume de Motulsky¹⁷.

Au Burkina Faso, les droits de la défense dans la procédure pénale ont connu une certaine évolution. Plus particulièrement, pendant la période révolutionnaire¹⁸, ils furent rudement mis à l'épreuve¹⁹. Au cours des audiences des Tribunaux Populaires de la Révolution (TPR)²⁰, certains juges « *affirmaient purement et simplement la culpabilité et attendaient des aveux* »²¹ de la part des personnes poursuivies. Aussi, les textes de l'époque avaient manifestement opéré un ramollissement des droits de la défense²², dans la mesure où, les accusés étaient obligés de comparaître « *sans l'assistance d'un conseil* »²³. Toutefois, le régime révolutionnaire se consolidant, les droits de la défense connurent une bouffée d'air. C'est ainsi que, assouplissant sa

¹³ Article 4, alinéa 3, Constitution du 11 Juin 1991.

¹⁴ V. article 100-1, alinéa 2, Loi n° 040-2019/AN du 29 mai 2019 portant code de procédure pénale.

¹⁵ (Cass. Ass. plén., 30 juin 1995, JCP G, 1995.II.22478, concl. M. Jéol ; D. 1995, 513, concl. M. Jéol, note R. Drago)

¹⁶ V. S. Clément, *Les droits de la défense dans le procès pénal : Du principe du contradictoire à l'égalité des armes*, Thèse de Doctorat, Université Nantes, 2007. p. 13.

¹⁷ V. H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, 1961, t. 2, p. 175. Cité par Fr. NKEANDZIGUE, *Les droits de la défense au Gabon*, Paris, L'Harmattan, 2009. p. 11.

¹⁸ Il s'agit de la période allant du 4 août 1983, date de l'avènement de la révolution démocratique et populaire au Burkina Faso, jusqu'à l'adoption de la Constitution de juin 1991.

¹⁹ F. M. SAWADOGO, *op cit.*, p. 241.

²⁰ Les Tribunaux populaires de la révolution ont été créés par l'ordonnance n° 83-18/CNR/PRES du 19 octobre 1983. Pour de plus amples informations sur ces TPR, consulter K. SANDWIDI, « Les tribunaux populaires de la Révolution », RBD, spécial janvier 1988, p. 192 et ss.

²¹ F. M. SAWADOGO, *op cit.*, p. 241.

²² Selon l'idéologie politique suivie dans un pays, les droits de la défense seront plus ou moins étoffés et protégés. C'est surtout vrai dans le contexte burkinabè, où l'objectif affiché des dirigeants d'alors, était d'épurer la procédure pénale de tout formalisme excessif, propre aux justices « bourgeoises ». Comme l'affirme R. B. KABORE, « *La finalité des TPR était de réprimer les coupables pour leur faire rendre gorge afin que le peuple rentrât dans ses droits, d'éduquer et de conscientiser tout le monde dans le sens du respect de la chose publique* » (*Histoire politique du Burkina Faso 1920-2000*, Paris, L'Harmattan, 2000. p. 177). On comprend alors facilement pourquoi, à l'époque, les droits de la défense furent relégués au second plan.

²³ Article 8 de l'Ordonnance n° 84-002/CNR/PRES du 30 janvier 1984 portant création des tribunaux populaires de la révolution et déterminant la procédure applicable devant ces juridictions.

politique pénale, la révolution admit plus tard le recours aux avocats²⁴. Ceci n'empêcha pas le régime post - révolutionnaire d'adopter une ordonnance, visant à réviser des condamnations prononcées par les TPR, en violation notamment des droits de la défense²⁵. De nos jours, ceux-ci se portent mieux, du moins, légalement. Le code de procédure pénale et les instruments internationaux de protection des droits de l'homme leur assurent une protection, garantie par le juge. Du reste, il n'est pas excessif d'affirmer que les droits de la défense constituent un principe "totémique". Aucune législation ne les remet en cause. La tendance semble plutôt à leur élargissement.

Philosophiquement, les droits de la défense participent de l'équité²⁶ de la procédure pénale, et d'une manière générale, de la légitimité de la décision. En effet, le procès pénal - comme tout autre - est d'abord une occasion d'explications, de confrontations nécessaires à la manifestation de la vérité. A cet égard, il est de bon aloi que la personne poursuivie puisse effectivement y participer, en apportant sa part de vérité, et invoquer toutes les règles qui la protègent contre l'arbitraire. Autrement, le procès ne serait qu'une simple formalité, une parodie de justice, le sort de l'accusé étant déjà scellé. Les droits de la défense, en tant qu'ils permettent au mis en cause de faire valoir ses arguments, constituent la marque même de l'impartialité de la justice. Il en est ainsi même, en cas de flagrant délit²⁷ supposé, car il n'est pas improbable qu'en cours de procès, des faits justificatifs ou autres causes d'irresponsabilité pénale apparaissent, et bénéficient à l'accusé²⁸. Mais, pour ce faire, il est nécessaire qu'il puisse effectivement se défendre.

²⁴ Zatu 86-020/CNR/PRES du 24 mars 1986 portant organisation des quizièmes assises du Tribunal populaire de la révolution de Ouagadougou (article 2).

²⁵ Il s'agit de l'ordonnance n° 91-70.FP. Pres du 28 novembre 1991 portant dispositions spéciales relatives aux procédures de révision des condamnations prononcées par les tribunaux populaires de la révolution et des tribunaux d'exception.

²⁶ CEDH, 30 octobre 1991, *Borgers c/ Belgique*, série A, n° 214-A ; Olivier Cahn, *Procès équitable « La Chambre criminelle tend à nouveau les verges à la Cour européenne des droits de l'homme »*, *AJ Pénal* 2014. p. 577.

²⁷ Selon l'article 251-1 du CPP, il y a crime ou délit flagrant dans trois hypothèses : le crime ou délit flagrant à proprement parler, le crime ou délit réputé flagrant, et le crime ou délit assimilé au crime ou délit flagrant.

Le crime ou délit flagrant à proprement parler est le crime ou le délit qui se commet actuellement ou qui vient de se commettre. Il faut une simultanéité ou une quasi-simultanéité entre la commission de l'infraction et sa constatation.

Le crime ou délit est réputé flagrant lorsque, dans un temps voisin de l'action, l'individu soupçonné est poursuivi par la clameur publique ("au voleur" "à l'assassin") ou est trouvé porteur d'objets ou présente des traces ou indices laissant penser qu'il a participé à l'infraction.

Le crime ou délit que le législateur assimile au crime ou délit flagrant est celui qui, non flagrant par sa nature, a été commis à l'intérieur d'une maison dont le chef, c'est-à-dire le légitime occupant, requiert le procureur du Faso ou un OPJ de le constater.

²⁸ V. X. PIN, *Droit Pénal Général*, Paris, Dalloz, 2019. 10^e éd. p. 235.

Dans l'analyse des droits de la défense dans la procédure pénale burkinabè, il est possible d'en apprécier les fondements, en vérifier la conformité aux instruments internationaux ou encore, d'établir une comparaison avec d'autres systèmes juridiques nationaux. Cependant, dans le cadre de la présente étude, que nous souhaitons large et prospective, il sera question d'interroger le contenu, la pertinence, l'efficacité et l'effectivité des droits de la défense, tels que consacrés et appliqués par les autorités compétentes en procédure pénale burkinabè.

De quoi se composent les droits de la défense ? A quel moment peut-on s'en prévaloir ? Comment sont-ils mis en œuvre dans la procédure pénale burkinabè ? La législation et la pratique en la matière, sont-elles en adéquation avec les exigences des droits de l'homme ? Comment garantir au besoin le respect effectif des droits de la défense ?

Réfléchir sur les droits de la défense comporte un intérêt à la fois théorique et pratique. D'un point de vue théorique, le sujet offre l'occasion de renseigner sur la législation, mal connue, en la matière, et contribuer à la culture juridique du lecteur. La littérature juridique sur les droits de défense abonde²⁹, certes. Mais, elle n'épuise pas le sujet. Partant, une étude comme celle que nous proposons, permettra de lever un coin de voile sur quelques aspects des droits de la défense, dans ses origines, sa nature juridique, ses liens avec d'autres droits et sa portée concrète, en procédure pénale burkinabè. D'un point de vue pratique, la réflexion pourrait inspirer au législateur et aux praticiens, une attention plus soutenue à l'égard des droits de la défense, dans l'intérêt des justiciables et de l'image du service public de la justice. En tout état cause, le sujet intéresse potentiellement tout un chacun, dans la mesure où nous sommes tous sujets de droit pénal.

L'intérêt de la réflexion se renforce de la permanence du sujet. Les droits de la défense sont plus que d'actualité. Ils font partie du quotidien, surtout dans le contexte actuel du terrorisme. Des procédures pénales sont déclenchées chaque jour, impliquant toute sortes de personnes, à qui la loi offre la possibilité et parfois les moyens de se défendre. Par ailleurs, et singulièrement dans nos États africains, nombre de décisions judiciaires sont attaquées, parfois infirmées pour violation des droits de la défense. Par moments, lesdites violations commencent au stade même de l'interpellation, et ne sont sanctionnées que par le juge international des droits de l'homme. A ce titre justement, l'actualité judiciaire de la Cour Justice de la Communauté Economique des Etats de

²⁹ Par exemple : J. BELLON « Conception et organisation de la défense selon le droit pénal soviétique », *Cahiers du monde russe et soviétique*, vol. 1, n° 2, Janvier-mars 1960. pp. 319-331 ; M. HERZOG-EVANS, « Les droits de la défense et la prison », *RTDH*, n° 45, janvier 2001. p. 15. ; S. MAIL-FOUILLEUL, « Les droits de la défense et le juge de l'application des peines », *Dr. pénal*, Février 2001. p. 4 ; J. DANET, *Défendre. Pour une défense pénale critique*, Coll. Regards sur la justice, Paris, Dalloz, 2^e éd, 2004 ; D. COMMARET, « Les exigences du procès équitable dans le domaine des droits de la défense », *RSC* 2005. p. 868 ; J. DANET, *Les droits de la défense*, Paris, Dalloz, 1^{er} éd. 2020.

l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)³⁰ et celle de la Cour Africaine des droits de l'homme et des peuples CADHP)³¹, nous renseignent que leurs décisions constatent et sanctionnent fréquemment des atteintes aux droits de la défense, particulièrement en matière pénale.

C'est pourquoi il est nécessaire de revenir sur le sujet afin de mettre en évidence son importance, sa substance et ses implications pratiques.

Notre objectif est de mettre en évidence l'omniprésence des droits de la défense au cours de la procédure pénale burkinabè. Celle-ci est essentiellement répartie en deux phases. En amont, se trouve la phase dite préalable ou préparatoire du procès pénal, composée de l'enquête de police, qui permet d'apprécier l'opportunité des poursuites, et de l'instruction préparatoire, dont l'objectif est d'élucider davantage l'affaire en la mettant en état d'être jugée, une fois les poursuites engagées. La seconde phase est celle du jugement³² ou phase décisive du procès pénal, au cours de laquelle le mis en cause sera enfin situé sur sa culpabilité ou non. En tout état de cause, l'appréciation des garanties des droits de la défense ne peut se faire que par rapport à ces différentes étapes du procès pénal, depuis les premières constatations de l'infraction jusqu'au jugement. En d'autres termes, pour rendre compte des droits de la défense, le plus exhaustivement possible, il convient de les évoquer durant toute la procédure. L'atteinte d'un tel objectif nous conduit à examiner les droits de la défense avant et au cours du procès. Subséquemment, nous sommes conduits à étudier successivement les droits de la défense dans la phase préparatoire (I) et dans la phase décisive (II) du procès pénal.

I- LES DROITS DE LA DEFENSE DANS LA PHASE PREPARATOIRE DU PROCES PENAL

La phase préparatoire du procès pénal vise la mise en état de l'affaire. Une affaire est mise en état lorsqu'elle est prête à venir à l'audience pour être plaidée. Il s'agit d'une sorte d'avant procès en vue d'établir l'existence d'une infraction et de déterminer la consistance des charges relevées à l'encontre des personnes poursuivies.

La question des droits de la défense s'y pose, dans la mesure où la mise en œuvre de ceux-ci permet d'établir ou de s'assurer qu'une personne simplement soupçonnée ou suspectée a réellement ou non bénéficié des garanties d'une procédure loyale, équitable et respectueuse de ses droits. Sous cet angle, force est de constater que les droits de la défense sont quasi-sacrifiés dans la phase d'enquête de police (A).

³⁰ CJCEDEAO, arrêt n° ECW/CCJ/JUD/17/18 du 29 juin 2018, Affaire Messieurs Khalifa Ababacar SALL et autres c. l'État du Sénégal, paragraphe IV.53.

³¹ Cour ADHP, arrêt, *Affaire IngabireUmohoza c. Rwanda (fond)*, requête n° 003/2014, 24 novembre 2017 § 97 ; Cour ADHP, arrêt *Affaire Sébastien Germain Ajavon c. République du Bénin*, requête n° 013/2017, 29 mars 2019. § 154 et s.

³² Y compris les voies de recours. B. BOULOC, *Procédure Pénale*, Paris, Dalloz, 2020, 27^e éd. n° 2. p. 2.

S'agissant de la phase d'instruction, il conviendrait de relever leur relative protection (B).

A- Les droits de la défense, quasi-sacrifiés dans la phase d'enquête de police

Pour réaliser les opérations d'enquête, le législateur a prévu des règles sous le respect desquelles devraient agir les agents enquêteurs³³. Cependant, malgré cette légalité imposée (1), on constate toujours la persistance de l'insuffisance des garanties relatives aux droits de la défense de la personne mise en cause (2).

1- La légalité imposée aux agents enquêteurs

La phase d'enquête n'appartient pas à proprement parler au procès pénal. Toutefois, elle y est déterminante. Il s'agit d'une phase extrajudiciaire entièrement dirigée par le ministère public³⁴ et exécutée par les autorités policières : d'où le nom de stade policier³⁵. Les autorités ayant qualité pour agir à ce stade sont clairement définies par le législateur. En effet, la compétence est attribuée à la police judiciaire composée, aux termes de l'article 241-4 du Code de Procédure Pénale (CPP), d'officiers de police judiciaire (OPJ)³⁶, d'agents de police judiciaire (APJ)³⁷ et de fonctionnaires auxquels

³³ Les agents enquêteurs sont scrupuleusement tenus au respect des droits de l'homme. Ils doivent en tout état de cause s'y référer et agir conséquemment. C'est pour traduire cette idée que le Conseil d'Etat français a qualifié les droits de l'homme de « principes déontologiques relatifs au respect de la personne humaine ». V. CE Ass. 2 juillet 1993, Millaud, Leb., p. 194, concl. David Kessler ; RFDA 1993, p. 1002, concl. David Kessler ; AJDA 1993, p. 530, chron. Chr. MAUGUE et L. TOUVET.

³⁴ Dans la procédure criminelle, en effet, « un pouvoir très étendu est attribué au parquet qui, [reste] sous le contrôle de l'exécutif. Dans le même temps, son indépendance n'est pas renforcée et les droits de la défense ne sont pas élevés au niveau de ses pouvoirs. Sont alors notamment en cause les principes de la séparation des pouvoirs, l'égalité des armes, les libertés individuelles et les garanties constitutionnelles qui y sont substantiellement attachées ». V. Le nouveau procès pénal après la loi Perben II, Dalloz 2004, p. 183.

³⁵ La phase d'enquête de police doit être distinguée selon qu'il s'agit de l'enquête préliminaire (ou ordinaire) et l'enquête de flagrance. Les pouvoirs de la police judiciaire sont plus accrus pendant la phase d'enquête de flagrance. D'une manière générale, pendant cette phase de flagrance, l'accent est mis sur la célérité et l'efficacité de la procédure au détriment de la protection de la liberté individuelle.

³⁶ L'article 241-5 du CPP donne la liste des autorités ayant qualité d'OPJ. Ce sont : les procureurs du Faso et leurs substituts, le directeur général de la police nationale et son adjoint, les officiers de gendarmerie, les commissaires de police et officiers de police de la direction générale de la police nationale, les sous-officiers de gendarmerie exerçant les fonctions de commandant de brigade, les sous-officiers de gendarmerie nommés OPJ, les officiers de police nommés OPJ, les chefs de circonscription administrative, les maires et leurs adjoints.

³⁷ L'article 241-9 du CPP confère la qualité d'APJ aux fonctionnaires des services actifs de la police, aux sous-officiers de gendarmerie qui n'ont pas la qualité d'OPJ, et aux gendarmes assermentés.

sont attribuées par la loi, certaines fonctions de police judiciaire³⁸. S'agissant de leurs compétences matérielles, ils sont chargés de la constatation des infractions, du rassemblement des preuves et de la recherche des auteurs, en dehors de toute instance instructive. Territorialement, hors les cas où ils officient sur commission rogatoire expresse³⁹, leurs compétences s'exercent dans les limites territoriales où ils pratiquent habituellement⁴⁰. Toutefois, en matière d'actes de grand banditisme, ils peuvent opérer au-delà du territoire de leur compétence⁴¹. Par ailleurs, pour le cas spécifique des infractions relatives à la corruption, les investigations relèvent de la compétence des contrôleurs de l'Autorité supérieure de contrôle d'Etat dont les rapports tiennent lieu de procès-verbaux d'enquête préliminaire⁴². Du fait que l'investigation se déroule le plus souvent loin du juge⁴³, échappant de ce fait à son contrôle, s'en suivent généralement des violations graves et répétées des droits de la défense. D'où l'intérêt de toujours s'assurer, fût-ce *a posteriori*, que cette phase offre une garantie minimum de légalité.

Les garanties des droits de la défense varient suivant les différentes opérations de l'enquête. En effet, les enquêteurs ont le droit d'accomplir un certain nombre d'actes dont les constatations matérielles des infractions, les visites domiciliaires, les perquisitions et saisies des pièces à conviction, les auditions, les arrestations, interrogatoires et la garde à vue⁴⁴. En revanche, ils sont soumis à des obligations tendant à garantir les droits fondamentaux de la personne mise en cause. A ce titre, les perquisitions et saisies ne sont admises qu'à condition de n'intervenir qu'entre 6h et 21h⁴⁵. Elles sont alors faites, avec l'assentiment de la personne poursuivie, au domicile

Sont cependant exclus les agents de cette catégorie exerçant les fonctions de direction et de contrôle. Les agents de police judiciaire ont pour mission de seconder les OPJ dans l'exercice de leurs fonctions et de rendre compte à leurs supérieurs hiérarchiques.

³⁸ Ce sont les fonctionnaires des Eaux et forêts, les fonctionnaires et agents des administrations et services publics (agents des administrations fiscales, inspecteurs du travail, agents des services de douanes, les contrôleurs divers (ex : train, bus, etc.), etc., les gardes assermentés.

³⁹ Notons que la commission rogatoire ne peut être donnée par le juge d'instruction qu'à un OPJ ou à un autre juge d'instruction, à l'exception des APJ. La commission rogatoire, tel qu'entendu au sens des articles 261-3 et 261-97 du Code de procédure pénale, peut être défini comme l'acte (tant l'*instrumentum* que le *negotium*) par lequel, le juge d'instruction donne pouvoir aux agents ainsi nommés, pour l'accomplissement en ses lieu et place de tous actes utiles à l'information, pour lesquels, il se trouve dans l'impossibilité (pratique ou technique) d'y procéder lui-même.

⁴⁰ V. article 241-7 du CPP.

⁴¹ Sous réserve d'en aviser le Procureur du Faso territorialement compétent (v. article 8 de la loi n° 017-2009/AN portant répression du grand banditisme).

⁴² V. article 88 de la loi n° 004-2015/CNT du 03 mars 2015 portant prévention et répression de la corruption au Burkina Faso.

⁴³ M. DABIRE, Les droits reconnus à la défense en matière pénale devant les juridictions burkinabè, Mémoire de Maitrise, 1987, p. 27.

⁴⁴ Sur la situation des droits de la défense pendant la garde à vue au Burkina Faso, consulter M.B.S. KABORE, Les droits de la défense dans la procédure pénale burkinabè : cas de la garde à vue, Mémoire, Master Droit pénal et sciences criminelles, 2019, IUFIC, UTS.

⁴⁵ Article 251-7 du Code de Procédure pénale ;

de laquelle ces opérations ont lieu dans le cadre de l'enquête préliminaire⁴⁶. Celles-ci doivent se faire en sa présence, à défaut, en présence d'un fondé de pouvoir qu'elle aura désigné ou en présence de deux témoins⁴⁷. Toutefois, en cas d'infractions relatives à la vente d'enfant, à la prostitution des enfants ou à la pornographie mettant en scène des enfants, les visites, perquisitions et saisies peuvent être effectuées à toute heure, de jour et de nuit, à l'intérieur des locaux supposés abriter des victimes ou servant de lieux de préparation de l'infraction⁴⁸. Il en est de même en matière de consommation, de détention ou de cession de stupéfiant⁴⁹, de même que pour les infractions relatives au grand banditisme⁵⁰. Aussi, les objets saisis devront être présentés pour reconnaissance⁵¹. Mieux, aux termes de l'article 251-4 al. 4 du CPP, l'officier de police judiciaire qui, dans l'enquête de flagrance, saisit les documents, papiers ou autres objets en possession de la personne soupçonnée, a « l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect [...] des droits de la défense »⁵². Mais, dans certains cas de troubles manifestes à l'ordre public, il peut être pris, à l'insu du mis en cause, des mesures de violation flagrante de ses droits, comme le placement sous surveillance ou sous écoute des lignes téléphoniques, la mise sous surveillance des comptes bancaires, les enregistrements vidéo⁵³, la livraison surveillée⁵⁴, la surveillance électronique, ainsi que les infiltrations⁵⁵. Ces formalités à respecter en tout état de cause dans la procédure d'enquête, substantiellement commandées par l'exigence de la loyauté des preuves⁵⁶ en matière

⁴⁶ Xavier PIN, *Le consentement en matière pénale*, thèse publiée à LGDJ, 2002, n° 491.

⁴⁷ L'article 252-2 al. 1 et 2 dispose : « Les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès écrit ou oral de la personne chez laquelle l'opération a lieu ; elles sont faites en présence du prévenu, et, s'il ne veut ou ne peut y assister, en présence d'un fondé de pouvoir qu'il pourra nommer ou de deux témoins ».

⁴⁸ Article 22 de la loi 011-2014/AN, portant répression de la vente d'enfant, de la prostitution des enfants et de la pornographie mettant en scène des enfants.

⁴⁹ Aux termes des articles 80 et 81 de la loi 17-99/AN portant code des drogues, les visites domiciliaires suivies de perquisitions et de saisies sont possibles de jour comme de nuit, en quelques lieux que ce soit.

⁵⁰ Article 6 in fine de la loi 017-2009/AN portant répression du grand banditisme.

⁵¹ Articles 251-2 in fine et 252-2 du Code de procédure pénale ;

⁵² « La sincérité des constatations faites et l'identification des pièces saisies lors des visites doivent être garanties notamment par la présence de l'intéressé, d'un représentant ou d'un témoin (...) si le principe du contradictoire n'est pas obligatoire pour de telles investigations, il doit cependant recevoir application dès lors que l'administration fiscale ou le ministère public entendrait se prévaloir du résultat de ces investigations ». v. décision n° 84, 184 DC du 29 décembre 1984, in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Dalloz, 2004, p. 194.

⁵³ V. articles 84 et 85 de la loi 17-99/AN portant code des drogues.

⁵⁴ Nul doute, le législateur a entendu faire allusion et donner force légale à la pratique consistant pour les enquêteurs à se faire passer pour des fournisseurs afin d'identifier les consommateurs et les trafiquants de stupéfiants.

⁵⁵ Voir les articles 515-1 à 515-14 du CPP.

⁵⁶ Le principe de loyauté est un principe directeur de l'administration des preuves. Il consiste en la loyauté non seulement des preuves elles-mêmes, mais en sus, de leurs modes d'administration. Ceci implique notamment qu'aucune décision ne sera prise sur le fondement

pénale, permettent à la personne suspectée de contester, en cas de besoin, l'origine des pièces versées à l'audience ou devant le juge d'instruction.

Ensuite, ne peut être arrêtée et gardée à vue, dans le cadre de l'enquête préliminaire⁵⁷, que la personne contre laquelle il existe des indices de culpabilité⁵⁸. Toutefois, l'enfant de moins de dix ans ne pourra être retenu ou gardé à vue⁵⁹. Et même au-delà de 10 ans, il ne pourra faire l'objet d'une mesure de garde à vue que si, outre les indices graves et concordants de commission ou de tentative de commission de l'infraction, il encourt une peine d'au moins un an d'emprisonnement⁶⁰. De plus, la durée légale de la garde-à-vue qui est de 72 heures, prolongation comprise, est à son égard assouplie suivant l'âge qu'il a⁶¹ et ne doit pas se prolonger au-delà du temps strictement nécessaire à son audition. Plus généralement, la personne gardée à vue a le droit d'être informée de son droit de recouvrer sa liberté au terme d'une certaine durée, prolongation comprise, les motifs de la garde à vue, le droit à la santé physique et mentale, et le respect de la dignité de sa personne. Pour le cas de l'enfant gardé à vue, cette information doit être portée à ses parents, tuteur, à la personne ou la structure qui assure sa garde. Aussi, depuis le 25 septembre 2014⁶², s'impose également l'obligation d'informer le gardé à vue de son droit à l'assistance d'un avocat conseil et de son droit de garder le silence⁶³. En effet, aux termes de l'article 5 alinéa 1 du règlement n° 05-CM/UEMOA

de preuves non contradictoirement discutés illégalement obtenu, voire extorqué. Pour plus de développements, v. infra II, B. 1. *Les droits de la défense garantis par le jeu des débats*.

⁵⁷ Dans le cadre de l'enquête de flagrance, la liste des personnes susceptibles d'être gardées à vue est allongée. En plus de la personne contre laquelle il existe des indices de culpabilité, toute personne présente sur les lieux et à qui il est fait défense de s'éloigner, toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits et toute personne dont l'identité doit être vérifiée peuvent être gardées à vue. C'est dire que dans ces circonstances, un simple témoin peut être gardé à vue (V. les art. 251-9 et 251-10 du CPP).

⁵⁸ V. art. 252-4 du CPP.

⁵⁹ V. article 516-16 al. 1 du CPP.

⁶⁰ V. article 516-16 al. 2 du CPP.

⁶¹ Ainsi, pour le mineur de dix à treize ans, il peut, pour les nécessités de l'enquête, être retenu à la disposition d'un officier de police judiciaire avec l'accord préalable et sous le contrôle d'un magistrat du ministère public, pour une durée que ce magistrat détermine et qui ne saurait excéder quarante-huit heures. Quant à l'enfant de treize ans à seize ans, il peut, pour les nécessités de l'enquête, être gardé à vue pour une durée de quarante-huit heures avec une possibilité de prolongation qui ne peut intervenir sans la présentation préalable de l'intéressé au procureur du Faso ou au juge des enfants. Pour ce qui est enfin de l'enfant de seize ans à dix-huit ans, il peut, toujours pour les nécessités de l'enquête, être gardé à vue pour une durée initiale de quarante-huit heures maximum, avec une possibilité de prolongation pour une durée maximum de quarante-huit heures, mais seulement au cas où il existe des indices graves et concordants de nature à motiver une prévention ou une inculpation (v. articles 516-16, 516-17 et 516-18 du CPP).

⁶² Il s'agit de la date d'adoption du règlement n° 05-CM/UEMOA relatif à l'harmonisation des règles régissant la profession d'avocat dans l'espace UEMOA, entré en vigueur le 1er janvier 2015. Ainsi, désormais, les avocats peuvent, dès ce stade, veiller au respect des droits humains par la police judiciaire à qui des pouvoirs assez importants sont reconnus.

⁶³ « La profession d'avocat est attachée à l'Etat de droit, à la défense des libertés fondamentales ainsi qu'aux principes républicains de liberté, de maintien de l'ordre public en tant qu'éléments essentiels d'une société affirmant et garantissant la liberté et la sûreté de chaque citoyen ». cf.

relatif à l'harmonisation des règles régissant la profession d'avocat dans l'espace UEMOA, « *les avocats assistent leurs clients dès leur interpellation, durant l'enquête préliminaire, dans les locaux de la police, de la gendarmerie, ou devant le parquet* ».

Pour le mineur, l'assistance est péremptoire, de sorte que l'information est faite sans délai. Et il lui est commis un avocat d'office, s'il lui en fait défaut. Sont donc formellement interdites, toutes formes de tortures, d'actes dégradants ou inhumains. Enfin, au cours des auditions pendant l'enquête de flagrance, des dispositions sont prises pour permettre à la personne entendue de comprendre la portée de ses déclarations. En fait, les déclarations font l'objet de procès-verbal dressé par l'OPJ. La personne entendue procède à sa lecture⁶⁴ ; elle peut faire consigner ses observations et y apposer sa signature.

En somme, si l'on s'en tient à l'enquête préliminaire, son caractère consensuel et informel constitue le domaine privilégié de l'application du principe du contradictoire, à l'échange d'information et au dialogue⁶⁵. Ceci résulte de ce que l'enquête préliminaire obéit à un principe : la non coercition ou l'absence de contrainte⁶⁶. La personne en cause devra consentir aux opérations coercitives à son encontre⁶⁷. Vues sous cet angle, les formalités ainsi exigées devraient permettre de garantir le respect des droits de la personne suspectée d'avoir commis une infraction. Mais, tel n'est pas le constat fait dans la pratique, dont il s'avère plutôt l'insuffisance des garanties des droits de la défense.

2- L'insuffisance des garanties relatives aux droits de la défense

Les formalités imposées aux enquêteurs ne permettent pas une protection satisfaisante des droits de la défense. Ceux-ci sont, au contraire, mis en mal dans bien de cas. D'abord, de par l'enquête de police naît un système assez complexe et incertain qui ne permet pas de garantir un exercice clair et précis des droits de la défense. A titre illustratif, il n'est pas toujours simple de déterminer le statut attribué à une personne pendant l'enquête de police. En fait, comme l'a très bien relevé S. Clément, « *une interpellation en flagrant délit s'associe généralement et directement à un placement*

Observations du Conseil National des Barreaux sur la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité déferée au Conseil Constitutionnel le 11 février 2004, in *Le Nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Dalloz 2004, p. 182.

⁶⁴ Lorsque la personne déclare ne pas savoir lire, lecture lui est faite par l'OPJ avant sa signature et en cas de refus de signer, mention en est faite sur le procès-verbal (art. 251-5 al. 3 du CPP).

⁶⁵ S. CLEMENT, *op. cit.*, p. 157.

⁶⁶ La non coercition ou le respect du contradictoire résulte de la nature de l'enquête préliminaire dans la mesure où l'enquêteur est obligé d'informer la personne qui subit l'opération et aucun acte de coercition ne peut être fait à son encontre, sauf s'il l'accepte expressément ou tacitement.

⁶⁷ Selon la Cour de cassation française, l'assentiment de la personne visée par l'enquête doit être « libre et volontaire » (V. Cass. Crim. 12 mai 1923, DP 1923, I, chr. 174 ; Cass. Crim. 24 juin 1987, bull. crim., n° 186).

en garde à vue. A l'inverse, à partir d'une plainte, un même individu peut successivement passer de simple justiciable à témoin, puis devenir suspect et gardé à vue avant de recouvrer sa qualité d'homme libre »⁶⁸. De la sorte, tout peut aller vite, sans que la personne concernée ait parfois assez de temps pour préparer sa défense.

Ensuite, dans la pratique des arrestations et des perquisitions, il y a toujours à craindre et à redouter les violences et la brutalité policières. En effet, celles-ci s'apparentent, le plus souvent, à de véritables opérations coup-de-poing, draconiennes et assez spectaculaires, qui ne ménagent aucunement la susceptibilité du suspect et conduit généralement à un discrédit que même une remise en liberté ultérieure ne suffit pas à compenser.

En outre, si la non-coercition caractérise par principe l'enquête préliminaire, l'inverse prévaut en matière d'enquête de flagrance ; la coercition se substitue au consentement⁶⁹. En effet, les pouvoirs reconnus aux enquêteurs dans cette circonstance sont assez étendus par rapport à ceux dont ils bénéficient en matière d'enquête préliminaire. A titre d'exemple, si l'OPJ est tenu d'informer la personne qui subit les mesures qu'il entend prendre, il n'a nullement besoin de son autorisation pour mener des investigations. Mieux, il convient de retenir que si le contradictoire apparaît comme une condition pour appliquer les mesures d'investigations dans l'enquête préliminaire, c'est dans son sens informatif. L'individu n'a pas la possibilité de discuter ou d'opposer des thèses à ce stade. Aussi, il est déplorable de constater qu'aucune obligation n'est faite aux agents d'informer l'intéressé de l'objet ou des raisons précises de son interpellation, ni de la qualité (suspect ou témoin) en laquelle on l'interroge. Sauf pour la personne interrogée de se retrancher prudemment derrière son droit au silence⁷⁰, celle-ci se trouve livrée à elle-même et sacrifiée aux vicissitudes déontologiques de l'agent interrogateur dont la seule conscience professionnelle constitue la garantie de sauvegarde de ses droits. L'objectif majeur excipé est l'intérêt de la société dont on dit qu'il exige une répression⁷¹ rapide et certaine des infractions et, par suite, il est assigné à la procédure pénale la fin d'assurer, sinon toujours la rapidité, du moins la certitude de la répression. C'est généralement aux dépens des droits de la défense⁷².

⁶⁸ Cf. S. CLEMENT, *Les droits de la défense dans le procès pénal : du principe du contradictoire à l'égalité des armes*, Thèse, Nantes, 2007, p. 153.

⁶⁹ V. M. DABIRE, *Les droits reconnus à la défense en matière pénale devant les juridictions burkinabè*, Mémoire de Maîtrise, 1987, p. 27. Selon cet auteur « cette phase d'instigation qui se déroule le plus souvent loin du juge se traduit parfois par de graves atteintes à la liberté et aux droits de la personne humaine ».

⁷⁰ En droit comparé, la Cour européenne a considéré que le droit de se taire pendant un interrogatoire et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination « sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable ». V. CEDH 08 février 1996, John Murray C/ Royaume-Uni, RUDH 1996.

⁷¹ En ce sens, v. G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *La Procédure pénale*, Précis Dalloz, 11^e édition, 1980, p. 2.

⁷² F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, p. 230.

Enfin, l'égalité des armes dans la phase d'enquête fait quasiment défaut⁷³. Les éléments du contradictoire énumérés restent marqués d'un déséquilibre au profit de l'accusation. En réalité, quand bien même la personne mise en cause aurait la possibilité de s'y opposer, il est rare qu'elle ne défère pas aux réquisitions des enquêteurs. Partant de l'idée que l'OPJ est une autorité publique agissant pour le compte de la société, il y a une sorte d'obligation psychologique à respecter ses sollicitations. Il s'agit d'une inégalité morale entre la personne mise en cause et l'enquêteur. Ce dernier, plus soucieux de l'efficacité de son intervention que de la protection des libertés individuelles, est davantage porté à des violations répétées des droits de la défense⁷⁴. L'occasion de violer ces droits est aussi offerte par les termes de l'article 9 de la loi portant répression du grand banditisme. Selon cette disposition, l'OPJ ou l'APJ a la possibilité de faire usage de son arme à feu pour neutraliser le délinquant en cas d'« *absolue nécessité* »⁷⁵. L'absolue nécessité n'ayant pas de contenu précis, il ne serait pas surprenant qu'un agent use de son arme parce qu'il craint de ne pas pouvoir appréhender un simple suspect, en violation de la procédure imposée⁷⁶. L'on comprend alors l'insistance du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Droits de l'Homme (HCDH) à préciser que « *les moyens non violents doivent être tentés avant tout recours à la force* », celle-ci ne devant être utilisée qu'en cas de « *stricte ou d'extrême nécessité* »⁷⁷. En tout état de cause, la force utilisée doit être proportionnelle aux objectifs légitimement visés et être utilisée avec retenue pour réduire au maximum les blessures et les dommages.

⁷³ « Un pouvoir très étendu est attribué au parquet qui est sous le contrôle de l'exécutif. Dans le même temps son indépendance n'est pas renforcée et les droits de la défense ne sont pas élevés au niveau de ses pouvoirs. Sont alors notamment en cause les principes de la séparation des pouvoirs, l'égalité des armes, les libertés individuelles et les garanties constitutionnelles qui y sont substantiellement attachées ». Observation du Conseil Nation.

⁷⁴ V. BARREAU de Liège, *Les droits de la défense en matière pénale*, Actes de colloque de 30, 31 mai, 1^{er} juin 1985, éditions du jeune barreau de liège, p. 60.

⁷⁵ L'article 9 de la loi 17-2009/AN portant répression du grand banditisme énonce que : « en cas d'absolue nécessité les officiers et les agents de police judiciaire peuvent faire usage de leurs armes pour se défendre ou pour neutraliser un délinquant ».

⁷⁶ En principe, l'agent de la force publique doit se faire clairement connaître en tant que telle, avertir préalablement et sans équivoque de son intention de faire usage de son arme à feu et laisser écouler un délai suffisant pour que son avertissement puisse être suivi d'effet sauf en cas de danger de mort, de blessures grave pour un tiers ou pour l'agent ou en cas d'inutilité ou d'inopportunité manifeste d'attente. Tout compte fait, les blessés ont le droit aux soins médicaux nécessaires. Enfin, le recours à la force et l'usage d'arme à feu doivent faire l'objet de procédure de rapport et d'enquête par les supérieurs hiérarchiques. L'arrestation suppose des indices sérieux de culpabilité et la personne arrêtée devrait être à même d'être mise au courant des chefs d'accusation dont il fait l'objet dès l'arrestation.

⁷⁷ Haut-commissariat des Nations-Unies aux Droits de l'Homme, *Les Normes relatives aux droits de l'homme et leur application pratique*, in Répertoire de poche à l'intention de la police, New York et Genève, 2003, p. 13-14.

En somme, dans la pratique, les droits de la défense ne semblent pas être suffisamment garantis dans la phase d'enquête au Burkina Faso, au regard des droits premiers de la défense à savoir le droit de prendre connaissance du dossier de la procédure⁷⁸, le droit de contester la légalité des poursuites et le droit de solliciter des actes d'investigations et des expertises techniques. Certes, la personne soupçonnée aura l'occasion d'exercer ses droits au cours de l'audience⁷⁹, mais un tel argument « *procède d'une vision excessivement abstraite du déroulement de la procédure, laquelle aurait pu être modelée par le parquet et les enquêteurs de telle sorte que la juridiction de jugement ne trouvera plus utile d'ordonner de nouvelles investigations* »⁸⁰. Dans un tel contexte, le mis en cause ne peut qu'espérer l'annulation de la procédure par le tribunal, pour violation des droits de la défense, alors que ceux-ci ne devraient pas seulement s'appliquer parce qu'un juge répressif a été saisi⁸¹.

Au regard de ces insuffisances relatives à la garantie des droits de la défense dans cette phase du procès pénal, des solutions sont envisageables. *Primo*, pour éviter un recours excessif à la procédure d'enquête de police, il sied de préciser les délits pour lesquels le parquet ne saisira pas le juge d'instruction. La gravité de la peine encourue pourrait être un critère de distinction. Pour cela, il suffirait d'une circulaire du Ministre de la justice, Garde des sceaux dans la mesure où les dispositions ne sont pas assez précises. *Secundo*, contrairement à l'enquête de flagrance qui est limitée dans le temps⁸², il n'y a pas de limite temporaire à l'enquête préliminaire. Il ne serait donc pas incongru d'envisager cette limite, ce qui pourrait constituer un garde-fou au pouvoir discrétionnaire du parquet, qui ne sera plus toujours libre de conserver la maîtrise totale de la procédure⁸³ en lieu et place de l'instruction, plus protectrice des droits de la défense.

⁷⁸ Cf. Cass. Crim. 19 septembre 2012, JCP G. 2012, n° 1242, note, F. FOUREMENT : La Cour de cassation française refuse qu'une personne gardée à vue ait accès à la totalité du dossier à ce stade.

⁷⁹ Selon la Cour de cassation française ; v. Cass. Crim. 6 mars 2013, n° 12-90-078 : la Cour de cassation française, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité à propos des dispositions qui donnent au procureur de la république un pouvoir discrétionnaire quant à la nécessité ou non de saisir le juge d'instruction en cas de délit, a estimé que de telles dispositions ne faisaient pas obstacles à un procès juste et équitable au profit de la personne mise en cause, « celle-ci, quant aux droits de la défense, ayant, devant la juridiction [de jugement], des garanties équivalentes à celles dont elle aurait bénéficié si l'affaire avait fait l'objet d'une information ; d'où il suit qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel ».

⁸⁰ Cf. J.-I. MARECHAL, Les droits de la défense au cours de l'enquête préliminaire : rien à dire, Semaine juridique, édition générale, n° 17-22 avril 2013, p. 820.

⁸¹ Cf. CEDH, 27 novembre 2008, n° 36391/O2, Salduz c/ Turquie, citée par J.-Ives MARECHAL, *ibidem*.

⁸² En général, l'enquête de flagrance ne devrait pas excéder seize jours (V. J.-Ives MARECHAL, *op. cit.* p. 820).

⁸³ Lorsque le parquet sera conscient qu'il ne pourra pas accomplir tous les actes d'enquête avant l'expiration du délai imposé, il sera contraint de décider de l'ouverture d'une information.

B- Les droits de la défense relativement protégés dans la phase d'instruction

L'instruction préparatoire⁸⁴ est la phase du procès au cours de laquelle la juridiction d'instruction recueille les preuves de l'infraction et décide s'il y a lieu de renvoyer la personne mise en examen en jugement⁸⁵. A ce stade, l'on peut reconnaître que les droits de la défense sont aménagés (1), même si leur portée reste réduite (2).

1- Les droits de la défense aménagés pendant la phase d'instruction

Pendant la phase instructive, les droits de la défense ne sont pas ignorés. Plusieurs dispositions du CPP permettent de garantir à la personne mise en cause, le respect aussi bien du principe du contradictoire que de l'égalité des armes, gage d'un procès équitable. S'agissant, d'une part, de l'égalité des armes, aux termes des articles 261-51⁸⁶ et 261-54⁸⁷ du CPP, le mis en cause a le droit à l'assistance d'un avocat de son choix. De ce fait, un individu profane en matière de connaissance en droit peut bénéficier d'un professionnel qui pourra l'assister face au Parquet, composé aussi de professionnels. Une remarque mérite cependant d'être faite. Il peut arriver que le mis en examen n'ait pas de ressources suffisantes pour s'offrir les services d'un avocat. Dans ce cas, un avocat pourrait être commis d'office pour le défendre⁸⁸. La question reste cependant de savoir si un avocat commis d'office aura la même motivation dans la défense des droits de "son client" que s'il devait percevoir des honoraires⁸⁹. La

⁸⁴ En disposant sur la clôture de « l'instruction à l'audience », l'article 314-42 du code de procédure pénale renvoie tacitement à l'existence d'une instruction préparatoire ; notamment celle menée devant le juge d'instruction.

⁸⁵ V. B. NEBIE/OUEDRAOGO, Droit Judiciaire privé, T. II, L'Instance, Collection Précis de droit burkinabè, décembre 2008, pp. 226 et 400.

⁸⁶ Il résulte des alinéas 3 et 4 de la disposition que « Il (le juge d'instruction) l'informe de son droit d'être assisté d'un avocat et qu'il est libre de ne faire aucune déclaration. Si le mis en examen désire faire des déclarations, celles-ci sont immédiatement reçues par le juge d'instruction ».

⁸⁷ Il résulte des alinéas 1, 2 et 3 que « Le mis en examen et la partie civile ne peuvent être entendus ou confrontés qu'en présence de leurs avocats ou eux dûment appelés à moins qu'ils y renoncent expressément.

Le conseil est convoqué par tout moyen laissant une trace écrite adressée au plus tard huit jours avant l'interrogatoire.

La procédure doit être mise à la disposition de l'avocat du mis en examen quarante-huit heures au plus tard avant chaque interrogatoire. Elle doit également être mise à la disposition du conseil de la partie civile, quarante-huit heures au plus tard avant les auditions de cette dernière ».

⁸⁸ Toute personne qui s'avère ne pas disposer des ressources suffisantes pour s'assurer des services d'un avocat en vue de sa défense pourra bénéficier d'une mesure d'assistance judiciaire laquelle consiste entre autres à lui commettre un avocat. Aux termes de l'article 19 décret n° 2009-558/PRES/PM/MJ/MEF/MATD du 22 juillet 2009 portant organisation de l'assistance judiciaire au Burkina Faso (JO n° 33 du 13 août 2009), il est désigné dans un délai de 8 jours l'avocat qui doit lui prêter assistance. Et l'article 20, suivant, renchérit qu'« il est dispensé du paiement des sommes dues aux avocats ».

⁸⁹ Notons que l'avocat commis d'office ne perçoit pas en réalité des honoraires dont il bénéficierait s'il avait été choisi par un prévenu nanti ; il perçoit des indemnités. En effet aux

question est légitime et opportune. En tout état de cause, le mis en examen aura la chance d'avoir un intermédiaire entre lui et son dossier⁹⁰. Ainsi, l'avocat a le droit de prendre connaissance du dossier de son client afin de mieux préparer sa défense.

D'autre part, il faut noter un début du contradictoire dans la phase d'instruction. En fait, le conseil doit être présent à l'interrogatoire de son client dès lors qu'il réside au siège de l'instruction. Cette formalité ne peut être écartée qu'en cas d'urgence telle que prévue à l'article 261-55 du CPP⁹¹. Pour rendre effective cette exigence, l'avocat doit être convoqué au plus tard huit jours avant la date de l'interrogatoire. Mieux, le dossier de la procédure doit être mis à la disposition⁹² du conseil du mis en examen au plus tard quarante-huit heures⁹³ avant la date prévue pour l'interrogatoire. Pendant l'instruction, les parties peuvent demander une expertise ou relever appel de certaines ordonnances du juge d'instruction. Par ailleurs, le mis en examen a le droit d'assister aux perquisitions et saisies effectuées chez lui. L'article 261-21 du CPP fait obligation au juge d'instruction de provoquer préalablement « *toutes mesures pour assurer le respect des droits de la défense* ». A ceci, l'on peut ajouter qu'en matière criminelle, la chambre de l'instruction a la possibilité d'autoriser les conseils des parties à faire des observations sommaires sur les cas de leurs clients⁹⁴.

Aux fins d'une meilleure information, certaines affaires font l'objet, depuis une date récente, d'attribution à des juridictions spéciales. Il s'agit, d'une part de la chambre des mineurs⁹⁵ et de la chambre pour enfants⁹⁶, compétents pour instruire

termes de l'article 21 du décret n° 2009-558/PRES/PM/MJ/MEF/MATD du 22 juillet 2009 portant organisation de l'assistance judiciaire au Burkina Faso (JO n° 33 du 13 août 2009), « les avocats, huissiers, notaires, experts qui prêtent leur ministère au bénéficiaire de l'assistance judiciaire reçoivent de l'Etat une rétribution forfaitaire ».

⁹⁰ V. S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, Paris, Litec 2002, p. 1139.

⁹¹ L'article 261-55 du CPP dispose effectivement que : « *En cas d'urgence résultant, soit de l'état d'un témoin ou d'un autre mis en examen en danger de mort, soit de l'existence d'indices sur le point de disparaître, le juge d'instruction peut procéder à des interrogatoires et confrontations sans observer les formalités prévues à l'article précédent* », l'article précédant rendant la présence de l'avocat obligatoire.

⁹² Cette formalité doit être distinguée de la convocation elle-même. Toutefois, elle doit être accomplie cumulativement et donner lieu à une mention distincte mais tout aussi substantielle du procès-verbal (Crim. 27 juillet 1906, D.P. 1907. 1. 334 ; 21 déc. 1944, *Bull. crim.* n° 202 ; 22 juillet 1954, *ibid.*, n° 270 ; 27 fevr. 1963, *ibid.*, n° 96). L'absence de la mention équivaut au non-accomplissement, mais à l'inverse, la mention portée au procès-verbal fait foi jusqu'à inscription de faux (Crim. 9 janv. 1962. *Bull. Crim.*, n° 18 ; 21 juin 1962, *Bull. Crim.*, n° 230 ; 27 fevr. 1963, *préc.*)

⁹³ Le délai est encore plus allongé dans certaines législations comme la France dont l'article 115 du CPP impose la mise à la disposition de la procédure au plus tard quatre jours avant la date de l'interrogatoire.

⁹⁴ V. article 262-6 du Code de procédure pénale ; V. également 262-4, alinéa 3 et 262-5.

⁹⁵ V. article 37 de la loi 015-2019/AN portant organisation judiciaire au Burkina Faso. Elle précise que la chambre des mineurs est constituée de la section pour enfant et du juge des enfants. La section est compétente pour les infractions dont la peine encourue par le mineur est supérieure à deux (02) ans (art. 49) et le juge des enfants est compétent pour celle dont la peine encourue est inférieure à deux (02) ans (art. 47).

respectivement au premier et second degré en matière d'infractions commises par les mineurs et, d'autre part, des pôles judiciaires spécialisés au sein du Tribunal de Grande Instance de Ouaga II et de Bobo-Dioulasso⁹⁷, chargée d'instruire sur les faits de terrorisme pour l'un et d'infractions économiques et financières pour l'autre.

En droit comparé, notamment en France, la question s'était posée de savoir s'il fallait ou non autoriser le prévenu qui refuse les services d'un avocat⁹⁸ et entend se défendre seul, à recevoir copies de la procédure. Partant du caractère secret de l'instruction, la Cour de cassation française a d'abord refusé d'accéder à une telle demande en 1994⁹⁹ avant de faire un revirement en 1996¹⁰⁰. Une loi interviendra à la même date pour reconnaître le droit à celui qui entend se défendre seul, de recevoir communication du dossier, mais sur autorisation du juge d'instruction¹⁰¹. La transposition d'une telle disposition dans la législation burkinabè contribuerait à renforcer les droits de la défense, vu que ceux existants sont déjà réduits.

2- Les droits de la défense manifestement réduits pendant la phase d'instruction

L'instruction est en principe écrite, secrète et non contradictoire. Le caractère écrit de l'instruction résulte de ce que la loi exige que tous les actes du juge d'instruction fassent l'objet de procès-verbaux dressés par le Greffier¹⁰². Les documents sont ainsi réunis dans un dossier¹⁰³ et la disparition d'une pièce peut entraîner la nullité de

⁹⁶ V. article 23 de la loi 015-2019/AN portant organisation judiciaire au Burkina Faso.

⁹⁷ V. article 1^{er} des lois 005-2017/CNT et 006-2017/CNT portant respectivement création, organisation et fonctionnement d'un pôle judiciaire spécialisé dans la répression des actes de terrorisme et dans la répression des infractions économiques et financières et de la criminalité organisée.

⁹⁸ Lorsque l'inculpé déclare qu'il avisera quant à décider du choix d'un défenseur ou qu'il fera connaître ultérieurement sa décision à cet égard, cette réponse peut être considérée comme une renonciation en l'état jusqu'à nouvel avis. V. Crim. 20 juin 1912, D.P. 1913. 1. 369. Dans tous les cas, la renonciation pourra intervenir dès la première comparution, mais seulement, après que l'inculpé ait été averti de ses droits (Poitiers, 15 janv. 1964, Gaz. Pal. 1964. 1. 446) et pour les poursuites qui ne sont pas celles des cas où l'assistance du conseil est obligatoire.

⁹⁹ V. Cass. Crim. 02 février 1994, Bull. crim. n° 3 et Cass. Ass. Plén. 30 juin 1995, JCP 1995, II, n° 22479, note CHAMBON.

¹⁰⁰ Cf. Cass. Crim. 12 juin 1996, Bull. crim. n° 248. Toutefois, le magistrat instructeur n'est pas tenu de lui communiquer les qualifications légales que comportent les faits, ni les textes de loi qui les répriment. V. Cass. Crim. 23 mars 1912, D.P. 1912. 1. 161. ; 31 mars 1944, Bull. crim., n° 91.

¹⁰¹ La loi de 1996 ajoute un alinéa 5 à l'article 114 du code de procédure pénale qui prévoit la possibilité pour le juge d'instruction d'autoriser l'avocat à communiquer le dossier à son client. Saisi de la demande, le juge d'instruction a 5 jours pour accorder ou refuser par ordonnance motivée l'autorisation. Passé ce délai, son silence vaut autorisation.

¹⁰² L'accomplissement de toutes formalités nécessaires à l'information doit obligatoirement être constaté par un procès-verbal, à peine de nullité radicale. V. Crim. 30 déc. 1927, D.P. 1929. 1.55.

¹⁰³ V. article 261-3 al. 4 du Code de procédure pénale.

l'instruction. Par exemple, la perte du réquisitoire introductif d'instance ou son absence du dossier implique l'inexistence de toute la procédure. Quant au secret de la phase instructive, il implique que tous les actes accomplis à ce stade ne le sont pas en audience publique comme le jugement¹⁰⁴. De même, tous ceux qui concourent à sa réalisation sont tenus au secret professionnel¹⁰⁵. Si ces deux caractères, secret et écrit, ne préjudicient pas aux droits de la défense¹⁰⁶, il n'en est pas ainsi du caractère non contradictoire. Ce caractère implique que le prévenu n'est pas admis à discuter les actes que posent le juge d'instruction. Ce qui signifie qu'il ne serait pas autorisé à contester les décisions que viendrait à prendre le magistrat instructeur, sauf à exercer des voies de recours contre certaines de ses ordonnances. Viole également un droit fondamental de l'accusé, le défaut d'instruction au second degré¹⁰⁷ pour les infractions constitutives d'actes de grand banditisme. En effet, bien que la plupart de ces infractions soient des crimes, ils ne font nullement l'objet de transmission de pièces, mais plutôt l'objet d'un renvoi devant la chambre correctionnelle¹⁰⁸.

La question des droits de la défense se pose non seulement à propos des mandats que peut prendre un juge d'instruction, mais encore et surtout à travers la détention provisoire. Les mandats sont définis comme des ordres écrits par les lesquels le juge d'instruction porte atteinte à la liberté d'une personne soupçonnée en décidant sa comparution ou son incarcération pendant tout ou partie de l'information¹⁰⁹. En principe, le mandat ne doit être lancé contre une personne que si celle-ci est mise en examen. La mise en examen doit résulter de l'interrogatoire de première comparution¹¹⁰ à l'occasion de laquelle l'instructeur constate l'identité du mis en

¹⁰⁴ V. article 240-1 du Code de procédure pénale.

¹⁰⁵ Il s'agit principalement des Magistrats, la police judiciaire, les experts, interprètes et toutes personnes requises par les enquêteurs pour concourir aux opérations d'enquêtes.

¹⁰⁶ Au contraire, la garantie du secret assure le respect de l'intimité de la vie ou la vie privée des personnes mettant alors le mis en examen à l'abri de la calomnie qu'un non-lieu ne fera pas toujours disparaître. En pratique, le Magistrat est, dans certains cas, dans l'obligation de distiller certaines informations aux conseils des parties.

¹⁰⁷ V. article 12 in fine de la loi 17-2009/AN portant répression du grand banditisme.

¹⁰⁸ V. article 321-1 al. 3 du CPP qui dispose que : « le tribunal correctionnel est également compétent en matière de grand banditisme et en matière de corruption et d'infractions assimilées à la corruption, quand bien même les peines encourues sont criminelles ».

¹⁰⁹ On distingue : 1) Le mandat de comparution qui met le mis en examen en demeure de se présenter au juge d'instruction, sans contrainte, aux date et heure indiquées dans le mandat ; 2) Le mandat d'amener qui est décerné toutes les fois que le mis en examen ne défère pas à sa convocation ou qu'il est à craindre qu'il n'y défère pas et requiert la force publique de conduire *Mano militari* le mis en examen devant lui ; 3) Le mandat de dépôt, lui, vise la détention du mis en examen qui a comparu ou fait l'objet d'un mandat d'amener. Il ne peut intervenir qu'après un interrogatoire sur le fond et doit être précédé d'une ordonnance spécialement motivée ; 4) Le mandat d'arrêt donne l'ordre à la force publique de rechercher, arrêter et conduire sans délai à la maison d'arrêt indiquée un mis en examen.

¹¹⁰ « La première comparution s'entend de la première audition à titre de mis en examen, de celle au cours de laquelle la mise en examen est notifiée et qui marque à l'égard du mis en examen le début de la poursuite *in personam* avec ses sujétions et aussi avec les garanties attachées à la qualité de mis en examen, en tout premier lieu le droit de se défendre ». v. ALLECHAUT, Les droits de la défense, Mélanges Patin, p. 453 et s.

cause¹¹¹, lui communique les faits reprochés¹¹², reçoit ses déclarations avant de l'avertir de son droit de garder le silence et de se choisir un avocat. Ce n'est pas un interrogatoire sur le fond et le juge d'instruction doit se résoudre uniquement à l'imputation officielle des faits. Le prévenu est libre de s'exprimer spontanément. Ce n'est qu'à l'issue de cet interrogatoire que le juge décidera de l'opportunité de le priver ou non de sa liberté¹¹³. Or, selon l'article 251-31 du CPP, le procureur du Faso peut décerner un mandat d'amener en cas de crime flagrant sans que le mis en cause fasse l'objet d'un interrogatoire préalable par le juge d'instruction qui, en l'espèce, n'est pas saisi¹¹⁴.

La détention provisoire est une mesure exceptionnelle qui consiste à priver le mis en cause de sa liberté pendant tout ou partie de l'instruction. En tant que mesure privative de liberté, la détention provisoire est limitée par des garde-fous. En effet, elle ne peut intervenir que si l'infraction reprochée est un crime ou un délit puni d'emprisonnement. De même, seul un magistrat, en l'occurrence le juge d'instruction¹¹⁵, peut ordonner la mise en détention provisoire et sa durée est limitée dans le temps. En matière correctionnelle, si le maximum de la peine encourue est inférieur ou égal à un an d'emprisonnement, le mis en examen domicilié au Burkina et qui n'a pas fait l'objet d'une condamnation pour crime ou d'un emprisonnement de plus de trois mois sans sursis pour délit de droit commun, ne peut désormais être détenu plus de trois (03) mois après la première comparution¹¹⁶. Dans les autres cas, la durée de la détention préventive est de 6 mois maximum susceptible d'une prolongation de 6 mois par ordonnance motivée du juge d'instruction rendue sur réquisition également motivée du procureur du Faso¹¹⁷. Pour la détention provisoire en matière criminelle, le CPP indique qu'elle ne saurait excéder le délai d'un (1) an mais peut également être prolongée pour une durée d'un (1) an par ordonnance motivée du juge d'instruction¹¹⁸.

¹¹¹ Il peut sur ce point, lui poser toutes questions utiles. V. Crim. 28 juillet 1899, S. 1902. 1.60.

¹¹² Il faut entendre par là chacun des faits visés au réquisitoire à raison desquels l'information est suivie. Crim. 8 déc. 1899, D.P. 1903 1. 457, note Le Poittevin.

¹¹³ Lorsqu'il est mis en liberté, le juge l'avertit, le cas échéant, de son obligation de l'informer de ses changements d'adresse ou d'élire domicile dans le ressort du tribunal, s'il n'y est pas domicilié.

¹¹⁴ L'article 253-31 al. 1 du code de procédure pénale est ainsi libellé : « *En cas de crime flagrant et si le juge d'instruction n'est pas encore saisi, le procureur [du Faso] peut décerner mandat d'amener contre toute personne soupçonnée d'avoir participé à l'infraction* ».

¹¹⁵ En France, depuis la loi du 15 juin 2000, la mise en détention provisoire ne relève plus de la compétence du juge d'instruction. Celui-ci doit saisir le juge des libertés et de la détention tendant à une mise en détention provisoire et il appartient à celui-ci de prendre une ordonnance et établir un mandat de dépôt qui est le titre de détention (V. C. RENAULT-BRAHINSKY, op. cit. p. 194).

¹¹⁶ V. article 261-80 al. 1 du CPP.

¹¹⁷ V. article 261-80 al. 2 du CPP.

¹¹⁸ V. article 261-81 du CPP.

Toutefois, l'article 261-82 du CPP précise que les différentes prolongations en matière correctionnelle et criminelle ne peuvent respectivement excéder un an (1) an et deux (2) ans, sauf si les infractions pour lesquelles le mis en examen est placé en détention provisoire sont spécifiques telles que le grand banditisme, la traite des personnes, la torture, le blanchiment de capitaux...etc.

L'on tente de justifier la détention provisoire en invoquant un certain nombre de motifs. D'une part, elle permettrait d'empêcher la fuite de la personne visée, la disparition des preuves et la pression sur les témoins¹¹⁹, ce qui pourrait concourir à une bonne administration de la justice. D'autre part, il est soutenu qu'en décidant la mise en détention provisoire, le juge d'instruction peut éviter à la personne incarcérée les représailles du public qui aura un sentiment d'injustice en voyant la personne en liberté. La détention permettrait ainsi de rassurer l'opinion publique et d'éviter aussi le renouvellement de l'activité délictuelle du détenu. L'on ajoute que si les garanties pénales procédurales ont pour objectif d'aménager le respect des droits du mis en cause et de lui assurer un procès juste et équitable, elles n'occultent pas pour autant les droits de la victime qui aspire fondamentalement à être légalement « vengé », même si ce n'est pas principalement le but du procès pénal.

Tous ces arguments, s'ils tentent de donner une explication à la mesure, ne suffisent pas pour justifier une grave atteinte à la liberté d'aller et de venir d'une personne, par ailleurs, présumée innocente. En effet, ils pèchent notoirement contre la présomption d'innocence en ce qu'elle constitue une sorte d'équivalent de peine. Or, priver un individu de sa liberté d'aller et de venir, si cela peut se comprendre lorsqu'il est prononcé contre lui une décision passée en force de chose jugée, l'inquiétude naît lorsqu'avant tout jugement, l'individu se trouve entre « les quatre murs ». Ce qui constitue de toute évidence une injustice faite au prévenu ou accusé. Conscient de cela, le juge de jugement, par une sorte d'approbation implicite, est tout orienté vers le prononcé d'une peine dont la durée est au moins égale à celle de la détention, sa durée devant être imputée sur celle de la peine d'emprisonnement¹²⁰. Tout se passe comme si la présomption d'innocence, corollaire du droit de la défense, ne concernait que l'appréciation des éléments de preuve ou la détermination de la peine alors qu'elle devrait imprégner toute la procédure, y compris l'instruction¹²¹. Heureusement que le législateur de 2019 a ajouté au juge d'instruction une possibilité supplémentaire de décision concernant le mis en cause, à savoir le contrôle judiciaire. A travers, cette mesure qu'il peut prendre au cours de l'information judiciaire, le juge d'instruction astreint le mis en examen à une ou plusieurs obligations afin de le maintenir sous le

¹¹⁹ V. CA de Bobo Dioulasso, Chambre d'accusation, 29 mars 1984, RBD n° 10, juin 1986, p. 202-208, note I. TRAORE : « Lorsque l'infraction en elle-même cause un trouble grave à l'ordre public, le risque de subornation de témoin prend une dimension particulière qui justifie davantage la détention préventive de l'inculpé ».

¹²⁰ Cette attitude du juge du jugement vise à ne pas désavouer son collègue instructeur au détriment des droits du détenu.

¹²¹ V. Cass. Crim. 19 mars 1997, Bull. crim. 1997, I, n° 155 : « méconnaît la présomption d'innocence, l'arrêt de la chambre des mises en accusation qui, statuant sur le maintien de la détention préventive, se prononce sur la culpabilité d'un inculpé ».

contrôle de la justice¹²². Toujours est-il que la personne concernée ne sera pas incarcérée. Elle pourra être dans cette situation jusqu'au jugement, phase pendant laquelle les droits de la défense semblent présenter un visage plus reluisant.

II- LES DROITS DE LA DEFENSE DANS LA PHASE DECISOIRE DU PROCES PENAL

Présumée innocente depuis la constatation de l'infraction et son identification, la personne mise en cause verra sa cause soumise à l'appréciation, non plus des officiers ou agents de la police judiciaire, mais des autorités judiciaires : c'est la phase du jugement. Ainsi, la phase de jugement est assez déterminante dans la qualification de la situation juridique – responsable ou non responsable – du prévenu ou accusé.

Dans tous les cas où il a lieu, le jugement peut être précédé ou non de la phase d'instruction. Dans ce dernier cas prévu pour les contraventions¹²³ et les délits¹²⁴ qui ne nécessitent pas une information préalable, le législateur a encore prévu des cas de procédure accélérée. Celle-ci est spécifiquement régie en cas de flagrant délit¹²⁵ et est connue sous l'appellation de "procédure correctionnelle sommaire". Il en sera de même en cas de citation directe devant la juridiction de jugement. La célérité du jugement caractérise la procédure correctionnelle sommaire et le cas de la citation directe, et la distingue ainsi de la procédure de jugement, qui nécessite une information préalable. Selon qu'on a affaire à la procédure de jugement après instruction ou à la procédure accélérée, l'application des droits de la défense diffère. A cet égard, il convient de retenir que la phase de jugement que commande la procédure accélérée, est marquée par une garantie formelle des droits de la défense toutefois compromis dans la pratique¹²⁶ (A). Quant à la procédure qui procède de l'instruction à la barre, c'est la phase où l'on peut au moins relever un renforcement des droits de la défense (B).

A- Les droits de la défense compromis par la procédure accélérée

La procédure correctionnelle sommaire ou procédure accélérée est marquée d'une certaine ambiguïté quant à son classement dans les différentes phases de la procédure pénale. Un ensemble d'actes peut être accompli avant l'audience proprement dite sans

¹²² V. art. 261-75 à 261-78 du CPP.

¹²³ L'instruction n'a pas lieu en matière de contravention ; elle n'est prévue que pour les crimes et les délits (article 261-1 du code de procédure pénale).

¹²⁴ L'instruction est seulement « facultative » en matière de délit ; son opportunité reste donc à l'appréciation du Procureur du Faso, de qui dépend d'ailleurs la saisine du juge d'instruction (article 261-1 du code de procédure pénale).

¹²⁵ V. art. 251-32 du code de procédure pénale. Toutefois, la procédure correctionnelle sommaire est exclue lorsque « la personne soupçonnée d'avoir participé au délit est mineure de moins de treize ans » (art. 251-32 *in fine* du CPP).

¹²⁶ « Une vision économique ou économétrique de la justice prévaut, qui cherche à réduire ou contrôler les flux, désengorger le rôle des juridictions répressives, par la mise en œuvre de procédures n'offrant pas toutes les garanties fondamentales aux justiciables » (Le Nouveau procès pénal après la loi Perben II, Dalloz 2004, p. 183).

qu'on ne puisse les ranger ni dans la phase d'enquête de police, ni dans la phase de l'instruction. Dans tous les cas, l'analyse de la procédure permet de retenir que le principe du contradictoire existe, mais malmené (1) et l'égalité des armes presque niée (2).

1- Le contradictoire malmené

Aux termes de l'article 251-32 du CPP, « *en cas de délit flagrant, lorsque le fait est puni d'une peine d'emprisonnement et si le juge d'instruction n'est pas saisi, le procureur [du Faso] peut mettre la personne sous mandat de dépôt après l'avoir interrogé sur son identité et sur les faits qui lui sont reprochés [...]. Il saisit alors le tribunal [...]* ». L'article 321-15 al.3 du même code précise que l'individu ainsi placé sous mandat de dépôt est traduit « *à la première audience du tribunal correctionnel* ». La procédure ainsi décrite exclut toute instruction pour aboutir directement à l'audience de jugement. Une question se pose alors : cette procédure accélérée peut-elle garantir le respect des droits de la défense ? S'agissant du contradictoire, son intensité varie selon que le prévenu soit déjà ou non à l'audience du jugement. Lorsque l'individu pris en flagrant délit est déféré devant le procureur du Faso¹²⁷, celui-ci l'identifie et l'interroge sur les faits qui lui sont reprochés. Le code de procédure pénale ne précise pas le contenu de cet interrogatoire. Dans la pratique judiciaire actuelle, le procureur se bornera à lui notifier les faits, objets de poursuite, les textes applicables et recueillir ses déclarations quant à sa version des faits et au degré de sa probable implication. Les déclarations seront ainsi consignées dans un procès-verbal. A l'issue de cet entretien, le procureur décidera de traduire sur-le-champ l'individu placé sous mandat de dépôt devant la chambre correctionnelle du TGI pour jugement. Concrètement, il arrive, eu égard à l'affluence des déferrements, que le procureur ne puisse pas interroger tous les prévenus, à lui présentés, le jour du déferrement. Il se voit alors obligé de les faire interner à la maison d'arrêt et de correction dans l'attente de leur interrogatoire. La loi n'ayant prévu aucun titre pour une telle détention, la pratique y a, de ce fait, suppléé en créant l'Ordre de Mise à Disposition (OMD). Mais strictement parlant, celui-ci est illégal et rend donc la détention arbitraire. C'est pourquoi le code de procédure pénale de 2019, pour pallier cette insuffisance, a fixé un délai de deux semaines au procureur pour le déferrement du mis sous mandat de dépôt, sans quoi, il doit immédiatement être mis en liberté¹²⁸. Dans le même sens, l'article 321-16 du CPP dispose que « *le tribunal doit rendre sa*

¹²⁷ Il y a lieu de relever la possibilité de priver la personne mise en cause de sa liberté avant son déferrement devant le procureur du Faso. En effet, dans bien de cas, le déferrement aura lieu à la suite d'une garde à vue. En plus, entre le déferrement et le contact du prévenu avec le procureur, il peut s'écouler une certaine durée non négligeable. En considération de ceci, le législateur français a opéré une réforme en 2004 à travers l'article 803-2 de la loi pénale de procédure qui dispose « *que toute personne ayant fait l'objet d'un déferrement à l'issue de la garde à vue à la demande du procureur de la république comparait le même jour devant ce magistrat* ». Ainsi, c'est en cas de nécessité-par exemple la levée de la garde à vue est intervenue tardivement ou absence du procureur- que la comparution peut intervenir le jour suivant.

¹²⁸ Article 321-15 al. 4 et 5 du code procédure pénale.

décision dans le délai de deux mois à compter de la première audience, faute de quoi l'intéressé est immédiatement remis en liberté par les soins du procureur du Faso ».

En dépit des règles sensées gouverner le déroulement de l'interrogatoire il n'est fait aucune mention sur l'obligation du procureur du Faso d'informer le prévenu sur ses droits. A titre de droit comparé, la législation française est plus protectrice des droits de la défense à cet égard. En effet, les mesures sont prises afin de garantir les droits de la défense par la présence d'un avocat. Selon l'article 393 du CPP français, « *l'avocat peut consulter sur-le-champ le dossier et communiquer avec le prévenu* »¹²⁹. Mieux, le prévenu qui ne bénéficie pas de ressources financières pour se pendre un avocat bénéficie de l'assistance juridictionnelle. Cet entretien de l'avocat avec le prévenu peut utilement contribuer à mieux construire son dossier et ainsi assurer une meilleure défense ; chose qui n'est pas expressément prévue dans la législation burkinabè actuelle. L'on peut objecter que tout ce qui n'est pas interdit par la loi étant permis, le procureur pourra informer le prévenu sur tous ses droits et accepter que son avocat puisse consulter, à ce stade le dossier. Mais, s'agissant d'une mesure protectrice des libertés individuelles, « *une inscription dans la loi paraît préférable* »¹³⁰ car en l'absence d'une obligation légale, l'on ne saurait reprocher à un procureur de n'avoir pas observé les règles protectrices de la personne victime. Par voie de conséquence, l'inobservation du contradictoire est suivie par la négation de l'égalité des armes au cours de l'audience proprement dite.

2- L'égalité des armes presque niée en pratique

La restriction des droits de la défense est toujours marquée à l'audience du jugement à l'analyse de la mise en œuvre de l'égalité des armes. En fait, à l'audience, la défense a certes le droit de s'exprimer, de critiquer le dossier, d'apporter la preuve contraire¹³¹ et même de relever des exceptions, causes de nullité. Cependant, eu égard à la célérité de la procédure¹³², l'avocat, s'il y a lieu, n'a pas toujours le temps nécessaire pour consulter très bien le dossier de son client et préparer sa défense¹³³. Il n'est pas exclu que la défense demande au tribunal de lui accorder un délai pour mieux se préparer. A l'inverse, il y a le risque que les juges, en accédant à cette requête, décident de détenir préventivement le prévenu. Accepter d'être jugé, c'est admettre que le temps de la

¹²⁹ Il faut noter que l'article 393 du CPP français règlemente aussi et inclut en plus de la procédure du flagrant délit celle de la comparution immédiate.

¹³⁰ R. OTTENHOF, *Les techniques de conciliation en matière pénale*, APC 1984, n° 7, p. 128.

¹³¹ V. *infra*.

¹³² Si l'on s'en tient à la procédure telle que règlementée, le délai entre la commission de l'infraction et son jugement pouvant se situer entre 24h à deux (02) semaines (V. art. 321-15 et Ss. du CPP).

¹³³ S. CLEMENT, op. cit. p. 213 : Cet auteur relève qu'en général, les consultations du dossier de son client par l'avocat se font dans la salle d'audience ou les couloirs du palais. Or « *les couloirs des palais de justice [...] ne sont pas toujours adaptés pour permettre à un avocat débutant de faire une lecture attentive de dossiers. Des mois de pratique de procédures d'urgence sont souvent nécessaires pour connaître les endroits calmes en fonction de l'heure de la journée et les personnes à solliciter pour avoir rapidement des renseignements* ».

défense ne corresponde pas à celui de l'accusation ; d'où l'inégalité des armes. Le sort du prévenu reste entièrement dépendant de la volonté des juges qui, eux aussi, sont animés d'une volonté de mettre rapidement fin au jugement sans souvent tenir compte des droits de la personne mise en cause¹³⁴. Il ne restera à celle-ci que le droit d'exercer les voies de recours prévus¹³⁵. C'est dire que si théoriquement, les droits de la défense sont aménagés au profit de la défense pendant les audiences, le défaut de temps réservé à la défense réduit leur portée. Sous cet angle, le jugement à la suite d'une instruction protège mieux l'individu mis en cause.

B- Les droits de la défense renforcés dans la procédure nécessitant une information

Tout comme dans la procédure accélérée, le jugement est marqué par les réquisitions et plaidoiries des parties, la manière dont les preuves sont apportées et le prononcé de la décision par le juge. La réalité du respect du contradictoire et de l'égalité des armes résultera alors des pouvoirs accordés à tous les acteurs impliqués dans cette phase : la partie poursuivante, la partie poursuivie et le juge. Le contradictoire tout comme l'égalité des armes sont garantis par le jeu des débats (1) et se trouvent prolongés par l'existence des voies de recours (2).

1- Les droits de la défense garantis par le jeu des débats

Devant le tribunal ou la cour, il appartient à la partie poursuivante de démontrer que les faits retenus ont été commis par le mis en cause¹³⁶. De son côté, celui-ci tentera de se disculper en combattant les réquisitions de l'accusation. Le juge, au regard des éléments fournis par chaque partie, décide selon son intime conviction. L'appréciation souveraine par le juge du fond de la force probante des éléments de preuve qui lui sont soumis reste le principe, mais il est circonscrit par diverses règles qui déterminent le cadre dans lequel l'intime conviction peut s'exercer. Cela signifie que le juge apprécie souverainement et selon sa conscience la valeur des éléments sur lesquels il fonde sa conviction. Il peut ainsi avoir égard à tous les moyens de preuve pour autant qu'ils soient légalement administrés. Et l'égalité principale de tous les modes de preuve étant affirmée, il reste maître et juge de la hiérarchie de leurs valeurs. Le renforcement des droits de la défense résultera ainsi du respect d'un certain nombre de règles.

¹³⁴ Un cas illustratif est fourni à travers un jugement du tribunal correctionnel de Marseille en 2000. En l'espèce, « un multirécidiviste est poursuivi pour insulte des forces de l'ordre par suite d'un contrôle d'identité. Il était en situation irrégulière. L'avocate jette juste trois mots pour sa défense, deux minutes plus tard, l'air impuissant. Une minute de réflexion du tribunal. Trois ans de prison ferme » (D. SIMONNOT, *justice en France. Une loterie nationale*, éd. De la Martinière, Marseille, 2003, p. 8).

¹³⁵ V. *infra*, sur le jugement dans la procédure de droit commun.

¹³⁶ Elle devra donc établir l'existence de tous les éléments constitutifs de l'infraction et l'implication du prévenu ou accusé dans sa réalisation : d'où il résulte que la charge de la preuve incombât à l'accusation.

D'abord, contrairement au procès civil où une partie peut se contenter des conclusions écrites et demander aux juges de se prononcer¹³⁷, le procès pénal est le lieu de la "parole" ; une sorte de dialogue s'instaure entre les différents acteurs. Le débat qui naît permet à la défense de prendre connaissance de toutes les informations de la procédure, y compris celles dissimulées. Elle pourra également détecter les argumentations qui caractérisent un parti pris. L'avocat, en toute connaissance de cause, a ainsi la latitude de défendre son client. Par le jeu d'échange d'argument et confrontation d'interprétations, il pourra critiquer le dossier, contester la régularité des actes posés par l'accusation et qui sont de nature à aggraver la situation de son client. A cet égard, le principe de la loyauté des preuves apparaît comme un garde-fou à l'arbitraire du parquet ou des enquêteurs. Aux termes de l'article 321-49 al. 2 du CPP, « *Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui* ». Ainsi, non seulement les preuves doivent être loyalement recueillies au cours de l'enquête ou de l'instruction, mais encore, elles doivent faire l'objet d'un débat contradictoire devant le juge. Ainsi, la personne mise en cause a la possibilité de contester les témoignages à charge¹³⁸. En outre, tous les moyens frauduleux tels les pièges téléphoniques ou l'usurpation d'identité sont exclus. Par ailleurs, l'affirmation du principe de la liberté des preuves permet de faire le choix entre les divers modes de preuves légalement admises au nombre desquelles, les pièces à conviction saisies, les témoignages reçus, les aveux actés, les indices ou présomptions de faits et certains écrits. Pour tenir compte des situations dans lesquelles le prévenu peut être contraint à faire des aveux, il lui est reconnu la possibilité de rétracter son aveu. Les pièces à conviction doivent avoir été saisies dans les conditions de nature à garantir leur loyauté, leur légalité. La défense pourra ainsi obtenir que les preuves obtenues en commettant une infraction soient écartées du débat¹³⁹. Ce qui est cependant regrettable du point de vue des droits de la défense est l'atteinte au principe de la liberté de la preuve dans la mesure où la loi instaure une hiérarchie de certains moyens de preuve. Il en est ainsi des procès-verbaux de constatation des contraventions qui font foi jusqu'à preuve contraire ou inscription de faux¹⁴⁰.

Par ailleurs, la garantie des droits de la défense ne saurait être affectée par les hypothèses de présomptions de culpabilité. En effet, la partie poursuivante peut se servir des présomptions de fait comme moyen de preuve. En revanche, la personne poursuivie a la possibilité de combattre ces présomptions. A titre illustratif, l'article 424-4 du CP répute proxénète la personne qui « *étant en relation habituelle avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution, ne peut justifier des ressources*

¹³⁷ En matière civile, il n'est pas rare qu'un avocat, plutôt que de développer oralement ses conclusions, se contente de dire qu'il s'en tient à ce qu'il a écrit. Il appartiendra alors aux juges de lire minutieusement les conclusions au fond afin de déterminer les droits de chaque partie au procès. Ceci pourrait se justifier par le fait qu'en matière civile, la preuve est beaucoup légale qu'en matière pénale, où le principe est la liberté de la preuve.

¹³⁸ Cf. CEDH, 13 novembre 2003, Rachdad c/ France, D. 2004, Somm. n° 988, obs. RENUCCI.

¹³⁹ La partie poursuivante est, par exemple, ainsi tenue au respect de l'inviolabilité du domicile, de la vie privée et de l'intégrité de la personne mise en cause.

¹⁴⁰ V. art. 321-55 du CPP.

correspondant à son train de vie ». Le prévenu conserve le droit de combattre cette présomption en démontrant qu'il s'agit d'une fausse appréciation des faits.

Il s'avère donc nécessaire aux termes de l'article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de veiller au respect pratique du principe de la présomption d'innocence tout le long du procès jusqu'à ce que par sa décision, le juge déclare l'accusé réellement convaincu des chefs d'accusation¹⁴¹.

Les droits de la défense sont aussi renforcés par la possibilité offerte au prévenu ou accusé de contester la décision du juge de jugement.

2- Les droits de la défense prolongés par le jeu des recours

Les droits de la défense sont aussi renforcés à travers la possibilité offerte au mis en cause de contester la décision du juge par l'exercice des voies de recours aménagés à cet effet¹⁴². Ainsi, outre la possibilité de contester les ordonnances du magistrat instructeur pendant l'instruction, le prévenu pourra aussi interjeter appel contre les décisions du tribunal correctionnel ou de police¹⁴³. Le recours est une garantie essentielle des droits de la défense. En effet, les droits de l'homme prescrivent le droit à un procès juste et équitable. Il va donc de soi que celui qui conteste sa condamnation puisse légitimement protester contre son jugement et faire valoir ses moyens de défense. C'est donc un moyen accordé au plaideur pour obtenir un nouvel examen d'une affaire déjà jugée. De nombreuses voies de recours sont ainsi prévues. Il s'agit d'une part de l'appel et de l'opposition qualifiés de voies de recours ordinaires, d'autre part, du pourvoi en cassation et celui en révision appelés voies de recours extraordinaires.

¹⁴¹ L'article 7 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples garantie l'accès à la justice par le droit à ce que la cause de tout individu soit entendue par une juridiction indépendante et impartiale, le droit à un conseil ou un avocat et celui d'obtenir un jugement dans un délai raisonnable.

¹⁴² « La possibilité d'exercer une voie de recours lorsqu'on n'est pas satisfait de la décision rendue contre soi relève assurément des droits de la défense même si elle n'est pas consacrée de manière générale par des textes » F. M. SAWADOGO, op. cit., p. 247.

¹⁴³ Ce qui était curieux, c'est qu'il n'y avait pas de possibilité d'appel en matière criminelle, en dehors de celui exercé contre les ordonnances du juge d'instruction, alors que le crime demeurait et demeure la plus grave infraction. Le double degré de juridiction était tout de même relativement respecté dans la mesure où, après un premier examen par le magistrat instructeur, les affaires criminelles faisaient l'objet d'un second examen par la chambre d'accusation. Mais, depuis l'adoption de la loi 015-2019/AN portant organisation judiciaire au Burkina Faso, le principe du double degré de juridiction en matière criminelle est parfaitement consacré. Ainsi, l'article 20 de ladite loi dispose que : « En matière criminelle, la section de la chambre criminelle statue en premier ressort. En cas d'appel, la chambre criminelle d'appel statue en dernier ressort ». Toute chose qui laisse présumer de la sauvegarde des droits de la défense aussi en matière criminelle.

L'opposition est possible pour les jugements rendus par défaut en matière correctionnelle et de police dans un délai de 10 jours à compter de la signification, si le prévenu réside au Burkina Faso et un mois dans les autres cas. Elle a un effet dévolutif et anéantit la décision qui en est frappée. L'appel, lui, peut être interjeté pour les jugements rendus en 1^{er} ressort par le tribunal correctionnel ou par le tribunal de police dans un délai de 15 jours à compter du prononcé du jugement contradictoire ou de la signification du jugement par défaut. L'appel suspend l'exécution de la décision attaquée et produit un effet dévolutif. Le pourvoi en cassation conteste les jugements et arrêts rendus en dernier ressort. Il est formé dans le délai de 5 jours francs et a pour objet l'exacte interprétation de la loi. Le pourvoi en révision est formé contre les décisions de condamnation ayant acquis force de chose jugée, rendue en matière correctionnelle et criminelle et, nommément, dans les cas énumérés par l'article 420-1 du CPP¹⁴⁴. Il s'agit, en réalité, de cas considérés comme des erreurs judiciaires¹⁴⁵. Il existe, par ailleurs, une possibilité de révision¹⁴⁶ pouvant permettre à la défense d'obtenir le réexamen de sa cause et, partant, la réparation éventuelle des erreurs judiciaires.

¹⁴⁴ Selon cette disposition, « La révision peut être demandée, quelle que soit la juridiction qui a statué, au bénéfice de toute personne condamnée pour crime ou délit :

1. lorsque, après une condamnation pour homicide, des pièces sont représentées propres à faire naître de suffisants indices sur l'existence de la prétendue victime de l'homicide ;
2. lorsque, après une condamnation pour crime ou délit, un nouvel arrêt ou un nouveau jugement a condamné, pour le même fait, un autre accusé ou prévenu et que, les deux condamnations ne pouvant se concilier, leur contradiction est la preuve de l'innocence de l'un ou l'autre condamné ;
3. lorsqu'un des témoins entendus a été, postérieurement à la condamnation, poursuivi et condamné pour faux témoignage contre l'accusé ou le 172 prévenu ; le témoin ainsi condamné ne peut pas être entendu dans les nouveaux débats ;
4. lorsque, après une condamnation, un fait vient à se produire ou à se révéler, ou lorsque des pièces inconnues lors des débats sont représentées, de nature à établir l'innocence du condamné ».

¹⁴⁵ La demande de révision appartient au ministre de la justice et au condamné. V. article 420-2 du CPP.

¹⁴⁶ Il existe de nombreux cas de révision au Burkina Faso. Une abondante jurisprudence a notamment vu le jour au lendemain de la révolution sankariste, dans les années 90, par suite de la chute du régime révolutionnaire, sous l'égide duquel avait vu le jour, les Tribunaux Populaires de la Révolution (TPR), des instances sommaires de jugement pilotées par des juges non-professionnels. Les abus qui avaient été commis sur ces entrefaites ont justifié une cascade de recours en révision avec le retour à la constitutionnalité le 11 juin 1991. V. dans ce sens, Arrêt n° 19 du 28 juin 2007, Cass. ch. Crim., aff. BAMBARA Clément c/ Etat burkinabè ; arrêt n° 44 du 22 novembre 2007, Cass., Ch. Crim., aff. OUATTARA Batiéba c/ Etat burkinabè ; arrêt n° 14 du 26 avril 2007, Cass. Ch. Crim., Aff. OUEDRAOGO B. Pierre c/ Etat burkinabè.

Pour la victime, l'exercice du recours s'avère tout aussi essentiel pour la préservation de ses droits, notamment celui d'obtenir réparation du préjudice dont elle a souffert du fait de l'infraction. Depuis une date récente¹⁴⁷, la possibilité est donnée à la victime, outre sa réclamation civile, de faire appel sur la condamnation pénale.

CONCLUSION

Les droits de la défense visent fondamentalement une garantie des droits de la personne mise en cause dans une poursuite pénale. Il ne s'agit pas de simples valeurs mais de principes cardinaux inexpugnables et nécessaires à l'humanisation de la procédure pénale. Tout individu quelle que soit sa qualité, sa personnalité, son appartenance raciale ethnique ou religieuse ou ses ressources, devrait pouvoir en réclamer le bénéfice. Dans l'état actuel de la procédure pénale burkinabè, l'on a relevé que la mise en œuvre des droits de la défense sous l'angle du principe du contradictoire et de l'égalité entre les parties sont variables suivant les étapes de la procédure. Dans la phase d'enquête de police, les droits de la personne visée semblent être malmenés : les autorités publiques, plus orientées vers la sanction de l'individu ne se préoccupent pas véritablement de ses droits. La présence d'un avocat n'étant pas effective, la personne poursuivie se trouve en position de faiblesse face à une police dirigée par le procureur du Faso doté d'importants pouvoirs. En outre, aucun délai n'étant imparti au procureur pour clore l'enquête de police, il faut craindre que celui-ci ne voit dans la saisine du juge d'instruction, une mesure restrictive de ses pouvoirs, et ne tende, par abus et suivant une volonté délibérée, à retarder inutilement l'enquête pour pouvoir garder l'affaire sous sa pleine maîtrise.

Dans la phase d'instruction, l'on note une relative protection des droits de la défense. Ceci se matérialise par la présence d'un avocat, un professionnel capable de comprendre la procédure appliquée à ses clients et de relever les irrégularités. Ni le caractère inquisitoire de la procédure pénale, ni le secret de l'instruction n'ont fait obstacle à la possibilité pour la défense de discuter les actes posés par le magistrat instructeur. Si l'on part de la réalité que le manque de culture juridique de nos populations locales les conduit très souvent à la violation répétée de leurs droits dans le processus pénal d'accusation, la présence de l'avocat dans chaque étape apparaît comme une nécessité. Les actes accomplis depuis la constatation de l'infraction aboutissent dans bien de cas à la saisine de la juridiction de jugement qui déterminera le sort du prévenu ou accusé. C'est la phase ultime de la procédure qui devrait justifier une garantie des droits de tous les acteurs impliqués, gage d'un procès équitable. Malheureusement, la pratique est toute autre, celle-ci dépendant du type de procédure appliquée. Dans un souci de rapidité et d'efficacité de l'institution judiciaire, le législateur prévoit la possibilité de juger un individu sans qu'il ne soit au préalable besoin de procéder à une information : c'est la procédure correctionnelle sommaire et la citation directe. Dans une telle procédure, certes les droits de la défense sont formellement garantis, mais dans la pratique, un avocat n'a le temps de connaître

¹⁴⁷ Décision n° 2016-08/CC du Conseil Constitutionnel sur l'inconstitutionnalité de l'article 323-2 ; 3° du Code de Procédure Pénale.

véritablement le dossier ou la situation réelle de son client qu'à l'audience. La conséquence qui en résulte est la rupture de l'égalité des armes, la partie poursuivante ayant, seule, une pleine maîtrise de la procédure qu'elle a elle-même déclenchée. Dans une telle situation, ce qu'il conviendrait de faire, est d'accorder plus de temps à l'avocat de la défense, pour une analyse approfondie du dossier, et partant, une meilleure défense du client. Sa présence dès la phase de la garde à vue est dès lors nécessaire. Lorsque le jugement de l'affaire est précédé d'une instruction, la situation du mis en cause est meilleure. En plus du contradictoire qui a commencé au cours de l'information, le prévenu ou l'accusé dispose du droit de combattre l'accusation. Il peut ainsi contester les chefs d'accusation, relever des exceptions de nullité ; bref, il a réellement l'occasion pour défendre sa cause. La partie poursuivante et la partie poursuivie se retrouvent dans une position d'égalité au cours des débats, puisque le juge décidera selon son intime conviction. La possibilité reconnue à la défense de récuser un juge qu'il suspecte d'être partial en est une autre garantie de ses droits.

En définitive, dans la procédure pénale, les droits de la défense existent *in abstracto* mais avec une intensité variable ; ils sont garantis par les principes du contradictoire et de l'égalité des parties. Cependant, l'examen *in concreto* révèle soit leur insuffisance, soit leur contournement par les autorités policières, les juridictions d'instruction et même de jugement. Or, il ne suffit pas de prescrire légalement des droits ; il faut, en plus, que chaque partie dispose de moyens nécessaires à leur mise en œuvre. Dans la plupart du temps, l'effectivité du contradictoire est atteinte par la rupture de l'égalité. L'inculture judiciaire des mis en cause ou l'ignorance de leurs droits ne sont pas de nature à conforter leurs droits et peuvent justifier certaines atteintes. L'institution de la présence obligatoire d'un avocat-défenseur dans toutes les phases de la procédure pénale s'avère nécessaire afin que la qualité de profane d'un mis en cause ne le mette dans une situation d'infériorité par rapport à l'accusation.

Mais la meilleure garantie demeure celle réclamée par le mis en cause en personne qui, même non accompagné par un conseil, peut par lui-même reconnaître les atteintes et violations de ses droits et agir conséquemment. D'où l'intérêt d'œuvrer à former et informer, sensibiliser et exhorter les citoyens à cet effet. C'est d'ailleurs une tâche qui incombe et devrait bénéficier à l'ensemble des acteurs qui interviennent dans les actes mettant en jeu les droits humains.

Edouard OUEDRAOGO

Docteur en droit privé

Maître-Assistant à l'UFR/Sciences Juridiques et Politiques

Université Thomas Sankara

prof_e_ouedraogo@yahoo.fr

L'EXONERATION DE LA RESPONSABILITE PENALE DU DIRIGEANT SOCIAL-DELEGANT EN DROIT OHADA AU REGARD DU DROIT FRANÇAIS

Résumé : Le dirigeant social est, en principe, celui sur qui pèse la charge de faire respecter les règles pénalement sanctionnées au sein de son entreprise. Cependant, lorsqu'il se trouve dans l'impossibilité matérielle de veiller en personne au respect des textes, il peut user de la faculté de déléguer ses pouvoirs à un préposé. Les pouvoirs délégués induisent le transfert de la responsabilité pénale correspondante au délégataire. Toutefois, la délégation de pouvoirs, telle qu'elle est aménagée par l'AUDSC-GIE, ne peut intervenir en dehors des cas limitativement prévus, contrairement à ce qui est relevé en droit français. Par ailleurs, l'effet exonératoire qu'elle est susceptible de produire sur le plan pénal n'est pas expressément traité par le droit OHADA.

Pourtant, justement à cause de ses propriétés exonératoires, le mécanisme présente un intérêt indéniable pour les sociétés de l'espace OHADA, pour lesquelles les textes harmonisés mettent progressivement en place un corps de règles destinées à favoriser le développement des affaires. La présente étude se propose, à cet égard, d'examiner les caractéristiques de la délégation de pouvoirs à même d'exonérer le dirigeant de sa responsabilité pénale à la lumière du droit français, en vue de mettre en exergue la contribution de ce mécanisme à la prévention des infractions dans l'entreprise et, par la même occasion, à l'optimisation de la gestion au sein de la société commerciale en droit OHADA.

Plan

INTRODUCTION

I- UNE EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ PAR LA DÉLÉGATION DE POUVOIRS CONDITIONNÉE

A- Les éléments objectifs de la délégation exonératoire de responsabilité

- 1- Le choix d'un mode de délégation de pouvoirs approprié
- 2- La délimitation du champ de la délégation de pouvoirs

B- Les éléments subjectifs de la délégation exonératoire de responsabilité

- 1- La subordination juridique du délégataire envers le délégant
- 2- L'exercice effectif des pouvoirs délégués par le salarié

II- UNE EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ PAR LA DÉLÉGATION DE POUVOIRS FREINÉE

A- La responsabilité concurrente du dirigeant social en cas de délégation viciée

- 1- Le vice d'imprécision des pouvoirs délégués
- 2- Le vice d'immixtion dans les pouvoirs délégués

B- La responsabilité exclusive du dirigeant social en cas de délégation inopérante

- 1- Le rejet de la délégation des pouvoirs propres
- 2- Le rejet de la délégation de pouvoirs fictive

CONCLUSION

INTRODUCTION

1-. Le dirigeant social est aujourd'hui exposé à un risque pénal important¹. Ce risque comporte un coût pour l'entreprise et appelle sa gestion saine². Le principe de la responsabilité pénale du chef d'entreprise³ n'est pas expressément prévu en droit OHADA⁴. Seules quelques infractions spécifiques au droit des affaires sont définies par l'AUDSC-GIE⁵ et l'AUPCAP⁶. En France où le principe est posé, il est relevé nombre de condamnations pour des chefs de poursuite variés⁷. Dans ce contexte, la délégation de pouvoirs permet de prévenir le risque pénal. À travers elle, le dirigeant « se déleste d'une partie de ses obligations et de la part de responsabilité correspondante en déléguant une parcelle de ses pouvoirs à un salarié de l'entreprise »⁸. La délégation de pouvoirs s'avère ainsi la voie privilégiée pour obtenir

¹ En raison des répercussions de l'activité sociale sur l'environnement, la santé et la sécurité publique (v° N. DIOUF, « Le dirigeant social : entre risque pénal et sanctions civiles », in *La responsabilité du dirigeant social en droit OHADA*, Actes du colloque organisé par l'ERSUMA, Douala, 19-20 mars 2015, p. 29).

² A. MINKOA SHE, « Le risque pénal en entreprise : les actes fautifs du dirigeant entre pénalisation et dépenalisation », in *La responsabilité du dirigeant social en droit OHADA*, op. cit., p. 62 ; D. NZOUABETH, « L'activité de l'entreprise saisie par le droit pénal », *Revue CAMES/SJP*, n° 001/2017, p. 191.

³ À noter que la responsabilité ici abordée se distingue de celle qui peut être retenue pour faute personnelle.

⁴ L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, issue du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé le 17 oct. 1993 à Port-Louis et révisé le 17 oct. 2008 à Québec.

⁵ L'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, adopté le 30 janvier 2014, à Ouagadougou. V° art. 886 s. AUDSC-GIE : il y est prévu des infractions relatives à la constitution d'une société ; à la gérance, à l'administration et à la direction des sociétés ; aux assemblées générales ; aux modifications du capital social des sociétés anonymes ; au contrôle des sociétés ; à la dissolution des sociétés ; à la liquidation des sociétés ; et en cas d'appel public à l'épargne.

⁶ L'Acte uniforme révisé relatif aux procédures collectives d'apurement du passif, adopté le 1^{er} sept. 2015 à Grand-Bassam. Celui-ci prévoit la banqueroute (art. 227-229 AUPCAP, v° aussi art. 812-25 s. Code pénal burkinabè, issu de la loi n° 043-96/ADP du 13 nov. 1996 et modifié par la loi n° 25-2018/AN du 31 mai 2018), l'abus de biens sociaux (art. 231 et 233 AUPCAP ; v° aussi art. 891 AUDSC-GIE ; cf. Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), 23 déc. 2015, 188/2015 sur la compétence des juridictions nationales) et l'abus de confiance (art. 243 AUPCAP).

⁷ Comme la banqueroute (Fr. Cass. crim., 29 mai 2019, n° 18-81.455), l'abus de biens sociaux (Fr. Cass. crim., 20 juin 2017, n° 16-80.982, *Bull. crim.*, n° 169), les pratiques commerciales trompeuses (Fr. Cass. crim., 3 mai 2017, n° 15-85.875), la fraude fiscale (Fr. Cass. crim., 18 juil. 2017, n° 15-86.153, *Bull. crim.*, n° 213), le travail dissimulé (Fr. Cass. crim., 7 mai 2018, n° 17-84.103), les infractions à la réglementation du travail (Fr. Cass. crim., 9 avr. 2019, n° 17-86.267, *Bull. crim.* 2019, n° 68). Cf. O. SAUTEL, « La responsabilité pénale du chef d'entreprise », *Le Lamy droit pénal des affaires*, H. MATSOPOULOU et al. (dir.), n° 2 ; J.-B. BLAISE, R. DESGORCES, *Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution*, 10^e éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso, 2019, n° 394.

⁸ M.-C. AMAUGER-LATTES, « Entrave aux institutions représentatives des salariés et à l'exercice du droit syndical », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, oct. 2018, n° 111 ;

une décharge de la responsabilité pénale du fait des préposés, comme le prévoit le Code burkinabè de la publicité, à son article 121, alinéa 2, en matière de responsabilité du contenu des messages publicitaires⁹. Elle s'ajoute à l'hypothèse de la faute de la victime, cause exonératoire de droit commun¹⁰. Celle-ci ne sera pas examinée, du fait que les principales problématiques juridiques qu'elle soulève ont déjà trouvé des solutions communément admises.

2-. La délégation de pouvoirs, qui va servir de toile de fond à la présente étude, est à distinguer de la délégation telle que considérée en droit des obligations¹¹. Elle se démarque également de la délégation de signature en droit administratif, qui attribue le pouvoir formel de signature d'actes à une autorité différente de celle désignée par les textes ou les principes non écrits, mais ne transfère pas le pouvoir de prendre les décisions à une personne qui en deviendrait juridiquement titulaire¹². La délégation de pouvoirs diffère enfin du mandat de représentation, lequel désigne, au sens strict, l'acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir d'agir dans un cadre déterminé en son nom et pour son compte¹³, en dehors de toute relation hiérarchique entre elles¹⁴. La délégation de pouvoirs « renvoie à une forme particulière de mandat, moins volatile qu'un mandat ordinaire »¹⁵. En amont, si la délégation de pouvoirs est une notion bien connue en droit public¹⁶, elle ne s'y cantonne pas. Le droit du travail y recourt en tant qu'élément de définition du statut de certains salariés¹⁷. En droit pénal

N. FERRIER, « Délégation de pouvoirs et groupe de sociétés », 2017, consulté le 17 juin 2020 sur <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02334797/>.

⁹ Issu de la loi n° 080-2015/CNT du 23 nov. 2015 portant réglementation de la publicité au Burkina Faso : la délégation de pouvoirs consentie par un dirigeant « n'emporte décharge de responsabilité que si elle est expresse, suffisamment précise et acceptée sans équivoque par le délégataire ».

¹⁰ Elle doit être la cause exclusive du dommage (Y. MAYAUD, « Violences involontaires : théorie générale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, mai 2020, n° 352-354 ; Fr. Cass. crim., 4 avr. 1995, n° 93-84.987, *Gaz. Pal.* 1995. 2, somm. 354 ; 19 févr. 2002, *RSC*, 2002, p. 837, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE).

¹¹ L'« opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur » (cf. nouvel art. 1336, al. 1^{er}, du Code civil français ; v° art. 1275 du Code civil de 1804 tel qu'applicable au Burkina Faso).

¹² B. SEILLER, « Acte administratif : régime », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, avr. 2020, n° 51.

¹³ Cf. art. 1984 du Code civil applicable au Burkina Faso.

¹⁴ E. DAOUD, C. LE CORRE, « La délégation de pouvoirs et la prévention du risque pénal en entreprise », *Le Lamy Droit des Affaires*, 1^{er} sept. 2015, n° 107.

¹⁵ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 25^e éd., Litec, 2012, n° 279.

¹⁶ W. J. DJIGUEMDÉ, *L'aménagement conventionnel de la société commerciale en droit français et en droit OHADA*, Paris, L'Harmattan, 2018, n° 139.

¹⁷ E. DREYER, « Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise », *D.*, 2004, p. 937. La délégation de pouvoirs n'a pas d'incidence sur la responsabilité civile de l'employeur ni sur celle de l'employé (Ph. Le TOURNEAU (dir.), *Dalloz Action – Droit de la responsabilité et des contrats 2021/22*, 12^e éd., Dalloz, Paris, 2020, n° 1212.43 ; A. AKAM AKAM, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », *Revue internationale de droit économique*, De Boeck Supérieur, 2007/2 t. XXI, 2, p. 229).

des affaires, la délégation de pouvoirs est l'« acte juridique par lequel une autorité (*le délégant*) transfère une partie de ses pouvoirs qu'il tient de son mandat social ou de son contrat de travail à un subordonné (*le délégataire*) »¹⁸. La délégation de pouvoirs exonératoire de responsabilité, en pratique, s'accommode de la forme individuelle, unipersonnelle ou pluripersonnelle de l'entreprise¹⁹. Après cet éclairage sur la notion de délégation, il importe de définir aussi d'autres notions auxquelles le sujet traité fait appel.

3.- D'abord, la responsabilité pénale correspond à l'« obligation de répondre de ses actes délictueux en subissant une sanction pénale dans les conditions et selon les formes prescrites par la loi »²⁰. Ce principe fondamental du droit pénal veut que la répression ne s'exerce qu'à l'encontre d'une personne ayant un libre arbitre²¹. L'individu n'encourt pas de sanction pénale du seul fait d'une conduite objectivement contraire à la norme pénale, mais aussi parce que cette conduite peut lui être subjectivement reprochée²². En comparaison, la responsabilité civile résulte d'un comportement, volontaire ou non, ayant entraîné un dommage et obligeant l'auteur à le réparer²³. Ensuite, dans cette étude, la notion de « dirigeant social »²⁴, au même titre que celle de « chef d'entreprise »²⁵, servira à désigner les organes de direction de la société commerciale, que sont : le gérant, le président-directeur général, le président de la société par actions simplifiée, le président du conseil d'administration, l'administrateur général, l'administrateur ou le directeur général. Les dirigeants de fait sont aussi concernés²⁶, autant que l'administrateur provisoire²⁷. Étant investis du pouvoir de représentation légale, ces organes « peuvent déléguer à une ou plusieurs personnes de leur choix le pouvoir d'accomplir, au nom de la société, certains actes bien précis »²⁸. À partir de ces précisions terminologiques, il apparaît que

¹⁸ E. DAOUD, C. LE CORRE, *op. cit.*, n° 107 ; B. BOULOC, « La place du droit pénal dans le droit des sociétés », RSC 2000, p. 17.

¹⁹ D. NZOUABETH, « L'activité de l'entreprise saisie par le droit pénal », *op. cit.*, p. 187.

²⁰ S. GUINCHARD, Th. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 28^e éd., Paris, Dalloz, 2020-2021, p. 932.

²¹ B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, mars 2020, n°s 1-3.

²² Ph. Le TOURNEAU, *op. cit.*, n° 1211.12 ; v° Cameroun, Cour suprême, Chambre judiciaire section pénale, 18 juil. 2013, 48/P.

²³ Cf. art. 1382-1383 du Code civil applicable au Burkina Faso (comp. art. 1240-1241 du Code civil français, modifiés par ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations).

²⁴ Elle n'est pas définie par le droit OHADA, qui s'attelle plutôt « à fixer les conditions d'aptitude et d'obtention du statut du dirigeant social » (F. ONANA ETOUNDI, « Mot de bienvenue », in *La responsabilité du dirigeant social en droit OHADA*, *op. cit.*, p. 17).

²⁵ Plus usitée en droit pénal du travail, cette qualité appartient « à la personne physique qui détient en fait ou en droit, la plénitude des pouvoirs de direction sur le personnel » (J.-F. CESARO, « Droit pénal, Responsabilités », *J.-Cl. Travail Traité*, fasc. 82-20, 2015, v° Points clés).

²⁶ V° art. 230, al. 2, de l'AUPCAP ; v° Sénégal, Cour suprême, 1^{er} août 2013, 56.

²⁷ N. DIOUF, *op. cit.*, p. 36.

²⁸ D. GIBIRILA, « Délégation de pouvoirs », *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, sept. 2018, n° 1.

l'exonération de la responsabilité pénale, lorsqu'elle s'applique au dirigeant social, vise à neutraliser la responsabilité encourue pour les infractions commises par les salariés qu'il supervise²⁹.

4-. Globalement, la responsabilité pénale du chef d'entreprise émerge seulement en droit OHADA³⁰. En revanche, elle s'est posée assez tôt en France³¹ et s'y est actualisée avec l'apparition de domaines nouveaux de responsabilité comme la protection environnementale³², la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs et des tiers³³. Il faut signaler que la responsabilité du dirigeant ne doit pas être confondue avec celle de la personne morale ; cette dernière sera incidemment abordée en l'occurrence, dans la mesure où elle est arrimée à la responsabilité du dirigeant social. Contrairement à l'entrepreneur individuel dont le principe de la responsabilité pénale n'est pas discuté, il existait des doutes concernant l'entreprise-personne morale, à cause de son immatérialité³⁴. Dans l'incertitude, l'irresponsabilité pénale de la personne morale a d'abord prévalu³⁵. Cette position était néanmoins inadaptée « face à

²⁹ Cf. S. GUINCHARD, Th. DEBARD, *op. cit.*, p. 344, v° Délégation de pouvoir.

³⁰ S. YAWAGA, « Politique criminelle de l'OHADA », in *Encyclopédie du droit OHADA*, dir. P.-G. POUQUÉ, Paris, éd. Lamy, 2011, n° 30 s. ; V. K. TSHIKALA, K. P. MALAGANO, « La répression des incriminations prévues par les Actes uniformes avant la détermination des peines y afférentes par la législation nationale », *Revue de l'ERSUMA* 2018-1, n° 8, p. 309 ; F. ANOUKAHA et al., *OHADA - Sociétés commerciales et GIE*, Bruxelles, Bruylant, Juriscope, 2002, p. 236 s.

³¹ Cf. Arrêt Ferrand, Fr. Cass. crim., 30 déc. 1892, S. 1894. 1. 201, note E. VILLEY, in J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 11^e éd., 2018, p. 573-574 ; v° aussi Ph. Le TOURNEAU, *op. cit.*, n° 1212.31 ; L. SAENKO, « Délégation de pouvoirs et responsabilité pénale du chef d'entreprise : entre compétences, consentement et égalité », *RTD Com.* 2018, p. 1037.

³² V° L. ZOMA, *La responsabilité des acteurs du secteur minier en matière environnementale : l'exemple du Burkina Faso*, Thèse de doctorat, Université Gaston Berger, Saint-Louis, 2017, 359 p. ; v° art. 194 du Code pénal burkinabè ; aussi art. 25 s. du Code burkinabè de l'environnement (loi n° 006-2013 AN du 2 avr. 2013). En réalité, la question environnementale fleurit sur le concept de responsabilité sociale des entreprises (L. GAMET, I. Y. NDIAYE, A. KANTÉ (dir.), *La responsabilité sociale des entreprises (RSE) : regards comparés sénégalais et français*, Actes du colloque, PUD, 2018, 183 p.).

³³ N. DIOUF, *op. cit.*, p. 30 ; J. GATSI, « La responsabilité du dirigeant/chef d'entreprise », *id.*, p. 135 s. ; A. M. EBELE DIKOR, « La responsabilité pénale des dirigeants sociaux du fait d'infractions non intentionnelles », *Revue de l'ERSUMA*, n° 6, janv. 2016, p. 489 ; G. NTONO TSIMI, « Le devenir de la responsabilité pénale des personnes morales en droit camerounais », *Archives de politique criminelle*, 2011/1, n° 33, p. 234 ; A. MOREAU, « Certitudes et incertitudes des délégations de pouvoirs », *D.*, 2006, chron., p. 290.

³⁴ A. COEURET, « La responsabilité en droit pénal du travail », *RSC*, 1992, p. 475 ; aussi M. GIACOPELLI-MORI, « La délégation de pouvoirs en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise », *RSC*, 2000, p. 525.

³⁵ L'idée était qu'il ne pouvait lui être imputé de volonté délictueuse ni lui être infligé un emprisonnement, d'où les adages « *societas delinquere non potest* » et « *societas delinquere potest, sed non puniri potest* ».

la puissance des personnes morales et à leur capacité corrélative de nuisance »³⁶. Elle ne l'était pas non plus au regard des impératifs de lutte contre la « délinquance en col blanc »³⁷. Il a donc fallu opérer un changement de paradigme.

5-. En droit OHADA, la question centrale de la responsabilité pénale de la personne morale n'est pas tranchée par le législateur³⁸ ; seuls quelques États membres de l'Organisation consacrent le principe de la responsabilité pénale de la personne morale, à l'instar du Burkina Faso³⁹ et de la Côte d'Ivoire⁴⁰. Cette limite vient ainsi s'ajouter à l'absence d'une responsabilité pénale du dirigeant social largement envisagée. En droit français, l'hypothèse des infractions involontaires a fourni « une clé de lecture particulièrement utile »⁴¹ afin de poser une responsabilité pénale de principe de la personne morale. Sont compris les contraventions et délits non intentionnels, qui surviennent « du fait de l'imprudence, de la négligence, du défaut d'adresse et de précaution, de la maladresse ou de l'inattention du dirigeant pénalement responsable »⁴². Dans le silence des textes de l'OHADA, la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales, de même que celle des dirigeants sociaux en dehors des exceptions, demeure une faculté pour les législateurs des États membres⁴³. De ce fait, les juridictions des États membres de l'Organisation résolvent la question en se fondant sur leur droit national⁴⁴. Les juges tchadien et sénégalais ont

³⁶ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 24^e éd., Paris, Lexisnexis, 2011, n° 261 ; v° dans le même sens A. FOKO, « Analyse critique de quelques aspects du droit pénal OHADA », *Penant*, n° 859, avr.-juin 2007, p. 209 s.

³⁷ E. L. KANGAMBEGA, « Observations sur les aspects pénaux de l'OHADA », *Penant*, 2000, n° 834, 2000, p. 317.

³⁸ D. POHE-TOKPA, « Personnalité morale des sociétés », in *Encyclopédie du droit OHADA*, dir. P.-G. POUYOUÉ, Paris, éd. Lamy, 2011, n° 108 ; S. YAWAGA, *op. cit.*, n° 35-36 ; G. NTONO TSIMI, *op. cit.*

³⁹ Art. 131-2, al. 2, Code pénal burkinabè (mais, il ne vise que les infractions volontaires). Plus spécifiquement, le Code burkinabè de l'environnement prévoit des sanctions administratives contre les sociétés dont l'activité présente des dangers pour la santé et la sécurité publiques (art. 46) ; et les entreprises qui négligent de récupérer les déchets produits par leur activité (art. 49) encourent des sanctions (art. 132 s.). Le Code burkinabè de la publicité prévoit aussi la responsabilité de principe de l'annonceur-personne morale, relayée par ses dirigeants (art. 120).

⁴⁰ Art. 96, al. 1^{er}, Code pénal (Loi n° 2019-574 du 26 juin 2019) ; v° art. 35 de la loi ivoirienne n° 91-1000 du 27 décembre 1991 portant interdiction et répression de la publicité mensongère ou trompeuse, sur la responsabilité de principe de l'annonceur-personne morale à travers ses dirigeants.

⁴¹ J. CONSIGLI, « La responsabilité pénale des personnes morales pour les infractions involontaires : critères d'imputation », *RSC*, 2014, p. 297 ; F. FRANCHI, « À quoi peut bien servir la responsabilité pénale des personnes morales ? », *RSC*, avr.-juin 1996, p. 272.

⁴² A. M. EBELE DIKOR, *op. cit.*, p. 487.

⁴³ Lire à ce propos S. L. MBALA, « La responsabilité pénale des personnes morales dans l'espace OHADA et au sein de l'Union européenne », *Ohadata* D-19-19, p. 6 s.

⁴⁴ Certains États ont adopté des lois sanctionnant les infractions contenues dans les Actes uniformes (v° C. MOUKALA-MOUKOKO, « Le fondement juridique de la responsabilité pénale du dirigeant social... », in *La responsabilité du dirigeant social en droit OHADA*, *op. cit.*, p. 71-72 ; par exemple, art. 811-1 à 812-45 Code pénal burkinabè). Les disparités relevées d'un pays à l'autre introduisent, pour le moins, « l'hétérogénéité dans

ainsi rejeté des actions tendant à engager respectivement la responsabilité pénale d'une société, en la personne de son représentant légal, et d'un dirigeant social⁴⁵. La Cour suprême du Niger a, pour sa part, infirmé la condamnation d'une personne pour « faits de vol par salariés », motif pris de ce que la responsabilité pénale est personnelle et individuelle⁴⁶.

6-. Si le problème demeure entier dans les droits de l'espace de l'OHADA, en droit français, le chef d'entreprise est, par principe, l'« auteur médiateur » des faits dommageables intervenus sous sa direction⁴⁷. Il répond de l'infraction commise par son préposé, auteur matériel de l'infraction⁴⁸. Le principe de la personnalité des peines en droit pénal, au demeurant, interdit de rechercher la responsabilité du chef d'entreprise pour l'infraction commise par un autre, « que l'infraction reprochable soit intentionnelle ou non »⁴⁹. Cependant, lorsque l'infraction se situe dans la sphère diffuse des activités menées pour le compte de l'entreprise⁵⁰, il est apporté une atténuation à la règle, qui confine à une "responsabilité pénale du fait d'autrui"⁵¹. L'approche n'a de sens que si, dans les faits, le dirigeant s'occupe personnellement de tous les pans du fonctionnement de l'entreprise. On peut en inférer que, lorsque la taille de l'entreprise croît, il devient nécessaire pour le dirigeant de déléguer tout ou partie de certains de ses pouvoirs. En France, la faute du dirigeant peut être retenue pour défaut de délégation dans les situations qui l'exigent⁵². L'abstention « est devenue en quelque sorte une circonstance aggravante de la responsabilité du chef d'entreprise ; elle peut être perçue comme le signe d'une attitude laxiste ayant favorisé la survenance d'un accident »⁵³. Dès lors, l'impossibilité de veiller personnellement au respect de la réglementation commande et justifie à la fois la délégation de pouvoirs.

l'uniformisation » (J. ISSA SAYEGH et J. LOHOUES-OBLE, *OHADA – Harmonisation du droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, UNIDA, Juriscope, 2002, p. 117). Cela met à mal « l'application uniforme du droit communautaire » (N. DIOUF, « Actes uniformes et droit pénal des États signataires du Traité de l'OHADA : la difficile émergence d'un droit pénal communautaire dans l'espace OHADA », *Revue burkinabè de droit*, n° spécial 39-40, p. 63), et alors même que la pratique africaine est marquée « par l'ineffectivité quasi complète des sanctions pénales » (F. M. SAWADOGO, *OHADA – Droit des entreprises en difficulté*, Bruxelles, Bruylant, Juriscope, 2002, p. 358).

⁴⁵ Tchad, Cour suprême, Chambre judiciaire, 19 mai 2000, n° 007/2000, décision rendue au visa de l'art. 138 du Code pénal tchadien ; Sénégal, Cour suprême, 16 déc. 2008, n° 20.

⁴⁶ Niger, Cour de cassation, Chambre criminelle, 20 nov. 2013, n° 13-021/CC/CRIM.

⁴⁷ Ph. Le TOURNEAU, *op. cit.*, n° 1212.42.

⁴⁸ A. COEURET, « La responsabilité en droit pénal du travail », *op. cit.*

⁴⁹ Ph. Le TOURNEAU, *op. cit.*, n° 1212.41.

⁵⁰ M. DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, 3^e éd., Paris, PUF, coll. Thémis, t. 1, p. 78.

⁵¹ O. SAUTEL, *op. cit.*, n° 4. La référence à la responsabilité civile du fait d'autrui, prévue à l'article 1384 du Code civil de 1804, est discutée (D. NZOUABETH, « L'activité de l'entreprise saisie par le droit pénal », *op. cit.*, p. 215). La responsabilité pénale se fonde, en réalité, sur la faute du dirigeant, « révélée par le fait du préposé » (N. DIOUF, *op. cit.*, p. 32 ; aussi Ph. Le TOURNEAU, *op. cit.*, n° 1212.42).

⁵² J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 5^e éd., 2001, p. 362.

⁵³ T. DALMASSO *et al.*, « La délégation de pouvoirs, une réponse à la surpénalisation ? », *LPA*, 2 mars 2000, n° 44, p. 3, note ss Fr. Cass. crim., 2 mars 1999, n° 98-80.302.

7-. L'éclatement du principe de la légalité pénale par le législateur de l'OHADA⁵⁴ explique certainement que le droit uniforme contienne peu d'incriminations⁵⁵ et que la délégation de pouvoirs n'y figure pas comme une voie d'exonération de la responsabilité pénale. Néanmoins, il devient difficile d'ignorer que la concentration des pouvoirs dans les grandes entreprises est corrélée à un besoin de partage des pouvoirs de décision⁵⁶ et de la responsabilité pénale assortie. Dans les entreprises dotées de plusieurs établissements, le risque pénal qui pèse sur le dirigeant n'assure plus à lui seul de fonction préventive, celui-ci n'étant plus en mesure de veiller en personne à tout, par exemple, à la sécurité⁵⁷. Il peut même s'avérer délicat pour lui de satisfaire à l'obligation légale de surveillance des préposés⁵⁸. Sans doute, l'admission de la fonction exonératoire de responsabilité de la délégation de pouvoirs a été favorisée par le fait que « la sanction pénale ne pouvait conserver une valeur dissuasive que si l'obligation de veiller à l'application de la législation, sous la menace d'une peine, était reportée sur la personne qui, dans l'entreprise, se trouvait effectivement en mesure d'agir »⁵⁹. La nécessité de faire concorder le droit avec le fait devrait conduire les législateurs OHADA et nationaux à une institutionnalisation analogue.

8-. À travers la délégation de pouvoirs, « le délégant habilite le délégataire, parfois qualifié de délégué, à exercer pour le compte d'autrui un pouvoir dont il ne transfère pas la titularité et conserve la maîtrise »⁶⁰. D'office, le décideur transfère une part de la responsabilité pénale qu'il assume au titre des infractions commises pendant le fonctionnement de l'entreprise⁶¹. La vertu exonératoire de responsabilité qui

⁵⁴ Selon l'article 5, alinéa 2, du Traité de l'OHADA (signé à Port-Louis le 17 oct. 1993 et entré en vigueur le 18 sept. 1995), « les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les États-Parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues ». Lire L. C. AMBASSA, « Le régime de sanction de la responsabilité pénale du dirigeant social », in *La responsabilité du dirigeant social en droit OHADA*, op. cit., p. 110 ; S. YAWAGA, op. cit., n° 8 ; M. AKOUE AKUE, « Droit pénal OHADA... Mythe ou réalité », *Revue de droit uniforme africain*, 2010, p. 5-6, *Ohadata* D-11-04 ; D. NZOUABETH, « La légalité criminelle malmenée dans le droit OHADA », in *Les horizons du droit OHADA*, Mélanges en l'honneur du Pr Filiga Michel SAWADO GO, Cotonou, CREDIJ, 2018, p. 522 s. ; O. BOUGOUMA, « Le mandataire judiciaire en droit OHADA des procédures collectives », *Revue de l'ERSUMA* 2018-1, n° 8, p. 37 s. ; A. FOKO, op. cit., p. 195-196 ; H. TCHANTCHOU, M. AKOUE AKUE, « L'état du droit pénal dans l'espace OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, n° spéc. nov.-déc. 2011, p. 28 s.).

⁵⁵ *Supra*, v° Introduction, 1^{er} paragraphe.

⁵⁶ S. YAWAGA, op. cit., n° 40 ; M. DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, 3^e éd., t. 2, Paris, PUF, coll. Thémis, 1990, p. 88 s.

⁵⁷ D. NZOUABETH, « L'activité de l'entreprise saisie par le droit pénal », op. cit., p. 209 ; J. GATSI, « La responsabilité du dirigeant/chef d'entreprise », op. cit., p. 128 ; D. MAYER, « L'influence du droit pénal sur l'organisation de la sécurité dans l'entreprise », *D.* 1998, p. 256.

⁵⁸ Au moyen de son « action directe » sur ceux-ci (J. PRADEL, A. VARINARD, op. cit., p. 573).

⁵⁹ E. DREYER, op. cit., n° 3.

⁶⁰ N. FERRIER, *La délégation de pouvoir : technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, Litec, 2005, n° 19.

⁶¹ J.-B. BLAISE, R. DESGORCES, op. cit.

caractérise la délégation de pouvoirs est plutôt singulière, eu égard aux règles pénales d'imputabilité⁶². L'enjeu étant de modifier les règles d'imputation⁶³, la question se pose alors de savoir si la délégation de pouvoirs constitue un moyen infaillible permettant au dirigeant social de s'exonérer de sa responsabilité pénale. Le travail qui suit va tâcher d'y répondre.

9.- L'AUDSC-GIE, reconnaissant l'impossibilité matérielle du dirigeant social à décider personnellement et en permanence de tout, aménage plusieurs délégations de pouvoirs⁶⁴. Toutefois, restant fidèle à la dualité de la politique criminelle de l'OHADA ci-dessus mentionnée, le texte est muet sur l'effet exonératoire de responsabilité pénale qu'elles pourraient produire au profit du délégant⁶⁵. Cette étude vise ainsi à cerner, au-delà de la consécration de la délégation de pouvoirs en droit OHADA, dans quelle mesure elle pourrait être un moyen de défense à la disposition du dirigeant, en cas d'infraction pénale liée à l'activité sociale. L'absence de dispositions explicites sur ce point dans le droit OHADA ne signifie pas que le législateur a entendu en exclure la possibilité. Mieux, il y a lieu de s'interroger car les entreprises régies par l'AUDSC-GIE, dont le développement est favorisé par la sécurisation juridique des affaires, sont appelées à avoir recours à la délégation de pouvoirs. Dès lors, il est nécessaire de rechercher les éléments constants de cette construction jurisprudentielle française, ensuite légalisée, afin de jauger si elle peut être accueillie dans l'espace OHADA, le droit uniforme et les droits nationaux étant en grande partie inspirés du droit français. L'on ne traitera pas spécialement ici des effets de l'exonération de responsabilité par la délégation de pouvoirs, afin de mettre l'accent sur ses conditions de réalisation et sur les limites. La recherche sera axée sur le droit OHADA et les droits nationaux des États parties au Traité OHADA, en particulier les droits burkinabè et ivoirien. Le droit français sera évoqué à titre de droit comparé, toutes les fois qu'il peut apporter un éclairage intéressant.

10.- L'examen de l'exonération de la responsabilité pénale, comme résultante de la délégation de pouvoirs appliquée au dirigeant d'entreprise, porte à croire qu'elle répond au souci de prévenir efficacement les infractions dans l'entreprise, en faisant

⁶² V° E. GOMEZ, *L'imputabilité en droit pénal*, Thèse de doctorat, Université de La Rochelle, nov. 2017, p. 11.

⁶³ Strictement entendue, l'imputation correspond à l'« opération purement objective d'attribution de l'infraction [en fonction] du degré d'implication de chacun des protagonistes » (F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2009, n° 6, p. 9), tandis que l'imputabilité apparaît « comme une opération essentiellement subjective, qui dépend de la capacité de comprendre et de vouloir de l'agent ou, autrement dit, de son libre arbitre, permettant de lui reprocher la commission d'une infraction » (*ibid.*) ; aussi E. DREYER, « Responsabilité pénale des personnes morales : question d'imputation ou d'imputabilité ? », in *L'imputation de l'infraction*, E. DREYER (dir.), *Gaz. Pal.*, 3 nov. 2015, n° 307, p. 24.

⁶⁴ Comme la délégation spéciale (art. 449, al. 2 et 7) ou les délégations faites à un organe (art. 468, 483, 512, 568, 631, 783, 815 et 879).

⁶⁵ V° A. M. EBELE DIKOR, *op. cit.*, p. 499-500. L'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit du travail ne prend pas davantage position (rédigé à Douala, le 24 nov. 2006).

coïncider la prise de décision et la responsabilité. Ainsi le dirigeant social, qui a délégué ses pouvoirs, obtient-il une décharge de responsabilité pour l'infraction postérieure à la délégation. Inversement, sa responsabilité reste engagée si la délégation présente certains défauts. Afin de comprendre davantage la logique qui sous-tend le mécanisme, dans un premier temps, les critères de l'exonération de la responsabilité pénale du dirigeant social par l'effet de la délégation de pouvoirs seront examinés (I). Dans un second temps, les situations dans lesquelles le transfert de responsabilité peut être entravé, nonobstant l'existence d'une délégation de pouvoirs, seront passées en revue (II).

I- UNE EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ PAR LA DÉLÉGATION DE POUVOIRS CONDITIONNÉE

11.- La responsabilisation pénale du dirigeant social participe de la moralisation des affaires⁶⁶. Mais, par le biais de la délégation de pouvoirs, le « responsable en première ligne »⁶⁷ ne le demeure pas forcément à titre définitif. L'exonération qui en résulte paralyse la responsabilité encourue par le dirigeant en tant qu'auteur présumé des agissements infractionnels de ses employés. Cette exonération est cependant conditionnée par la régularité de la délégation. Les conditions sont pour les unes de nature objective (A) et pour les autres de nature subjective (B).

A- Les éléments objectifs de la délégation exonératoire de responsabilité

12.- Le régime de la délégation de pouvoirs exonératoire de responsabilité observé en droit français est essentiellement jurisprudentiel⁶⁸. Il en ressort que la délégation doit, en toute hypothèse, découler de l'impossibilité pour le délégant de veiller personnellement au respect des règles de sécurité à l'occasion des activités de l'entreprise⁶⁹. Dans tous les cas, la délégation de pouvoirs, dans l'optique d'une décharge de responsabilité, doit être donnée en vue d'une mission déterminée (2). Au préalable, elle doit se faire selon une modalité appropriée permettant d'atteindre le but (1).

1- Le choix d'un mode de délégation de pouvoirs approprié

13.- La délégation de pouvoirs « a ceci de [...] singulier que, d'une simple technique contractuelle dont l'objectif est de déconcentrer les pouvoirs du chef d'entreprise afin d'assurer le bon fonctionnement de l'entreprise, elle a acquis avec le temps des vertus

⁶⁶ D. POHE-TOKPA, *op. cit.*

⁶⁷ A. COEURET, « La responsabilité en droit pénal du travail », *op. cit.*

⁶⁸ Cf. M. SEGONDS, « Santé et sécurité au travail », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, avr. 2018, n° 183.

⁶⁹ D. NZOUABETH, « L'activité de l'entreprise saisie par le droit pénal », *op. cit.*, p. 206 ; D. BAYET, « La responsabilité pénale du chef d'entreprise à l'issue des arrêts d'assemblée plénière de la Chambre criminelle », *Gaz. Pal.* 1993, Doctr. II, p. 923 ; aussi A. M. EBELE DIKOR, *op. cit.*, p. 499.

pénales »⁷⁰. Néanmoins, pour être pragmatique, il faut relever que toutes les formes de délégations de pouvoirs ne permettent pas d'obtenir une exonération de responsabilité au bénéfice du dirigeant social, en cas d'infraction accolée à l'activité sociale. Les effets disparates des unes et des autres engagent le dirigeant, qui entend déléguer ses pouvoirs, à faire preuve de circonspection. La délégation de pouvoirs peut résulter d'un contrat de travail⁷¹ ou faire l'objet d'un acte distinct. Si l'écrit n'est pas obligatoire⁷², il reste qu'un écrit permet de fixer avec exactitude les termes de la délégation et d'éviter tout amalgame ultérieur. S'agissant des modes de délégation, il en est un qui rencontre la faveur des juridictions, à savoir la délégation simple. Dans celle-ci, l'ensemble des pouvoirs transférés sont confiés à un délégataire unique. Par hypothèse, la délégation simple se rencontre davantage auprès des sociétés régies par le droit OHADA. Il existe, à côté de la délégation simple, la codélégation et la subdélégation, qui ne connaissent pas, en revanche, la même fortune devant le juge.

14.- La codélégation désigne la situation où les pouvoirs sont délégués à plusieurs travailleurs de l'entreprise en même temps. Une distinction est faite entre les codélégations cumulées et les codélégations multiples⁷³. Les premières sont frappées de nullité par les tribunaux, dans la mesure où elles présentent un risque de dilution, non seulement des moyens requis pour l'exécution de la mission à l'origine de la déconcentration du pouvoir, mais aussi de la responsabilité, ce qui n'est pas compatible avec l'idée que la délégation débouche sur une meilleure responsabilisation des agents⁷⁴. Les secondes sont, sous certaines réserves, reconnues comme des voies de transfert de la responsabilité pénale du délégant à plusieurs agents à la fois. Leur validité est subordonnée à la démarcation nette entre les pouvoirs octroyés à chaque intervenant.

15.- La subdélégation, dite aussi délégation en cascade⁷⁵, est constatée lorsque le délégataire transfère, à des tiers soumis à son pouvoir hiérarchique, tout ou partie des pouvoirs reçus du délégant, aux fins d'agir au nom et pour le compte de ce dernier⁷⁶. Il n'est pas exclu que le subdélégataire attribue, par superposition, l'exercice des pouvoirs qu'il tient du délégataire à un autre⁷⁷. À défaut de délégation de pouvoirs

⁷⁰ L. SAENKO, *op. cit.*

⁷¹ M. SEGONDS, *op. cit.*, n° 209. L'existence d'un contrat de travail permet de présumer le rapport d'autorité entre le commettant et le préposé (D. NZOUABETH, « L'activité de l'entreprise saisie par le droit pénal », *op. cit.*, p. 214).

⁷² A. COEURET, « Pouvoir et responsabilité en droit pénal social », *Dr. soc.*, 1975, p. 407 ; v° Fr. Cass. crim., 22 oct. 1991, n° 89-86.770).

⁷³ Les codélégations sont dites cumulées lorsqu'un même pouvoir est réparti entre plusieurs délégataires ; dans les codélégations multiples, des pouvoirs complémentaires sont dévolus à plusieurs délégataires (D. GIBIRILA, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 135-136).

⁷⁴ Il n'est pas possible de « déléguer ses pouvoirs à plusieurs personnes pour l'exécution d'un même travail, un tel cumul étant de nature à restreindre l'autorité et à entraver les initiatives de chacun des prétendus délégataires » (Fr. Cass. crim., 23 nov. 2004, n° 04-81.601).

⁷⁵ Une autre forme est constituée par les subdélégations successives (Fr. Cass. com., 17 nov. 2009, n° 07-21.257, *Bull. civ. IV*, n° 147).

⁷⁶ D. GIBIRILA, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 19.

⁷⁷ *Ibid.*, nos 20 et 137 : il peut en résulter une chaîne de délégations.

initiale, il ne saurait cependant y avoir de subdélégation⁷⁸. La subdélégation vise à optimiser l'organisation de la sécurité de l'entreprise. Elle peut s'imposer quand le subdélégataire est le mieux placé pour assurer une part de la mission de prévention⁷⁹. La subdélégation appelle plusieurs remarques. D'abord, sa validité est soumise aux conditions générales de la première délégation de pouvoirs. Ensuite, l'acte du délégant doit autoriser la subdélégation⁸⁰, ou à tout le moins ne pas en exclure la possibilité, comme lorsque la première délégation est empreinte d'*intuitu personae*. Il faut signaler que la question de l'autorisation ne fait pas l'unanimité. En effet, outre la position de la jurisprudence qui est variable à ce sujet⁸¹, d'aucuns estiment qu'une autorisation n'est pas nécessaire pour subdéléguer et qu'il suffit que la première délégation ait été valablement constituée⁸². Enfin, la subdélégation doit être postérieure à la délégation dont elle tire sa légitimité. Elle est exonératoire de responsabilité pénale à l'endroit du primodélégant, dans les mêmes conditions que la première délégation⁸³. Le subdélégataire peut représenter la personne morale et, à ce titre, engager sa responsabilité pénale⁸⁴.

16- Parmi les variétés de délégation, il est également recensé « l'hyperdélégation », une sorte de délégation qui s'instaure dans le cadre du travail entre entreprises concurrentes⁸⁵. Plutôt novatrice, cette extension de la délégation inspire la réflexion suivante : « après la subdélégation [...], la superdélégation ! Alors que la première permet au délégataire, doté de la compétence et de l'autorité nécessaires, de déléguer à son tour, et dans la même entreprise, les pouvoirs dont il était investi et d'échapper ainsi à la responsabilité pénale attachée à cette fonction, la seconde autorise le chef d'entreprise à désigner, pour l'ensemble des sociétés d'un groupe, un salarié investi d'une délégation de pouvoirs »⁸⁶. En cas de mise à disposition de salariés, il revient à

⁷⁸ B. BOULOC, « Tempête sur la délégation de pouvoirs », *Revue des sociétés*, 2001, p. 124, note ss Fr. Cass. crim., 17 oct. 2000, n° 00-80.308, *Bull. crim.* n° 300, p. 880.

⁷⁹ A. COEURET, « Droit pénal, Personnes responsables », *J.-Cl. Travail Traité*, fasc. 82-20, 1996, n° 48.

⁸⁰ C. MASCALA, « La responsabilité pénale du chef d'entreprise », *LPA*, 19 juil. 1996, n° 87, p. 16.

⁸¹ A. CERF-HOLLENDER, « Droit pénal du travail – Responsabilités », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, oct. 2018, n° 240.

⁸² M. GIACOPELLI-MORI, *op. cit.*

⁸³ Le primodélégant conserve, même sans y avoir consenti expressément, un droit de contrôle sur les différentes subdélégations, pour s'assurer que le choix des préposés successifs répond aux exigences de la délégation primitive. Éventuellement, l'autorisation du primodélégant « mérite d'être expressément affirmée dans l'acte de délégation afin, d'une part, d'éviter les délégations en cascade [...] et, d'autre part, de permettre au primodélégant de conserver la réelle maîtrise de la dévolution du pouvoir au sein de son entreprise » (M. SEGONDS, « Santé et sécurité au travail », *op. cit.*, n° 194).

⁸⁴ J.-F. CESARO, *op. cit.*, n° 146.

⁸⁵ A. COEURET, « La responsabilité en droit pénal du travail », *op. cit.* : l'auteur se demande s'il s'agit « d'une responsabilité objective fondée sur le risque ou d'une responsabilité subjective fidèle à l'idée de faute ».

⁸⁶ Y. REINHARD, « Exonération de la responsabilité pénale du chef d'entreprise, dirigeant d'un groupe, en matière de sous-traitance », *D.* 1995, *Jur.*, p. 110, note ss Fr. Cass. crim., 26 mai 1994, n° 93-83.179, *Bull. crim.* 1994, n° 208, p. 486.

l'entreprise utilisatrice, par conséquent à son dirigeant, de prévenir la commission d'infractions par ces derniers. L'entreprise d'origine ne supporte pas, dans l'intervalle, la responsabilité pénale de leur fait, excepté s'il y a immixtion de sa part⁸⁷. On voit de la sorte se dessiner, au fil des décisions jurisprudentielles, les possibilités d'organisation de la sécurité tenant compte des particularités de chaque structure.

17-. Néanmoins, il faut prendre garde au risque de disqualification. En tout état de cause, un contrat de prestation extérieure de service ne se prête pas à la qualification de délégation de pouvoirs. C'est le cas du contrat d'entreprise qui est « un contrat de prestation conclu entre une société et un tiers qui peut être une personne morale [...] Tout comme la délégation de signature et le mandat, le contrat d'entreprise ne comporte pas de lien hiérarchique »⁸⁸. Il s'ensuit que ce type de contrat ne saurait aboutir à une exonération de responsabilité sur le fondement de la délégation de pouvoirs⁸⁹. Du reste, lorsque la délégation est prévue par les statuts sociaux, elle doit leur être conforme pour son efficacité⁹⁰.

Au terme de cette présentation, il apparaît que la délégation simple, par son caractère unitaire, est l'option qui prête le moins à polémique dans la perspective d'une exonération de la responsabilité pénale. Une fois que la modalité de la délégation est choisie, il importe de définir clairement les compétences transférées.

2- La délimitation du champ de la délégation de pouvoirs

18-. La délégation de pouvoirs a normalement pour objet « une mission matériellement et territorialement limitée »⁹¹. Par une série de cinq arrêts rendus le 11 mars 1993⁹², la Cour de cassation française a élargi le domaine de la délégation et lui a conféré un caractère de généralité. Indéniablement, la Cour a consacré, à cette occasion, un « effet exonératoire [...] consubstantiel à tous les domaines où la

⁸⁷ *Infra*, v° II-A, 2.

⁸⁸ D. GIBRILA, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 13.

⁸⁹ Il est acquis que le tiers délégataire ne peut être un *penitus extranei*, intervenant en qualité de prestataire externe : Fr. Cass. crim., 24 sept. 1998, n° 97-81.803, *Bull. Joly*, avr. 1999, n° 4, p. 492 ; Fr. Cass. crim. 3 déc. 1998, n° 97-85.615, *Bull. crim.* 1998, n° 332, p. 965.

⁹⁰ Cf. A. TADROS, « L'intérêt et le risque liés à l'encadrement statutaire de la délégation de pouvoir », *Bull. Joly*, 2016, n° 7-8, p. 407, note ss Fr. CA Aix-en-Provence, 15 janv. 2016, n° 14/20065 : la délégation de pouvoirs que le président d'une association donne en violation des statuts est privée de toute efficacité.

⁹¹ C. SAAS, « Délégations de pouvoirs et responsabilité du chef d'entreprise », *AJ pénal* 2006, p. 308, note ss Fr. Cass. crim., 14 mars 2006, n° 05-85.889 ; T. DALMASSO, *La délégation de pouvoirs*, Paris, Joly éditions, 2000, n° 64 s.

⁹² Fr. Cass. crim., 11 mars 1993, n° 90-84.931, n° 91-83.655, n° 91-80.958, n° 91-80.598, n° 92-80.773, *Bull. crim.*, n° 112, p. 270 ; *Dr. pénal*, 1993. comm. 39, obs. J.-H. ROBERT ; D. 1994, Somm. p. 156, obs. R. de BOUBÉE). À cette occasion, l'assemblée plénière de la Cour de cassation française a posé le principe que, « sauf si la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise, qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction, peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires » (v° spéc. 1^{er}, 3^e, 4^e et 5^e arrêts).

responsabilité pénale du chef d'entreprise est admise »⁹³. Il n'y a donc pas de raison d'exclure *a priori* certaines matières du domaine de la délégation de pouvoirs, mais il n'est pas question, pour autant, de valider un transfert de compétences automatique ni général. En raison de la potentielle « généralité » du transfert, la délimitation des pouvoirs délégués montre son intérêt, le dirigeant social ne pouvant pas, à l'évidence, déléguer l'intégralité de ses pouvoirs⁹⁴. En ce sens, l'article 121, alinéa 1, du Code burkinabè de la publicité exige une délégation « expresse, suffisamment précise ». En France, une décision semblait retenir la validité de la délégation générale de pouvoirs⁹⁵. L'on en relativise la portée après analyse puisque le glissement de la responsabilité pénale sur un délégué ou un subdélégué, même s'il est admis depuis longtemps par la jurisprudence française, requiert au minimum une délégation partielle ou limitée à une mission⁹⁶. Il est certain que la délégation de pouvoirs n'est pas un « abandon de pouvoirs »⁹⁷. Alors, pour que la délégation de pouvoirs soit valable, le transfert d'autorité ne peut pas être total⁹⁸. La doctrine et la jurisprudence s'entendent, de toute manière, pour considérer que, s'« il n'y a pas de pouvoir particulier qui, par nature, doive rester entre les mains du principal dirigeant, à l'exception de la capacité de déléguer elle-même ou, plus exactement, de la capacité à reprendre ce qui a été transmis »⁹⁹, certains pouvoirs sont inhérents à l'exercice de la fonction de chef d'entreprise¹⁰⁰. Pour le reste, les propriétés exonératoires de la délégation de pouvoirs opèrent dorénavant, en France, face à des actes du préposé aussi singuliers que la contrefaçon de créations artistiques, la publicité mensongère ou la revente à perte¹⁰¹.

⁹³ M. GIACOPELLI-MORI, *op. cit.*

⁹⁴ A. CERF-HOLLENDER, « De la difficile détermination du responsable pénal en présence d'une multiplication de délégations de pouvoirs en cascade et concurrentes », *RSC* 2010, Dalloz, p. 435, note ss Fr. Cass. crim., 27 oct. 2009, n° 08-86.995.

⁹⁵ Fr. Cass. crim., 29 avr. 1998, n° 97-82420, *JCP. G.*, 1999, II, 10 021, note I. DENIS-CHAUBET.

⁹⁶ J.-F. BARBIÈRI, « Consécration, tardive (et incomplète ?) par la Chambre criminelle, des dispositions de la loi de 1966 relatives aux pouvoirs des directeurs généraux et incidence sur l'exonération du "chef d'entreprise" », *Bull. Joly Sociétés*, n° 10, oct. 1998, § 328, p. 1074 ; C. MASCALA, « La délégation : cause d'exonération de la responsabilité pénale des dirigeants », *Bull. Joly Sociétés*, 1998, n° 2, p. 93 ; B. BOULOC, « Tempête sur la délégation de pouvoirs », *op. cit.*

⁹⁷ A. M. EBELE DIKOR, *op. cit.*, p. 500.

⁹⁸ Ainsi, l'acte de délégation « ne peut consister en une mission générale de surveillance et d'organisation des mesures de sécurité sans être accompagné d'instructions précises » (M. SEGONDS, *op. cit.*, n° 211) ni être libellé de manière vague (Fr. Cass. crim., 28 nov. 1996, n° 95-83.103). En revanche, la délégation donnant « tous pouvoirs pour régler dans leur intégralité les problèmes d'hygiène et de sécurité du travail dans l'établissement » est régulière (Fr. Cass. Crim., 22 sept. 2015, n° 14-84.355, *JCP* 2015, p. 1284, note H. MATSOPOULOU).

⁹⁹ A. COEURET, « La délégation de pouvoirs », in *Le pouvoir du chef d'entreprise*, J. PÉLISSIER (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p. 38.

¹⁰⁰ *Infra*, v° II-B, 1.

¹⁰¹ Cf. Y. REINHARD, *op. cit.*

19-. La délégation doit s'inscrire dans une certaine stabilité, sans toutefois contrevenir au principe de la durée limitée¹⁰². Le législateur de l'OHADA adhère à l'idée de délégation temporaire et la traduit dans les cas qu'il prévoit. Ainsi, le président-directeur général ou le directeur général de la société anonyme peut déléguer le pouvoir de donner des cautionnements, avals et garanties pour les engagements pris par les tiers pour une durée n'excédant pas un an¹⁰³. Également, en cas d'empêchement temporaire ou définitif du président-directeur général ou du président du conseil d'administration, ce conseil peut déléguer ses fonctions à un administrateur pour une durée déterminée ou jusqu'à la nomination d'un nouveau président¹⁰⁴. L'assemblée générale peut déléguer la compétence pour décider d'une augmentation du capital, en restant dans la limite de vingt-quatre mois¹⁰⁵. Quant à la réalisation d'une réduction du capital, la délégation pour la circonstance prend fin avec la clôture de l'opération¹⁰⁶. Au regard de ces dispositions, il apparaît que la validité des délégations prévues par l'AUDSC-GIE est subordonnée au respect d'un délai précis. À partir de ces hypothèses, l'on peut conclure, d'une part, que la durée de la délégation est librement fixée par l'organe délégant, et d'autre part, que cette liberté est circonscrite dans un intervalle de temps.

20-. La similitude avec la délégation de pouvoirs en droit français – ou avec celle que prévoit, dans une moindre mesure, le Code burkinabè de la publicité ou encore la loi ivoirienne n° 91-1000 du 27 décembre 1991 sus-mentionnée¹⁰⁷ – s'estompe toutefois à deux égards : tout d'abord, la délégation de pouvoirs n'est pas enfermée dans des cas limitativement énumérés par la loi ; ensuite, les délais ne sont pas affectés d'une certaine limitation, de sorte que le délégant décide à sa guise. Partant de ces constats, il y a lieu de se demander si la délégation, en droit OHADA, peut être envisagée au-delà des domaines énumérés. Tout au moins, en France, le président de la société anonyme « est réputé auteur de toutes les infractions commises dans son entreprise, sauf si par une décision du conseil d'administration, en accord avec [lui], c'est-à-dire par une décision de répartition structurelle du pouvoir dans l'entreprise, délégation a été donnée à un directeur »¹⁰⁸. La jurisprudence reconnaît, par principe, que la délégation de pouvoirs au directeur général est susceptible d'opérer décharge de la responsabilité pénale du dirigeant de la société. Pour ce qui est des conditions de réalisation de la délégation, au contraire, les décisions sont variées¹⁰⁹. Tantôt, il est

¹⁰² Il ne s'agit pas, au fond, d'une limitation temporaire de la délégation, mais plutôt d'une possible révocation suivant les circonstances (cf. W. J. DJIGUEMDÉ, *op. cit.*, n° 142).

¹⁰³ Sur autorisation du conseil d'administration (art. 449, al. 5 AUDSC-GIE).

¹⁰⁴ Art. 468 et 483 AUDSC-GIE.

¹⁰⁵ Art. 567-1, al. 2, AUDSC-GIE.

¹⁰⁶ Art. 631 AUDSC-GIE ; v° aussi art. 783 AUDSC-GIE sur la délégation d'émission d'obligations, une opération enfermée dans le délai de deux ans.

¹⁰⁷ V° respectivement art. 121 et 36.

¹⁰⁸ G. GIUDICELLI-DELAGE, « La responsabilité pénale de la personne morale », *RSC*, 1999. Chron., p. 336 ; J. NGOUE WILLY, « La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes en droit OHADA », *Ohadata* D-05-52.

¹⁰⁹ Un manque de constance jurisprudentielle nuisant aux « exigences légitimes de prévisibilité et de lisibilité du Droit » (cf. B. BOULOC, « Tempête sur la délégation de pouvoirs », *op. cit.*).

décidé qu'«une délibération du conseil d'administration conférant au directeur général des pouvoirs identiques à ceux du président, exercés concurremment aux siens»¹¹⁰, est un procédé propre au droit des sociétés qui n'a pas d'effet exonératoire sur le plan pénal¹¹¹ ; tantôt, le juge conclut « qu'en cas de délégation "générale" consentie par le conseil d'administration à un directeur général, celui-ci est, concurremment avec le président, "chef d'entreprise" »¹¹². Cette dernière position incline à croire que l'octroi de larges pouvoirs au directeur général va de pair avec l'imputation de la responsabilité du dirigeant social à son endroit.

21-. Le délégataire assume la responsabilité pénale afférente aux pouvoirs transmis, à la condition d'avoir disposé d'un temps suffisant afin de les exercer en bonne et due forme. Pour ces raisons, la délégation tardive n'est pas admise, de même que celle donnée peu de temps avant la réalisation de l'infraction, voire le jour de l'infraction, *a fortiori* après ce jour¹¹³. Au cas où la délégation porte la date du « jour même de la commission de l'infraction, les tribunaux refusent de lui faire produire effet, redoutant probablement que certaines délégations soient, par les hasards du calendrier, très opportunes pour le chef d'entreprise... ! »¹¹⁴. Le droit OHADA gagnerait à s'aligner sur cette rigueur, appréciable en ce qu'elle contribue à éviter la multiplication de délégations dénuées de pouvoirs véritables.

En définitive, il n'y a de responsabilité pénale transférée au délégataire que pour ce qui est relatif aux infractions commises dans le cadre des pouvoirs explicitement confiés. À côté des exigences se rapportant à l'acte de délégation et au contenu de la délégation consentie, se trouvent celles relatives aux parties prenantes à l'opération.

B- Les éléments subjectifs de la délégation exonératoire de responsabilité

22-. La délégation de pouvoirs compose avec la capacité de l'employé à superviser des activités présentant un risque juridique élevé au sein de l'entreprise. Dans les faits, il est transféré au délégataire « la maîtrise effective des pratiques mises en œuvre, et des obligations consécutives »¹¹⁵. En cela, le mécanisme s'inscrit comme un instrument de prévention des infractions qui épouse les rouages mêmes de l'entreprise. Ainsi, la délégation n'opère décharge de responsabilité du dirigeant social que si le délégataire, à la fois, est un préposé (1) et détient réellement le pouvoir de faire face aux difficultés inhérentes à l'activité transférée (2).

¹¹⁰ E. DREYER, *op. cit.*, note n° 2.

¹¹¹ Fr. Cass. crim., 17 oct. 2000, préc.

¹¹² J.-F. BARBIÈRI, *op. cit.* ; v° aussi ; Fr. Cass. crim., 23 juil. 1996, 94-85.287, *Bull. crim.*, 1996, n° 301, p. 912.

¹¹³ A. CERF-HOLLENDER, « Droit pénal du travail – Responsabilités », *op. cit.*, n° 252 ; Fr. Cass. crim., 10 juin 1980, n° 79-93.399, *Bull. crim.* n° 184. Une délégation de pouvoirs « invoquée tardivement, pour la première fois au cours des débats d'appel », a été rejetée comme douteuse (Fr. Cass. crim., 29 juin 1999, n° 98-84.993).

¹¹⁴ C. MASCALA, « La responsabilité pénale du chef d'entreprise », *op. cit.* ; Fr. Cass. crim., 10 juin 1980, *op. cit.*

¹¹⁵ A. MOREAU, *op. cit.*

1- La subordination juridique du délégataire envers le délégant

23-. La délégation de pouvoirs met en relation au moins deux personnes : le dirigeant d'entreprise¹¹⁶, qui prend la décision de déléguer, et le délégataire à qui il est confié certaines attributions du premier. Selon une assertion, « la délégation de pouvoirs est un moyen consacré par la jurisprudence pour permettre à un chef d'entreprise de s'exonérer de sa responsabilité pénale : en transférant à l'un de ses salariés une partie de ses fonctions, le dirigeant transfère aussi sa responsabilité pénale »¹¹⁷. Il s'agit bien, par ce canal, de transférer l'imputation des infractions à la personne du délégué.

24-. Dans l'expérience française, la situation du salarié agissant en qualité de représentant de la société a nourri la controverse un temps. Le législateur a rapidement pris son parti¹¹⁸, alors même que la jurisprudence hésitait encore¹¹⁹. Mais, par un arrêt du 25 mars 2014¹²⁰, la chambre criminelle de la Cour de cassation française a mis fin aux divergences, en décidant que : « le salarié d'une société titulaire d'une délégation de pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité [...] est un représentant de la personne morale au sens de l'article 121-2 du Code pénal [français] et engage la responsabilité de celle-ci en cas d'atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité physique trouvant sa cause dans un manquement aux règles qu'il était tenu de faire respecter en vertu de sa délégation »¹²¹. Au bout du compte, un salarié délégataire peut représenter la société et, *de facto*, engager sa responsabilité pour les infractions qu'il commettrait involontairement.

¹¹⁶ Lequel ne doit pas normalement être un dirigeant de fait (A. CERF-HOLLENDER, « Droit pénal du travail – Responsabilités », *op. cit.*, n° 238).

¹¹⁷ J.-F. RENUCCI, « La délégation de pouvoirs : questions d'actualité », *RJDA*, n° 8-9/98, p. 680, n° 1.

¹¹⁸ L'article 121-2 du Code pénal français, modifié par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, prévoit que « les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement [...] des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants » ; v° dans le même sens, l'article 96, alinéa 1er, du Code pénal ivoirien, modifié par la loi n° 2019-574 du 26 juin 2019 : « les personnes morales, à l'exclusion de l'État et de ses démembrements, sont pénalement responsables des infractions commises pour leur compte par leurs organes ou représentants » ; aussi l'article 131-2, alinéa 2, du Code pénal burkinabè : est « auteur ou coauteur toute personne morale à objet civil, commercial, industriel ou financier au nom et dans l'intérêt de laquelle des faits d'exécution ou d'abstention constitutifs d'une infraction ont été accomplis par la volonté délibérée de ses organes ou de son représentant, dans l'exercice de leur fonction ». Il est relevé que la législation burkinabè vise les infractions volontaires, pour lesquelles la délégation n'est pas, en principe, opérante (v° T. DALMASSO, *op. cit.*, n° 72).

¹¹⁹ Pour une vue d'ensemble de la question, v° M. SEGONDS, *op. cit.*, n° 132-133 ; D. TRICOT, « La délégation de pouvoirs est-elle soumise aux règles du mandat ? », *Le Lamy Droit des Affaires*, n° 72, 1^{er} juin 2012.

¹²⁰ Fr. Cass. crim., 25 mars 2014, n° 13-80.376, *Bull. crim.*, n° 94.

¹²¹ V° dans un sens contraire, J. -H. ROBERT, « Les préposés délégués sont-ils représentants de la personne morale », *Mélanges offerts à P. COUVRET*, PUF, 2001, p. 383.

Il faut réserver le cas du délégant inapte. À ce niveau, la CCJA a rejeté un pourvoi formé en vertu d'une délégation spéciale, délivrée par un directeur d'usine. Selon elle, dans la société anonyme avec administrateur général, seul ce dernier est investi du pouvoir de représentation de la société et peut donner délégation afin de la représenter en justice¹²². On peut penser que la réponse aurait été différente si la délégation de pouvoirs avait été consentie à un conseiller juridique employé par l'entreprise¹²³, auquel cas elle aurait pu être assimilée à une subdélégation reçue du directeur d'usine-délégataire.

25-. La délégation de pouvoirs, « en tant que modalité d'exécution du contrat de travail¹²⁴, vise normalement un préposé dans l'entreprise placé sous l'autorité hiérarchique du chef d'entreprise »¹²⁵. Le lien de préposition suppose que la personne accomplit « une mission, à titre onéreux ou gratuit, sous la direction, le contrôle et la responsabilité d'une autre personne »¹²⁶. La position du salarié dans l'organigramme de l'entreprise est indifférente¹²⁷. À regarder de près, l'existence d'un lien de subordination du délégataire envers le délégant est l'élément déterminant, qui rend possible la délégation¹²⁸. La désignation d'une personne travaillant au sein de l'entreprise répond donc à ce critère. Il faut signaler qu'en droit français, le procédé tend à s'émanciper du schéma traditionnel pour inclure des personnes auxquelles ne renvoie pas exactement le terme de préposé. L'évidence s'impose devant un organe-délégataire ou devant un délégué n'appartenant pas à la même entreprise que le délégant.

26-. La délégation de pouvoirs peut, de la sorte, être confiée à un gérant-personne morale et il est possible, dans ce cas de figure, que les pouvoirs délégués couvrent un champ plus important que s'il s'agissait d'une personne physique¹²⁹. Également, un organe de direction peut recevoir une délégation de pouvoirs. Tel est le cas du conseil d'administration, de l'administrateur général ou de l'administrateur dans la société

¹²² V° A. SEÏD ALGADI, « OHADA : irrecevabilité d'un pourvoi formé en vertu d'un mandat spécial délivré par un directeur d'usine », *Actualités du droit*, Wolters Kluwer, 25 oct. 2018, à propos de CCJA, 7 juin 2018, n° 135/2018 ; à rapprocher de CCJA, 23 déc. 2017, n° 210/2017 où la délégation donnée à l'avocat, signée par un directeur administratif et financier de société anonyme avec conseil d'administration, a aussi été déclarée irrecevable.

¹²³ V° Fr. Cass. Soc., 5 mars 2008, n° 06-60.125, *Bull. civ. V*, n° 56.

¹²⁴ Les mentions de la délégation de pouvoirs issue d'un contrat de travail ne peuvent produire l'exonération de responsabilité pénale, en l'absence d'instructions précises (Fr. Cass. crim. 28 janv. 1975, préc.).

¹²⁵ M. GIACOPELLI-MORI, *op. cit.*

¹²⁶ J. GATSI, *Nouveau dictionnaire juridique*, 2^e éd., Douala, PUL, 2009, p. 248 ; v° art. 2 du Code burkinabè du travail (issu de la loi n° 28-2008/AN du 13 mai 2008) : est travailleur « toute personne qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle moyennant rémunération, sous la direction et l'autorité d'une autre personne, physique ou morale, publique ou privée, appelée employeur ».

¹²⁷ E. DREYER, *op. cit.*, n° 3.

¹²⁸ Sachant que le délégataire aura, à son tour, autorité sur d'autres préposés de l'entreprise (T. DALMASSO, *op. cit.*, n° 43).

¹²⁹ D. GIBIRILA, « Société en nom collectif », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, juin 2016, n° 141.

anonyme que mentionnent les articles 567-1 et 468 de l'AUDSC-GIE. Pour autant, le directeur général d'une société anonyme n'est pas d'office délégataire des pouvoirs du président du conseil d'administration, notamment dans les rapports internes de la société¹³⁰. Une délégation doit lui avoir été concédée à cet effet par le conseil d'administration, en accord avec le président. Il est pour le moins certain qu'une délégation de ce type ne peut être implicite et résulter de la seule qualification professionnelle de l'intéressé¹³¹.

27-. Le délégataire étranger à l'entreprise délégante, lui, se rencontre dans l'hypothèse du groupe de sociétés ou de travail en commun. En de telles occasions, il n'est pas rare de voir les chefs des entreprises participantes donner délégation à une seule personne physique pour tous les travaux¹³². La difficulté vient de ce qu'il n'existe pas de lien de préposition entre la personne désignée et tous les chefs d'entreprise, mais avec un seul. Hormis cet aspect, « le délégataire désigné a autorité sur des salariés qui n'appartiennent pas à la même entreprise que lui »¹³³. Le juge français a accueilli ce genre de délégation de pouvoirs à la faveur d'un arrêt rendu en matière d'hygiène et de sécurité, en retenant que « rien n'interdit au chef d'un groupe de sociétés, qui est en outre le chef de l'entreprise exécutant les travaux, de déléguer ses pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité au dirigeant d'une autre société du groupe, sur lequel il exerce son autorité hiérarchique »¹³⁴. Il faut observer que, dans cette affaire, le délégant présentait la spécificité d'être à la fois chef du groupe de sociétés et chef de l'entreprise chargée de l'exécution des travaux, si bien que le délégué n'était pas véritablement un intervenant externe. La validation jurisprudentielle des délégations qui passent les limites d'une seule société relève d'un certain pragmatisme juridique, afin de s'adapter aux difficultés de fonctionnement des sociétés¹³⁵.

¹³⁰ Fr. Cass. crim., 23 juil. 1996, préc.

¹³¹ Fr. Cass. soc., 13 juin 2018, n° 16-23.701.

¹³² A. CERF-HOLLENDER, « Droit pénal du travail – Responsabilités », *op. cit.*, n° 243-244 ; A. COEURET, « Responsabilité pénale des personnes morales et groupe de sociétés », *La Semaine juridique – édition sociale*, n° 39, 24 sept. 2013, étude 1369, p. 17, n° 9 ; Fr. Cass. soc., 30 juin 2015, n° 13-28146, *Bull. soc.*, 2015, n° 833 ; N. FERRIER, « Groupe de société et délégation du pouvoir de licencier : autre illustration », *Bull. Joly Sociétés*, 2 sept. 2015, n° 09, p. 433.

¹³³ M. GIACOPELLI-MORI, *op. cit.* ; A. COEURET, « Responsabilité pénale des personnes morales et groupe de sociétés », *op. cit.*

¹³⁴ Fr. Cass. crim., 26 mai 1994, préc. ; aussi Fr. Cass. crim., 7 févr. 1995, n° 94-81.832 ; Fr. Cass. crim., 14 déc. 1999, n° 99-80.104, *Bull. crim.*, n° 306, p. 947 ; Fr. Cass. crim., 24 janv. 1989, n° 88-83.650, *Bull. crim.*, n° 27, p. 83, où une délégation a été donnée dans le cadre d'entreprises liées par une sous-traitance.

¹³⁵ Il est accepté que la délégation de pouvoirs aide à « rationaliser la prise de décision ou le fonctionnement au sein du groupe, notamment en mutualisant les moyens. Plutôt par exemple que de désigner dans chaque société du groupe une personne qui occupera la même fonction, on désigne une seule personne qui exercera cette fonction dans l'ensemble des sociétés et qui recevra à cet effet délégation de chacune d'elles » (N. FERRIER, « Délégation de pouvoirs et groupe de sociétés », *op. cit.*).

28-. Par-delà la subordination juridique du salarié, délégataire pressenti, il convient de s'interroger sur la nécessité de son acceptation. Au Burkina Faso, le Code de la publicité dispose que la délégation de pouvoirs n'opère décharge de responsabilité que si elle est « acceptée sans équivoque par le délégataire »¹³⁶. En France, quelques arrêts se prononcent en ce sens¹³⁷, pendant que la doctrine reste divisée¹³⁸. À la réflexion, l'exigence d'un consentement du délégataire n'est pas conciliable avec l'acceptation du transfert de pouvoirs comme un acte d'autorité émanant du supérieur hiérarchique. En tout état de cause, la jurisprudence française admet la validité d'« une délégation non formalisée par écrit et non acceptée de la part du salarié [...] dès lors que l'examen de la mission confiée à ce salarié [découle directement] de ses missions effectives au sein de l'entreprise, ce dont ce dernier doit avoir pleinement conscience »¹³⁹. Sans remettre en cause la justesse de ce point de vue, il peut être affirmé que l'expression du consentement du préposé fait au moins gage de son adhésion au transfert de compétences, pour le bénéfice de l'entreprise.

Dans la mise en œuvre, la délégation de pouvoirs doit se traduire par des actes concrets, ce qui permet par ailleurs d'en établir la réalité.

2- L'exercice effectif des pouvoirs délégués par le salarié

29-. L'exonération de la responsabilité pénale au moyen de la délégation est soumise à une exigence renforcée. De fait, la délégation ne peut produire ses effets que si elle a été effective. Le délégataire doit avoir été en mesure d'exercer effectivement les pouvoirs qui lui ont été transférés. En cas de litige, « les juges du fond doivent établir que, au moment de l'infraction, le délégataire avait été investi de l'autorité, de la compétence et des moyens nécessaires à l'exercice de sa mission »¹⁴⁰. L'on peut en déduire que le salarié ne doit pas pouvoir réfuter avoir exercé les pouvoirs délégués avec une certaine liberté de décision. Cette réserve laisse transparaître les raisons de l'exclusion de l'exonération en cas de participation personnelle du délégant¹⁴¹. En parallèle, il faut s'intéresser aux trois conditions présidant à l'exercice véritable des pouvoirs transférés¹⁴², que la délégation de pouvoirs soit réalisée par écrit ou non. Il

¹³⁶ Art. 121, al. 2 ; égal. art. 36, Loi ivoirienne n° 91-1000 du 27 déc. 1991 : la délégation « doit être acceptée de façon expresse ».

¹³⁷ Elle est alors perçue comme une modalité du contrat de travail (Fr. Cass. crim., 27 juin 2018, 17-81.918 ; aussi Fr. Cass. crim., 2 mars 1977, *Bull. crim.*, n° 85 ; v° L. SAENKO, *op. cit.*).

¹³⁸ Cf. M. SEGONDS, *op. cit.*, n° 203 : les uns affirment l'utilité de l'acceptation (B. BOUBLI, « La délégation de pouvoirs depuis la loi du 6 décembre 1976 », *Dr. soc.* 1977, p. 88 ; M. ROUBACH, J.-M. QUILLARDET, « La délégation de pouvoir et la responsabilité pénale du chef d'entreprise », *Gaz. Pal.*, 1982, 2, p. 586-587 ; A. CŒURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, 6^e éd., 2016, LexisNexis, p. 162, n° 300) tandis que les autres expriment des doutes à ce sujet (P. CATALA, « Notion de délégation : formes, conditions, limites et cas », in *La responsabilité pénale du fait de l'entreprise*, Paris, Masson, 1977, p. 132 ; J. GUIGUE, « La responsabilité pénale en matière d'hygiène et de sécurité », *Gaz. Pal.*, 1996, 2., p. 19). V° aussi C. SAAS, *op. cit.*).

¹³⁹ T. DALMASSO *et al.*, *op. cit.*

¹⁴⁰ E. DREYER, *op. cit.*, n° 13 ; A. M. EBELE DIKOR, *op. cit.*, p. 499.

¹⁴¹ Fr. Cass. crim., 19 oct. 1995, 94-83.884, *Bull. crim.*, 1995, n° 317, p. 882.

¹⁴² D. NZOUABETH, « L'activité de l'entreprise saisie par le droit pénal », *op. cit.*, p. 209.

s'agit de l'existence de la compétence, de l'autorité et des moyens, dont la vérification est faite en la personne du délégataire. La compétence est la première exigence dont dérivent l'autorité et les moyens, qui constituent ses supports.

30.- La compétence exprime l'idée d'une connaissance technique¹⁴³, s'alliant à une réelle compréhension des normes et de leur portée répressive¹⁴⁴. Ainsi, l'alinéa 3 de l'art. 121 du Code burkinabè de la publicité prévoit que « le délégataire doit être pourvu de la compétence nécessaire pour agir efficacement »¹⁴⁵. Elle s'apprécie *in concreto*, donc en fonction des circonstances, et par rapprochement de la compétence du délégataire avec la complexité de la mission confiée¹⁴⁶. La Cour de cassation française prescrit, non de se focaliser sur le rang de l'agent désigné, mais de rechercher si le délégataire « avait en fait la compétence, l'autorité et les moyens nécessaires pour veiller efficacement au respect des dispositions en vigueur »¹⁴⁷. Néanmoins, cette Cour est moins encline à accepter comme valable la délégation faite à un simple employé, la compétence et les autres conditions devenant douteuses¹⁴⁸. Ces solutions apparaissent transposables au contexte de l'OHADA.

31.- L'autorité « correspond essentiellement au pouvoir de donner des ordres et de les faire respecter au sein de l'entreprise »¹⁴⁹. La condition s'entend dans le sens où la délégation ne se justifie et n'opère transfert de responsabilité que si le délégataire se trouve bien en mesure de prévenir l'infraction¹⁵⁰. Elle concrétise l'autonomie nécessaire au délégataire, celui-ci devant pouvoir décider dans les situations inédites qui se présentent à lui, sans forcément en référer au dirigeant social¹⁵¹. Dans cette

¹⁴³ La formation professionnelle devient déterminante (v° Fr. Cass. crim., 26 nov. 1991, n° 90-87.310, où un chef de chantier n'avait bénéficié d'aucune formation à la sécurité et était en poste depuis onze jours seulement).

¹⁴⁴ M. SEGONDS, *op. cit.*, n° 199.

¹⁴⁵ V° aussi art. 36 de la loi ivoirienne n° 91-1000 du 27 déc. 1991 : « toute délégation de pouvoir [...] ne peut être consentie qu'à une personne pourvue de la compétence et de l'autorité nécessaire pour agir efficacement ».

¹⁴⁶ La délégation consentie à un préposé « âgé de vingt et un ans lors de la signature de la première délégation, moins d'une année après son arrivée dans l'entreprise » est rejetée au motif qu'il n'est pas certain que l'intéressé ait disposé d'une latitude pour réagir (Fr. Cass. crim., 8 déc. 2009, n° 09-82.183, *Bull. crim.*, n° 210 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Validité d'une délégation de pouvoirs », *AJ Pénal*, 2010, p. 138 ; A. CERF-HOLLENDER, « Inefficacité de délégations de pouvoirs inopportunes, successives et prématurées », *RSC*, 2010, p. 433).

¹⁴⁷ Fr. Cass. crim., 23 août 1994, n° 94-80.709. Une circulaire du ministère français de la Justice (n° 76 F 890 du 2 mai 1977) règle d'ailleurs cette question ; S. MENEGAKIS, *op. cit.* : « les juges ont proposé une définition large du préposé délégataire en y intégrant des subordonnés occupant une place hiérarchique plus modeste dans la société. On pensera notamment aux contremaîtres et aux chefs de chantier et on notera qu'il paraît raisonnable de ne pas descendre plus bas dans la hiérarchie, afin de permettre un authentique exercice de l'autorité ».

¹⁴⁸ Fr. Cass. crim., 14 sept. 1988, n° 88-80.687.

¹⁴⁹ M. GIACOPELLI-MORI, *op. cit.*

¹⁵⁰ A. CERF-HOLLENDER, « Droit pénal du travail – Responsabilités », *op. cit.*, n° 248.

¹⁵¹ Fr. Cass. crim., 25 janv. 2000, n° 97-86.355 ; Fr. Cass. crim., 26 mai 1994, préc. ; Fr. Cass. crim., 28 janv. 1997, n° 95-85.895.

optique, « être doté de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour veiller au respect de la réglementation relative à l'hygiène et à la sécurité ne suffit point. Encore faut-il que l'agent délégataire dispose de façon autonome desdits compétence, autorité et moyens »¹⁵². La détention du pouvoir de sanctionner disciplinairement est parfois regardée comme un indice de l'autorité, si l'on excepte cependant que ce pouvoir n'est pas nécessairement associé à celui de licencier¹⁵³.

32.- À tout le moins, les moyens conférés au délégataire doivent lui permettre d'exécuter sa mission en bénéficiant d'une relative indépendance. Il faut entendre ici les moyens humains, matériels, financiers, techniques indispensables à l'accomplissement de la mission assignée¹⁵⁴. En clair, « le délégataire doit avoir disposé des moyens aussi bien intellectuels que matériels d'agir. À défaut, l'on ne saurait lui reprocher d'infraction »¹⁵⁵. S'il est accordé une attention particulière aux moyens matériels et financiers, du moins, ils ne résument pas tout. Dans cette orientation, la Cour de cassation française a considéré que la délégation ne peut être validée lorsque la mission de surveillance d'un chantier ne comporte que l'exécution du travail sur le plan technique et ne permet pas de veiller à la sécurité¹⁵⁶. En cette circonstance, le délégataire dispose du « droit d'exiger » les moyens¹⁵⁷ lui permettant de remplir ses obligations.

33.- Les juges du fond apprécient souverainement la réalité et la portée de la délégation de pouvoirs¹⁵⁸. Pour ce faire, ils se situent non seulement au moment où la délégation est délivrée – sachant que celle-ci ne peut être "régularisée" par des actes

¹⁵² M. SEGONDS, *op. cit.*, n° 202.

¹⁵³ Fr. Cass. crim., 15 oct. 1991, n° 89-86.633 ; *contra* : Fr. Cass. crim., 5 févr. 1985, n° 84-92.639. v° aussi Fr. Cass. soc. 13 juin 2018, préc., où le juge a validé le licenciement du directeur général d'une filiale prononcé par le directeur général de la société mère.

¹⁵⁴ Fr. Cass. crim., 4 juin 1998, n° 97-81.186 ; Fr. Cass. crim., 16 janv. 2001, n° 00-83.427. La faute caractérisée du décideur est souvent retenue après un accident de travail, s'il est établi qu'il a contribué à créer la situation ayant permis la réalisation du dommage ou qu'il n'a pas pris les mesures préventives nécessaires (Ph. Le TOURNEAU, *op. cit.*, n° 1212.26).

¹⁵⁵ E. DREYER, *op. cit.*, n° 21. La délégation n'exonère pas le chef d'entreprise de sa responsabilité pénale lorsque le délégué, un chef de chantier, non seulement n'a pas bénéficié d'une formation spécifique en matière de sécurité, mais aussi reçoit une rémunération modique par rapport à ses charges (Fr. Cass. crim., 9 nov. 1998, n° 97-86.647 ; aussi Fr. Cass. crim., 28 mars 1979, n° 77-93.719, *Bull. crim.* n° 127, p. 360) ; c'est encore le cas lorsque le chef d'entreprise décidait seul des achats, y compris des équipements de sécurité (Fr. Cass. crim., 19 déc. 1995, n° 94-84.644 ; égal. Fr. Cass. crim., 25 mai 2004, n° 03-84.734 ; Fr. Cass. crim., 12 mai 2009, n° 08-82.187).

¹⁵⁶ *Le Lamy santé-sécurité au travail*, « Délégation de pouvoirs », étude 224, n° 224-19 : Fr. Cass. crim., 5 janv. 1979, n° 78-91.652 ; 25 juil. 1991, n° 90-85.362 ; Fr. Cass. soc., 18 mai 2005, n° 03-40.242.

¹⁵⁷ *Le Lamy Santé, sécurité et conditions de travail au quotidien*, « La responsabilité pénale », n° 205-85.

¹⁵⁸ Fr. Cass. crim. 25 févr. 2014, n° 12-88.098 ; Fr. Cass. crim. 23 mai 2007, n° 06-87.590, *Bull. crim.* n° 138 ; *AJ pénal*, 2007, 380, obs. G. ROYER ; B. BOULOC, « Tempête sur la délégation de pouvoirs », *op. cit.*

ou événements postérieurs¹⁵⁹ – mais aussi au moment où l'infraction a eu lieu¹⁶⁰. La preuve est, en l'occurrence, soumise au principe de la liberté et il appartient à celui qui se prévaut de la délégation d'en établir l'existence.

34.- La délégation de pouvoirs valablement constituée a pour effet, au-delà de favoriser une meilleure prévention au niveau de la sécurité en en confiant le soin au préposé de l'entreprise le plus apte à y veiller, de transférer sur ce dernier la responsabilité pénale pour les infractions commises dans l'exercice des fonctions dont il a été chargé. Récemment, le tribunal de grande instance de Ouagadougou a, par une décision remarquée¹⁶¹, condamné un directeur des ressources humaines et le chef du personnel, convaincus de fraude lors d'un concours de recrutement, à des peines d'emprisonnement respectives de trente mois et vingt mois, en plus d'interdictions professionnelles temporaires.

Somme toute, en tant que « cause d'exonération spécifique au chef d'entreprise, la délégation de pouvoirs est aussi attributive de responsabilité en désignant le véritable responsable au sein de l'entreprise »¹⁶². La responsabilité échoit, de cette manière, au salarié ayant reçu la délégation de pouvoirs avec les moyens d'accompagnement requis. La délégation de pouvoirs, en réalité, ne peut être cernée dans sa globalité sans tenir compte de cette répercussion, dont il n'est pas exagéré de penser qu'elle n'est jamais tout à fait absente des motifs des dirigeants qui y ont recours.

Cependant, à défaut pour la délégation, de réunir l'ensemble des exigences égrenées par les juridictions, l'exonération de responsabilité peut ne pas se réaliser.

II- UNE EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ PAR LA DÉLÉGATION DE POUVOIRS FREINÉE

35.- Il semble que le domaine de la délégation a « fini par devenir coextensif à celui de la responsabilité de principe du chef d'entreprise »¹⁶³. Néanmoins, l'exonération de responsabilité résultant de la délégation de pouvoirs n'est pas automatique¹⁶⁴. Il s'ensuit que, même dans les situations où la délégation de pouvoirs est communément acceptée, le dirigeant d'entreprise n'est pas assuré d'obtenir la décharge de

¹⁵⁹ A. CERF-HOLLENDER, « De la difficile détermination du responsable pénal en présence d'une multiplication de délégations de pouvoirs en cascade et concurrentes », *op. cit.*

¹⁶⁰ E. DREYER, *op. cit.*, n° 4.

¹⁶¹ Burkina Faso, TGI Ouagadougou, n° 380-2, 16 nov. 2020 ; N. VEBAMA, « Procès CNSS : 30 mois de prison ferme pour l'ex-DRH et 12 mois pour son épouse », *Infowakat*, 16 nov. 2020, consulté ce jour sur <https://infowakat.net/proces-cnss-30-mois-de-prison-ferme-pour-lex-drh-et-12-mois-pour-son-epouse/>.

¹⁶² M. GIACOPELLI-MORI, *op. cit.*

¹⁶³ A. COEURET, « La responsabilité en droit pénal du travail », *op. cit.* De la sorte, une délégation de pouvoirs peut être donnée dans chaque domaine par rapport auquel le dirigeant social court le risque de voir engager sa responsabilité pour le fait de ses préposés.

¹⁶⁴ Cf. O. DIÈNE, La délégation de pouvoirs dans les sociétés commerciales de droit OHADA, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux – Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2018, n° 392.

responsabilité lorsque le transfert de mission ne s'est pas fait dans la régularité. Aussi ce transfert peut-il ne produire que partiellement les effets escomptés (A) et même ne pas les produire du tout (B).

A- La responsabilité concurrente du dirigeant social en cas de délégation viciée

36-. En déléguant à un autre des missions dont le non-respect constitue une infraction pénale, le dirigeant s'évite de commettre l'infraction en question et, subséquemment, d'engager sa responsabilité pénale¹⁶⁵. En réalité, cet effet s'attache au transfert de pouvoirs consenti dans les formes¹⁶⁶. Il apparaît ainsi que le bien-fondé d'une délégation de pouvoirs peut, dans l'application, se heurter à des vices rédhibitoires comme l'imprécision des pouvoirs transférés (1) ou l'immixtion dans les fonctions déléguées (2).

1- Le vice d'imprécision des pouvoirs délégués

37-. L'acte de délégation « doit être certain et exempt d'ambiguïté »¹⁶⁷. La décharge pénale étant la deuxième facette de la délégation de pouvoirs¹⁶⁸, le délégant a l'obligation de clarifier, à l'endroit de la personne déléguée, le périmètre de la délégation¹⁶⁹. Sous cet abord, la Cour de cassation française a jugé que « la délibération du conseil d'administration d'une société anonyme, prise en application de [la loi], qui confère au directeur général des pouvoirs identiques à ceux exercés par le président concurremment aux siens, ne constitue pas une délégation de pouvoirs exonérant le président de sa responsabilité pénale »¹⁷⁰. En effet, il n'est pas possible d'admettre l'existence d'une délégation de pouvoirs en de telles circonstances, à cause du caractère indéfini des pouvoirs supposés passer aux mains du délégué. Par exemple, dans le droit OHADA, l'article 415 de l'AUDSC-GIE confie la direction de la société anonyme avec conseil d'administration, selon les cas, au président-directeur général ou bien au président du conseil d'administration et au directeur général, et l'article 494 du même acte uniforme confie celle de la société anonyme sans conseil d'administration à l'administrateur général.

38-. En pratique, les délégations multiples constituent le terreau de l'amalgame des pouvoirs dans l'entreprise. Pour parer au risque, en cas de délégations concurrentes, le dirigeant doit avoir la prudence de définir les limites de chacune et de divulguer l'identité de chaque préposé responsabilisé¹⁷¹. Dans la même disposition d'esprit, les

¹⁶⁵ L. SAENKO, *op. cit.*

¹⁶⁶ A. M. EBELE DIKOR, *op. cit.*, p. 499.

¹⁶⁷ M. SEGONDS, *op. cit.*, n° 211.

¹⁶⁸ Les missions qui en font l'objet constituent la première facette.

¹⁶⁹ A. CERF-HOLLENDER, « Droit pénal du travail – Responsabilités », *op. cit.*, n° 251 : la délégation doit « viser avec précision quelle fraction de l'autorité patronale est transmise, ainsi que le lieu où cette autorité est exercée (un établissement, un chantier, un atelier...) ».

¹⁷⁰ B. BOULOC, « Tempête sur la délégation de pouvoirs », *op. cit.*

¹⁷¹ A. COEURET, E. FORTIS, *op. cit.*, n° 301 s.

pouvoirs qui participent à l'exécution d'une mission déterminée doivent être transmis par le chef d'entreprise, dans leur totalité, au préposé choisi. Donc, il peut être consenti plusieurs délégations de pouvoirs en même temps¹⁷², sous réserve de les coordonner entre elles afin de ne pas contraindre les délégataires à se répartir les tâches, avec un risque de superposition.

Lorsqu'une entreprise présente une structure complexe, « les délégations de pouvoirs peuvent se multiplier, se succéder, voire se cumuler et se superposer, à tel point que l'on a du mal à déterminer sur qui, en définitive, pèse la responsabilité pénale lorsque survient l'infraction »¹⁷³. Un arrêt de la Cour de cassation française a pu relever, à ce sujet, que « le vice de la délégation initiale réside dans le fait que, par le jeu des subdélégations qu'elle autorise, elle aboutit à une totale confusion sur le point de savoir qui [finalement] doit répondre des infractions constatées »¹⁷⁴. Ces raisons expliquent la méfiance envers les codélégations – une méfiance que les juges de l'espace OHADA pourraient faire leur – étant donné qu'il peut en résulter un cumul de délégations entravant les initiatives de chacun des prétendus délégataires ou réduisant l'autorité indispensable à l'accomplissement des différentes missions.

39-. L'imprécision des pouvoirs peut faire suite à une transformation de la personne morale. À cet égard, la juridiction de cassation française estime qu'après une fusion-absorption, il y a nécessité de réitération de la délégation de pouvoirs puisque le transfert légal du contrat de travail, dans le cadre de la restructuration de deux sociétés, n'emporte pas d'office celui de la délégation de pouvoirs consentie au salarié¹⁷⁵. Il faut tenir compte, en effet, des possibles réajustements de son périmètre et de la nécessité de vérifier son absence de caducité du fait des modifications statutaires intervenues. Il est à noter, cependant, que la délégation donnée en vue d'une représentation en justice n'a pas à être renouvelée pour chaque instance¹⁷⁶.

40-. Devant les situations dans lesquelles les responsabilités ne peuvent pas être situées avec exactitude¹⁷⁷, la jurisprudence française exclut de retenir cumulativement

¹⁷² Il s'agit de la « pluridélégation qui correspond à la faculté offerte au chef d'entreprise d'accorder différentes délégations de pouvoirs à différents délégataires pour l'exécution de tâches différentes » (M. SEGONDS, *op. cit.*, n° 214).

¹⁷³ A. CERF-HOLLENDER, « De la difficile détermination du responsable pénal en présence d'une multiplication de délégations de pouvoirs en cascade et concurrentes », *op. cit.*

¹⁷⁴ Fr. Cass. crim., 8 févr. 1983, préc. ; aussi Fr. Cass. crim., 2 oct. 1979, n° 78-93.334, *Bull. crim.* n° 267, p. 725 ; 23 nov. 2004, n° 04-81.601, *Bull. crim.*, n° 295, p. 1107.

¹⁷⁵ M.-E. BOURSIER-MAUDERLY, « Transfert du contrat de travail et nécessité de réitération de la délégation de pouvoirs dans le cadre d'une fusion-absorption », *LPA*, 10 janv. 2012, n° 7, p. 8, note ss Fr. Cass. crim., 20 juil. 2011, n° 10-87.348. La position de la Cour de cassation a évolué car elle a, dans un premier temps, considéré que la délégation se poursuivait au même titre que le contrat de travail (Fr. Cass. crim., 14 mars 2006, n° 05-85.889, *Bull. crim.* n° 75, p. 283 ; *Dr. soc.* 2006. 1057, obs. F. DUQUESNE ; A. CERF-HOLLENDER, « Droit pénal du travail – Responsabilités », *op. cit.*, n° 241).

¹⁷⁶ Fr. Cass. civ. 2^e, 9 juil. 2009, n° 08-15.085.

¹⁷⁷ Lorsqu'une faute personnelle n'est pas relevée ou un cas donnant lieu à la responsabilité pénale du dirigeant.

la responsabilité pénale de plusieurs personnes physiques pour des faits identiques¹⁷⁸. Le propos doit toutefois être nuancé, car « la Chambre criminelle, lorsqu'elle rappelle que la responsabilité pénale ne peut être cumulativement retenue contre le chef d'entreprise et un préposé à raison des mêmes manquements, continue à accepter l'éventualité d'un cumul de responsabilité à raison d'agissements différents »¹⁷⁹. Cela étant, il convient de signaler l'existence d'une solution classique de cumul des responsabilités en matière d'homicide ou de blessures involontaires¹⁸⁰.

41.- En ce qui concerne les missions couvertes par la délégation, la responsabilité est alternative. La responsabilité du délégataire, investi des pouvoirs dont la mise en œuvre a donné lieu à la commission de l'infraction, exonère le chef d'entreprise délégant¹⁸¹. Il faut insister sur le fait que cette solution est spécifique aux personnes physiques dirigeantes, ce qui ne permet pas de l'étendre aux personnes morales. Ainsi, la responsabilité pénale d'un dirigeant ou d'un délégataire n'est pas exclusive de celle de la société elle-même, comme le prévoit explicitement le Code pénal ivoirien¹⁸². Des auteurs s'attardent même sur le fait que « le transfert de responsabilité pénale produit un effet puissant puisqu'il expose à condamnation le délégataire, mais également la personne morale pour le compte de laquelle celui-ci a agi en tant que représentant, un cumul de responsabilités n'étant pas exclu par la loi »¹⁸³.

Il peut être retenu, à cette étape, que la délégation de pouvoirs se trouve invalidée chaque fois que son périmètre incertain aura empêché le salarié de relayer efficacement le dirigeant-délégant dans la prévention du risque pénal dans l'entreprise. Excepté ce cas, le transfert de la responsabilité pénale rencontre aussi un obstacle avec l'ingérence du dirigeant social dans les pouvoirs attribués.

¹⁷⁸ Cf. M. GIACOPELLI-MORI, *op. cit.* : « Le droit offre au chef d'entreprise une échappatoire par le jeu de la délégation de pouvoirs : exonératoire de responsabilité pour le chef d'entreprise, elle est en même temps attributive de responsabilité sur la personne du délégataire ».

¹⁷⁹ C. SAAS, *op. cit.* ; v° aussi D. GIBIRILA, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 153 ; Fr. Cass. crim., 14 mars 2006, préc. ; 14 nov. 2006, n° 05-83.367, JCP, 2007. I. 203, n° 3, obs. J. F. CESARO.

¹⁸⁰ D. MAYER, *op. cit.*, p. 256 ; A. CERF-HOLLENDER, « Droit pénal du travail – Responsabilités », *op. cit.*, n° 257 ; Fr. Cass. crim., 8 sept. 2015, n° 13-87.410, *Bull. crim.*, n° 835, p. 145 (v° *Le Quotidien - Hygiène et sécurité*, Lexbase, Brèves, 21 sept. 2015 : « Délégation en matière d'hygiène et de sécurité du capitaine d'un navire ») ; aussi Fr. Cass. crim., 25 juin 2013, n° 11-88.037, *Bull. crim.*, n° 153 ; JCP S 2013, 1337, obs. F. DUQUESNE.

¹⁸¹ A. MOREAU, *op. cit.*

¹⁸² Ce Code précise, en son article 96, alinéa 2, que « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ». Les dirigeants étant ainsi placés en ligne de mire, la crainte de la sanction exerce à leur endroit une vertu dissuasive (cf. S YAWAGA, *op. cit.*, n° 37). La qualité de délégataire semble cependant se dissoudre dans celle de représentant, or celle-ci se trouve être la condition d'imputation matérielle de la responsabilité pénale de la personne morale, et cette condition paraît incompatible avec l'effet recherché (M. GIACOPELLI-MORI, *op. cit.*).

¹⁸³ A. COEURET, F. DUQUESNE, « Portée et limite de l'effet exonératoire de la délégation de pouvoirs », *La Semaine juridique Entreprise et Affaires*, n° 5, 4 févr. 2016, p. 1081.

2- Le vice d'immixtion dans les pouvoirs délégués

42.- Le dirigeant social éligible à l'exonération est celui « qui n'a pas pris part à la réalisation de l'infraction »¹⁸⁴. En matière de délégation de pouvoirs, le chef d'entreprise, en ce qu'il conserve classiquement une partie de ses fonctions, peut être tenté de s'immiscer dans la gestion des missions transmises¹⁸⁵. Pour autant, la participation personnelle du chef d'entreprise à la réalisation de l'infraction annihile la délégation de pouvoirs. Elle s'analyse en une immixtion dans les fonctions déléguées, qui aboutit à rendre inefficace la délégation de pouvoirs. En effet, les prises de décisions qui empiètent sur les pouvoirs confiés remettent en cause le principe de l'exonération de responsabilité pour les activités déléguées, en raison du non-respect de l'autonomie à laquelle le délégataire peut légitimement prétendre, dont l'imputation constitue le revers¹⁸⁶.

43.- Partant de ces considérations, il faut se rendre à l'évidence que celui qui délègue accepte, par le fait même, de renoncer à certaines prérogatives. Dès lors, il doit être aménagé une certaine autonomie au préposé pour lui permettre d'agir en tant que délégataire¹⁸⁷. Il ne faut pas, toutefois, en concevoir que la renonciation du chef d'entreprise lui ôte le pouvoir de contrôle. Il est admis que, « par la délégation de pouvoir, le délégant ne transfère pas la titularité du pouvoir »¹⁸⁸. C'est pourquoi, en toutes circonstances, celui qui délègue ses pouvoirs doit pouvoir être distingué de celui qui reçoit la délégation.

Un auteur rappelle, en outre, que l'absence d'assimilation du délégataire au délégant est une donnée importante, la position de subordonné restant une condition de validité de la transmission du pouvoir¹⁸⁹. Le fondement en serait le contrôle à exercer par le délégant, afin de s'assurer que le délégataire ne sort pas de ses attributions et respecte bien l'objet de la délégation. Par conséquent, dans toute délégation authentique, il doit exister ce contrôle, destiné à préserver l'unité de la direction. L'autonomie n'est donc pas synonyme d'indépendance totale. Au fond, l'injonction de non-immixtion dans les fonctions déléguées, qui s'adresse à l'auteur d'une délégation, ne contredit pas

¹⁸⁴ Cf. Fr. Cass. crim., 11 mars 1993 (1^{er} arrêt), n° 90-84.931, préc. Il faut réserver la responsabilité encourue par le dirigeant d'entreprise pour une infraction personnelle (J. MESTRE et al., *Droit commercial : Droit interne et aspects de droit international*, 29^e éd., Paris, Lextenso – LGDJ, 2012, n° 380). Hormis la responsabilité de la société, le dirigeant social est individuellement responsable envers les tiers pour les fautes commises dans l'exercice de ses fonctions (art. 161, al. 1^{er}, AUDSC-GIE). Lorsque plusieurs dirigeants ont participé aux faits, la responsabilité est solidaire (art. 161, al. 2, AUDSC-GIE).

¹⁸⁵ O. DIÈNE, op. cit., n° 398-399.

¹⁸⁶ Fr. Cass. crim., 25 janv. 2000, préc. ; Fr. Cass. crim., 28 janv. 1997, préc.

¹⁸⁷ F. DUQUESNE, « Hygiène et sécurité. Délégataire de pouvoirs. Compétence et autorité, mais défaut d'autonomie. Absence de responsabilité », *Droit soc.*, 2004, p. 903, note ss Fr. Cass. crim., 25 mai 2004, n° 03-82.765, préc.

¹⁸⁸ W. J. DJIGUEMDÉ, op. cit., n° 141.

¹⁸⁹ S. MENEGAKIS, « La délégation de pouvoirs et la reconnaissance de l'établissement distinct : indifférence de l'étendue des pouvoirs reconnus par le chef d'entreprise à son représentant », *LPA*, 2 janv. 2004, n° 2, p. 8, note ss Fr. Cass. soc., 24 avr. 2003, n° 01.60-876.

l'obligation de vigilance dont celui-ci est redevable par ailleurs. Selon cet entendement, le délégant doit se tenir informé, pendant la durée de la délégation, quant au respect des conditions de la délégation et à l'utilisation des pouvoirs par le délégataire, sous peine de voir sa responsabilité engagée pour faute de supervision de la gestion.

44.- Si la faible culture judiciaire dans les États couverts par l'OHADA ne permet pas de relever des cas d'ingérence réelle du délégant tranchés par les juges de l'espace de l'Organisation, même s'il est probable que le problème se pose en pratique, il en va différemment en France où ceux-ci sont récurrents. Le juge de cassation français a ainsi pu décider qu'un directeur administratif, en donnant directement des ordres aux ouvriers de l'artisan-délégataire, s'était immiscé dans l'exécution des travaux confiés à ce dernier, et qu'il lui incombait ensuite de veiller au respect des règles de sécurité¹⁹⁰. Dans une autre espèce, le juge français a estimé que le président-directeur général d'une société anonyme ne pouvait pas éluder sa responsabilité en invoquant une délégation de pouvoirs faite au directeur financier, pour la raison suivante : « il avait, en se réservant la signature des chèques et en exigeant un compte rendu hebdomadaire sur cette question, conservé le contrôle effectif du respect, par l'entreprise, de ses obligations vis-à-vis de l'administration fiscale »¹⁹¹. Dans le même registre, un salarié, titulaire d'une délégation de pouvoirs en matière de sécurité du travail, ne peut se voir reprocher une faute dans l'accomplissement de la mission d'organisation et de surveillance, lorsque le chef d'entreprise ou l'un de ses supérieurs hiérarchiques s'est immiscé dans le déroulement des tâches en rapport avec cette mission ; ce dernier aurait, ce faisant, supprimé « l'autonomie d'initiative inhérente à toute délégation effective »¹⁹². Ces exemples montrent la diversité des intrusions de nature à altérer les effets de la délégation de pouvoirs. Ils peuvent, à ce titre, être valablement exploités par le législateur de l'OHADA afin de fixer le régime juridique de la délégation de pouvoirs exonératoire de responsabilité.

45.- Il y a lieu de remarquer, au surplus, que l'immixtion reprochée au dirigeant social doit être postérieure à la délégation de pouvoirs. En réalité, ce n'est pas tant la validité de la délégation qui est interrogée que son efficacité, tout au moins sur le plan pratique et, par enchaînement, sur le plan des répercussions pénales. Lorsque des pouvoirs ont été transférés, « dès l'instant où le chef d'entreprise interfère dans les fonctions qu'il a déléguées, la délégation n'est pas pleine et entière et ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale »¹⁹³. Alors, force est de constater qu'à l'opposé de l'effet

¹⁹⁰ Fr. Cass. crim., 24 janv. 1989, préc. À rapprocher de Fr. Cass. crim., 29 avr. 1996, n° 93-85.169, *Bull. crim.*, n° 173, p. 489, où le président d'une association de jeux alléguait d'un contrat désignant le directeur des jeux comme seul responsable des infractions commises, afin de rejeter sa responsabilité pénale. Il s'est vu répondre qu'en s'immisçant dans la gestion de la structure, il avait participé à la fraude, ce qui avait fait d'eux les « co-auteurs des infractions visées à la prévention ».

¹⁹¹ Fr. Cass. crim., 19 août 1997, n° 96-83.944, *Bull. crim.*, n° 285, p. 969.

¹⁹² Fr. Cass. soc., 21 nov. 2000, n° 98-45.420, *Bull. civ. V*, n° 384.

¹⁹³ M.-C. HALLER, « Les limites de la délégation de pouvoirs », *Jurisprudence Sociale Lamy*, n° 128, 29 juil. 2003, note ss Fr. Cass. crim., 20 mai 2003, n° 02-64-307.

auxiliaire recherché à travers la délégation, l'immixtion dans la gestion vient partiellement priver celle-ci de son effet sur le plan pénal, le dirigeant social devenant également comptable des violations de la loi dans l'exercice des fonctions transférées¹⁹⁴.

Au cas où le juge entreprend de situer les responsabilités, le délégant peut être considéré comme complice s'il a personnellement participé à la commission de l'infraction, ne serait-ce que par abstention. Cette dernière situation se présente s'il n'est pas intervenu après avoir eu connaissance des agissements répréhensibles du délégataire¹⁹⁵. L'hypothèse apporte un éclairage sur l'argumentation ayant conduit la chambre criminelle de la Cour de cassation française à restreindre la validité de la délégation de pouvoirs aux hypothèses dans lesquelles le chef d'entreprise n'a pas « personnellement pris part à la réalisation de l'infraction »¹⁹⁶.

46-. Au total, le dirigeant ne doit pas être blâmable quant à la démarcation des pouvoirs. Dans le cas d'une immixtion caractérisée, le dirigeant n'échappe pas à la culpabilité, nonobstant la délégation de pouvoirs qu'il invoque. Il suffit pour cela d'établir qu'il n'a pas abandonné le pouvoir prétendument délégué et qu'il a perturbé l'activité du délégataire¹⁹⁷. Dans un tel contexte, assurément, « le plein effet pénal des délégations de pouvoir... n'exclut pas tout "risque pénal" »¹⁹⁸. On comprend alors que le dirigeant, qui ne respecte pas les consignes afin de déléguer valablement ses pouvoirs, puisse s'exposer à la responsabilité pénale en dépit de la précaution. Au-delà de l'embarras que peuvent susciter des pouvoirs délégués aux contours flous, s'agissant de la décharge de responsabilité du dirigeant social, il faut prendre garde à d'autres situations qui empêchent la délégation de pouvoirs de sécréter l'exonération de responsabilité pénale.

B- La responsabilité exclusive du dirigeant social en cas de délégation inopérante

47-. En principe, par le transfert d'une partie de ses charges à un préposé ou à un tiers se trouvant vis-à-vis de lui dans des liens assimilables aux rapports de préposition, le chef d'entreprise-délégant transmet la responsabilité pénale correspondante et ce, tant que la délégation n'est pas révoquée ou ne devient pas caduque. Toutefois, la volonté du dirigeant ne suffit pas toujours à opérer le transfert

¹⁹⁴ M. SEGONDS, *op. cit.*, n° 89 : l'interdiction vaut pour le dirigeant d'une entreprise en redressement judiciaire, à l'égard de l'administrateur judiciaire. Le dirigeant dessaisi de l'administration de la société ne doit pas effectuer, à l'insu de l'administrateur, des actes étrangers aux pouvoirs propres ; il reste tenu aux obligations légales et conventionnelles susceptibles d'engager sa responsabilité pénale, comme les infractions à la réglementation de la sécurité du travail (Fr. Cass. crim., 12 juin 1996, n° 94-85.598, *Bull. crim.*, n° 251, p. 757).

¹⁹⁵ Fr. Code pénal, art. 121-7 ; Fr. Cass. crim., 17 nov. 2004, n° 04-82.813 ; Fr. Cass. crim., 17 juin 1997, n° 95-83.010, *Bull. crim.*, n° 237, p. 788.

¹⁹⁶ Cf. Fr. Cass. crim., 11 mars 1993, cinq arrêts, préc. ; M.-C. HALLER, *op. cit.*

¹⁹⁷ E. DREYER, *op. cit.*, n° 11.

¹⁹⁸ A. COEURET, F. DUQUESNE, *op. cit.*

de fonctions et sa conséquence pénale. Il en va notamment ainsi lorsque le domaine choisi est en principe réservé au responsable de l'entité sociale (1) ou lorsque la délégation n'existe qu'en apparence (2).

1- Le rejet de la délégation des pouvoirs propres

48.- La possibilité de transférer ses pouvoirs à des agents dans l'entreprise ne devrait pas avoir pour effet de dépouiller le délégant de ses pouvoirs propres. Des incertitudes entourent cependant la notion de « pouvoirs propres ». L'absence de définition de la notion « fait naître une insécurité juridique dont peut pâtir le représentant légal délégant »¹⁹⁹. À la rigueur, il faudrait l'entendre au sens de pouvoir d'administration générale, lequel ne saurait être détenu que par le premier responsable de l'entreprise. C'est notamment le cas du pouvoir de représentation générale dévolu aux organes de gestion, de direction et d'administration par l'AUDSC-GIE²⁰⁰. Incontestablement, la délégation de pouvoirs au sein de l'entreprise peut intervenir à tous les niveaux, que les compétences à céder ressortissent à un département de production, de distribution, de service ou à une unité opérationnelle décentralisée²⁰¹. Pourtant, ce ne sont pas tous les pouvoirs du dirigeant qui peuvent être transférés à un salarié, même si ce dernier occupe un poste de cadre dans l'entreprise. Sont particulièrement visées les charges requérant un haut niveau de qualification et qui justifient, en somme, la fonction de chef d'entreprise²⁰². Les pouvoirs de direction incluent la prise de décisions ayant une portée générale et le dirigeant social doit en assumer logiquement les retombées. C'est le minimum attendu d'un dirigeant, dans la mesure où ceux-ci impriment la stratégie, la politique économique de l'entreprise.

De ce point de vue, il paraît adéquat de circonscrire un irréductible pouvoir de direction échappant à toute délégation, si l'on ne veut pas admettre tacitement que la fonction même de chef d'entreprise peut être exercée en fait par un tiers, un représentant légal qui ne serait plus qu'« un homme de paille »²⁰³. Dans l'arrêt rendu le 27 octobre 2009 par la Cour de cassation française, un subdélégataire confiait à deux chefs de chantiers la tâche de « compléter les mesures de protection générales arrêtées par le conducteur de travaux »²⁰⁴. Cette délégation semblait inclure l'élaboration d'un plan de sécurité, dont la méconnaissance fondait les poursuites judiciaires contre le dirigeant-délégant. Or il s'agit d'une obligation légale pesant sur les chefs des entreprises utilisatrices et extérieures. Cette mission relevait donc des pouvoirs propres du dirigeant, exclusifs d'une délégation de pouvoirs. Tout bien

¹⁹⁹ D. GIBIRILA, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 179.

²⁰⁰ V° art 121 AUDSCGIE.

²⁰¹ T. DALMASSO, *op. cit.*, n° 28.

²⁰² Cf. art. 891 AUDSC-GIE.

²⁰³ Cf. E. DREYER, *op. cit.*, n° 9 ; D. NZOUABETH, « L'activité de l'entreprise saisie par le droit pénal », *op. cit.*, p. 207.

²⁰⁴ Préc. Une autre décision a estimé que, « même s'il confie à un représentant le soin de présider le comité central d'entreprise, le chef d'entreprise engage sa responsabilité à l'égard de cet organisme, s'agissant des mesures ressortissant à son pouvoir propre de direction, sans pouvoir opposer l'argumentation prise d'une délégation de pouvoirs » (Fr. Cass. crim., 15 mai 2007, n° 06-84.318, *Bull. crim.*, n° 126).

considéré, la qualité de chef d'entreprise ne doit pas confiner à l'imposture, mais être réellement incarnée.

49.- Il n'est pas nié que la délégation de pouvoirs est souvent imposée par des contingences²⁰⁵. Quand bien même, certains pouvoirs sont d'office exclus, en particulier si la définition de la politique commerciale de l'entreprise est visée²⁰⁶. À cet égard, la validité de la délégation peut ne pas être remise en cause, mais son efficacité pourra être limitée dans certaines circonstances. En effet, les tribunaux estiment que les décisions de cet ordre émanent de choix nécessairement exprimés au plus haut niveau de l'entreprise²⁰⁷. En matière d'infractions économiques, l'exonération de la responsabilité pénale est rejetée lorsque les obligations relèvent des « pouvoirs d'administration générale » parce qu'ils sont censés être assumés par le chef d'entreprise²⁰⁸. Pareillement, « la politique même du directoire » et « ses choix de "stratégie" » ne peuvent pas être délégués à un préposé²⁰⁹. Selon cette acception, la responsabilité est la contrepartie du pouvoir qu'exerce le dirigeant²¹⁰. Ces solutions du droit français, en matière de limitation des pouvoirs susceptibles d'être délégués, pourraient inspirer dans la construction d'un droit OHADA de la délégation de pouvoirs à fonction exonératoire de responsabilité pénale, d'autant que la logique ayant conduit la France à les retenir se retrouve aussi dans les États de l'Organisation, en ce qui concerne les sociétés établies sur leur sol.

50.- En toute hypothèse, les pouvoirs délégués ne doivent pas être illimités, en conformité avec la conception selon laquelle le dirigeant social ne peut transférer l'intégralité de ses pouvoirs pour toute l'entreprise. Autrement, ce serait lui offrir l'occasion d'organiser son immunité pénale au détriment du délégataire. De l'avis d'un auteur, « l'erreur a été d'associer la délégation de pouvoirs à l'idée d'une présomption de responsabilité pesant sur le chef d'entreprise »²¹¹. En effet, ce qui est parfois analysé comme une présomption de responsabilité, qui ne saurait être admise en tant que telle sans méconnaître la présomption d'innocence, n'est véritablement qu'« une présomption d'autorité qui sert au repérage du débiteur de l'obligation violée »²¹². Sous cet angle, il importe de distinguer exactement les missions intrinsèques à la direction d'une entreprise, en gardant à l'esprit qu'ils ne peuvent aucunement faire l'objet d'un transfert de compétences.

²⁰⁵ Par exemple, lorsque la société mène ses activités sur plusieurs sites à la fois (M. SEGONDS, *op. cit.*, n° 192).

²⁰⁶ Fr. Cass. crim., 11 mars 1993, n° 91-80958 (3^e arrêt), préc.

²⁰⁷ A. MOREAU, *op. cit.*

²⁰⁸ Fr. Cass. crim., 19 déc. 1977, n° 76-92980, *Bull. crim.*, n° 402, p. 1068.

²⁰⁹ Fr. Cass. crim., 17 juin 2003, n° 02-84.22, *Dr. pén.*, nov. 2003, p. 18, n° 127, obs. J.-H. ROBERT.

²¹⁰ O. DIÈNE, *op. cit.*, n° 393 ; C. MASCALA, « La preuve de la délégation de pouvoirs du dirigeant : la réalité et la portée de la délégation relèvent de l'appréciation des juges du fond », note ss Fr. Cass. crim., 19 août 1997, n° 96-83.944, *Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} jan. 1998, n° 1, p. 36.

²¹¹ M. GIACOPELLI-MORI, *op. cit.*

²¹² A. COEURET, « La responsabilité en droit pénal du travail », *op. cit.*

51.- Lorsque les conditions de validité de la délégation de pouvoirs ne sont pas réunies, la jurisprudence est plutôt encline à prononcer des sanctions lourdes à l'encontre du dirigeant, délégué présumé. L'intention est de réprimer l'invocation « téméraire » de l'institution, en vue d'obtenir un report de la responsabilité sur un employé. Les juges se montrent plus sévères envers le principal dirigeant dont l'inexécution des obligations en matière de sécurité du travail est constitutive d'une infraction, en plus d'entraîner un dommage. Ainsi, un dirigeant, qui n'a eu de cesse de réfuter ses obligations après un accident de travail ayant causé la mort de deux personnes, s'est vu infliger une peine d'emprisonnement pour homicide involontaire ; le juge français a considéré que « toute autre sanction serait apparue inadéquate à réprimer des agissements révélateurs de ce qui est perçu comme une "dangerosité sociale" »²¹³.

52.- Au demeurant, les tribunaux en France admettent la licéité de la délégation de pouvoirs, voire incitent les dirigeants des sociétés importantes à y recourir, « non point en termes d'échappatoire à la loi ou d'indice d'irresponsabilité organisée, mais de gage d'une bonne gestion destinée à parfaire la surveillance de l'application des [...] textes »²¹⁴. Cette attitude pourrait être dupliquée en droit OHADA car, *a priori*, il n'est pas d'argument juridique qui s'y oppose. Donc, il ne s'agit pas de s'abriter derrière le procédé afin de vider la fonction de chef d'entreprise de son contenu. Par voie de conséquence, le dirigeant conserve une part de responsabilité pénale, fût-elle minime, au regard des pouvoirs indissociables de ses fonctions, autant que des pouvoirs susceptibles de délégation qu'il aurait choisis de conserver. À ce propos, l'on pense que, « la plupart du temps, le dirigeant aura été soucieux de conserver le pouvoir de prendre les décisions qui engagent principalement l'entreprise »²¹⁵. Il est à prendre en compte que, « même en l'absence de dispersion géographique, la conservation d'un ultime pouvoir d'administration générale peut être établie »²¹⁶. L'ensemble repose sur les preuves qui peuvent être rapportées.

53.- Pour cette raison, en l'absence de preuve, la volonté du chef d'entreprise ne peut déplacer la responsabilité pénale au titre des défaillances corrélatives aux pouvoirs délégués. Le cas échéant, le délégataire n'échappe pas cependant à la responsabilité pénale qu'il encourt personnellement, de même que le subdélégataire envers le délégataire²¹⁷. Au passage, il faut relever que les actes d'un préposé agissant pour le compte de l'entreprise, mais sans avoir reçu de pouvoirs à cet effet, n'engagent

²¹³ A. COEURET, F. DUQUESNE, *op. cit.*, à propos de Fr. Cass. crim., 8 sept. 2015, n° 14-83.053.

²¹⁴ D. GIBIRILA, « Société à responsabilité limitée », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, juin 2019, n° 329 ; aussi O. DIÈNE, *op. cit.*, n° 393.

²¹⁵ E. DREYER, *op. cit.*, n° 10.

²¹⁶ *Ibid.*, n° 9.

²¹⁷ Fr. Cass. crim. 17 juin 1997, n° 95-83.010, *Bull. crim.*, n° 237, p. 788 ; D. GIBIRILA, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 163.

pas la responsabilité pénale de la société, de même que celle de son dirigeant²¹⁸. Pour renverser cette solution, il faut prouver la qualité de dirigeant de fait de celui qui a agi, sur la base d'« une activité positive et habituelle de haute gestion en toute indépendance »²¹⁹.

Il vient d'être exposé que le chef d'entreprise peut difficilement obtenir une exonération de sa responsabilité pénale si les pouvoirs conférés relèvent de ses pouvoirs irréductibles. Il apparaît que le dirigeant social ne peut pas davantage se prévaloir d'une délégation de pouvoirs, afin de se dégager de sa responsabilité pénale, si le transfert de pouvoirs n'est que superficiel.

2- *Le rejet de la délégation de pouvoirs fictive*

54.- La jurisprudence refuse les délégations fictives, encore appelées délégations simulées. Une délégation est simulée lorsque les pouvoirs ne sont délégués à un préposé qu'en pure forme, mais continuent d'être exercés en réalité par leur titulaire statutaire. Lorsque le dirigeant social a conservé ses pleins pouvoirs, même la preuve matérielle du transfert de pouvoirs qu'il aurait consenti n'est pas de nature à bouleverser l'ordre des choses. La délégation simulée a été caractérisée par la jurisprudence française, dans un cas où les pratiques illicites généralisées procédaient manifestement d'un choix de stratégie, car le recours à la sous-traitance par le délégataire, qui était discuté, n'était pas limité à une seule direction régionale de la société²²⁰. L'analyse de la décision montre qu'il y avait dans cette affaire, « une hypothèse de complicité par instigation »²²¹. Pour preuve, une politique similaire était menée au niveau de plusieurs implantations géographiques de la société. Il a ainsi été retenu que les pouvoirs généraux avaient été conservés par le chef d'entreprise. Dans une autre espèce, une délégation fictive a été détectée en s'appuyant sur le fait que « la délégation invoquée ne concernait nullement la sécurité des travailleurs et se bornait à énoncer une série de prérogatives juridiques et matérielles sans rapport avec cet objet,

²¹⁸ V° H. MATSOPOULOU, « Responsabilité pénale des personnes morales », Répertoire de sociétés, Dalloz, avr. 2019, n° 77 ; Fr. Cass. crim. 17 oct. 2017, n° 16-80.821 ; Fr. Cass. crim. 13 oct. 2015, n° 14-84.760, *Dr. pénal*, 2016. comm. 5, note Ph. CONTE ; J. -C. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale des personnes morales est-elle une responsabilité par ricochet ? » *D.*, 2000. 636, note ss Fr. Cass. crim., 18 janv. 2000, n° 99-80.318, *Bull. crim.* n° 28, p. 68. Lorsque le préposé a méconnu les ordres de sa hiérarchie, sa responsabilité personnelle est engagée (J. GATSI, « La responsabilité du dirigeant/chef d'entreprise », *op. cit.*, p. 135).

²¹⁹ F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, p. 321.

²²⁰ Fr. Cass. crim. 17 juin 2003, préc. : il ressort des faits de l'espèce qu'un directeur régional, en sa qualité de délégataire de pouvoirs, avait signé des contrats de sous-traitance, lesquels avaient été requalifiés par le juge saisi en contrats de travail, après avoir constaté qu'ils impliquaient un lien de subordination. En effet, l'arrêt a retenu que « les sous-traitants n'avaient pas la possibilité de négocier librement la rémunération de leur travail, se voyaient imposer des horaires et des contraintes spécifiques et [...] ils étaient soumis à des directives et à des contrôles ». Ces pratiques contrevenaient à la législation française du travail.

²²¹ E. DREYER, *op. cit.*, n° 10.

y compris en ce qui avait trait à la signalisation des chantiers »²²². En l'occurrence, il a été estimé que la délégation était sans contenu réel. Ces limitations en droit français pourraient être utilement insérées dans le droit OHADA.

55-. Par-delà ces cas, une délégation fictive peut résulter du contenu éluif de l'acte de délégation, comme précédemment évoqué²²³. Une telle insuffisance rend difficile la démarcation entre les pouvoirs conservés et les pouvoirs délégués. À tout le moins, la participation personnelle du dirigeant à la commission d'une infraction intentionnelle permet de déceler la présence d'une délégation fictive. Il est affirmé que « la délégation de devoirs complète [...] la délégation de pouvoirs *stricto sensu* »²²⁴. Cette assertion met en lumière le but spécifique de la délégation : celui de transférer au préposé l'obligation de veiller au respect de la réglementation, à charge pour lui de mettre en œuvre les mesures indispensables relevant de son périmètre de compétence. Tel qu'il apparaît, la preuve d'une délégation artificielle est plus aisément rapportée lorsque le dirigeant s'est immiscé dans les compétences déléguées²²⁵. Le défaut de mise à disposition des moyens nécessaires à l'exécution de la mission transférée trahit à son tour la présence d'une délégation simulée²²⁶.

56-. Hormis les situations ci-dessus déroulées, qui présentent une certaine homogénéité, un cas plus subtil mérite l'attention : celui dans lequel les pouvoirs sont exercés en fait par une personne distincte du dirigeant de droit. Dans ce contexte, pour éviter que les pouvoirs officieux ne brouillent la responsabilité officielle, l'imputation reste centrée sur le chef d'entreprise²²⁷. Il a ainsi été jugé qu'un dirigeant, qui devait s'absenter pour une période limitée, avait le devoir, en sa qualité de chef d'établissement et employeur, « de s'assurer personnellement du respect constant de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité des travailleurs et avait la charge de mettre en œuvre les mesures de protection [...], peu important que son père ait été, par ailleurs, gérant de fait »²²⁸. Il faut en conclure que le décideur affiché supporte la

²²² A. COEURET, F. DUQUESNE, *op. cit.*

²²³ *Supra*, v° II-A, 1.

²²⁴ T. DALMASSO, *op. cit.*, n° 60.

²²⁵ Fr. Cass. crim., 29 avr. 1996, préc.

²²⁶ Fr. Cass. crim., 28 mars 1979, préc. ; Fr. Cass. crim., 19 déc. 1995, n° 94-84.644, préc. ; Fr. Cass. crim., 25 mai 2004, n° 03-84.734, préc. ; Fr. Cass. crim., 12 mai 2009, n° 08-82.187, préc.

²²⁷ D. NZOUABETH, « L'activité de l'entreprise saisie par le droit pénal », *op. cit.*, p. 206-207 : le dirigeant est l'auteur moral des transgressions légales dont ses commis officieux se rendent coupables.

²²⁸ Fr. Cass. crim., 7 juin 2016, n° 15-81.023 ; v° J.-M. MOULIN, « Le dirigeant soliveau n'en est pas moins responsable pénalement : épilogue », *Bull. Joly Sociétés*, n° 10, p. 580 : quelles que soient les circonstances de fait qui ont pu présider à la nomination d'une personne en qualité de dirigeant social ou encore celles dans lesquelles cette personne est amenée à exercer le mandat social, « son inaction, sa passivité, sa timidité, sa subordination, sa complaisance ne sauraient être admises au titre des causes exonératoires de responsabilité pénale du chef d'entreprise. Accepter d'être nommé dirigeant de société implique l'exercice d'un pouvoir et l'exécution de tâches précises. Le dirigeant soliveau, le prête-nom, ne saurait, pour ces seuls caractères, être excusé pénalement ».

responsabilité de veiller au respect scrupuleux des dispositions légales qui encadrent son entreprise. Ne serait-ce qu'à ce titre, en cas d'infraction consommée par le prête-nom, le chef d'entreprise peut être appréhendé pour complicité, conformément aux Codes pénaux des États membres de l'OHADA²²⁹.

57.- Dans une autre perspective, il faut considérer la situation dans laquelle une délégation a réellement été consentie, alors que la preuve ne peut pas en être rapportée pour différentes raisons. Des auteurs soulignent, de fait, que le principe de l'exonération, par la démonstration d'une délégation de pouvoirs à un subordonné, peut se trouver entravé si la production d'une preuve s'avère difficile²³⁰. En tout état de cause, le dirigeant « ne saurait se contenter d'invoquer une délégation de pouvoirs pour échapper à sa responsabilité. En l'absence de preuve de la réalité et de la portée de la délégation, qui incombe à celui qui l'invoque, les juges du fond [sont] souverains dans leur appréciation »²³¹. De simples allégations du chef d'entreprise ne suffisent pas, d'autant que le délégataire peut élever des contestations à propos de la validité de la délégation²³². Les tiers intéressés peuvent à leur tour contredire cette validité²³³.

58.- Le formalisme à des fins probatoires se justifie, au demeurant, si l'on regarde aux effets exceptionnels de la délégation de pouvoirs²³⁴. Par souci de simplification, la responsabilité du dirigeant est présumée, mais il peut ne pas être, en définitive, la personne pénalement responsable dans l'entreprise²³⁵. Il est donc essentiel que le chef d'entreprise, « toutes les fois [qu'il] n'a pas personnellement pris part à l'activité délictueuse, apporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires »²³⁶. Devant l'impossibilité de prouver la délégation, celle-ci ne peut entièrement déployer ses effets sur le plan pénal.

Au terme de cette partie, il est possible de retenir que si la délégation de pouvoirs a vocation à s'appliquer aux différentes sphères d'activité de l'entreprise, néanmoins, elle ne peut recouvrir les compétences d'essence directoriale. Ces compétences vont nécessairement avec la fonction de chef d'entreprise. De même, en présence d'une délégation factice, le délégataire pressenti qui ne l'est pas vraiment devenu ne peut

²²⁹ D. NZOUABETH, « L'activité de l'entreprise saisie par le droit pénal », *op. cit.*, p. 207 ; v° par exemple art. 131-5 du Code pénal burkinabè ; art. 32 du Code pénal ivoirien ; art. 46 du Code pénal sénégalais (Loi n° 2016-29 du 8 nov. 2016 modifiant la loi n° 65-60 du 21 juil. 1965).

²³⁰ J.-B. BLAISE, R. DESGORCES, *op. cit.* : comme un délit en matière de publicité (Fr. Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-83.628, *Bull. crim.*, n° 57 ; 16 sept. 2008, n° 08-80.204, *Bull. crim.*, n° 186).

²³¹ C. MASCALA, « La preuve de la délégation de pouvoirs du dirigeant... », *op. cit.* ; aussi B. de MASSIAC, « Responsabilité pénale des dirigeants et délégation de pouvoirs », *RJDA*, n° 11/95, p. 927.

²³² O. DIÈNE, *op. cit.*, nos 392 et 395.

²³³ V° Côte d'Ivoire, CA d'Abidjan, 24 déc. 2010, n° 364 ; CCJA, 2 avr. 2015, 020/2015.

²³⁴ C. MASCALA, « La preuve de la délégation de pouvoirs du dirigeant... », *op. cit.*

²³⁵ J. GATSI, « La responsabilité du dirigeant/chef d'entreprise », *op. cit.*, p. 133.

²³⁶ N. DIOUF, *op. cit.*, p. 32.

être inquiété à raison d'infractions qu'il ne pouvait pas empêcher, faute d'extension concrète de ses pouvoirs.

CONCLUSION

59-. L'institution prétorienne de la délégation de pouvoirs exonératoire de la responsabilité pénale du dirigeant résiste au temps, tout en voyant ses utilisations se multiplier. Depuis son émergence en France dans les années 1890²³⁷, elle s'est étendue à tous les domaines où il était envisageable de l'appliquer et a gagné en précision au fil des décisions. L'étude a permis de montrer, d'abord, que la délégation régulière vient infléchir la règle de la personnalité de la responsabilité pénale. Elle permet, en effet, au chef d'entreprise d'échapper à sa responsabilité de principe. À cette fin, le mode de délégation choisi doit être valable et l'étendue des compétences couvertes délimitée. La délégation doit également être accordée à une personne soumise au pouvoir hiérarchique du dirigeant-délégant. En plus de ces conditions, il doit pouvoir être démontré que le délégataire a bien exercé les pouvoirs transférés, avec la compétence, l'autorité et les moyens nécessaires.

Il a ensuite été montré que si une délégation invalide produit des effets dommageables pour les tiers, l'imputation statutaire reprend sa place. La solution n'est guère différente, en cas de délégation valide, mais ineffective, pour imprécision des fonctions déléguées ou immixtion dans les affaires déléguées. Dans ces cas, la responsabilité du délégataire peut être cumulativement retenue avec celle du délégant si, toutefois, une faute personnelle peut être reprochée à ce dernier. Pour le reste, la responsabilité du dirigeant social est évidente lorsqu'il y a transfert des pouvoirs de gouvernance de l'entreprise ou bien simulation de délégation. Dans cette éventualité, la délégation devient impropre à opérer l'exonération de responsabilité, les pouvoirs étant, en réalité, demeurés aux mains du dirigeant.

60-. Au regard de la contribution de la délégation de pouvoirs à la gestion du risque pénal au cœur de l'entreprise – ce dont témoigne l'intérêt croissant de la doctrine de l'OHADA pour la question – il est nécessaire pour le droit OHADA de la régir expressément. Une réforme s'impose d'autant plus que le recours à la technique est d'ores et déjà relevé en pratique. De plus, la délégation de pouvoirs tend à investir le champ juridique, en tant que moyen de responsabilisation des dirigeants et de leurs délégataires et, *ipso facto*, de prévention des infractions se rattachant à l'activité sociale. Ainsi, l'exonération de la responsabilité pénale par la délégation peut être un vecteur de sensibilisation des employés qui reçoivent des pouvoirs délégués.

L'absence de consécration explicite de la force exonératoire de la délégation en l'état actuel du droit OHADA n'empêche pas, de toute façon, le dirigeant social d'invoquer le mécanisme pour décliner sa responsabilité du fait des agissements de ses collaborateurs. On peut même penser qu'en admettant la délégation de pouvoirs dans certaines circonstances, le droit des sociétés de l'OHADA entérine l'effet exonératoire qu'elle est susceptible de produire. Il convient alors, par précaution, d'étoffer les

²³⁷ *Supra*, v° Introduction.

dispositions afférentes du droit communautaire africain. En attendant, il revient sans doute à la CCJA et aux juridictions des États parties au Traité OHADA de forger le régime de l'exonération de responsabilité par l'effet de la délégation de pouvoirs, à l'image de l'expérience française avant la consécration législative²³⁸.

Aïssata DABO

Assistante en Droit privé

Université Thomas Sankara (BURKINA FASO)

²³⁸ En France, la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence a modifié l'article 121-3 du Code pénal (v° C. RUET, « Commentaire de la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence », *RSC* 1998, p. 23). Ainsi, l'alinéa 3 de l'article 121-3 du Code pénal qualifie de délit « la faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ». L'alinéa 4 de l'article 121-3, ajoute que « les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ».

REFLEXIONS SUR QUELQUES SINGULARITES DU CONSTITUTIONNALISME AFRICAIN¹

Que ne dit-on pas du constitutionnalisme² et de la démocratie en Afrique ? En effet, la doctrine en rapport avec ces deux concepts a longtemps varié entre affirmation d'une incompatibilité de principe de l'Afrique et de la démocratie constitutionnelle, réduction du constitutionnalisme à un exercice de « copier-coller » dans le sens Nord-Sud et l'éternel asservissement du droit constitutionnel africain à une vie politique tumultueuse et désordonnée³. Ces opinions, malgré de profondes mutations, restent encore partagées, de sorte que l'on se demande parfois si elles ne connaissent pas un regain d'actualité. Cependant, la diversité de l'Afrique permet de soutenir bien des opinions contraires, voire contradictoires.

C'est dans cette perspective de controverse sur le constitutionnalisme africain, considéré tantôt comme une copie reproduite du constitutionnalisme occidental, tantôt comme ayant ses particularités que s'inscrit le sujet objet de la présente réflexion : « Réflexion sur quelques singularités du constitutionnalisme africain ».

L'expression singularité doit s'entendre des particularités qui existent dans le constitutionnalisme africain par rapport au droit constitutionnel général et français particulièrement, source d'inspiration du constitutionnalisme africain. En ce sens, elle renvoie aux apports de l'Afrique au patrimoine constitutionnel mondial ou plus modestement, à quelques aspects empruntés mais adaptés au contexte africain.

Le droit constitutionnel, discipline dans laquelle s'enracine la présente réflexion, peut être appréhendé comme la science qui étudie l'ensemble des normes constitutionnelles⁴. En tant que telle, la science du droit constitutionnel est sous-tendue par plusieurs approches marquées d'une part par les grands courants qui traversent la science du droit en général⁵, et d'autre part par des approches institutionnelles⁶, les

¹ Cet article a été publié dans la revue électronique *Afrilex* de l'Université Bordeaux IV en mai 2019 sous le lien suivant : <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/contribution-a-l-analyse-de-la.html> avec pour titre: « Contribution à l'analyse de la réappropriation de certaines catégories constitutionnelles en droit constitutionnel africain ». Il est revu et modifié à la fois dans son contenu que dans son titre.

² A. KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?* Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 89- 126.

³ J. du B. de GAUDUSSON, in Préface, S. BALDE, *La convergence des modèles constitutionnels : Etudes de cas en Afrique subsaharienne*, Paris, Publibook, 2011, p. 9.

⁴ A. LOADA et L. M. IBRIGA, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Ouagadougou, PADEG, 2007, p. 1.

⁵ Cf. Conception jux naturaliste, d'une part, du droit constitutionnel et conception positiviste, d'autre part. Pour les auteurs de la première conception, il existe un droit constitutionnel naturel qui ne serait pas l'émanation de la volonté générale des hommes, mais qui serait immanent à la nature, issu d'une volonté divine, transcendante ou encore, issu de la raison. Le droit naturel préexisterait au droit positif et se situerait au-dessus de lui. Les seconds ne

unes empruntant à la science politique, les autres au positivisme juridique. Cependant, le droit constitutionnel n'est pas seulement une science juridique traversée par plusieurs courants de pensée. C'est aussi un ensemble de normes constitutionnelles, ainsi qualifiées parce que consacrées par la Constitution, une notion qui revêt à la fois un sens matériel et formel.

La Constitution au sens matériel « a un sens de contenu ou de fond et désigne un ensemble de normes qui régissent l'organisation et le fonctionnement des institutions politiques, la distribution du pouvoir dans l'Etat et qui dans beaucoup de cas garantissent aussi les droits et libertés fondamentales de la personne »⁷. Au sens matériel, le droit constitutionnel est donc défini par son objet, à savoir l'Etat.

Au sens formel, la Constitution est la loi fondamentale, c'est-à-dire la norme dont la valeur juridique est supérieure à celle de toutes les autres normes juridiques. Il existe, en effet, dans toute société démocratique moderne un ordre ou un système juridique composé d'un ensemble de normes en interaction, qui forment entre elles une hiérarchie. Au sommet de cette hiérarchie des normes se trouve une norme fondamentale ; la Constitution ou loi fondamentale⁸. Les règles constitutionnelles en raison de leur autorité supra législative forment la « Constitution formelle »⁹.

Quant au concept de constitutionnalisme, elle est une notion fluctuante, avec de multiples dimensions et facettes. Une définition unique ne serait donc pas suffisante pour rendre compte de ses nombreux enjeux. En partant de ce constat, il est fondé de parler du *constitutionnalisme africain* pour évoquer les particularités du modèle tel qu'appliqué en Afrique, depuis l'accession à l'indépendance jusqu'à la fin des années 1980, et du *nouveau constitutionnalisme africain*, avec l'avènement des transitions constitutionnelles.

Le constitutionnalisme moderne contient une double exigence. Il s'agit d'une part de la production du droit constitutionnel matériel dans la seule forme constitutionnelle et la traduction juridique de certaines normes politiques et morales par le droit

reconnaissent de valeur qu'aux règles du droit positif, c'est-à-dire à l'ensemble des règles en vigueur posées par les autorités constitutionnelles habilitées à le faire. Contrairement au jus naturalisme, ils s'opposent à toute idée de droit naturel et rejette toute métaphysique.

⁶ Les institutions sont, selon E. DURKHEIM, « des phénomènes sociaux, impersonnels et collectifs, présentant permanence, continuité, stabilité », cité par J.-L. QUERMONNE, *L'appareil administratif de l'Etat*, Paris, Le Seuil, 1991, p20. Le doyen M. HAURIOU en distingue deux variantes : les « institutions règles » et les « institutions corps », cité par A. LOADA et L. M. IBRIGA, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Ouagadougou, PADEG, 2007, p. 3 ; M. HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », in Pau ARCHAMBAULT et alii, *La Cité moderne et les transformations du droit*, Cahier de la nouvelle journée, Paris, Librairie Bloud et Gay, 1925.

⁷ F. CHEVRETTE et H. MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 16 et s.

⁸ Selon la théorie de Hans KELSEN.

⁹ A. LOADA et L. M. IBRIGA, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Ouagadougou, PADEG, 2007, p. 3.

constitutionnel formel¹⁰. D'autre part, il traduit « l'acceptation à la fois juridique et politique de la suprématie de la Constitution sur toute autre norme. Politiquement, le constitutionnalisme signifie que la loi fondamentale est la traduction du pacte social conclu entre toutes les composantes du pays »¹¹.

Selon Michel TROPER, « le constitutionnalisme, *lato sensu*, est l'idée très répandue au XVIII^e siècle, que, dans tout Etat, il faut une constitution, de manière à empêcher le despotisme. Le constitutionnalisme, *stricto sensu*, est l'idée qu'une constitution doit être fondée sur quelques règles propres à produire certains effets (...). Les principes dont elle préconise l'application peuvent être la séparation des pouvoirs, la distinction du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués, le gouvernement représentatif, l'institution d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois ou seulement certains d'entre eux... »¹².

Pour Maurice KAMTO, le constitutionnalisme désigne « le phénomène constitutionnel en mouvement dans un environnement constitutionnel. Il transcende le texte de la Constitution et englobe la pratique constitutionnelle, la jurisprudence constitutionnelle et les pratiques politiques »¹³.

D'autres estiment que la notion implique l'existence d'une Constitution, qui « sert de support à la vie politique »¹⁴ ou l'existence d'une limitation du pouvoir car le constitutionnalisme assure par la division du pouvoir « un système de freins efficaces à l'action gouvernementale »¹⁵. Ainsi, Georges Dimitri LAVROFF définit la notion comme « la volonté de soumettre l'exercice du pouvoir à des règles écrites préétablies et déterminées en fonction d'un but choisi rationnellement »¹⁶.

On peut dire au terme de cette revue que le constitutionnalisme désigne l'idéologie utilisant le procédé constituant à des fins d'instauration de régimes à vocation de démocratie constitutionnelle ; celle-ci pouvant être appréhendée comme le type d'organisation politique des Etats dans lesquels la souveraineté appartient au peuple, et les principes du constitutionnalisme, à savoir la reconnaissance de la capacité

¹⁰ L. FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2019, p. 80.

¹¹ O. DUHONNEL et Yves MENY (dirs), *Le Dictionnaire Constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 212.

¹² M. TROPER, « Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit », in Terrence MARSHALL (dir.), *Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel : La France et les Etats-Unis*, La Garenne-Colombes, édit. De l'Espace Européen, Collect. Droit et sciences sociales, 1992, pp. 35-36.

¹³ M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique noire, Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, 1987.

¹⁴ F. WODIE, « Régimes militaires et constitutionnalisme en Afrique », *Penant*, n° 803, juin-septembre 1990, p. 197.

¹⁵ C. J. FRIEDRICH, *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, 1958 ; cité par Georges BURDEAU, *Traité de Science politique*, T. IV, p. 16.

¹⁶ G. D. LAVROFF, « Les tendances du constitutionnalisme africain », in Gérard CONAC (dir.), *Dynamiques et finalités des droits africains*, Paris, Economica, 1980 ; cité par Sory BALDE, *La convergence des modèles constitutionnels : Etudes de cas en Afrique subsaharienne*, Paris, Publibook, 2011, p. 45.

constituante du peuple qui peut déterminer le régime politique, l'organisation institutionnelle et les valeurs fondamentales de l'organisation sociale ont été conjointement adoptés.

Le nombre des pays représentés dans l'étude est limité à l'Afrique noire francophone car l'analyse en profondeur a été privilégiée par rapport à une comparaison générale qui reposerait sur des descriptions superficielles. Cet échantillonnage ne revendique pas non plus le caractère représentatif, mais essaie de démontrer l'émergence d'un droit commun en Afrique, en dépit des disparités historiques.

« Une habitude bien ancrée dans la littérature juridique et constitutionnelle sur l'Afrique est de rendre compte des régimes constitutionnels (et plus généralement des systèmes juridiques) en termes de mimétisme (...), compte tenu de la forte ressemblance des Constitutions africaines aux droits extérieurs, aux modèles occidentaux »¹⁷. En réalité, « le mimétisme est moins la qualification précise d'une situation concrète qu'un reproche fait à l'Afrique de n'avoir pas su relever un défi : celui d'élaborer un modèle constitutionnel original, différent des autres prototypes, qui serait adapté aux valeurs culturelles et aux spécificités de la société africaine »¹⁸.

Or, depuis le début des années 1990, de nouvelles Constitutions sont apparues en Afrique, Constitutions qui « sont le résultat d'un véritable processus d'élaboration et de création normative. Ici, comme en d'autres domaines et quelles que soient les similitudes, la production du droit en Afrique se fait... en Afrique avec les Africains, et pas seulement ailleurs avec d'autres (...) »¹⁹.

¹⁷ J. du B. de GAUDUSSON, « Les nouvelles constitutions africaines et le mimétisme », in Dominique DARBON et Jean du Bois de GAUDUSSON (dirs), *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, pp. 309-316 cité par Sory BALDE, *La Convergence des modèles constitutionnels : Etudes de cas en Afrique subsaharienne*, Paris, Publibook, 2011, p. 15.

¹⁸ J. du B. de GAUDUSSON, « Les nouvelles constitutions africaines et le mimétisme », in Dominique DARBON et Jean du Bois de GAUDUSSON (dirs), *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, pp. 309-316 ; J. du B. de GAUDUSSON, « Le mimétisme postcolonial, et après ? », in *Pouvoir, La démocratie en Afrique*, Paris, Revue française d'études constitutionnelles et politiques, n° 129, avril 2009, pp. 45-55 ; S. BALDE, *La convergence des modèles constitutionnels : Etudes de cas en Afrique subsaharienne*, Paris, Publibook, 2011, p. 15 ; A. BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *Revue française de droit constitutionnel*, 2002/4, n° 52, pp. 721-748.

¹⁹ J. du B. de GAUDUSSON, « Les nouvelles constitutions africaines et le mimétisme », in Dominique DARBON et Jean du Bois de GAUDUSSON (dirs), *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, p. 309 ; D.G. Lavroff, *Les systèmes constitutionnels en Afrique Noire, Les Etats Francophones*, Paris, Pedone, 1976 ; M.A. Glélé, « La constitution ou loi fondamentale », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Tome 1, Abidjan, NEA, 1982, p. 26 et s. ; G. CONAC et alli., *Les institutions constitutionnelles des Etats de l'Afrique francophone*, Paris, Economica, 1979 ; J. du B. de GAUDUSSON, « Trente ans d'institutions constitutionnelles et politiques ; point de repère et interrogations », *Afrique contemporaine*, numéro spécial, 4^e trimestre, 1992, p. 50 et s.

Ces propos du Professeur Jean du Bois de GAUDUSSON constatent fort à propos, le phénomène du renouveau du constitutionnalisme²⁰ en Afrique, plus précisément en Afrique subsaharienne. Ce renouveau s'accompagne d'une ingénierie constitutionnelle²¹, sans rapport avec le phénomène du mimétisme²², ingénierie qui se manifeste à travers des particularités et des spécificités du droit constitutionnel africain.

Le constitutionnalisme connaît de nouveaux développements dans une Afrique traversée par de profonds et multiples mouvements de circulation des modèles²³ et des doctrines juridiques, de transferts et d'emprunts de technologie juridique, certains diront d'imitation²⁴. Ce phénomène n'est ni nouveau, ni propre au droit constitutionnel encore moins à l'Afrique. Seulement, les processus de sortie de crise et de consolidation démocratique lui donnent une particulière intensité. Des institutions inédites, des mécanismes constitutionnels nouveaux apparaissent et se développent²⁵ qui interdisent de ne voir dans le droit constitutionnel des Etats d'Afrique qu'une simple reproduction de modèles inventés et élaborés ailleurs, au Nord.

L'heure est aux nouvelles hypothèses de recherche sur le constitutionnalisme et de développement institutionnel en Afrique. C'est ce que dans une certaine mesure, Sory BALDE²⁶ a exploré en s'attachant à analyser les ressorts du développement d'un commerce juridique interafricain d'institutions constitutionnelles, fait de relations Sud-Sud, mais qui n'exclut pas pour autant le Nord.

A l'instar de la propagation des coups d'Etats et des prises de pouvoir par les militaires de par le passé, l'on s'étonne aujourd'hui de la diffusion rapide dans toute une région ou à l'échelle d'un continent de mécanismes et d'institutions originaux, en l'occurrence les conférences nationales que l'on n'est pas parvenu à rattacher aux modèles historiques des Pères fondateurs américains ou à la réunion prérévolutionnaire du Tiers-Etat comme certains s'y étaient efforcés naguère. Il en est

²⁰ A. KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?* Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 89- 126.

²¹ S. ANDZOKA-ATSIMOU, *L'ingénierie constitutionnelle, solution de sortie de crise en Afrique ?* Les exemples de l'Afrique du Sud, de la République Démocratique du Congo, du Burundi et du Congo Brazzaville, Paris, l'Harmattan, 2015.

²² J. du B. de GAUDUSSON, « Le mimétisme postcolonial, et après ? », *Pouvoir, La démocratie en Afrique*, Paris, Revue française d'études constitutionnelles et politiques, n° 129, avril 2009, pp. 45-55.

²³ Cf. sur cette notion, S. BALDE, *La convergence des modèles constitutionnels : Etudes de cas en Afrique subsaharienne*, Paris, Publibook, 2011, p. 21 et s.

²⁴ J. du B. de GAUDUSSON, in Préface, S. BALDE, *La convergence des modèles constitutionnels : Etudes de cas en Afrique subsaharienne*, Paris, Publibook, 2011, p. 9.

²⁵ Telle que les Commissions électorales indépendantes, les Conférences nationales, les médiateurs de la République, ...

²⁶ S. BALDE, *La convergence des modèles constitutionnels : Etudes de cas en Afrique subsaharienne*, Paris, Publibook, 2011, p. 21 et s.

de même des Commissions électorales nationales²⁷ (indépendantes ou autonomes), sans cesse créées et critiquées, ces commissions des droits de l'homme ou encore ces juridictions constitutionnelles réactivées et n'hésitant plus à exercer pleinement (certains diront au-delà) leurs attributions, parfois au péril de leur existence.

L'intérêt de la réflexion est de démontrer en quoi et pourquoi l'Afrique noire francophone s'est réapproprié certaines catégories constitutionnelles du patrimoine constitutionnel commun des sociétés politiques. L'hypothèse dégagée de la démarche d'ensemble tend à soutenir que l'Afrique n'est pas simplement importatrice mais a su adapter certaines catégories constitutionnelles à son contexte.

La réflexion vise donc, d'une part, à opposer un démenti relatif, dans une certaine mesure, à ceux qui tendent à voir en Afrique un cimetière de constitutions. Au contraire, le continent est un bon exemple de ce « droit vivant », ici entendu comme un droit en constante évolution, approprié par les élites et les populations selon des trajectoires souvent inédites, s'exerçant souvent avec succès²⁸ à trouver des solutions à des situations éloignées de celles des démocraties avancées ou postmodernes, faites de crises, de transition à la temporalité variable pouvant s'étendre sur une ou plusieurs dizaines d'années. D'autre part, elle porte l'espérance qu'un jour, les manuels de droit constitutionnel et de droit comparé ouvrent leurs chapitres à ces nouvelles institutions et approches en considérant que l'Afrique, dans sa diversité, est aussi un espace de production constitutionnelle et institutionnelle²⁹. Sans doute ce vecteur est encore très périlleux à explorer si l'on se fonde sur les théories en présence qui n'appréhendent le transfert des institutions que de manière unilatérale : du Nord vers le Sud. Tout au moins, on devrait reconnaître qu'il existe une appropriation par le Sud de ces institutions. C'est un autre intérêt de cette analyse de convier à réfléchir différemment sur un droit constitutionnel trop souvent décrié.

Le droit constitutionnel régissant des réalités sociologiques, le constitutionnalisme africain dans cette perspective ne saurait être considéré comme une copie conforme du constitutionnalisme occidental. Au regard des pratiques constitutionnelles africaines qui semblent se démarquer des institutions héritées, on est en droit dans une réflexion de mettre en exergue des singularités du constitutionnalisme africain.

²⁷ C. THIRIOT, « La consolidation des régimes post-transition en Afrique. Le rôle des commissions électorales », in Patrick QUANTIN (dir.), *Voter en Afrique. Comparaison et différenciations*, Paris, L'Harmattan, 2004, pp. 129-147.

²⁸ B. GUEYE, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoir*, 2009/2, n° 129, pp. 5-26 ; V. aussi K. DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012/2, n° 90, pp. 57-85.

²⁹ A. CABANIS, M. L. MARTIN, « Un espace d'isomorphisme constitutionnel : l'Afrique francophone », in *La Constitution et les valeurs*, Mélanges en l'honneur de Dmitri LAVROFF, Paris, Dalloz, 2005, pp. 343-358.

Au regard de ce qui précède la problématique qui se dégage est celle de savoir comment les africains se sont appropriés certaines catégories constitutionnelles qu'ils ont reçues pour en faire des singularités du constitutionnalisme africain ? En d'autres termes, l'Afrique possède-t-elle des particularités constitutionnelles par rapport au constitutionnalisme occidental ?

La problématique qui peut conduire par la même occasion à l'hypothèse de cette étude, présente un intérêt certain et une importance capitale en tant que contribution théorique à l'étude du droit constitutionnel en Afrique. Elle permet de revenir sur le constitutionnalisme et de relativiser l'universalisme constitutionnel occidental. Cette contribution permet de montrer, en outre, qu'il existe un fossé entre le droit formel et le droit réel et qu'il est impossible de réfléchir sur la démocratie en Afrique noire francophone en prenant le droit de manière froide et abstraite, sans le confronter aux réalités politiques³⁰. Il y a donc les règles constitutionnelles et la réalité politique³¹.

Pour cela, l'article se propose d'analyser d'une part, les ferments de la démocratisation (I) et d'autre part, les ferments de l'Etat de droit (II).

I- LES FERMENTS DE LA DÉMOCRATISATION

Le processus de démocratisation en Afrique a permis dans tous les pays l'instauration du multipartisme, du pluralisme politique, l'organisation d'élections disputées, la rédaction de nouvelles constitutions et leur adoption par référendum ; en somme, l'organisation de la vie démocratique³². Deux faits majeurs ont marqué ce processus sur le continent africain. D'une part, l'ingénierie constitutionnelle inédite (A) et d'autre part, l'appropriation de l'institution électorale (B).

A- Une ingénierie constitutionnelle inédite

Selon le doyen Georges Vedel l'ingénierie juridique est l'activité qui tend à créer par le jeu de prescriptions juridiques des structures et des pratiques politiques jugées désirables³³. L'ingénierie constitutionnelle est de ce point de vue importante dans les Etats africains. En effet, la fétichisation de la Constitution dans les Etats d'Afrique noire d'expression française, cache mal son incapacité à servir véritablement d'assise

³⁰ A. KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?* Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 89- 126.

³¹ La règle de droit devant être établie en prenant en compte les faits sociaux qui ici sont rendus visibles par la réalité politique. Cf. A. KPODAR, *op. cit.*, p. 6 ; J-P. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, Méthode du droit, 2012, p. 154 et s.

³² B. GUEYE, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoir*, 2009/2, n° 129, p. 6.

³³ G. VEDEL, « l'ingénierie constitutionnelle », in Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz, 1995, p. 557.

juridique au pouvoir politique³⁴. En Afrique, la Constitution est malade de son inapplication en raison de l'instrumentalisation résultant de son application. Il y a deux « êtres » dans une Constitution : alors que la Constitution formelle est regardée par rapport à sa procédure particulière d'adoption et de révision, celle matérielle suppose l'existence de règles de qualité qui traduisent une idée de droit devant limiter effectivement l'absolutisme du pouvoir et garantir les libertés individuelles. Avec la prépondérance de l'exigence du droit comme le meilleur outil de gouvernance, les gouvernants ont découvert une tactique pour détourner la Constitution substantielle de ses objectifs et de l'idée de droit qui la traverse. Au bénéfice de ce constat, l'analyse de la doctrine révèle que le constitutionnalisme en Afrique se singularise à la fois par l'originalité des conférences nationales souveraines (1) et par le contractualisme constitutionnel (2).

1- L'originalité des conférences nationales souveraines

Les conférences nationales initiées en Afrique au début des années 1990, à la suite de la chute du mur de Berlin et de l'effondrement des pays communistes de l'ancien bloc de l'Est, ont inauguré la « vague de démocratisation », selon l'expression de Samuel Huntington³⁵.

L'origine de la Conférence nationale, qui est rangée ici dans la catégorie des institutions inédites, est controversée. Certains auteurs ont vu dans cette institution une reprise de l'expérience des Etats généraux, connus sous l'ancien régime³⁶, voire une reprise du protocole des conférences internationales³⁷. D'autres estiment que « l'introduction en terre africaine de l'expression *Conférence nationale* semble revenir au Congo-Brazzaville où Marien NGOUABI l'employa pour la première fois en 1972 »³⁸, tout en reconnaissant que les objectifs de cette manifestation n'étaient pas les mêmes que ceux du modèle ultérieur béninois. Le seul point commun entre la

³⁴ A. KPODAR et D. K. KOKOROKO, « Remarques sur quelques mutations du droit constitutionnel par les crises politiques en Afrique », in *Démocratie en questions*, Mélanges en l'honneur de Théodore HOLO, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 capitole, 2017, p. 240.

³⁵ S. HUNTINGTON, *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman, University of Oklahoma Press, 1991 ; B. GUEYE, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoir*, 2009/2, n° 129, p. 5.

³⁶ Selon G. CONAC, le modèle de la Conférence nationale est « une version africaine et moderne des Etats Généraux française de 1789 ». Voir G. CONAC, « Etat de droit et démocratie », in CONAC Gérard (dir.), *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Collection « La vie du droit en Afrique », Paris, Economica, 1993, p. 491. R. BUIJTENHUIJS dira de la Conférence nationale tchadienne (15 janvier – 7 avril 1993) qu'il a eu « l'impression d'avoir assisté, en direct, aux Etats généraux de la France en 1789 (...) ». Voir R. BUIJTENHUIJS, *La Conférence nationale souveraine du Tchad. Un essai d'histoire immédiate*, Paris, Karthala, 1993, p. 11.

³⁷ J-B. K. MONKOTAN, « Une nouvelle voie d'accès au pluralisme politique : la Conférence nationale souveraine », in *Afrique 2000*, Genève, n° 7, octobre 1991, pp. 41-54.

³⁸ D. BOURMAUD, p. QUANTIN, « Le modèle et ses doubles. Les conférences nationales en Afrique noire (1990-1991) », in Y. MENY (dir.), *Les politiques du mimétisme institutionnel. La greffe et le rejet*, Paris, L'Harmattan, 1993, p. 168.

Conférence nationale du Congo-Brazzaville de 1972 et celle des Forces vives du Bénin de 1990 était finalement le caractère marxiste-léniniste du régime en place. D'autres encore situent la première Conférence nationale à Sao Tomé & Principe où elle aurait eu moins de succès³⁹.

En l'absence d'une théorie générale des Conférences nationales, une approche basée sur l'expérience béninoise permet de l'entrevoir comme : « une assemblée, représentative des différents corps de la Nation, réunis en période de crise en vue de proposer un scénario de sortie de crise et surtout une plateforme politique consensuelle d'organisation de nouvelles institutions »⁴⁰. Dans une acception plus globale bâtie sur les différentes expériences de Conférences nationales en Afrique subsaharienne, la Conférence nationale serait « un cadre original de rencontre, de concertation, de fora où les représentants des principales forces et composantes de la nation (partis politiques, société civile, organisations non gouvernementales, syndicats, femmes, jeunes, responsables religieux et coutumiers...) ont tenté de nouer ou de renouer le dialogue afin d'examiner les graves problèmes politiques, économiques et sociaux de l'heure et d'y trouver, ensemble, et de façon consensuelle, des solutions appropriées dans le cadre d'une démocratie retrouvée »⁴¹.

Daniel BOURMAUD et Patrick QUANTIN définissent la Conférence nationale plus sobrement comme « une assemblée consultative réunie aux fins de proposer des solutions à une crise politique provoquée par le blocage de régimes autoritaires à parti unique »⁴². Quoi qu'il en soit, « nouvelle voie d'accès au pluralisme »⁴³, « concept nouveau de changement de régime politique »⁴⁴, « une Conférence nationale

³⁹ Pour A. ADAMON, l'expression « Conférence nationale » ne date pas de 1990. Une assemblée qualifiée de Conférence nationale s'était déjà tenue du 5 au 7 décembre 1989 à Sao Tomé & Principe. Convoquée par le pouvoir, elle n'a cependant pas eu les mêmes répercussions politiques. Voir, A. ADAMON, *Le renouveau démocratique au Bénin. La Conférence nationale des Forces vives et la période de transition*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 61.

⁴⁰ Cf. F. J. AIVO, *Le juge constitutionnel et l'Etat de droit en Afrique, L'exemple du modèle béninois*, Paris, L'harmattan, 2006, p. 28.

⁴¹ Voir Rapport général de synthèse des travaux, adopté par la Conférence sur le *Bilan des Conférences Nationales et Autres Processus de Transition Démocratique en Afrique*, Cotonou, 19-23 février 2000, Bruxelles, éd. Pedone et E. Bruylant, 2000, p. 402.

⁴² D. BOURMAUD, p. QUANTIN, « Le modèle et ses doubles. Les conférences nationales en Afrique noire (1990-1991) », in MENY Yves (dir.), *Les politiques du mimétisme institutionnel. La greffe et le rejet*, Paris, L'Harmattan, 1993, p. 166.

⁴³ JB. K. MONKOTAN, « Une nouvelle voie d'accès au pluralisme politique : la Conférence nationale souveraine », in *Afrique 2000*, Genève, n° 7, octobre 1991, pp. 41-54.

⁴⁴ F. LALOUPO, « La Conférence nationale au Bénin. Un concept nouveau de changement de régime politique », in *Afrique contemporaine*, 1992-1993, pp89-113.

souveraine est avant tout un moment solennel et prégnant dans la vie d'un pays »⁴⁵, « un phénomène social total »⁴⁶.

L'étude des Conférences nationales en Afrique noire francophone demande une approche non pas descriptive mais analytique afin de comprendre les ressorts de ces expériences africaines « qui ont sanctionné le consensus postcolonial en Afrique »⁴⁷.

En droite ligne avec l'analyse de Maurice KAMTO, il est permis d'affirmer que les Conférences nationales sont une « invention proprement africaine »⁴⁸. Jean du Bois de GAUDUSSON estime, dans la même perspective, que ces « trouvailles politiques de l'Afrique postcoloniale (...) ne peuvent être considérées comme de simples moutures d'expériences historiques françaises ou nord-américaines »⁴⁹.

Une réponse définitive serait à rechercher du côté des initiateurs de la première Conférence nationale qui se soit tenue en Afrique. Pour Robert DOSSOU, « l'idée de Conférence nationale (au Bénin) provient des entrailles mêmes de la Révolution proclamée par le gouvernement militaire révolutionnaire issu du putsch du 26 octobre 1972. Cette Révolution lui a servi de terreau ayant permis à l'idée de germer avant de prendre corps comme projet à réaliser à la faveur de la situation de 1989 »⁵⁰. Ainsi, devant l'échec de la politique économique nationale à la fin des années 1970 et la crise sociale qui en découla, le Comité central du parti unique au Bénin convoqua une conférence des cadres qui se tint du 06 au 19 octobre 1979, et qui proposa la séparation de l'Etat et du Parti, l'abandon du marxisme-léninisme comme idéologie de l'Etat et la consécration des libertés publiques.

Assurément, les Conférences nationales constituent une des plus grandes trouvailles politiques de l'Afrique postcoloniale⁵¹. Elles ont constitué un moyen de rechercher et

⁴⁵ R. BUIJTENHUIJS, *La Conférence nationale souveraine au Tchad. Un essai d'histoire immédiate*, Paris, Karthala, 1993, p. 11.

⁴⁶ M. MAUSS, cité par R. BUIJTENHUIJS, in *La Conférence nationale souveraine du Tchad, op. cit.*, p. 13.

⁴⁷ V. G. PIROTTE, « Société importée et nouvelle gouvernance. Le nouveau secteur ONG au Bénin », in P. QUANTIN (dir.), *Gouverner les sociétés africaines Acteurs et institutions*, Paris, Karthala, 2005, p. 28.

⁴⁸ M. KAMTO, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », in Dominique DARBON et Jean du Bois de GAUDUSSON (dirs), *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, p. 177.

⁴⁹ J. du B. de GAUDUSSON, « Les nouvelles constitutions africaines et le mimétisme », in D. DARBON et du Bois de GAUDUSSON (dirs), *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, p. 313.

⁵⁰ R. DOSSOU, « L'expérience béninoise de la conférence nationale », *Rapport introductif n° 1*, Communication dans le cadre de la Conférence sur le Bilan des Conférences nationales et autres processus de transitions démocratiques, Cotonou, 19-23 février 2000, Paris, éd. Pedone et Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 206.

⁵¹ M. KAMTO, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », in D. DARBON et Jean du Bois de GAUDUSSON (dirs), *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, p. 177.

dégager un consensus sur l'idée même d'un Etat en Afrique, la possibilité pour le peuple de se déterminer sur le « vouloir vivre collectif » et la mise en place d'un Etat de droit.

La Conférence nationale du Bénin, de ce point de vue, peut être appréhendée comme un phénomène inédit. Elle a ouvert la voie à une pratique qui s'est propagée uniquement dans l'Afrique noire francophone tout en suscitant de l'intérêt dans d'autres zones linguistiques de l'Afrique, notamment dans le Maghreb, en Algérie, et dans l'Afrique d'expression anglaise en particulier au Nigéria.

Même s'il n'est pas possible de dresser une théorie générale du modèle de Conférence nationale afin de l'objectiver et lui donner un contenu sans doute scientifique, il est, en revanche, unanimement reconnu que le modèle est un succès, malgré les échecs subis çà et là. En effet, il s'est imposé comme une solution crédible et souhaitée de création d'un nouvel ordre constitutionnel⁵². La construction démocratique est indissociable d'un effort de création juridique et institutionnelle dans la mesure où il n'y a pas de consolidation démocratique possible sans institutionnalisation. L'observation montre que chaque trajectoire dépend surtout des stratégies des acteurs en termes de relations politiques, de choix institutionnels, de choix juridiques⁵³. La contractualisation du droit constitutionnel en Afrique comme solution de sortie de crise peut être abordée dans cette la même perspective.

2- Du contractualisme constitutionnel

Après la grande tempête libérale des années 1990 qui a profondément transfiguré les systèmes constitutionnels des Etats d'Afrique francophone, ceux-ci traversent à nouveau une importante période de convulsion⁵⁴. Les symptômes de la pathologie constitutionnelle qui affecte cette partie du continent sont désormais bien connus⁵⁵. L'inflation des révisions constitutionnelles⁵⁶, la permanence des coups d'états⁵⁷, la

⁵² S. BALDE, *La convergence des modèles constitutionnels*, op. cit., pp. 153-154.

⁵³ V. M. GAZIBO, « Les trajectoires africaines de démocratisation », Communication lors de la Conférence régionale africaine préparatoire à la IV^e Conférence mondiale sur les démocraties nouvelles et rétablies, Cotonou (Bénin), 4-6 décembre 2000.

⁵⁴ A. KPODAR et D. K. KOKOROKO, « Remarques sur quelques mutations du droit constitutionnel par les crises politiques en Afrique », in *Démocratie en questions*, Mélanges en l'honneur de Théodore HOLO, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 capitole, 2017, pp. 239-255.

⁵⁵ C. T. TATCHUM, « La normativité des actes de suspension de la Constitution dans les Etats d'Afrique francophone : les cas de la Tunisie, du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire, et de la République centrafricaine », *RDP*, 2018, p. 573.

⁵⁶ V. N. K. AHADZI, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des Etats d'Afrique noire francophone », *AJP*, Juill – déc. 2002, p. 35 ; A. CABANIS et M. MENY, *Les constitutions d'Afrique francophone. Evolutions récentes*, Karthala, 1999 ; J. L. ATANGANA AMOUGOU, « Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain », *Politeia*, 2005, p. 620 ; J. du B. de GAUDUSSON « Points d'actualité sur les modalités de production du droit constitutionnel dans les Etats africains francophones », in *Mélanges P. Gelard*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 341.

prolifération des révolutions populaires et des mouvements insurrectionnels⁵⁸, la prolifération des accords politiques⁵⁹ et des chartes de transition⁶⁰ accréditent la thèse de l'asthénie de la norme constitutionnelle à réguler les phénomènes politiques sur le continent⁶¹.

Certaines constructions théoriques fondées sur l'analyse réaliste tentent de soutenir, du point de vue matériel la normativité des actes de suspension des Constitutions en Afrique francophone en raison de leur ancrage effectif sur les faits. Pour ces théories, l'appréhension de l'ordre juridique n'est pas nécessairement fonction de la validité formelle des normes qui le composent, comme le soutient le normativisme, mais de l'efficacité de celles-ci. C'est la position que semblent adopter les défenseurs du décisionnisme schmittien et de l'institutionnalisme de Maurice Hauriou.

En se situant du point de vue de la pensée décisionniste de Carl Schmitt, l'étude des actes de suspension de la Constitution⁶² en Afrique francophone laisse entrevoir que ces pratiques constitutionnelles sont parfaitement compréhensibles. Elles traduisent la dimension dynamique et réaliste d'un droit constitutionnel africain qui subit de

⁵⁷ A. ESSONO OVONO, « Armée et démocratie en Afrique, une relation ambivalente à normaliser », *AC*, 2012/2, n° 242, p. 120 ; J. C. TCHEUWA, « L'Union Africaine et les changements anticonstitutionnels de gouvernement », *RRJ, Droit Prospectif*, 2009, n° 2, p. 995 ; C. THIRIOT, « La place des militaires dans les régimes post-transition d'Afrique subsaharienne : la difficile resectorisation », *RIPC*, 2008/1, p. 15.

⁵⁸ A. SOMA, « Réflexion sur le changement insurrectionnel au Burkina Faso », *Revue CAMES*, 2015, n° 001, p. 3 ; R. BEN ANCHOUR, « La transition démocratique en Tunisie : entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire », *RFD Const.*, 2012/4, p. 715.

⁵⁹ I. EHUENI MANZAN, *Les accords politiques dans la résolution des conflits armés internes en Afrique*, Thèse, Université la Rochelle et Université de Cocody, 2011.

⁶⁰ El HADJ MBODJ, « La constitution de transition et la résolution des conflits en Afrique. L'exemple de la République Démocratique du Congo », *RDP*, 2010, n° 2, p. 444 ; M. ZAKI, « Les petites constitutions et droit transitoire en Afrique », *RDP*, 2012, n° 6, p. 1667 ; C. T. TATCHUM, « Les chartes de transition dans l'ordre constitutionnel des Etats d'Afrique noire francophone : étude à partir des exemples du Burkina et de la République centrafricaine », *Revue CAMES*, 2016, n° 001, p. 25.

⁶¹ F. J. AIVO, « La crise de la normativité des constitutions en Afrique », *RDP*, 2012, n° 1, p. 141 ; G. CONAC, « Les constitutions des Etats d'Afrique et leur effectivité », in G. Conac (dir.), *Dynamiques et finalités des droits africains*, Paris, Economica, 1980, p. 385 ; P. F. GONIDEC, « A quoi servent les constitutions africaines ? Réflexions sur le constitutionnalisme africain », *RJPIC*, Oct.-déc. 1988, n° 4, p. 849.

⁶² Cf. J. du B. de GAUDUSSON, « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique », *Afrique contemporaine*, 2002/2 (n° 206), pp. 41-55 ; J.-P. CHRETIEN, « Le Burundi après la signature de l'accord d'Arusha », *Politique africaine* 2000/4 (n° 80), p. 136-151 ; C. K. TCHAPNGA, « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les États francophones d'Afrique noire », *Revue française de droit constitutionnel* 2005/3 (n° 63), pp. 451-491 ; I. EHUENI - MANZAN, *Les accords politiques dans la résolution des conflits armés internes en Afrique*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2011 ; P. MAMBO, « Les rapports entre la Constitution et les accords politiques dans les Etats africains : Réflexion sur la légalité constitutionnelle en période de crise », *Revue de droit de MACGILL*, Vol.54, n° 4, 2012, pp. 921-952.

sérieuses transformations. Si on peut logiquement contester la validité formelle de tels actes, leur efficacité ne semble faire l'objet d'aucun doute⁶³.

On a par exemple pu noter en République centrafricaine et au Burkina Faso que, malgré l'exacerbation des tensions relatives à la conduite du processus de transition au sommet de l'Etat, la solidité des chartes régulant cette période n'a pas été remise en question. La charte n'a pas disparu au Burkina lorsque le Président de la transition Michel KAFANDO et son Premier ministre Yacouba Isaac ZIDA ont été victimes du coup d'état du général Gilbert DIENDIERE, nostalgique de l'ancien régime⁶⁴.

Les auteurs des actes de suspension, qu'ils soient les responsables d'un coup d'état ou des entités agissant au nom du peuple à travers les chartes de transitions ou les accords de paix agissent parfaitement comme des souverains au sens schmittien de « celui qui décide de la situation d'exception »⁶⁵. En effet, il ne saurait y avoir d'ordre juridique sans paix sociale, sans une situation de normalité sur la base de laquelle des rapports de droits peuvent exister. Le souverain est la personne qui tranche ou agit dans les périodes où la communauté ne peut suivre un chemin préalablement tracé et qu'il faut décider soit en raison d'un danger extérieur grave soit lorsqu'un peuple est profondément divisé. Le souverain choisit le moment de la décision ainsi que les moyens⁶⁶ comme dans le scénario des coups d'état ou un individu s'empare du pouvoir et impose son autorité.

Selon la pensée décisionniste, « la régularité normative ne peut régir toutes les situations »⁶⁷ et les situations de vide juridique total sont toujours possibles. Le processus qui conduit à la production des actes de suspension de la Constitution dans ce cadre est en parfaite adéquation avec la démarche décisionniste défendue à l'origine par Thomas HOBBS⁶⁸. Pour ce dernier, le décisionnisme pur présuppose un désordre, qui n'est mis en ordre que par le fait que l'on décide. Ce n'est donc pas en raison d'un ordre préexistant que le souverain qui décide est responsable de la décision. Seule la décision qui remplace le désordre et l'insécurité de l'état de nature par l'ordre et la sécurité du stade étatique fait de lui le souverain, et rend possible tout ce qui en découle à savoir la loi et l'ordre⁶⁹.

⁶³ C. T. TATCHUM, « La normativité des actes de suspension de la Constitution dans les Etats d'Afrique francophone : les cas de la Tunisie, du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire, et de la République centrafricaine », *RDP*, 2018, p. 578.

⁶⁴ S. M. OUEDRAOGO, D. OUEDRAOGO, « Libres propos sur la transition politique au Burkina Faso : du contexte au texte de la Charte de la transition », *Afrilex*, février 2015.

⁶⁵ C. SCHMITT, *Political theology*, Chicago, University of Chicago Press, 1985, p. 15.

⁶⁶ J.F. ROBINET, « L'Etat selon Carl Schmitt », *Philopsis*, 24 août 2016, p. 13, en ligne sur www.philopsis.fr/IMG/pdf/l'etat_selon_carl_schmitt-ifrobinet.pdf.

⁶⁷ C. SCHMITT, *Political theology*, op. cit. p. 14.

⁶⁸ C. SCHMITT, *Le Léviathan dans la doctrine de l'Etat de Thomas Hobbes : sens et échec d'un symbole politique*, Paris, Seuil, 2002.

⁶⁹ C. SCHMITT, *Political theology*, op. cit. p. 84.

La pensée de Schmitt souffre d'un sérieux handicap qui a d'ailleurs poussé l'auteur à reconnaître les limites de celle-ci. En effet, cette pensée juridique est impropre à guider la production juridique une fois la situation d'exception maîtrisée, dans la normalité. Il n'est donc pas anodin de constater que Schmitt se tourne vers l'institutionnalisme.

La théorie institutionnaliste construite par le Doyen M. HAURIOU nous fournit aussi quelques éléments de compréhension des actes de suspension de la Constitution en Afrique noire francophone dans une perspective réaliste⁷⁰. A ce titre, en référence aux analyses de Nicoleta PERLO, il est possible d'expliquer et de comprendre, du point de vue institutionnaliste, les fondements de l'efficacité des actes de suspension de la Constitution en Afrique tels que formalisés dans les chartes de transition et les accords de paix.

Pour les défenseurs de cette théorie, il ne peut y avoir aucune règle juridique formelle, constitutionnelle ou infra constitutionnelle, qui n'ait pas été produite par une organisation ou une institution déjà existante⁷¹. A la base de tout processus de production d'une norme, doit donc exister une organisation, un ordre concret capable de l'exprimer.

La juridicité de l'ordre concret, selon Schmitt, repose sur les institutions, car celles-ci contiennent en elles-mêmes la normalité, c'est-à-dire qu'elles supportent la situation normale globale, et produisent une normativité dont la teneur ne peut être fixée définitivement par des règles. L'institution est un concept vivant et concret qui organise la vie sociale. Les actes de suspension de la Constitution établissent un ordre normatif, un ensemble de règles qui entend « ordonner », conformément aux relations sociales et politiques qui se sont instaurées.

En définitive, le droit constitutionnel est un droit vivant. L'Afrique francophone nous en donne une illustration saisissante au regard des transformations profondes que subit la Constitution ces dernières années. Ces mutations sont à l'origine de la naissance des catégories constitutionnelles inédites et atypiques que les théories constitutionnelles ont du mal à saisir de manière absolue. La contractualisation du droit constitutionnel qu'on perçoit à travers certains accords de paix comme celui de Linas Marcoussis⁷² en Côte d'Ivoire, les Chartes de transitions comme celles adoptées en Tunisie en 2011, en République Centrafricaine en 2013, au Burkina Faso en 2014, constituent des manifestations concrètes de l'impuissance du droit constitutionnel africain à réguler ou

⁷⁰ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, cité par C. T. TATCHUM, « La normativité des actes de suspension de la Constitution dans les Etats d'Afrique francophone : les cas de la Tunisie, du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire, et de la République centrafricaine », *RDP*, 2018, p. 582.

⁷¹ N. PERLO, « Les constitutions provisoires, une catégorie normative au cœur des transitions constitutionnelles », *AFDC*, 2014, p.7 en ligne sur http://www.droit-constitutionnel.org/congresLyon/commLF/F-perlo_T2.pdf.

⁷² V. J. du B. de GAUDUSSON, « L'Accord de Marcoussis, entre droit et politique », *Afrique contemporaine*, 2003/2, n° 206, pp. 41-55.

encadrer véritablement les phénomènes politiques. En revanche, la prolifération des actes de suspension de la constitution et leur emprise sur les faits nous inclinent à penser que le droit constitutionnel africain se laisse fortement influencer par le réalisme, qu'il soit celui décisionniste de Carl Schmitt ou institutionnaliste de Maurice Hauriou. Est-il peut-être temps de penser à un renouvellement des théories constitutionnelles en Afrique.

B- L'adaptation de l'institution électorale

Les élections ont toujours été un point central de la vie politique de l'Etat. « Procédé par excellence de légitimation du pouvoir, il n'y a, en démocratie d'autorité qu'issue de l'élection⁷³. Celle-ci fournit aux gouvernants un titre pour agir et commander »⁷⁴. Très vite, force a été de reconnaître que dans plusieurs Etats d'Afrique subsaharienne, rongés par l'autoritarisme, le clientélisme, la corruption et le népotisme, organiser des élections régulières n'était possible qu'en mettant sur pied en amont un organisme public, détaché de l'appareil d'Etat et chargé de gérer le processus électoral. Cette nouvelle institution est à la fois perçue comme la manifestation de l'imagination africaine (1) et un instrument de sortie de crise (2).

1- La Commission électorale : une manifestation de l'imagination africaine

Les Commissions électorales nationales seraient *a priori* « des organismes distincts de l'administration d'Etat, chargés de la totalité ou d'une partie, variable selon les Etats et les époques de l'organisation, du déroulement, de la supervision et du contrôles des opérations électorales (...) en qui on voit une manifestation de l'imagination africaine en matière d'ingénierie juridique (...) »⁷⁵, voire « une manifestation de l'inventivité juridique et constitutionnelle de l'Afrique »⁷⁶.

La question de l'originalité des Commissions électorales nationales telles que connues en Afrique subsaharienne est ici posée. C'est la même interrogation qui se posait en début d'étude de l'institution de la Conférence nationale. Ici également, il ne saurait être question de faire l'impasse sur le problème. En effet, peut-on dire des Commissions électorales nationales comme des Conférences nationales qu'elles ont un *brevet d'invention dû au génie africain*⁷⁷ ?

⁷³ R. OTAYEK, « Les élections en Afrique sont-elles un objet scientifique pertinent ? », *In Politique africaine*, n° 69, 1998, pp. 11-31.

⁷⁴ J.C. MASCLÉ, *Le droit des élections politiques*, Paris, PUF, coll. Que sais-je, 1992, p. 9.

⁷⁵ V. J. du B. de GAUDUSSON, « Les élections à l'épreuve de l'Afrique », *in Etudes et doctrine* « La sincérité du scrutin », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 13.

⁷⁶ Cf. les conclusions du séminaire sur les structures électorales en Afrique : évolutions comparatives et perspectives, Séminaire organisé par le gouvernement du Bénin en partenariat avec la francophonie/Organisation internationale de la Francophonie (OIF), Cotonou (Bénin), 18-20 décembre 2008.

⁷⁷ V. E. F. BOULAGA, *Les Conférences nationales en Afrique noire. Une affaire à suivre*, Paris, Karthala, 1993, p. 31.

La Commission électorale nationale est une institution relativement récente, qui comme d'autres, s'est subitement retrouvée dans la quasi-totalité des Etats de la région, en l'espace d'une dizaine d'années à peine, si on exclut les variantes qui n'ont généralement pas la même charge symbolique et surtout le même rôle et les mêmes moyens d'action et de fonctionnement.

Les raisons de l'avènement de la Commission électorale nationale en Afrique subsaharienne sont principalement la disqualification de la gestion étatique des opérations électorales et l'influence des modèles anglo-saxons. En effet, les contestations des élections démontrent la méfiance de l'opposition politique et des populations dans nombre d'Etats africains, particulièrement pendant la période des transitions constitutionnelles du début des années 1990, transitions qui n'ont souvent pas donné lieu à l'alternance politique tant attendue, mais à une restauration autoritaire. « Méfiance envers une administration électorale animée par le ministre de l'intérieur, le principal, voire l'unique animateur d'un processus électoral qu'il organise et régule seul, sur la base de mécanismes et de procédures souvent discrétionnairement imposées par des assemblées législatives instrumentalisées. L'organisation des élections posait alors un problème d'éthique politique »⁷⁸.

Historiquement, on peut situer aux Etats-Unis l'apparition de la première Commission électorale nationale. A l'origine, l'*Electoral Commission* américaine était une institution *ad hoc*, non permanente, créée par le Congrès pour résoudre le conflit opposant Démocrates et Républicains lors de l'élection présidentielle du 7 novembre 1876. Commission *ad hoc* comme beaucoup de Commissions électorales nationales africaines dont d'ailleurs la Commission Electorale Nationale Autonome (CENA) béninoise à sa création, l'*Electoral Commission* américaine ne partage finalement que ce point commun avec ses homonymes africains. Certes, de par sa composition même, elle regroupe les acteurs politiques en confrontation, mais rien, aussi bien dans ses objectifs assignés que dans ses règles de fonctionnement, ne la rapproche des institutions africaines⁷⁹.

Au Canada, une institution va être créée au début du XX^e siècle. Ce n'est pas vraiment une institution collégiale mais un Directeur général des élections (DGE). Le DGE relève directement du Parlement et est totalement indépendant du gouvernement. Là non plus, on ne peut comparer le DGE avec les Commissions électorales nationales africaines, ne serait-ce que parce dans le premier cas, on a un organe personnifié et dans le second, un organe collégial.

⁷⁸ El. H. MBODJ, « Les structures électorales en Afrique et le principe d'indépendance dans ses applications », in *Séminaire sur les structures électorales en Afrique : évolutions comparatives et perspectives*, Séminaire organisé par le gouvernement du Bénin en partenariat avec la Francophonie/ Organisation internationale de la Francophonie (OIF), Cotonou (Bénin), 18-20 décembre 2008.

⁷⁹ V. S. BALDE, *La convergence des modèles constitutionnels*, op. cit., p. 170.

Un siècle après, nous avons encore une Commission électorale aux Etats-Unis. Il s'agit de la *Federal Election Commission* (FEC) ou Commission électorale fédérale. C'est un organisme indépendant créé en 1975 par une loi du Congrès et chargé d'administrer et de faire appliquer la loi sur le financement des élections fédérales de 1971. Elle a donc comme mission d'améliorer la transparence du financement des campagnes électorales afin de garantir le respect de l'équité entre les candidats et surtout le droit du public de connaître les sources de financement des candidats pour qui ils pourraient éventuellement voter.

En comparaison aux Commissions électorales nationales africaines, la FEC ne joue pas du tout le même rôle, se contentant de veiller à la « régularité financière » de la campagne électorale américaine. Ces missions ne sont donc pas aussi étendues que celles des institutions africaines. Les institutions africaines de gestion des opérations électorales telles qu'elles se sont présentées dans les années 1990 ne peuvent être rattachées au modèle de la FEC américaine.

Une autre Commission est celle australienne (*Australian Electoral Office*), Créée le 21 février 1984. Elle est une agence du gouvernement fédéral responsable principalement de l'organisation et de la gestion des élections fédérales et des opérations référendaires⁸⁰. La Commission australienne joue un grand rôle de sensibilisation des populations des différents Etats et territoires de la Fédération quant au vote. Elle a ainsi un rôle assez inédit d'éducation électorale. On pourrait la rapprocher des institutions électorales africaines dans la mesure où l'institution australienne joue un grand rôle dans l'organisation et la gestion des élections majeures de l'Etat. Cependant, par rapport à sa composition, le modèle australien s'éloigne des Commissions électorales nationales africaines. En effet, la Commission électorale australienne (AEC) ne comprend que trois membres, à savoir un président, qui est généralement un magistrat, un commissaire électoral et un membre non-juriste, généralement chargé des opérations statistiques.

Outre le fait que son personnel soit plus réduit que celui des Commission africaines, L'AEC ne comprend pas de personnel politique, représentant des partis ou associations politiques ou encore la société civile. De plus, même si on peut la classer parmi les institutions autonomes, l'AEC reste une agence de l'Etat. Ici encore, on ne peut pas identifier la Commission électorale australienne aux Commissions électorales nationales africaines.

En fin de compte, les institutions anglo-saxonnes ou nord- américaines passées ici en revue ne partagent véritablement qu'un point commun avec les Commissions électorales nationales africaines, à savoir la dénomination. En dehors de cette dénomination, on ne saurait objectivement voir une quelconque filiation entre ces institutions électorales et celles africaines. On peut donc retenir que les Commissions

⁸⁰ La Commission électorale australienne a ainsi eu à préparer le référendum national de novembre 1999 au sujet de la modification de la Constitution australienne et de la transformation de l'Etat en une République.

électorales africaines sont le fruit d'une réappropriation de catégories constitutionnelles voire une adaptation de l'imagination africaine. Elle constitue, en outre, un instrument de sortie de crise.

2- La Commission électorale : une institution de sortie de crise

« C'est dans un contexte de crise politique que sont réclamées, créées et reformées de nouvelles institutions séparées de l'administration d'Etat et investies de la responsabilité des opérations électorales. Elles se présentent comme une solution de sortie de crise »⁸¹. Peut-on être d'accord avec ces propos si on constate de prime abord que les « maints dysfonctionnements plus ou moins graves qui ont pu obérer ou obèrent la transparence et la fiabilité des élections (font que les structures électorales spécifiques) peuvent être à l'origine de tensions ou parfois de crises et de conflits allant même jusqu'à alimenter un certain sentiment de désenchantement démocratique⁸² ».

La réponse à la question passe par la résolution de deux problématiques, la première portant sur l'effectivité de la garantie par la Commission électorale nationale (CEN) de la régularité et de l'honnêteté du processus électoral, la seconde tournant autour de la réalité de la consécration par la CEN du nouvel ordre juridique.

La CEN est sans doute un point de focalisation dans le processus électoral national, dont les travaux sont passionnément suivis par l'opinion publique, la société civile, les différents acteurs politiques et les observateurs internationaux⁸³.

« Plus de quinze ans après le début des transitions démocratiques, inaugurées sur le continent par les Conférences nationales, qui s'est couplé, dans d'autres pays, avec l'aménagement progressif des systèmes institutionnels et politiques en faveur de la même aspiration au pluralisme, à l'Etat de droit et à la pleine expression des droits et des libertés, y compris celle du suffrage universel, les Structures électorales spécifiques, particularité africaine, conçues dans ce contexte pour instaurer la confiance des protagonistes et des citoyens, en réaction à la gestion des opérations électorales par les administrations traditionnellement compétentes, non seulement se sont pérennisées mais se sont également généralisées⁸⁴ ».

⁸¹ J. du B. de GAUDUSSON, « Les structures de gestion des opérations électorales », in *Actes de la troisième réunion préparatoire au symposium de Bamako : Les élections*, Bamako, AIPLF, avril 2000.

⁸² Cf. les conclusions du *Séminaire sur les structures électorales en Afrique : évolutions comparatives et perspectives*, Séminaire organisé par le gouvernement du Bénin en partenariat avec la Francophonie/Organisation internationale de la Francophonie (OIF), Cotonou, 18- 20 décembre 2008.

⁸³ D. K. KOKOROKO, *Contribution à l'étude de l'observation internationale des élections*, Thèse de doctorat, Université de Poitiers, 2005, 469P.

⁸⁴ Cf. les conclusions du *Séminaire sur les structures électorales en Afrique : évolutions comparatives et perspectives*, Séminaire organisé par le gouvernement du Bénin en

L'institution a joué et joue encore un rôle important pour l'avènement de l'Etat de droit en Afrique, grâce notamment à la tenue d'élections transparentes.

Certes, une première réaction serait de dire qu'il ne faudrait en aucun cas résumer le vote démocratique en Afrique noire francophone à la Commission électorale nationale. Celle-ci n'est véritablement qu'une des parties présentes et responsables de la bonne tenue des opérations électorales.

En effet, la CEN, qu'elle prenne en charge l'ensemble du processus électoral ou pas, est toujours associée à l'administration d'Etat et se place sous le contrôle du juge constitutionnel, en ce qui concerne les élections nationales, ou du juge administratif, voire de la Cour suprême selon les Etats⁸⁵, en ce qui concerne les élections locales.

De plus, la présence d'une Commission électorale nationale, qu'elle soit qualifiée d'autonome, d'indépendante ou de mixte, ne garantit absolument pas la tenue d'élections honnêtes. En effet, la question qui mérite d'être posée est celle de savoir si les nouveaux modes d'organisation et de gestion des opérations électorales avaient atteint les buts pour lesquels ils avaient été créés, à savoir assurer la sincérité effective des scrutins et rétablir la confiance des électeurs et de la classe politique⁸⁶.

La Commission électorale nationale doit certainement son succès et sa diffusion en Afrique noire francophone non seulement aux possibilités d'instrumentalisation que le modèle a dévoilées, d'abord lors de la gestion des élections législatives de mars 1995 au Bénin, mais ensuite et surtout lors de la gestion des législatives de juin 1995 en République de Guinée, seconde expérience confirmée par la tournure de l'élection présidentielle de juillet 1996 au Niger.

Cependant, si le modèle de la Commission électorale nationale a connu autant de succès en Afrique, ni sa dimension *incantatoire* ni sa variable stratégique ne peuvent être à elles seules des clés d'explication suffisantes. Le modèle a incontestablement réussi d'une part du fait qu'il participait *véritablement* à la construction de l'Etat de droit et d'autre part parce qu'il représentait malgré tout, une *voie originale de sortie acceptable* pour les dirigeants politiques, dans le cadre d'une alternance politique ni définitive, comme l'a montré l'expérience béninoise, ni brutale comme l'a prouvé l'exemple malien.

Aussi, le modèle de la CEN peut incontestablement être considéré comme un modèle nécessaire de sortie de crise politique réelle ou anticipée, dans la mesure où il laisse entrevoir la possibilité de l'avènement d'une nouvelle période marquée par le règne de

partenariat avec la Francophonie/ Organisation internationale de la Francophonie (OIF), Cotonou, 18- 20 décembre 2008.

⁸⁵ Ainsi au Bénin, c'est la Cour constitutionnelle qui est responsable du contentieux des élections nationales et la Cour suprême pour ce qui concerne les élections locales.

⁸⁶ V. J. du B. de GAUDUSSON, « Les structures de gestion des opérations électorales », *op. cit.*

la démocratie électorale. Les résistances au modèle, comme en République de Guinée en 1995 et comme au Niger en 1996, les rechutes dans le système du jeu politique fermé et la remise en cause de l'Etat de droit par la restauration d'élections tronquées ne sont finalement que la traduction de « la cristallisation d'une contrainte institutionnelle et les obstacles que l'institution oppose aux acteurs qui veulent jouer en dehors du cadre légal qu'elle fournit »⁸⁷.

A l'expérience, ces institutions ont contribué, dans une certaine mesure, à instaurer la confiance entre les acteurs et protagonistes des élections ; mais les expériences malheureuses des élections présidentielles du Togo en juin 1998 ou du Niger en 1996 pour ne prendre que ces exemples montrent qu'elles ne sauraient être à elles seules un gage de la sincérité des élections ; pas plus, en sens inverse qu'on ne peut imputer au seul Observatoire national des élections la responsabilité du bon déroulement des élections présidentielles du Sénégal d'avril 2000. La question est d'ailleurs posée aujourd'hui de savoir si ces commissions, du moins dans leur forme initiale, ne créent pas d'autres difficultés et ne sont pas devenues un obstacle, la phase de démarrage de la transition passée, à la poursuite de la démocratisation⁸⁸.

Sources de consensus et de participation plurielle⁸⁹, les CEN resteraient le meilleur moyen d'accès à la démocratie qui, comme culture du pouvoir en Afrique, se traduit par la systématisation de la compétition comme cadre d'organisation de la vie politique et de l'élection comme mode d'accès aux positions de pouvoirs⁹⁰.

Selon HUNTINGTON « les élections sont cruciales dans le développement du comportement démocratique. Elles permettent de forcer une équipe dirigeante à se retirer et à en promouvoir une autre, la démocratie s'en trouve consolidée dans la mesure où ces réactions qui font partie du système, deviennent institutionnalisées »⁹¹.

Le modèle de la Commission électorale nationale, qui a permis la tenue de nombreuses élections « acceptables » en Afrique subsaharienne, peut de ce fait, constituer une avancée notable dans la libéralisation du jeu politique, dans la mesure où il a le mérite d'imposer le principe du consensus. Les CEN n'échappent cependant pas à la critique. Vulnérables, fragiles, parfois inefficaces, elles peuvent ajouter au chaos politique car étant l'objet de trop d'attentes.

⁸⁷ O. NAY, *La région, une institution : la représentation, le pouvoir et la règle dans l'espace régional*, Paris, L'Harmattan, 1997.

⁸⁸ J. du B. de GAUDUSSON, « Les élections à l'épreuve de l'Afrique », in *Etudes et doctrine*, « La sincérité du scrutin », op. cit.

⁸⁹ I. SOUNA, « L'éducation pour une culture et une citoyenneté démocratique », in *Actes de la troisième réunion préparatoire au symposium de Bamako : les élections*, Bamako, AIPF, avril 2000.

⁹⁰ L. SINDJOUN, « La culture démocratique en Afrique subsaharienne : comment rencontrer l'Arlésienne de la légende africaine », in *Actes de la cinquième réunion préparatoire au symposium de Bamako*, Bamako, AIPF, juin 2000.

⁹¹ S. HUNTINGTON, *Troisième vague. Les démocratisations de la fin du XX^e siècle*, Paris, Nouveaux Horizons, 1996.

II- LES FERMENTS DE L'ETAT DE DROIT

Depuis la fin des années 1980 et les mutations du constitutionnalisme, l'Afrique présente un nouveau visage. A-t-elle pour autant réussi à enjamber le monolithisme, vaincre la fatalité de l'autoritarisme et entrer dans le club très prisé des démocraties ? Une partie de la doctrine semble attester l'implantation du pluralisme avec quelques spécificités sur le continent noir⁹².

L'Etat de droit qui découle de ce nouveau cadre constitutionnel en mutation dès le début des années 1990 en Afrique, et qui a pour fondement la démocratie et la libéralisation de la vie sociopolitique⁹³, se caractérise dans la plupart des Etats africains, à la fois, par l'émergence d'une démocratie constitutionnelle (A) et par l'appropriation des régimes politiques classiques (B).

A- L'émergence d'une démocratie constitutionnelle

La démocratie constitutionnelle émergente sur le continent est marquée par l'avènement dans presque tous les pays d'une Constitution écrite, élaborée selon un processus participatif et adoptée par référendum. Elle est aussi l'expression de la garantie des droits et des libertés à travers les juridictions constitutionnelles. En effet, les juridictions constitutionnelles africaines francophones sont l'objet d'un regain certain d'intérêt. Cet intérêt de la doctrine porte principalement sur la place des Cours et Conseils constitutionnelles dans l'architecture institutionnelle des Etats, l'ascendant nouveau et la crédibilité nouvelle qu'elles ont acquis comme « éléments incontournables des Etats de droit à construire⁹⁴ ». Selon Gérard CONAC, « Les démocraties nouvelles sont parfois plus inventives que les démocraties anciennes »⁹⁵. En effet, l'une des pièces maîtresses de l'ingénierie constitutionnelle orientée vers la démocratie et l'Etat de droit est la juridiction constitutionnelle dans les Etats africains francophones. Elles sont les « pièces essentielles »⁹⁶ d'un dispositif institutionnel volontairement établi dans le but et la perspective d'acclimater la forme de gouvernement démocratique dans les pays africains francophones⁹⁷. Il en ressort une

⁹² F. J. AÏVO, « Les constitutionnalistes et le pouvoir politique en Afrique », *Revue française de droit constitutionnel*, 2015/4, n° 104, p. 771.

⁹³ S.-P. ZOGO NKADA, « Le nouveau constitutionnalisme africain et la garantie des droits socioculturels des citoyens : cas du Cameroun et du Sénégal », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012/4, n° 92, p. 23.

⁹⁴ A.S. OULD BOUBOUTT, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique : évolution et enjeux », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XIII-1997, p. 40 ; A. NDIAYE, *La nouvelle juridiction constitutionnelle en Afrique noire francophone et la construction de l'Etat de droit : exemple du Gabon et du Sénégal*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier, 2003.

⁹⁵ G. CONAC, « Succès et échecs des transitions démocratiques en Afrique subsaharienne », in *Mélanges Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 46.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 45.

⁹⁷ N. MEDE, « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2008, p. 66.

ingénierie constitutionnelle hardiment innovante perceptible à travers d'une part, le renouveau de la justice constitutionnelle (1) et d'autre part, les particularités de la protection juridictionnelle de la constitution (2).

1- Le renouveau de la justice constitutionnelle

La plupart des Constitutions africaines accordent de nos jours une place autonome aux juridictions constitutionnelles qui, si elles symbolisent la force désormais reconnue au pouvoir judiciaire et non à l'autorité judiciaire comme c'était le cas dans les précédents textes, fonctionnent en dehors de l'appareil juridictionnel ordinaire. Cette spécificité se retrouve aussi bien dans leurs compétences ou autorité reconnue à leurs décisions, qui s'imposent aux pouvoirs politiques, que dans leur composition, le statut de leurs membres ou le mode de saisine. Si les Constitutions africaines reprennent la formulation française pour évoquer les principaux domaines de compétence des juridictions constitutionnelles, elles s'en séparent quant à leur étendue⁹⁸.

En effet, en matière de contrôle de constitutionnalité qui a pour corollaire la protection des droits fondamentaux et des libertés, cette fonction recouvre, comme en France, le contrôle de constitutionnalité des lois organiques et ordinaires, des engagements internationaux, des règlements intérieurs des Assemblées parlementaires. A ces compétences s'ajoutent selon les pays, le contrôle des actes réglementaires « censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques »⁹⁹ et les règlements intérieurs de certains organes comme le Haut Conseil des collectivités ou le Conseil économique et social¹⁰⁰, la Haute Autorité de l'audiovisuel¹⁰¹.

Aussi, le contrôle électoral assuré par les juridictions constitutionnelles ne concerne pas toujours les seules élections présidentielles, législatives et référendaires. Il recouvre parfois les élections locales¹⁰² quand ce n'est pas tout simplement, selon une certaine formulation « tout contentieux électoral » tel en Centrafrique. Les juridictions constitutionnelles se voient parfois confier des prérogatives plus étendues en matière électorale : elles ne se limitent pas seulement à la régularité des scrutins, à l'examen des recours et réclamations, ou encore à la proclamation officielle des résultats. Outre l'établissement de la liste officielle des candidats, la Cour constitutionnelle du Bénin a également en charge, en coopération avec la Commission électorale nationale autonome, l'organisation et la supervision des processus électoraux (Présidentiels et législatifs), incluant, entre autres, les opérations de recensement¹⁰³.

⁹⁸ A. BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *Revue française de droit constitutionnel*, 2002/4 (n° 52), p. 736.

⁹⁹ C'est le cas au Bénin et au Gabon.

¹⁰⁰ Cas du Mali et du Burkina Faso pour la seconde institution.

¹⁰¹ C'est le cas au Bénin.

¹⁰² On peut évoquer le cas du Niger avec sa Constitution de 1999.

¹⁰³ A. BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *Revue française de droit constitutionnel*, 2002/4 (n° 52), p. 737.

Les juges constitutionnels africains se sont vus en outre confier la responsabilité d'enregistrer et de rendre publique la déclaration de patrimoine du chef de l'Etat nouvellement élu.

En matière de saisine la distinction avec le système constitutionnel français est notable. Si toutes les constitutions africaines se réfèrent au contrôle de constitutionnalité par voie d'action à l'initiative d'autorités politiques, en revanche beaucoup d'entre elles prévoient la saisine individuelle, soit par voie d'action, soit par voie d'exception, sous la forme de question préjudicielle de constitutionnalité¹⁰⁴. La consécration de la saisine individuelle constitue la grande innovation de la justice constitutionnelle africaine.

Dans ce domaine, le Bénin fait assurément figure de précurseur. La Constitution prévoit, en effet, la saisine individuelle aussi bien par voie d'action que par voie d'exception. L'article 122 de sa Constitution dispose que : « tout citoyen peut saisir la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée devant une juridiction ». Partant de là, et en s'appuyant sur le préambule et le titre II de la Constitution relatif aux « droits et devoirs de la personne humaine », la Cour constitutionnelle a adopté une conception très extensive du mode de saisine individuelle. Elle en a même facilité l'usage dans son règlement intérieur, en indiquant, entre autres, que la procédure est écrite, gratuite, secrète. Mieux encore, elle a pris l'habitude de se saisir d'office chaque fois « qu'une loi ou un texte réglementaire est censé porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques »¹⁰⁵.

La Constitution de la République centrafricaine prévoit cette saisine individuelle de la Cour constitutionnelle, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité. Il en est de même pour la Constitution gabonaise et burkinabè¹⁰⁶. Mais dans l'un et l'autre cas, la portée d'un tel droit est restée limitée en raison, entre autres, des nombreux obstacles de procédure qui l'entourent. Quid des particularités de la protection juridictionnelle de la constitution ?

2- Les particularités de la protection juridictionnelle de la constitution

Si c'est en qualité de juge du contentieux électoral que les juridictions constitutionnelles africaines se sont souvent faites remarquer (pour le meilleur comme pour le pire), leurs activités dans les domaines de la protection des droits fondamentaux et des libertés, ainsi que de la régulation des institutions de l'Etat ont été tout aussi importantes¹⁰⁷. Cependant, les juges constitutionnels africains ont

¹⁰⁴ L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2018, p. 255 et s.

¹⁰⁵ Cf. Article 121 al.2 de la Constitution béninoise.

¹⁰⁶ Voir Article 157 al. 2 de la Constitution burkinabè du 2 juin 1991.

¹⁰⁷ A. BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique », *Revue française de droit constitutionnel*, 2002/52, p. 740.

remarquablement résolu l'équation du positionnement de la loi organique dans l'échelle des normes à travers une jurisprudence audacieuse qui s'éloigne nettement des solutions françaises. Ainsi, contrairement au juge français qui a tendance à exclure les lois organiques du bloc de constitutionnalité, les juridictions constitutionnelles africaines, ont, dans leur majorité, dégagé une conception extensive du bloc de constitutionnalité, y incluant implicitement ou explicitement la loi organique¹⁰⁸. Les juges prennent ainsi à leur compte les convictions de la doctrine la plus progressiste sur la question¹⁰⁹. En réalité, et c'est là sans doute que réside l'essentiel, les Conseils et les Cours constitutionnels ont donné un caractère plus effectif à leurs attributions, rompant ainsi avec le constat d'inefficacité qui les frappait jusque-là¹¹⁰.

Force est donc de reconnaître que l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle révèle que la notion de bloc de constitutionnalité est d'une consistance relative et en progression constante¹¹¹. En droit constitutionnel comparé, le juge constitutionnel a tendance à se référer à un ensemble de textes les plus étendus et divers. Cette dynamique d'extension du bloc de constitutionnalité s'illustre abondamment dans la jurisprudence constitutionnelle africaine.

Les juges constitutionnels africains invoquent la notion mais lui donnent une autre dimension (que celle française) articulée à la dynamique de la *respiration* des ordonnances constitutionnelles. Il se dégage donc du tour de jurisprudence de la plupart des Etats africains une tendance dominante à l'inclusion de la loi organique dans le bloc de constitutionnalité.

Ainsi, au Mali, le juge constitutionnel admet l'inclusion des lois organiques dans le bloc de constitutionnalité quand il indique « que les règlements intérieurs des institutions soumis au contrôle de constitutionnalité sont examinés tant par rapport aux dispositions de la Constitution que des lois organiques relatives à ces institutions¹¹² ». Alors pour contrôler le règlement du Haut conseil des collectivités, il vise expressément, en dehors de la Constitution, la loi organique portant sur ladite institution¹¹³.

Dans la jurisprudence constitutionnelle gabonaise, le bloc de constitutionnalité ou les normes de référence du juge constitutionnel n'incluaient pas initialement les lois

¹⁰⁸ I. M. FALL, « Quelques progrès remarquables du droit constitutionnel africain », in *Démocratie en questions*, Mélanges en l'honneur de Théodore HOLO, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 capitole, 2017, p. 262.

¹⁰⁹ S. BOLLE, « Le bloc de constitutionnalité au Bénin et au Gabon », Communication au IV^e Congrès français de droit constitutionnel, Aix-en-Provence, 10, 11 et 12 juin 1999.

¹¹⁰ P. G. TCHIVOUNDA, « Une juridiction constitutionnelle au Gabon (à propos de la Chambre constitutionnelle de la Cour Suprême au Gabon) », in *Les Cours Suprêmes en Afrique*, RJPIC, Paris, Economica, 1988, p. 437.

¹¹¹ L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges Charles Eisenman*, Paris, CUJAS, 1975, p. 33.

¹¹² Arrêt n° 07- 183/CC du 11 décembre 2007.

¹¹³ Arrêt n° 02 -145/CC du 20 août 2002.

organiques¹¹⁴. Puis, elle commence à reconnaître à la loi organique tantôt une valeur infra constitutionnelle¹¹⁵ tantôt une valeur constitutionnelle¹¹⁶. Cette dernière perspective est perceptible dans plusieurs décisions à travers lesquelles elle considère qu'« en vertu des dispositions des articles 88 de la Constitution, 60 et 61 de la loi organique sur la Cour constitutionnelle, celle-ci dispose du pouvoir d'interpréter la Constitution et les autres textes à valeur constitutionnelle telle une loi organique (...) »¹¹⁷.

D'après l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle du Bénin, il est clairement affirmé que les lois organiques font partie intégrante du bloc de constitutionnalité. Après quelques hésitations au début, le Haut Conseil de la République, siégeant en qualité de Cour constitutionnelle, a clairement tranché la question de l'intégration des lois organiques parmi les normes de référence du juge constitutionnel¹¹⁸. Le non-respect de ces lois organiques constitue un motif d'inconstitutionnalité. Ainsi en 1991, le juge constitutionnel, à l'occasion de l'examen du règlement intérieur de l'Assemblée nationale, déclare que font partie du bloc de constitutionnalité la loi organique sur la Cour constitutionnelle et la loi organique des finances¹¹⁹.

Dans la même logique, le juge béninois dans sa décision DCC n° 00-016 du 9 février 2000, a clairement exprimé dans son 3^e considérant que « la loi organique fait partie du bloc de constitutionnalité et est une norme supérieure à la loi ordinaire et au décret ». Il considère, en l'espèce, qu'avec la violation d'une loi organique, il n'est pas besoin de statuer sur la violation de la Constitution. La Cour a, auparavant, estimé que la non transmission de la loi organique n° 92-02 du 21 août 1992 sur la Haute autorité de l'audio visuelle et de la communication (HAAC) constitue un vice de procédure au regard du bloc de constitutionnalité que forment la Constitution et surtout la loi organique n° 91-009 du 4 mars 1991 sur la Cour constitutionnelle. Dans une autre

¹¹⁴ Sur le bloc de constitutionnalité au Gabon : décision n° 001/92/CC du 28 février 1992 portant organisation et fonctionnement du Conseil national de la communication ; décision n° 016 BIS/92/CC des 12, 13 et 14 octobre 1992 ; décision n° 004/93/CC du 2 mars 1993 portant loi n° 13/92, 3/93, 4/93 relatives au code électoral, aux conditions d'éligibilité du président de la République et à l'élection des députés à l'Assemblée nationale ; décision n° 005/93/CC du 4 mars 1993 et n° 010/93/CC du 5 mars 1993 portant loi organique n° 2/93 fixant la composition, l'organisation et le fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature.

¹¹⁵ Décision n° 3/CC du 27 février 2004, 18^e considérant ; décision n° 13/CC des 24, 25 et 26 mai 1993, 8^e considérant.

¹¹⁶ T. ONDO, *Les bases constitutionnelles du droit processuel gabonais*, Libreville, Edition Raponda-Walker, 2010, pp. 11-12 ; T. ONDO, *Le droit parlementaire gabonais*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 23.

¹¹⁷ Décision n° 22/CC du 27 octobre 1993 ; décision n° 11/CC du 10 février 2003, 38^e considérant ; décision n° 22/CC du 16 décembre 2004, 2^e considérant ; décision n° 19/CC du 5 août 2005, 8^e considérant.

¹¹⁸ I. M. FALL, « Quelques progrès remarquables du droit constitutionnel africain », in *Démocratie en questions*, Mélanges en l'honneur de Théodore HOLO, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 capitole, 2017, p. 281.

¹¹⁹ Décision n° 3 DC du 2 juillet 1991 39^e considérant.

décision de 2008, la Cour estime que « l'attribution des fréquences par la HAAC ne saurait déroger aux conclusions du rapport technique sans violer les dispositions de la loi organique sur la HAAC qui fait partie du bloc de constitutionnalité »¹²⁰. En outre, elle considère que le fait pour la HAAC de vouloir exécuter sa décision de retrait d'autorisation d'exploitation de fréquence, nonobstant le recours suspensif du promoteur, est contraire à l'article 54 de la loi organique sur la HAAC « laquelle fait partie intégrante du bloc de constitutionnalité »¹²¹. Cette tendance jurisprudentielle peut être saluée, à sa juste valeur, comme un progrès du droit constitutionnel¹²² même s'il fait l'objet de critique de la part de certains auteurs¹²³.

En définitive, l'évolution du contentieux constitutionnel africain révèle dans l'ensemble la prédominance de la tendance à l'extension progressive de la sphère des normes qui servent d'appui au juge constitutionnel dans son œuvre de régulation de l'Etat de droit. Le bloc de constitutionnalité est conçu dans l'esprit du juge africain comme l'ensemble formé par la Constitution et les règles auxquelles il fait référence pour contrôler la constitutionnalité d'un texte ou d'un acte, ou plutôt l'ensemble des textes au regard desquels les lois ou les actes sont contrôlés¹²⁴.

Cette vision africaine de l'ordre constitutionnel rejoint celle de la doctrine qui estime, à juste titre, qu'il n'existe pas un bloc de constitutionnalité, mais des blocs de constitutionnalité dont les éléments changent en fonction du type de contrôle exercé par le juge constitutionnel, ou plus exactement en fonction de la nature des actes soumis au contrôle du juge¹²⁵.

Il se dégage de la réflexion qu'au fil de ses décisions, le juge africain a élaboré un contenu dense du bloc de constitutionnalité¹²⁶. Il y a intégré, à part les dispositions constitutionnelles et les différents textes qui constituent une mise en œuvre de la Constitution, des constructions jurisprudentielles qui lui permettent d'imposer son interprétation. Cette technique qui consiste à construire un bloc de constitutionnalité pluriel et divers lui permet, non seulement d'enrichir sa référence, mais aussi et surtout d'étendre ses capacités de contrôle de la loi. Ce faisant, il assure au mieux sa

¹²⁰ Décision n°DCC 08-021 du 28 février 2008.

¹²¹ Décision n°DCC 10-035 du 23 mars 2010.

¹²² S. BOLLE, *Le nouveau régime constitutionnel du Bénin. Essai sur la construction d'une démocratie africaine par la Constitution*, Thèse de doctorat, Montpellier, 1997, p. 709.

¹²³ D. GNAMOU, « La Cour constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop ? », in *La Constitution béninoise de 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?* Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 687-715.

¹²⁴ I. M. FALL, « Quelques progrès remarquables du droit constitutionnel africain », in *Démocratie en questions*, Mélanges en l'honneur de Théodore HOLO, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 capitole, 2017, p. 284.

¹²⁵ B. GENEVOIS, « Normes de références du contrôle de constitutionnalité et respect de la hiérarchie en leur sein », in *l'Etat de droit*, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, 1996, p. 323-340.

¹²⁶ S. BOLLE, « Le bloc de constitutionnalité au Bénin et au Gabon », Communication au IV^e Congrès français de droit constitutionnel, Aix-en-Provence, 10, 11 et 12 juin 1999.

fonction de valorisation jurisprudentielle du droit constitutionnel, sa mission de garantie de la suprématie de la Constitution, et donc de consolidation de l'Etat de droit¹²⁷. Les singularités du constitutionalisme en Afrique sont tout aussi perceptibles dans l'appropriation des régimes politiques classiques.

B- L'appropriation des régimes politiques classiques

Les corpus constitutionnels africains ont été élaborés dans le moule matériel, institutionnel voire idéologique de ceux des puissances coloniales¹²⁸. Ce constitutionnalisme devait être teinté d'une originalité qui permette la création de systèmes politiques propres et enracinés dans le passé de l'Afrique, sous peine de se trouver « décervelé » selon la formule de Joseph Ki-Zerbo¹²⁹. Cela a conduit dans un premier temps, à la création du Présidentialisme négro africain (1) et dans un second temps, à la construction d'un statut innovant de l'opposition (2).

1- La création du Présidentialisme négro africain

Devant la nécessité de se doter de régimes politiques à même de porter leur mission de développement, le premier réflexe des dirigeants des Etats africains indépendants a été d'importer les régimes politiques des anciens pays colonisateurs. En effet, au seuil des indépendances africaines, les régimes politiques occidentaux¹³⁰, passés pour modèles, ont servi de « vitrine » au processus de fondation des ordres juridiques. Les élites étaient portées à opérer un choix rationnel parmi les modèles classiques suffisamment élaborés que sont le régime parlementaire et le régime présidentiel - ces fameuses « vaches sacrées¹³¹ » - entre lesquels s'intercalent les régimes dits mixtes¹³² dont le plus répandu est le régime semi-présidentiel incarné par la Vème République

¹²⁷ I. M. FALL, « Quelques progrès remarquables du droit constitutionnel africain », in *Démocratie en questions, Mélanges en l'honneur de Théodore HOLO*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 capitole, 2017, p. 286.

¹²⁸ A. KPODAR, « Cinquante ans de théorie constitutionnelle en Afrique noire francophone », communication lors du colloque international de Cotonou, 8,9 et 10 Aout 2012 sur *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?*

¹²⁹ Communication au Cinquantenaire de l'IFAN, Dakar, mars 1989.

¹³⁰ J. L. QUERMONNE, *Les régimes politiques occidentaux*, Paris, Essais, 1994, p. 168 ; Ph. LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, 1990 ; Y. MENY, *Politique comparée : les démocraties : Allemagne, France, Grande-Bretagne, Etats-Unis, Italie*, Paris, Montchrestien, 1993.

¹³¹ M. DUVERGER, « Les vaches sacrées », *Itinéraires, Etudes en l'honneur de Léo HAMON*, Paris, Economica, 1982, pp. 639-645 ; L. HAMON, « Multitude et bon usage des vaches sacrées », *Mélanges Maurice DUVERGER*, Paris, PUF, 1988, p. 613.

¹³² On peut à cet égard avoir une lecture *restrictive* qui renverrait au régime politique issu de la Constitution française de 1958, ou bien alors faire montre d'une perception ouverte qui tiendrait compte de toutes les autres formules intermédiaires de régimes : Vème République, régime d'assemblée, les régimes semi-présidentiels, semi-parlementaires, parlementaires rationalisés, présidentialisés...

française¹³³. Seulement, faudrait-il souligner que l'option d'un régime est généralement conçue autour de l'admission d'un certain degré de séparation des pouvoirs¹³⁴ ; ce qui conditionne en amont un décryptage méticuleux des avantages et des inconvénients de l'implantation de chaque modèle en « terrain inconnu ».

La question de l'importation des objets juridiques vers le continent africain emporte souvent des « clichés » notoires. Bien nombreux sont les auteurs prompts à soulever le grief du « mimétisme »¹³⁵, d'« imitation »¹³⁶, d'« emprunt »¹³⁷, de « décalque »¹³⁸, d'« import-export »¹³⁹ des règles et principes propres à d'autres univers juridiques. Le réflexe mimétique habituellement reproché est de plus en plus nuancé, voire contesté par les juristes, soucieux qu'ils sont de recourir aux mêmes idéaux et valeurs que partagent toutes les sociétés démocratiques dans un contexte de mondialisation du droit constitutionnel¹⁴⁰ ; Mieux, l'Afrique s'est frayé sa voie à travers ce que des auteurs ont qualifié de *présidentialisme négro-africain*¹⁴¹.

¹³³ La paternité de ce concept de régime semi-présidentiel revient à Maurice DUVERGER. Cf. « Système présidentiel et système semi-présidentiel », *La présidence en France et aux États-Unis d'Amérique*, études réunies et présentées par Jean-Louis SEURIN, Paris, Economica, 1986. Selon cet auteur, le régime semi-présidentiel combine la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement avec l'existence d'un Président de la République élu au suffrage universel direct. L'auteur construit les critères du régime semi-présidentiel à partir de la comparaison des régimes de l'Allemagne de Weimar, de l'Autriche, du Portugal, de la Finlande, de l'Irlande et de la Vème république française. Cf. M. DUVERGER, *Vers régimes semi-présidentiels*, in O. DUHAMEL et Y. MENY, *Dictionnaire de la constitution*, Paris, PUF, 1992, p. 901 ; M. DUVERGER, *Le concept de régime semi-présidentiel*, in M. DUVERGER (dir.), *Les régimes semi-présidentiels*, (colloque 1983), Paris, PUF, 1986, p. 7. Pour une étude critique de la notion de régime semi-présidentiel. V. aussi O. DUHAMEL, « Remarques sur la notion de régime semi-présidentiel », in *Droit, Institutions et Systèmes politiques*, Mél. Duverger, Paris, PUF, 1988, pp. 581-590.

¹³⁴ P-Ph. FELDMAN, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques » *RFDC*, 2010/3, n° 83, pp. 483-493.

¹³⁵ J. du B. de GAUDUSSON, « Le mimétisme post colonial, et après ? », *Pouvoirs*, 2009/2, pp. 45-55. V. aussi, Y. MENY (dir.), *Les politiques du mimétisme juridique. La greffe et le rejet*, Paris, L'Harmattan, 1993.

¹³⁶ J. RIVERO, « Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif », *Mélanges W-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH*, Bruxelles, Bruylant, 1972, Tome 3.

¹³⁷ A. MABILEAU et J. MEYRIAT parlent des « emprunts étrangers ». V. *Décolonisation et régimes politiques en Afrique noire*, (sous dir.), Paris, Armand Colin, 1967.

¹³⁸ A. BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *RFDC*, n° 52, 2002, p. 722. Cet auteur a pu écrire : « ... Tout concourt à expliquer que les premières Constitutions africaines furent le plus souvent, à quelques variantes près, un simple décalque du texte de 1958 ».

¹³⁹ S. BOLLE, « Des constitutions « made » in Afrique », disponible sur www.la-constitution-en-afrique.org, p. 1.

¹⁴⁰ Sur la mondialisation du droit constitutionnel, F. DELPEREE, « Le nouveau droit constitutionnel à travers les âges », in *Constitution, enseignement et doctrine*, VIIème Congrès français de droit constitutionnel (50 ans de la Constitution de 1958), Paris, 2008, p. 1.

¹⁴¹ T. HOLO, « L'émergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, 2009/129, p. 102.

Qu'est-ce que le présidentielisme négro-africain ?, S'interrogeait dans une étude récente Rodrigue NGANDO SANDJE¹⁴². Cette question a pourtant mobilisé une foisonnante littérature, au moins depuis plus de trois décennies¹⁴³. Partant des analyses faites par Gérard CONAC sur les origines latino-américaines de ce concept, l'on ne peut manquer de défendre l'idée d'une certaine « filiation »¹⁴⁴, qui aura sécrété le modèle *africain* ou *négro-africain du présidentielisme*. Celui-ci est donc issu d'une certaine dégénérescence du régime de référence, comme le précise du reste Roger-Gérard SCHWARTZENBERG qui invite à bien distinguer le « régime présidentiel pur » que l'on voit fonctionner aux Etats-Unis et le *Présidentielisme*, fruit de l'ingéniosité africaine¹⁴⁵. L'on pourrait, ainsi, dans une certaine mesure mettre à l'actif du continent le présidentielisme qui se distingue du régime américain. En effet, le régime présidentiel s'analyse comme un régime dans lequel l'équilibre recherché des pouvoirs exécutif et législatif résulte de leur indépendance réciproque et de leur certitude politique de demeurer en fonction jusqu'à l'expiration de leur mandat¹⁴⁶. La conception de Jean GICQUEL est saisissante : il s'agit d'un régime « d'irrévocabilité mutuelle » et de « spécialisation fonctionnelle¹⁴⁷ ». La séparation des pouvoirs est ainsi un critère souvent utilisé pour distinguer le régime parlementaire du régime présidentiel. Au demeurant, il ne s'agit pas de considérer que l'un respecterait la théorie de la séparation des pouvoirs pendant que l'autre l'ignorerait, mais plutôt de relever que l'un, le régime parlementaire, serait un régime de séparation souple, pendant que l'autre, le régime présidentiel, serait un régime de séparation rigide¹⁴⁸.

Après avoir, avec des fortunes diverses, expérimenté les régimes classiques, les pays africains, tirant les enseignements de l'importation des modèles de référence, se sont

¹⁴² V. « Le renouveau du droit constitutionnel et la question des classifications en Afrique : quel sort pour le régime présidentieliste ? », *RFDC*, n° 93, 2013, p. 1.

¹⁴³ J. BUCHMAN, *L'Afrique noire indépendante*, Paris, LGDJ, 1962 ; R. MOULIN, *Le présidentielisme et la classification des régimes politiques*, Thèse de Doctorat d'Etat en droit, Université de Rouen, 1976 ; J. GICQUEL, « Le présidentielisme négro-africain : l'exemple camerounais », *Le pouvoir, Mélanges en l'honneur de Georges BURDEAU*, Paris, LGDJ, 1977, p. 701.

¹⁴⁴ G. CONAC a pu écrire : « Les pays d'Amérique latine ayant pour modèle au moment de leur accession à l'indépendance la Constitution des Etats-Unis, le présidentielisme ne peut être autre chose qu'une altération du régime présidentiel. C'est un type de régime autoritaire que l'on situe sans grandes précisions d'ailleurs, dans une zone intermédiaire entre les régimes dignes du label des démocraties libérales et les régimes les plus dictatoriaux qui n'hésitent pas à extérioriser leur despotisme ou affirmer des options totalitaires ». V. « Pour une théorie du présidentielisme. Quelques réflexions sur les présidentielismes latino-américains », *Mélanges en l'honneur de Georges BURDEAU*, Paris, LGDJ, 1977, p. 117.

¹⁴⁵ Cf. R.-G. SCHWARTZENBERG, *Cours de droit constitutionnel*, Paris, 1969, p. 384. Référence citée dans, O. DUHAMEL et Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2003, p. 913.

¹⁴⁶ P. PACTET et F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2011, p. 141.

¹⁴⁷ J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 251.

¹⁴⁸ G. CONAC, « Régime présidentiel », in Olivier DUHAMEL et Yves MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 896.

appropriés les recettes de l'un et de l'autre en les adaptant à leur environnement¹⁴⁹. Les régimes qui se construisent ainsi, secrétés par la dynamique politique et sociale et n'ayant pas encore pris leurs traits définitifs, affichent déjà des caractéristiques identifiables : il s'agit de régimes démocratiques ou en démocratisation continue qui ont opté pour un mode de gouvernement s'articulant autour de la figure du Président de la République.

Actuellement, c'est au prix d'importants « aménagements » que certains Etats africains ont cherché à mettre en place un régime présidentiel. Un Etat comme le Bénin illustre parfaitement cet état de fait. En effet, le pays, après avoir été tour à tour séduit par le parlementarisme, divers régimes militaires, le présidentielisme, a fait œuvre originale en optant, à l'opposé de nombre de pays africains francophones, pour un régime présidentiel démocratique¹⁵⁰ et non pour un régime semi-présidentiel à la française¹⁵¹.

Pour le professeur Jean BUCHMANN, l'Afrique révèle une singularité qui se présente dans la structure politique des (nouveaux) Etats. D'où les deux questions qu'il soulève : l'Afrique est-elle sur le point de renouveler la typologie des régimes politiques ou même d'engendrer un système politique entièrement neuf ?¹⁵² Ces interrogations paraissent se justifier et même se renforcer par les récentes évolutions des systèmes constitutionnels africains liées au processus de démocratisation. En effet, si le présidentielisme n'était qu'une pure anomalie, une simple déviance du régime présidentiel, pourquoi les constituants africains de l'ère de démocratisation l'ont-ils reconduit ? Pourquoi le présidentielisme africain se pérennise-t-il depuis les indépendances ?

Les nouvelles constitutions africaines, adoptées dans le contexte concurrentiel et pluraliste de démocratisation, ont reconduit les régimes présidentielistes. Quand on sait que ces constitutions du renouveau démocratique ont été élaborées par des commissions techniques comprenant d'éminents spécialistes en droit constitutionnel et en science politique, on finit par se convaincre que l'option pour le présidentielisme est bien l'expression d'une certaine tendance à l'affirmation d'un modèle africain de régime politique.

La pérennisation du présidentielisme en Afrique depuis les indépendances semble alors traduire l'expression de la volonté des constituants d'imprimer souverainement

¹⁴⁹ A. B. FALL, « Echech du constitutionnalisme français en Afrique et autonomie du droit constitutionnel africain », in *La Constitution française de 1958 un modèle pour l'Afrique*, in *La Costituzione francese*, Atti del convegno biennale dell' Associazione di Diritto pubblico comparato e europeo, Bari, Università degli Studi, 22-23 maggio 2008, pp. 406-436.

¹⁵⁰ S. BOLLE, « L'Etat de droit et de démocratie pluraliste au Bénin », in <http://www.la-constitution-en-afrique.org/12-categorie-10195442.html>.

¹⁵¹ V. A. CABANIS et M. MARTIN, « Note sur la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 », *Revue juridique et politique, Indépendance et coopération*, Janvier-Mars, 1992, n° 1, p. 31.

¹⁵² J. BUCHMANN, *L'Afrique Noire indépendante*, Tome VII, Coll. « Comment ils sont gouvernés », LGDJ, Paris, 1962.

la marque d'une spécificité africaine aux régimes politiques. Le présidentielisme n'est donc pas le produit du hasard ou la résultante d'un accident dans la transposition du constitutionnalisme occidental en Afrique ; il est plutôt un régime politique spécifique probablement plus adapté aux réalités africaines¹⁵³. En effet, dans des Etats qui avaient des nationalités multiples, comme au Burkina Faso, au Cameroun ou en Côte d'Ivoire, le principe de l'unité nationale conditionnait qu'on impulse une figure représentative assez forte. L'institution d'un statut de l'opposition s'inscrit également dans cette logique d'originalité africaine.

2- La construction d'un statut innovant de l'opposition

Avec la vague de démocratisation des systèmes politiques jusqu'alors marqués par l'exclusion en Afrique noire francophone, le pluralisme a conquis tous ses titres de noblesse et de valeur universelle¹⁵⁴.

Consubstantielle à la notion même de démocratie, l'opposition se doit d'être reconnue et dotée d'un véritable statut¹⁵⁵. La reconnaissance de l'opposition permettrait un rééquilibrage des institutions¹⁵⁶. Le rôle reconnu à l'opposition permettrait, dans le cadre d'une démocratie moderne, de renouveler la théorie de la séparation des pouvoirs. Dans un régime parlementaire dominé par le fait majoritaire, la fusion du couple exécutif/législatif met à mal la théorie de la séparation des pouvoirs. Comme le souligne Louis Favoreu, « la confrontation traditionnelle entre pouvoir exécutif et pouvoir législatif s'efface de plus en plus, désormais, devant celle entre majorité et opposition. En France comme en Grande-Bretagne ou dans d'autres systèmes parlementaires européens, le régime constitutionnel se caractérise en effet par une division bien marquée entre deux camps antagonistes : celui de l'exécutif soutenu par la majorité à l'Assemblée nationale ou à la Chambre des Communes et celui de la minorité représentée au Parlement, c'est-à-dire de l'opposition »¹⁵⁷.

L'opposition est perçue, en général en Afrique, par les gouvernants comme une hérésie par rapport aux valeurs « *politiquement correctes* » du moment¹⁵⁸. Porteuse de valeurs destructrices du système monolithique en vigueur, dans la plupart des Etats africains, elle ne pouvait qu'être combattue jusqu'à la dernière énergie par les pouvoirs en place. Une telle situation ne pouvait être que provisoire. En effet, la soif de justice, de liberté et de participation finit toujours par prendre le dessus sur la soumission à l'arbitraire. Le vent de démocratisation qui devait emporter les régimes

¹⁵³ S. Y. LATH, « La pérennisation du présidentielisme dans les Etats d'Afrique : les repères d'un modèle africain de régime politique », communication.

¹⁵⁴ El H. MBODJ, « Les garanties et éventuels statuts de l'opposition en Afrique », disponible sur <https://www.elhadjmbodj.org/news.php?slug=les-garanties-et-ventuels-statuts-de-l-opposition-en-afrique>, consulté le 15 avril 2019.

¹⁵⁵ A. VIDAL-NAQUET, « L'institutionnalisation de l'opposition, quel statut pour quelle opposition ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2009/1 n° 77, p. 154.

¹⁵⁶ H. KELSEN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, rééd. Economica, 1988, p. 92.

¹⁵⁷ L. FAVOREU, *Droit Constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2004, p. 338.

¹⁵⁸ M.-C. PONTHEAU, « L'opposition comme garantie constitutionnelle », *RDJ*, n° 4, 2002, p. 1127.

autoritaires de l'Europe de l'Est devait embraser les régimes autoritaires d'Afrique sous l'impulsion d'autres facteurs, notamment internationaux comme le discours de la Baule ou économiques et financiers comme le conditionnement politique de l'aide économique. Le déclenchement des cycles de contestations et de remises en cause des régimes politiques qui privilégiaient la voie autoritaire de développement apparaissait comme un tournant décisif du processus de maturation des systèmes politiques africains. C'est le début d'une vague toute nouvelle de démocratisation des systèmes politiques africains, après les périodes des régimes paternalistes qui avaient accompagné la décolonisation et des régimes autoritaires civils ou militaires qui avaient fait irruption au milieu de la première décennie des indépendances. Longtemps considéré comme une exception à la règle, dans le décor politique africain (Égypte, Tunisie, Sénégal, Botswana, Gambie, Maurice), le multipartisme renaît de ses cendres. Les nouvelles constitutions tel qu'au Bénin, Congo, Mali, Niger, Madagascar, le consacrent solennellement, alors que dans les anciennes constitutions, celle de la Côte d'Ivoire notamment, le multipartisme, formellement proclamé, recevra une pleine effectivité avec l'éclosion de formations politiques hors du parti unique, longtemps considéré comme le seul creuset efficace de l'intégration nationale.

La démocratie, dans le contexte des systèmes politiques majoritaires, renvoie à l'exercice du pouvoir d'État par la majorité sous le contrôle de l'opposition et l'arbitrage du peuple. À la séparation classique des pouvoirs, fondée sur une différenciation organique et fonctionnelle des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, se substitue, de nos jours, une séparation politique entre la majorité et l'opposition¹⁵⁹ sous l'arbitrage du pouvoir judiciaire qui veille au respect des droits et libertés fondamentaux d'une part et, d'autre part, du peuple, appelé à trancher, en dernière instance, les conflits opposant ces deux protagonistes du jeu politique grâce à l'expression du pouvoir de suffrage.

L'association de l'opposition à la marche des affaires de l'État ne peut se faire dans le désordre ou la dispersion des partis. Il faut bien un statut qui l'organise. Ce statut n'est pas une invention africaine ; il existe ailleurs dans le monde. L'opposition a d'ailleurs fait l'objet d'une constitutionnalisation sous d'autres cieux, notamment en France. En effet, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 inscrit la notion d'opposition dans la Constitution. Celle-ci dispose désormais d'un double ancrage constitutionnel, l'article 48, alinéa 5, réservant aux groupes d'opposition la détermination de l'ordre du jour d'un jour de séance par mois et l'article 51-1 précisant que le règlement de chaque assemblée reconnaît des droits spécifiques aux groupes d'opposition¹⁶⁰. En Afrique des textes¹⁶¹ encadrent l'opposition avec des particularités par rapport aux États

¹⁵⁹ P. JAN, « Les oppositions », *Pouvoirs*, n° 108, 2004, p. 23 et s.

¹⁶⁰ A. VIDAL-NAQUET, « L'institutionnalisation de l'opposition, quel statut pour quelle opposition ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2009/1 n° 77, p. 153.

¹⁶¹ Au Burkina Faso on a la Loi n° 009-2009/AN du 14 avril 2009 portant statut de l'opposition politique modifiée par celle n° 046- 2013/AN du 17 décembre 2013 ; Au Bénin on a la Loi n° 2018 - 23 du 17 septembre 2018 portant charte des partis politiques en République du Bénin.

européens. Cette spécificité réside dans l'institution d'un chef de file de l'opposition ou d'un leadership de l'opposition¹⁶². Elle est une condition nécessaire et indispensable à la démocratie. Ce leader de l'opposition doit être clairement identifié et doit prouver en permanence sa capacité à gérer les affaires de l'Etat au mieux des intérêts de la collectivité.

Les Etats africains de tradition juridique et politique française ont tous hérité de l'ancienne puissance coloniale un système partisan fondé sur le foisonnement et un cloisonnement des partis politiques. Il est difficile dans ces conditions de reconnaître un statut à tous les chefs de partis surtout dans les pays où la législation en matière de création de parti est très souple. Pourtant, il est possible de concilier le multipartisme intégral avec le statut du chef du principal parti de l'opposition. C'est là tout le mérite des Etats africains par rapport à la France et bien d'autres Etats européens.

En l'espèce, l'opposition est incarnée par le parti politique qui a obtenu le plus grand nombre de sièges parlementaires après le parti majoritaire¹⁶³. Un tel système permet au peuple de choisir au cours d'élections législatives de confier le pouvoir d'Etat à la majorité et de donner une prime d'encouragement au second parti dont le chef représente l'opposition officielle¹⁶⁴. Cette faculté restituée au peuple permet de contourner les tractations des états-majors des partis politiques qui pourraient, s'ils étaient chargés de le coopter, prendre en otage le chef de l'opposition.

Le chef du principal parti de l'opposition est ainsi investi d'une légitimité démocratique et populaire propre résultant de son choix par le peuple. Le poste sera toujours en compétition car le chef de l'opposition d'aujourd'hui peut se retrouver demain aux commandes de l'appareil d'Etat ou bien rétrograder et laisser la position à un autre leader¹⁶⁵. Il est investi de ce statut pendant toute la durée de la législature. Il perd ce statut, hormis la défaite électorale, en cas de déchéance de son mandat, de décès, de démission ou d'empêchement définitif. Le parti qu'il représente lui désigne alors un successeur, conformément à ses règles statutaires. De même si son parti intègre le gouvernement, il perd cette qualité au profit du leader du parti d'opposition arrivé immédiatement après lui lors des dernières élections législatives.

¹⁶² Cette particularité africaine existe cependant au Canada. En effet, au Canada, ainsi que dans les provinces qui le composent, il existe bien un « statut de l'opposition officielle » qui, juridiquement, diffère des autres partis d'opposition qui peuvent siéger au Parlement et avoir des groupes parlementaires.

¹⁶³ Article 15 al.1 de la Loi n° 009-2009/AN du 14 avril 2009 portant statut de l'opposition politique modifiée par celle n° 046- 2013/AN du 17 décembre 2013 au Burkina Faso.

¹⁶⁴ B. FRANÇOIS, « La question de la majorité parlementaire sous la V^e République », in *Mélanges Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 319 et s.

¹⁶⁵ Avant l'insurrection populaire qu'a connu le Burkina Faso les 30 et 31 octobre 2014, l'ADF/RDA occupait le poste de chef de file de l'opposition cependant à la suite des élections post insurrection de décembre 2015 ce poste est passé entre les mains de l'Union pour le Progrès et le Changement (UPC) dont le leader est Zéphirin DIABRE.

CONCLUSION

Si à première vue le constitutionnalisme africain des années 1990 ressemble fortement à celui des années 1960, ce qui n'inspirait pas à l'optimisme, les changements survenus dans l'environnement international et la nouvelle dynamique du mouvement associatif au niveau national peuvent toutefois modifier cette image d'un constitutionnalisme africain voué à l'échec¹⁶⁶. En effet, en inférer que les Etats de succession française ou belge se contentent de faire du « copier-coller » avec le texte suprême de l'ancienne métropole, c'est jeter un voile d'ignorance sur les constitutions aujourd'hui en vigueur et sur des décennies d'expérimentations constitutionnelles diverses et variées¹⁶⁷.

Aussi bien dans le domaine des droits de l'homme que des élections multipartites, la communauté internationale pourra constituer un soutien à la démocratisation en Afrique. En ce qui concerne les droits de l'homme, ce n'est pas en imposant ses conditionnalités et son propre modèle constitutionnel, mais en permettant aux gouvernants africains d'intervenir activement dans le domaine social et collectif et de développer ainsi les droits de l'homme de la deuxième génération. Quant aux élections pluralistes, le monitoring électoral tellement en vogue, ne semble pas la meilleure méthode de favoriser la démocratisation. En orientant davantage l'aide internationale vers des activités visant à renforcer les capacités politiques des mouvements associatifs, cela permettrait à certaines associations d'influer sur les partis politiques pour les transformer progressivement en partis démocratiques.

Néanmoins, le processus de réception du droit constitutionnel occidental, tel qu'il s'accomplit actuellement en Afrique, continue à poser de sérieux problèmes. Si sur le fond le constitutionnalisme comporte des principes universels tels que les droits de l'homme et les élections libres et pluralistes, l'expérience des trois décennies passées montre, à souhait, que dans la forme les spécificités africaines ont été négligées ce qui a au moins contribué à la crise de l'Etat en Afrique. Devant ce constat, il paraît logique de plaider pour plus de recherches anthropologiques qui peuvent enrichir le débat des constitutionnalistes sur une conception plus africaine du constitutionnalisme. Enfin, même si selon la conclusion de Babacar Kanté « en cinq ans, le constitutionnalisme a réalisé un bond qualitatif en Afrique plus important qu'en trente ans », il est évident que la réception du droit constitutionnel occidental poursuivra son cours capricieux avec des phénomènes de rejet, mais espérons-le, à la recherche d'un constitutionnalisme africain plus stable.

Léon Dié KASSABO

Maître-assistant en droit public

Université Thomas Sankara (BURKINA FASO)

¹⁶⁶ G. HESSELING, « La réception du droit constitutionnel en Afrique trente ans après : quoi de neuf ? », *International Association of constitutional Law*, 1996, p. 46.

¹⁶⁷ S. BOLLE, « Des Constitutions « Made in » Afrique », www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes7/BOLLE.pdf, consulté en janvier 2019.

L'EXERCICE DU POUVOIR NORMATIF PAR LE JUGE ADMINISTRATIF BURKINABE

Résumé : L'exercice d'un pouvoir normatif par le juge administratif, en tant que phénomène observable, n'est guère remis en cause aujourd'hui. Afin de trancher les litiges qui lui sont soumis, il est amené à créer du droit en cas de silence de la loi, ou en présence d'un texte, à travers l'interprétation qu'il en fait. La créativité du juge administratif burkinabè semble toutefois amoindrie en ce sens que les concepts de base du droit administratif ont déjà été posés par la jurisprudence administrative française à laquelle il se réfère au détriment de sa propre jurisprudence. L'âge d'or du pouvoir jurisprudentiel étant révolu, le juge administratif burkinabè réoriente son pouvoir normatif à travers non seulement le développement d'arrêts discursifs expliquant amplement la règle de droit, mais également à travers un effort de contextualisation des concepts de base du droit administratif et la construction de véritables politiques jurisprudentielles dans certains domaines.

Sommaire

INTRODUCTION

I- UNE PRODUCTION NORMATIVE GENERALEMENT TIMOREE

A- Un pouvoir normatif sous influence

1- Des références explicites

2- Des références implicites

B- Un pouvoir normatif non valorisé

1- Une autocensure du juge

2- Une autolimitation du juge

II- UN EXERCICE DU POUVOIR NORMATIF PARFOIS ASSUME

A- Un pouvoir normatif empreint de pédagogie

1- Une motivation des décisions

2- Une surabondance des motifs

B- Un pouvoir normatif en adaptation

1- Une émancipation jurisprudentielle

2- Des constructions jurisprudentielles

CONCLUSION

INTRODUCTION

« *Un juge est associé à l'esprit de législation ; mais il ne saurait partager le pouvoir législatif* » disait Portalis¹. Derrière l'acte par lequel le juge administratif tranche une question de droit qui lui est soumise par voie de recours, se cache un raisonnement, une construction consistant à déterminer la norme adéquate afin de résoudre utilement le litige. Les méthodes du juge administratif manifestent l'exercice d'un pouvoir normatif qui s'insère dans le cadre global de son office². Si s'agissant du juge français, les modalités d'exercice de ce pouvoir normatif ainsi que ses tendances ont suffisamment intéressé la doctrine administrativiste, il serait tout aussi intéressant de porter un regard sur le pouvoir normatif du juge administratif burkinabè dont l'histoire témoigne de certaines particularités³.

L'office du juge administratif, consistant à trancher le litige et dire le droit, apparaît à la fois juridictionnel et jurisprudentiel. La distinction entre fonction jurisprudentielle et fonction juridictionnelle a fait l'objet de controverses doctrinales⁴, mais est désormais établie⁵. Le Professeur Yves GAUDEMET, analysant les méthodes du juge administratif français, disait que celui-ci exerçait simultanément une double mission : « *celle immédiate de donner leur solution aux différents litiges qu'on lui soumet ; et, celle occasionnelle de participer à la création des règles de droit positif ; aux méthodes strictement juridictionnelles s'ajoutent ainsi parfois des méthodes jurisprudentielles* »⁶. Par la fonction juridictionnelle, le juge administratif marque son *imperium*, son pouvoir de décision. Il tranche le litige conformément au droit

¹ FENET (Pierre-Antoine), *Recueil complet des travaux préparatoires au code civil*, Paris, 1827-1836, t. V, p. 67.

² L'office du juge désignerait à la fois la fonction ou la mission dévolue au juge, mais aussi les pouvoirs et obligations qui sont les siens dans l'exercice de sa tâche. CONNIL (Damien), *L'office du juge administratif et le temps*, Paris, Dalloz, Collection « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2012, p. 17.

³ La juridiction administrative burkinabè a connu une évolution similaire à celle qu'a subie le régime colonial lui-même. Elle a suivi un processus qui s'est déroulé en plusieurs étapes, chacune d'elles étant la marque du degré d'évolution politique. Des indépendances à nos jours, la structure de la juridiction administrative burkinabè a oscillé entre unité et dualité juridictionnelle. Le Conseil d'Etat a été créée par la loi n° 15-2000/AN du 23 mai 2000. Voir BA (Ahmed Tidjani), *Droit du contentieux administratif burkinabè*, PADEG, Collection « Précis de droit burkinabè », 2007, p. 14 et suivantes.

⁴ RIALS (Stéphane), « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin. A propos d'un récent article sur le pouvoir normatif du juge », *AJDA* 1981, p. 115.

⁵ De grands noms de la doctrine administrativistes adhèrent à cette distinction. Voir par exemple CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Tome 1, 15^e édition, Paris, Montchrestien, 2001, p. 122 ; GAUDEMET (Yves), *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, p. 11.

Le Professeur Jean-Marie BRETON parle d'une distinction « *aussi pertinente que consensuelle* ». Voir BRETON (Jean-Marie), « Propos impromptus sur cinquante ans de droit administratif en Afrique noire francophone », in SY (Demba) et FALL (Alioune Badara), *Cinquante ans de droit administratif en Afrique*, Presses universitaires Toulouse 1 Capitole, 2016, p. 34.

⁶ GAUDEMET (Yves), *Les méthodes du juge administratif*, op. cit., p. 11.

applicable pour donner au conflit la solution juridique qu'il réclame⁷. Par sa fonction jurisprudentielle, il dit le droit, ce qui emporte une part de création du droit applicable, au-delà du cas d'espèce⁸. Le pouvoir jurisprudentiel s'entend alors comme la faculté pour le juge d'édicter des règles générales ayant vocation à s'appliquer au-delà du litige où elles ont été consacrées⁹.

Ces deux fonctions apparaissent en pratique inséparables dans la mesure où l'une ne va pas sans l'autre. En effet, « *c'est parce qu'il est appelé à trancher des litiges qu'il est, en principe donner au juge l'occasion de dire le droit* »¹⁰. Néanmoins il y a une succession dans le temps de la manifestation des pouvoirs afférents à ces deux fonctions car le juge dit d'abord le droit, avant de l'appliquer ensuite au litige pour le trancher. Pourtant, du point de vue purement normatif, il n'y a pas vraiment lieu de distinguer entre activité juridictionnelle et activité jurisprudentielle car toutes deux présentent un caractère normatif. Le juge dit le droit dans le dispositif du jugement. Pour Léon DUGUIT, en effet, l'acte juridictionnel est un acte juridique véritable produisant des effets de droit¹¹. Pour le théoricien du droit Hans KELSEN, rien ne s'oppose à l'existence de « *normes individuelles* » dont le contenu est déterminé par des normes générales et qui bénéficient d'une autorité particulière, imposée par l'office même du juge, à savoir l'autorité de chose jugée¹². Ainsi « *c'est l'exercice par le juge de son pouvoir normatif individuel qui nécessite l'exercice par ce même juge de son pouvoir normatif général* » car le juge crée une règle abstraite, si elle n'existe pas déjà, pour en déduire une application concrète au cas d'espèce¹³.

La question du pouvoir normatif du juge s'avère manifestement large. Il apparaît dès lors nécessaire de circonscrire le champ de l'étude. D'abord, les normes individuelles n'ayant qu'une autorité relative de chose jugée en ce sens qu'elles ne concernent que le litige soumis au juge, il paraît plus pertinent de s'attarder sur les normes générales et abstraites émanant de l'office du juge et dont l'application peut aller au-delà du litige. Il convient ensuite d'exclure la question de la légitimité du pouvoir normatif du juge administratif. Il existe certes un consensus quant à l'existence d'un pouvoir normatif du juge lorsqu'il énonce une règle jurisprudentielle et plus largement lorsqu'il

⁷ CONNIL (Damien), *L'office du juge et le temps*, op. cit., p. 18.

⁸ *Ibidem*, p. 19.

⁹ ROBBE (Jimmy), « Le report dans le temps de la règle jurisprudentielle nouvelle. État des lieux, perspectives », *RFDA*, 2013, p. 913.

Ces règles abstraites ne s'apparentent cependant pas à des arrêts de règlement. Sur l'interdiction des arrêts de règlement, voir GAUDEMET (Yves), « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *RDP*, 2010, p. 1617.

¹⁰ STALL (Jacques-Henri), « Dire et faire. Brèves remarque sur ces deux fonctions du Conseil d'Etat », in *Juger l'Administration, administrer la Justice, Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOUILLE*, Paris, Dalloz, 2007, p. 783.

¹¹ DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Tome deuxième : *La théorie générale de l'Etat*, 2e éd., Paris, de Boccard, 1923, p. 342 et suivantes.

¹² KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1962, p. 318 et s.

¹³ LANNOY (Mary), *Les obiter dicta du Conseil d'Etat statuant au contentieux*, Paris, Dalloz, Collection « Nouvelle bibliothèque de thèses », Volume 156, 2016, p. 232.

tranche un litige¹⁴, mais ce consensus ne porte pas nécessairement sur la légitimité de ce pouvoir normatif. Il y a une sorte de malaise autour de cette question dans la mesure où il n'existe pas d'habilitation juridique explicitement conférée au juge administratif de créer du droit. La normativité de la jurisprudence serait alors une question de fait. Pour certains auteurs, on ne saurait pour autant insinuer qu'il y a usurpation de pouvoir car l'œuvre normative du juge administratif serait une « *inférence du système juridique* » ; le juge ayant l'obligation de juger des affaires dont il est saisi¹⁵. Loin de perpétuer ce débat, il sera question ici de nous intéresser à l'exercice du pouvoir normatif par le juge administratif qui apparaît comme un phénomène observable. Sur ce point, l'office du juge administratif burkinabè n'est pas fondamentalement différent de celui de son homologue français. Celui-ci est amené à créer du droit, soit directement en présence de lacunes des textes, réelles ou supposées, soit indirectement par l'interprétation qu'il donne nécessairement des normes contenues dans les textes, lesquelles ne sont pas toujours claires ou univoques¹⁶. Mais, « *il est aujourd'hui évident qu'il n'y a aucune différence essentielle entre le travail d'interprétation, consistant notamment à ordonner entre eux des textes enchevêtrés, et l'œuvre créatrice dont seraient issus les principes généraux du droit* »¹⁷. Ne seront également retenues dans le cadre de cette étude que les seules décisions de la juridiction suprême. Il est vrai que les juridictions inférieures participent dans une certaine mesure à la production normative. En effet, dans la plupart des cas, les décisions rendues par elles deviennent définitives car ne faisant l'objet d'aucun recours. Cependant, cette étude n'a pas la prétention de procéder à une analyse exhaustive de l'ensemble de la jurisprudence administrative burkinabè, mais d'en faire ressortir des caractéristiques à travers, non seulement des arrêts anciens qui ont marqué de leur empreinte la jurisprudence sur un point précis, mais également des arrêts récents qui témoignent des différentes postures du juge suprême. La lecture ne sera pas nécessairement chronologique. A l'évidence nous retenons ici une conception classique de la jurisprudence administrative, celle qui renvoie à l'idée que certaines décisions de la juridiction suprême acquièrent un statut particulier lorsqu'elles énoncent une interprétation des règles en vigueur avec une telle solennité que tous, surtout les juges inférieurs comprennent la nécessité d'adopter la même interprétation¹⁸. Cette conception englobe aussi les principes généraux du droit. Il convient toutefois de relativiser l'autorité de la règle jurisprudentielle à l'égard du juge suprême lui-même. Contrairement au juge anglo-saxon, le juge administratif de tradition juridique française n'est pas lié par la règle du précédent. Par conséquent, les

¹⁴ MELLERAY (Fabrice), « Brèves observations sur les « petites » sources du droit administratif », *AJDA* 2019, p. 917.

¹⁵ LALLY (Armel), « Le pouvoir normatif du Conseil d'État sous l'éclairage de Marcel Waline », *RFDA*, 2014, p. 161.

¹⁶ DEGUERGUE (Maryse), « Déclin ou renouveau de la création des grands arrêts ? », *RFDA*, 2007, p. 254.

¹⁷ WACHSMANN (Patrick), « La jurisprudence administrative » in GONOD (Pascal), MELLERAY (Fabrice) et YOLKA (Philippe) (dir.), *Traité de Droit administratif Tome 1*, Paris, Dalloz 2011, p. 579.

¹⁸ BECHILLON (Denys), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* Paris, Editions Odile Jacob, 1997, p. 49.

revirements de jurisprudence opérés par ce dernier ne sont pas des anomalies¹⁹. La doctrine souligne cependant qu'en pratique, « *lorsque le Conseil d'Etat énonce une règle, c'est qu'il la croit bonne, et qu'il entend désormais s'y tenir : l'esprit de suite qui caractérise les grands corps de l'Etat, le souci de sécurité juridique des particuliers, imposent au juge cette fidélité à sa propre pensée* »²⁰. Enfin, le rôle de la juridiction suprême est envisagé ici seulement dans ses fonctions juridictionnelles, à l'exclusion de ses fonctions de conseiller, même s'il faut le souligner, la ligne de démarcation apparaît floue tant le Conseil d'Etat burkinabè semble par moment les confondre²¹.

Le droit administratif est le fruit d'une longue évolution en France où il serait fondamentalement jurisprudentiel. Au Burkina Faso, le juge administratif n'a pas encore rendu son arrêt Blanco²², c'est-à-dire un arrêt fondateur d'un droit administratif burkinabè. L'autonomie du droit administratif burkinabè n'a jamais été expressément énoncée par le juge burkinabè comme l'ont fait par exemple ses homologues gabonais et ivoiriens juste au lendemain des indépendances²³. La doctrine finit d'ailleurs par se demander s'il existe vraiment un droit administratif burkinabè²⁴. Cette interrogation, quelque peu provocatrice il faut le dire²⁵, pointe du doigt la question du mode de fabrication de ce droit spécial au Burkina Faso.

¹⁹ WACHSMANN (Patrick), « La jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 593.

²⁰ WALINE (Jean), *Droit administratif*, 27^e édition, Paris, Dalloz, 2018, p. 339.

²¹ C'est l'impression qui se dégage à la lecture de l'arrêt du 02 juillet 2019 relatif au concours de la magistrature. Le Conseil d'Etat considère « *Qu'en tenant compte de l'évolution de notre société dans divers domaines, le Conseil d'Etat dans son rôle de constructeur du droit administratif suggère de considérer le diplôme de master 2 pour prétendre concourir au concours de la magistrature... Qu'ainsi, les titulaires de master 2 professionnels destinés à entrer sur le marché de l'emploi peuvent constituer un atout majeur pour l'édification d'un système judiciaire efficace et mieux outillé* ».

²² YONABA (Salif), *Droit et pratique du contentieux administratif burkinabè : de l'indépendance à nos jours*, 3^e édition, Presses universitaires de Ouagadougou, février 2015, p. 21.

²³ Dans l'arrêt Indjendjet-Gondjout du 7 février 1962 le juge gabonais considérait en effet que « *le droit administratif français, d'origine purement prétorienne, répond aux nécessités de la vie publique en France, compte tenu de l'évolution des mœurs de ce pays ; que les solutions valables pour une nation parvenue à un haut degré de perfectionnement juridique ne sont pas forcément adaptables dans un jeune État qui n'est parvenu que très récemment à l'indépendance* ».

Le juge ivoirien, dans l'arrêt de la Cour suprême du 14 janvier 1970, *Société des centaures routiers*, outre le principe d'autonomie spatiale du droit ivoirien, notamment par rapport au droit français, pose une règle d'autonomie matérielle. Le droit administratif serait un droit exorbitant du droit commun. Voir WODIÉ (Francis) et BLÉOU (Martin), *Précis de droit administratif général : essai sur l'étude des arrêts tirés du GAJA et du BLÉOU et WODIÉ*, Abidjan, Les éditions ABC, 2012, p. 13.

²⁴ YONABA (Salif), *Droit et pratique du contentieux administratif burkinabè : de l'indépendance à nos jours*, *op. cit.*, p. 22.

²⁵ L'auteur y répond immédiatement par l'affirmative en relevant que l'accession à la souveraineté internationale s'est accompagnée d'une nationalisation du droit colonial reçu en héritage,

Ce sujet présente un double intérêt, à la fois théorique et pratique. Sur le plan théorique d'abord, il permet de comprendre tout simplement le droit administratif burkinabè à travers ses sources. En opérant une analyse de l'évolution et de l'adaptation de l'office du juge, particulièrement la fonction de production normative, il permet d'appréhender le processus de formation du droit administratif. Que ce soit par interprétation des textes ou en l'absence de textes, le juge administratif burkinabè reste un acteur de la production normative. Mais l'étendue de son œuvre reste à identifier. Ensuite, d'un point de vue pratique, l'étude s'inscrit dans un contexte de généralisation des juridictions administratives au Burkina Faso, faisant de l'ordre juridique administratif un ordre juridique complet²⁶. La multiplicité des juridictions administratives de premier et de second degré qui en découlera aura pour conséquence une diversité des décisions touchant parfois le même domaine. A ce titre, il apparaît que « *le challenge d'une justice administrative, voire d'un ordre administratif est tout sauf un long fleuve tranquille* »²⁷. Le rôle d'unificateur de la jurisprudence par la juridiction suprême est dès lors questionné, et un regard critique sur la fonction normative de ce dernier contribuera à l'établissement d'une jurisprudence solide.

Ainsi, cette étude a pour objectif de répondre à la problématique suivante : quelles sont les modalités d'exercice du pouvoir normatif par le juge administratif burkinabè ?

Ce questionnement porte en réalité sur la créativité du juge administratif. Cette problématique n'est pas propre au juge burkinabè, et le débat a été également nourri en droit comparé, notamment au sein de la doctrine française. Le constat est que la créativité du juge administratif français a varié dans le temps entre d'une part, activisme, innovation, et d'autre part, stabilité, voire atonie. Les facteurs de cette variation sont multiples²⁸. La question prend cependant une toute autre dimension au Burkina Faso et dans la plupart des Etats africains ayant hérités du système juridique français. Contrairement à la France où le juge administratif a façonné le droit administratif, dans les pays africains, le juge a pris le train du droit administratif en marche. Les grands principes, les différents régimes et notions ont déjà été posés dans le système français, système avec lequel les pays africains partagent une histoire commune. De surcroît, ces pays africains ont noué très tôt avec la codification du droit

²⁶ Les Cours administratives d'appel ont été créées par la loi organique n° 10-2016/AN portant création, composition, organisation, attributions, fonctionnement de la Cour administrative d'appel et procédure devant elle. Elles viennent compléter donc les tribunaux administratifs et le Conseil d'Etat dont les textes ont également été relus.

²⁷ KOKOROKO (Dodzi K.), *Les grands thèmes du droit administratif*, 2^e édition Les Presses Universitaires de Lomé, 2018, p. 274.

²⁸ Voir notamment, MELLERAY (Fabrice), « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? Remarque sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel », *AJDA*, 2005, p. 605 ; VEDEL (Georges), « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE*, 1979-1980, n° 31, p. 31, DEGUERGUE (Maryse), « Déclin ou renouveau de la création des grands arrêts ? », *RFDA*, 2007, p. 254.

régissant le fonctionnement de l'Administration et ses relations avec les administrés²⁹. L'office du juge administratif s'inscrit dès lors dans un contexte doublement contraint. Par conséquent, s'intéresser à l'exercice du pouvoir normatif du juge administratif revient à s'intéresser aux marges de manœuvre dont disposent ce dernier dans la construction du droit administratif. La synthèse de la lecture des arrêts du juge administratif suprême burkinabè montre que la production normative de ce dernier est généralement timorée (I). Cependant, la créativité du juge ne se réduisant pas uniquement à l'édiction de normes nouvelles, celui-ci assume parfois sa fonction normative à travers le développement des normes établies et leur contextualisation (II).

I- UNE PRODUCTION NORMATIVE GÉNÉRALEMENT TIMORÉE

L'analyse des moyens de droit invoqués par le juge administratif burkinabè en soutien aux solutions dégagées dans le cadre des litiges qu'il a à connaître montre que dans l'exercice de son pouvoir normatif, celui-ci est fortement influencé par la jurisprudence française (A), ce qui conduit à une non valorisation de sa propre jurisprudence (B).

A- Un pouvoir normatif sous influence

L'observation de la jurisprudence administrative burkinabè depuis les lendemains des indépendances jusqu'à nos jours laisse voir que l'esprit des grands arrêts français plane dans les couloirs de la juridiction administrative suprême burkinabè. Cette omniprésence se matérialise par le fait que le juge administratif se réfère tant explicitement (1) qu'implicitement (2) à la jurisprudence française.

1- Des références explicites

Si la manifestation la plus éclatante du pouvoir normatif du juge administratif passe par les principes généraux du droit qui peuvent s'appliquer même en l'absence de texte³⁰, leur élaboration ne se fait pas *ex nihilo*. Le juge les découvre plus qu'il ne les crée. La doctrine l'a suffisamment démontré. Elle considère à ce propos que « *la pratique des principes généraux du droit exprime une sorte de volonté de la société de se lier à elle-même à travers sa propre histoire, son héritage son patrimoine juridique et constitutionnel* »³¹. Dès lors, il est possible de considérer que, tout comme les lois

²⁹ BIPOUM-WOUM (Joseph-Marie), « Recherches sur les aspects actuels de la réception du droit administratif dans les États d'Afrique noire d'expression française : le cas du Cameroun », *RJPIC*, n° 3, 1972, pp. 361 et 365.

³⁰ CE 26 octobre 1945, *Sieur Aramu et autres*.

³¹ EWALD (François), « Une expérience foucaldienne : les principes généraux du droit », *Revue Critique*, n° 471-472, 1986, p. 788.

Voir aussi SY (Demba), *Droit administratif*, 2^e édition, CREDILA, L'Harmattan sénégalais, 2014, p. 66 ; RIVERO (Jean), « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *Dalloz*, 1951, Chronique 21.

doivent être propres au peuple pour lequel elles sont faites³², les principes généraux du droit s'insèrent dans une réalité historique et sociologique qu'on ne saurait ignorer dans la mesure où le juge qui les découvre les puise dans sa tradition juridique.

Bien évidemment la jurisprudence administrative burkinabè n'ignore pas les principes généraux du droit. Cependant, leur ancrage suscite quelques réserves. Si certains principes peuvent être facilement rattachés à l'ordre juridique burkinabè, tel le principe d'égalité contenu dans toutes les constitutions successives, pour d'autres principes généraux, par contre, le rattachement est moins évident, voire inexistant. Le juge administratif burkinabè s'autorise à faire référence à ceux dégagés par son homologue français. La première application de la théorie des principes généraux du droit par le juge administratif burkinabè a concerné le principe général des droits de défense. Dans l'arrêt du 28 juin 1974, *Conombo Jean-Baptiste*, le juge se réfère à quatre décisions du Conseil d'Etat français³³ pour retenir qu'il « *résulte des principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte qu'une sanction ne peut être prononcée sans que l'intéressé ait été mis en mesure de présenter utilement sa défense* ». Depuis lors, le juge administratif burkinabè sanctionne la violation de ce principe de façon constante. Mais au-delà des principes généraux du droit, le juge burkinabè se réfère très régulièrement de façon expresse à des décisions de son homologue français soit pour fixer des régimes, soit encore pour définir des notions³⁴.

Cette pratique, observée également auprès de certaines juridictions africaines, a pu trouver sa justification, selon certains auteurs, dans le principe dit de continuité consacré dans les constitutions des Etats de tradition juridique française, et qui maintenait en vigueur le droit colonial antérieur aux indépendances dès lors que celui-ci n'était pas contraire aux constitutions en vigueur³⁵. Certains auteurs évoquent

³² Cette idée était déjà exprimée par Montesquieu pour qui, ce serait un très grand hasard si les lois d'une nation peuvent convenir à une autre. Voir, *De l'esprit des lois*, 1^{ère} partie, Livre 1, Chapitre 3.

³³ Le juge administratif burkinabè cite expressément les arrêts, CE, 26 octobre 1945 *Aramu*, Rec., p. 213 ; CE, 20 juin 1947, Rec., p. 276 ; CE, 20 octobre 1948, Rec., p. 609 ; CE, 31 décembre 1952, Rec., p. 480 ; CE, 14 octobre 1954, Rec., p. 538 et CE, 13 décembre 1956, Rec., p. 473.

³⁴ On pourrait citer des arrêts antérieurs à l'arrêt *Conombo*. Par exemple, dans l'arrêt du 27 avril 1973, *Yanogo Silassé*, rendu en matière de responsabilité de la puissance publique, le juge administratif burkinabè se réfère aux arrêts *Laruelle et Delville* du 28 juillet 1951, *Moritz* du 26 mai 1954 et *Jeannier* du 22 janvier 1957, rendus par le Conseil d'Etat français ; ainsi qu'à l'arrêt *Thépaz* du 14 janvier 1935.

Le Professeur Salif YONABA a d'ailleurs tenté d'opérer un inventaire systématique des arrêts du juge administratif burkinabè dans lesquels celui-ci vise expressément les décisions de son homologue français, sur la période 1968 à 2009. Voir son ouvrage *Droit et pratique du contentieux administratif burkinabè : de l'indépendance à nos jours*, 3^e édition, Presses universitaires de Ouagadougou, 2015, pp. 151-153.

³⁵ OULD BOUBOUTT (Ahmed Salem), « Le contentieux administratif comparé en France et dans les pays d'Afrique francophone », *RDP*, n° 2-2013, p. 379.

Au Burkina Faso, voir : article 76 de la Constitution de 1960 ; article 112 de la Constitution de 1970 ou encore article 116 de la Constitution de 1970. Le juge administratif lui-même

l'existence d'un patrimoine jurisprudentiel historiquement commun entre le Conseil d'Etat français et les juridictions administratives africaines dans lequel ces dernières puiseraient de façon naturelle³⁶. Il a été toutefois souligné que ce patrimoine commun ne prenait pas en compte la jurisprudence française postérieure aux indépendances³⁷. Il apparaît pourtant à l'analyse de la jurisprudence administrative burkinabè, que le Conseil d'Etat se réfère à la jurisprudence française même postérieure aux indépendances. En effet, dans un arrêt du 02 juillet 2019, *Etat burkinabè c/ SMB, SAMAB et SBM*, le Conseil d'Etat, s'agissant de l'intérêt à agir des syndicats se réfère à une "*jurisprudence constante*", à savoir celle issue de l'arrêt du Conseil d'Etat français du 13 janvier 1975, *DA SILVA et CFDT*.

Cette pratique du juge administratif burkinabè a de quoi surprendre. Le juge administratif français lui-même, sauf exceptions, ne cite pas sa propre jurisprudence dans ses décisions, bien que rien ne le lui interdise³⁸. La jurisprudence française semble être devenue, chez le juge administratif burkinabè, un véritable moyen de droit. Le droit étranger vient déterminer l'application du droit national³⁹. Le juge administratif burkinabè semble même s'autoriser une totale assimilation du droit français au droit burkinabè. Cela apparaît davantage dans l'ordonnance de référé du 29 janvier 2018, *Fonds spécial routier du Burkina (FSR-B)*⁴⁰. Dans cette affaire, était en cause une décision administrative prise en application d'un décret, mais contraire à une directive communautaire⁴¹. Les requérants, en appel, invoquaient la théorie de l'écran législatif. Le juge considère que les instruments internationaux de protection des droits de l'homme permettent de pallier les effets dommageables de l'écran législatif en raison de la substitution du contrôle de conventionnalité au contrôle de constitutionnalité de la loi lorsque celui-ci n'est pas possible du fait notamment des exigences procédurales de la « *QPC* ». Cette formule paraît surprenante quand on sait

dans l'arrêt *Sawadogo Claude* du 13 mars 1981 affirmait que « les dispositions réglementaires qui n'ont subi aucune modification depuis l'indépendance demeurent en toujours en vigueur ».

³⁶ BRETON (Jean-Marie), « Propos impromptus sur cinquante ans de droit administratif en Afrique noire francophone », op. cit., p. 28. LATH (Yédoh Sébastien), « Les caractères du droit administratif des Etats africains de succession française », *RDP*, n° 5-2011, p. 1255.

³⁷ LATH (Yédoh Sébastien), « Les caractères du droit administratif des Etats africains de succession française », op. cit., p. 1255.

³⁸ LELIEVRE (François), « Plaidoyer pour la référence à la jurisprudence dans les motifs des décisions des juridictions administratives », *AJDA*, 2009, p. 2446.

³⁹ Lire à ce propos, MIALOT (Camille), « L'utilisation du droit comparé par le Conseil d'Etat, un changement dans la fabrique du droit », *AJDA*, 2010, p. 1462.

⁴⁰ Il faut dire qu'en l'espèce, le Conseil d'Etat agissait conformément à l'article 53 alinéa 1er de la loi n° 010-2016/ AN du 26 avril 2016 portant création, composition, attributions, fonctionnement des Cours Administratives d'Appel et procédure applicable devant elles. Aux termes de cet article, « En attendant la mise en place effective des Cours administratives d'appel, le Conseil d'Etat continue d'exercer les compétences dévolues à ces juridictions. Les procédures pendantes devant le Conseil d'Etat relevant de la compétence des Cours administratives d'appel leur seront transférées dès leur mise en place effective ».

⁴¹ La directive Communautaire n° 11 /2009 / CM/UEMOA portant harmonisation des stratégies d'entretien Routier dans les Etats Membres de l'UEMOA, en son article 3.

que la constitution burkinabè n'institue pas à proprement parler une question prioritaire de constitutionnalité, mais plutôt une exception d'inconstitutionnalité⁴². L'on comprend très vite que le Conseil d'Etat burkinabè se réfère à la procédure prévue en France lorsqu'à la suite, il invoque en soutien à son argumentaire quatre arrêts du Conseil d'Etat français et une décision du Conseil constitutionnel français⁴³.

L'on pourrait être tenté de considérer ces décisions comme des jugements d'espèce, c'est-à-dire des jugements d'application d'une jurisprudence existante⁴⁴ élaborés par un autre juge. Certains auteurs africains considèrent cependant qu'en reprenant textuellement des formules du juge français, désormais incorporées au droit national, le juge africain applique en définitive un droit national⁴⁵. Toutefois, et pour paraphraser le Professeur DÉGNI-SÉGUI, on peut considérer que, faute pour le juge burkinabè de rechercher des solutions originales, spéciales, adaptés aux réalités locales, à l'ère du temps, ce droit demeure formellement un droit burkinabè, mais substantiellement un droit extranéen⁴⁶.

Finalement la référence explicite à la jurisprudence française apparaît davantage comme un moyen pour le juge burkinabè de légitimer sa fonction. La jurisprudence française devient alors un argument d'autorité⁴⁷. Cette posture a pu être considérée en

⁴² L'alinéa 2 de l'article 157 de la Constitution burkinabè a une rédaction identique à celle de l'article 61-1 de la Constitution française. Il convient toutefois de souligner qu'en droit français, l'utilisation du mot « prioritaire » n'est pas anodine. Elle vise à assurer la prééminence de la Constitution dans l'ordre interne. Renaud DENOIX de SAINT MARC explique qu'elle met ainsi fin à une anomalie de la hiérarchie des normes française qui voulait que la norme suprême ne puisse être invoquée utilement dans une procédure dès lors qu'une loi faisait « écran ». Aux termes de la loi organique du 10 décembre 2009 d'application de l'article 61-1 de la Constitution, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation doivent « en tout état de cause » examiner le moyen tiré de la conformité à la Constitution avant le moyen tiré de la conformité d'une loi aux engagements internationaux de la France. La CJUE, dans un arrêt du 22 juin 2010 a confirmé que le caractère prioritaire de la QPC est compatible avec le droit communautaire. Voir son allocution du 16 février 2011, à l'occasion d'une rencontre avec une délégation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, www.conseil-constitutionnel.fr. Au Burkina Faso, la loi organique déterminant les conditions d'application de l'alinéa 2 de l'article 157 de la Constitution n'a pas encore été adoptée.

⁴³ CE, Ass, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine s'agissant des décrets de transposition et, quant aux lois*, CE, Ass, 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux* ; CE, 13 mai 2001, *M'Rida* qui pose la règle selon laquelle le caractère « prioritaire » de la question de constitutionnalité n'empêche pas le contrôle de conventionnalité ; CE, 14 mai 2010, *Rujovic* qui suit la décision du Conseil constitutionnel français du 15 janvier 1975, selon laquelle les moyens d'inconventionnalité ne sont pas nécessairement des moyens d'inconstitutionnalité.

⁴⁴ Sur la distinction entre jugements qui « font la jurisprudence » et jugements d'application, voir CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Tome 1, *op. cit.*, p. 122.

⁴⁵ OULD BOUBOUTT (Ahmed Salem), « Le contentieux administratif comparé en France et dans les pays d'Afrique francophone », *op. cit.*, p. 379.

⁴⁶ DÉGNI-SÉGUI (René), *Droit administratif général*, Tome 1 : *L'organisation administrative*, Abidjan, Editions Omniprésence, 2013, p. 42.

⁴⁷ OULD BOUBOUTT (Ahmed Salem), « Le contentieux administratif comparé en France et dans les pays d'Afrique francophone », *op. cit.*, p. 379.

droit comparé africain, notamment béninois comme la marque d'un juge « *peu orgueilleux et peu créateur* »⁴⁸.

Le Conseil d'Etat burkinabè sait parfois se montrer très subtile dans l'exposition de ses moyens, notamment lorsqu'il se réfère à la jurisprudence française sans la citer.

2- Des références implicites

Certaines formules générales utilisées par la juridiction administrative suprême burkinabè ne manqueront pas de titiller les lecteurs habituels de la jurisprudence administrative française. Ainsi, l'on ne serait pas étonné de reconnaître par exemple le principe posé par l'arrêt *Barel* du Conseil d'Etat français du 28 mai 1954 concernant la mauvaise foi de l'Administration dans l'arrêt du Conseil d'Etat burkinabè du 14 juillet 2009, *Sedego Iwago*. Le juge burkinabè considère que « *l'Etat qui néglige de transmettre un document décisif pour la manifestation de la vérité est réputé avoir détenu par devers lui une pièce capitale, par conséquent, le requérant qui se prévaut de cette pièce est fondé à le faire* »⁴⁹.

L'attachement du juge administratif burkinabè à la jurisprudence de son homologue français a pu même le conduire à faire prévaloir cette dernière sur la lettre mais aussi l'esprit des textes burkinabè, comme le soulignent certains commentateurs⁵⁰. On peut citer à titre illustratif, l'arrêt de la Chambre administrative de la Cour suprême du 22 mai 1981, *Traoré Biny c/ Gouvernement de Haute-Volta* en matière de rémunération des agents de la fonction publique. Alors que le décret d'application de la loi portant statut général de la fonction publique posait clairement que « *le droit au traitement commence (...) à compter du jour où prend effet l'acte portant sa nomination ; sauf indications contraires mentionnées dans l'acte de nomination, cette date est celle de la publication dudit acte au journal officiel...* », la chambre administrative décide que le traitement n'est dû aux agents et fonctionnaires qu'après accomplissement du service fait. On retrouve là en filigrane, sans que le juge burkinabè ne le cite expressément, le principe posé par le célèbre arrêt *Deberles* du Conseil d'Etat français du 7 avril 1933. Le juge burkinabè a habitué les lecteurs de ces arrêts aux références à la jurisprudence française à telle enseigne qu'il a pu paraître d'ailleurs étonnant que la Chambre administrative « *n'ait même pas visé expressément l'arrêt Deberles, comme elle en a l'habitude, chaque fois qu'elle entend motiver solidement ses décisions* »⁵¹.

A notre sens, cette révérence prononcée du juge burkinabè au droit français pourrait s'expliquer par plusieurs facteurs : d'une part, le législateur lui-même se réfère parfois au droit français. D'autre part, la formation universitaire des futurs magistrats a pendant longtemps été essentiellement basée sur l'enseignement du droit français.

⁴⁸ SALAMI (Ibrahim David), *Droit administratif*, 2^e édition, Cotonou, CeDAT, 2021, p. 385.

⁴⁹ Ce principe est également repris dans l'arrêt Conseil d'Etat burkinabè du 14 juin 2011, *WILLY M. Sabrina*.

⁵⁰ Notamment le Professeur YONABA, Voir *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabè*, op. cit., p. 72.

⁵¹ *Ibidem*.

Mais de façon générale les décisions du juge burkinabè abondent de formules telles que « *de jurisprudence constante* »⁵². La notion de jurisprudence constante renvoie à la vocation itérative de celle-ci, c'est-à-dire à sa capacité de se répéter. Dès lors, la constance s'assimile à « *l'invariance et donc à la répétition effective d'une solution jurisprudentielle* » ou encore à la certitude qu'une jurisprudence, même posée par un seul arrêt s'appliquera à d'autres espèces⁵³. Ainsi admis, l'on ne peut alors s'empêcher de voir à travers ces formules du juge burkinabè, des références implicites à la jurisprudence française. Il est en effet difficile de trouver une quelconque « *constance* » de certaines jurisprudences en droit burkinabè⁵⁴. Cela est surtout vrai concernant les premiers arrêts de la juridiction administrative post-indépendance. Le juge administratif burkinabè était encore, à cette époque, en quête de repère. Ainsi, dès 1969, il fait référence à une jurisprudence constante, celle relative au principe de non-rétroactivité des actes administratifs dans l'arrêt de la Chambre administrative de la Cour suprême du 28 novembre 1969, *TAPSOBA Pierre c/ Gouvernement de Haute-Volta*. On reconnaît là le principe posé par l'arrêt du Conseil d'Etat français du 25 juin 1948, *Société du Journal l'Aurore*⁵⁵. Cela reste toujours vrai de nos jours et le juge administratif burkinabè, dans ses moyens de droit, joint même à la jurisprudence française, la doctrine française. Plusieurs arrêts le démontrent. A titre illustratif, dans son arrêt du 29 mars 2019, *Société FUTURIS SARL c/ Etat burkinabè*, le Conseil d'Etat à propos du principe de l'équation financière⁵⁶ en matière contractuelle, se réfère à la doctrine et à la jurisprudence française. Sans en donner les références exactes, le juge administratif burkinabè affirme que, tant la doctrine qu'une jurisprudence abondante soutiennent que, « *si elle refuse de rétablir l'équilibre financier en cas de modification unilatérale, l'administration commet une faute dont la gravité peut justifier la résiliation à ses torts, que le préjudice doit être réparé dans sa totalité : il comprend à la fois la perte subie et le manque à gagner, la solution vaut autant en cas de modification unilatérale que de résiliation unilatérale* ». En réalité, l'utilisation des guillemets ne renvoie pas à la reproduction du considérant d'un arrêt, mais plutôt à la synthèse que la doctrine, en l'occurrence les commentateurs des grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA), ont fait de l'évolution du

⁵² Le même constat est fait concernant la jurisprudence de plusieurs pays d'Afrique francophone par le Professeur OULD BOUBOUT. Celui-ci fait remarquer que dans la plupart des cas, ces formules paraissent quelques fois purement incantatoires et sacramentelles, sans pour autant renvoyer à un droit judiciaire effectif ; Voir son article précité, « Le contentieux administratif comparé en France et dans les pays d'Afrique francophone », *op. cit.*, p. 379.

⁵³ COQ (Véronique), « Qu'est-ce que la « jurisprudence constante », *RFDA* 2014, p. 223.

⁵⁴ La doctrine béninoise souligne clairement concernant la jurisprudence administrative de ce pays, qu'en rappelant dans ses considérants la position de la jurisprudence, c'est bien à la doctrine et à la jurisprudence française que le juge fait appel. Voir SALAMI (Ibrahim David), *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 384.

⁵⁵ La jurisprudence administrative burkinabè sur la non rétroactivité des actes administratifs est abondante. Voir par exemple, Ch. adm. 13 novembre 1970, *Maurice YAMEOGO* ; CE, 30 janvier 2004, *Etat burkinabè c/ Kambiré Onfité, Yaro B. Appolinaire*.

⁵⁶ Ce principe a été développé par le Commissaire du Gouvernement Léon BLUM à l'occasion du célèbre arrêt du Conseil d'Etat français du 11 mars 1910, *Compagnie générale française des Tramways*.

principe jurisprudentiel de l'équilibre financier des contrats, particulièrement à partir de l'arrêt du Conseil d'Etat français du 12 mars 1999, *SA Meribel*⁵⁷.

Si la subtilité des références implicites à la jurisprudence française pourrait dans une certaine mesure traduire une volonté du juge burkinabè de s'attribuer la paternité de certains principes ou notions, il arrive dans des arrêts ultérieurs, qu'il finisse par citer expressément le juge français concernant le même point. Dans une affaire où les requérants entendaient invoquer un préjudice irréparable pour obtenir le sursis à exécution d'un acte administratif⁵⁸, ces derniers se fondent sur un arrêt du Conseil d'Etat français du 12 novembre 1938, *Chambre syndicale des constructeurs de moteurs d'avions* qui qualifierait, selon eux, de préjudice irréparable « *toute situation ou l'exécution de la décision entraîne, soit pour l'état des lieux, soit sur un plan social, soit encore en matière de libertés, des conséquences sur lesquelles il serait difficile, par la suite, de revenir* ». Le juge burkinabè prend soin de les recadrer en rappelant que cette citation ne résulte pas de l'arrêt lui-même, mais de son commentateur, qui lui-même l'avait déduit de la position adoptée par le Conseil d'Etat français à travers plusieurs décisions sur la question du sursis à exécution. Sans citer ces décisions françaises, le juge burkinabè admet que la jurisprudence qui s'en dégage aurait pu trouver à s'appliquer au cas d'espèce si les conditions étaient remplies. Ce n'est que quelques années plus tard, confronté à une autre affaire relative au sursis à exécution⁵⁹, qu'il cite ces arrêts français relatifs aux situations dans lesquelles le préjudice peut être considéré comme irréparable⁶⁰.

⁵⁷ C'est à l'occasion du commentaire de l'arrêt du 11 mars 1910 *Compagnie générale française des Tramways* que les commentaires ont retracé l'évolution du principe de l'équation financière développé par le Commissaire du Gouvernement Léon BLUM. L'arrêt *SA Meribel* cité pour matérialiser cette évolution ne contient pas textuellement ce passage. Voir GAJA 21^e édition, commentaire n° 20, CE 11 mars 1910, *Compagnie générale française des Tramways*, pp. 122-123.

⁵⁸ CE, 14 septembre 2001, *Syndicat burkinabè des magistrats (SBM) et sept autres*.

⁵⁹ CE, 08 décembre 2006, *SITACI PROFEL SITAB c/ Etat Burkinabè*.

⁶⁰ CE, Sect., 28 juin 1974, *Gallet et autres* ; CE, 13 janvier 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c/ époux Biard*. Le juge Burkinabè prend même soin de citer expressément le Commissaire du Gouvernement Laurent dans l'affaire *Ministre des finances et affaires économiques contre Crédit coopératif* du 1^{er} octobre 1954, qui dans ses conclusions disait que « *un dommage doit être considéré comme irréparable, lorsque les conséquences entraînées par l'exécution immédiate de la décision ne peuvent être effacées, réparées ou compensées par un quelconque, fut-il indemnitaire, au cas d'annulation par le juge du fond de l'acte administratif en cause* ».

L'on peut observer aussi que dans l'arrêt du 8 juin 1992, *Convention nationale des patriotes progressistes (CNPP/PSD), Groupe des démocrates révolutionnaires (GDR), et Bloc socialiste burkinabè (BSB)*, le juge burkinabè cite le Commissaire du Gouvernement MOSSET dans l'affaire *Association générale des administrateurs civils* du Conseil d'Etat français du 26 octobre 1956, à propos du préjudice : « *il faut que la décision attaquée lèse le requérant matériellement ou moralement, qu'elle ait pour lui des conséquences fâcheuses sur l'un ou l'autre plan ; mais il faut aussi que ces conséquences fâcheuses atteignent le requérant en qualité à titre particulier en tant qu'appartenant à une catégorie définie et limitée* ».

Cette tendance du juge administratif burkinabè à se tourner vers la jurisprudence française a comme conséquence une non valorisation de son propre pouvoir normatif.

B- Un pouvoir normatif non valorisé

La non valorisation de son pouvoir normatif par le juge administratif burkinabè se manifeste à plusieurs égards. Le juge burkinabè ignore par moment sa propre jurisprudence au profit de celle française (1), ou encore se retient d'exercer son pouvoir normatif même lorsque l'occasion lui est donnée (2).

1- Une autocensure du juge

Le juge administratif de tradition juridique française n'est pas lié par sa propre jurisprudence. Dès lors, rien ne l'oblige à citer expressément celle-ci dans les motivations de ses décisions juridictionnelles. Pour autant, rien ne l'interdit non plus. Ainsi le Conseil d'Etat burkinabè ne s'est pas privé, à de rares occasions, de faire référence à sa propre jurisprudence lorsqu'elle existe. Dans l'arrêt *Kientega Mathieu* du 13 avril 2010, pour retenir sa propre compétence en matière de sursis à exécution d'un acte administratif individuel à caractère collectif, celui-ci cite expressément sa propre jurisprudence⁶¹, même si par la suite, dans la même affaire, cette fois au fond, il se déclarera incompétent pour connaître de ce type d'actes⁶².

Mais l'arbre ne devant pas cacher la forêt, il est constant de constater que le Conseil d'Etat burkinabè préfère s'adosser, de façon générale, à la jurisprudence française plutôt qu'à la sienne. Pourtant, le juge français lui-même ne cite expressément sa propre jurisprudence que de façon exceptionnelle. Certains auteurs ont d'ailleurs plaidé en faveur d'une référence du juge français à sa propre jurisprudence parce que cela contribuerait à l'amélioration de la qualité des décisions juridictionnelles⁶³. Ce message, adressé au juge administratif français, semble avoir plus d'écho chez le juge burkinabè que le juge français lui-même. Le juge burkinabè fait montre d'une

⁶¹ En l'occurrence les arrêts *Lompo Diagnogou c/ Etat burkinabè* du 13 janvier 2004, et *Kaboré Idrissa et 36 autres c/ Etat burkinabè* du 14 avril 2009.

⁶² Il convient de rappeler le contexte de cette affaire afin de mieux comprendre la cacophonie qui en est ressortie. Les requérants, à la suite d'un mouvement de grève, ont été révoqués par arrêté du 20 août 2009. Ils saisissent le Conseil d'Etat directement aux fins d'obtenir, à titre principal, l'annulation de l'arrêté, et de manière incidente, le sursis à exécution. Par une première décision en date 12 janvier 2010, le Conseil d'Etat, se fondant sur les articles 1 et 8 de la loi n° 21-95 du 16 mai 1995, portant création organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs, se déclare incompétent. Les requérants se pourvoient en cassation et dans un arrêt du 13 avril 2010, le Conseil d'Etat, casse et annule le premier arrêt, cette fois-ci se fondant sur l'article 12 de la loi organique n° 15-2000/AN du 23 mai 2000 portant composition, organisation, attribution, fonctionnement du Conseil d'Etat et procédure applicable devant lui. Il ordonne le sursis à exécution de cet arrêté. La décision au fond intervient le 8 mai 2012, et le juge administratif se déclare incompétent pour connaître de l'acte administratif individuel à caractère collectif.

⁶³ LELIEVRE (François), « Plaidoyer pour la référence à la jurisprudence dans les motifs des décisions des juridictions administratives », *AJDA*, 2009, p. 2446.

révérence prononcée à la jurisprudence du juge français. Il est arrivé, en effet, à la juridiction administrative suprême burkinabè, alors même qu'existe une jurisprudence locale sur certaines questions, de préférer plutôt se référer, de façon expresse, à des arrêts du Conseil d'Etat français. Tout se passe comme si le juge burkinabè ignore délibérément sa propre jurisprudence, voire qu'il s'autocensure. Cela accrédite l'opinion selon laquelle la jurisprudence française est utilisée comme un argument d'autorité par le juge burkinabè. Plusieurs décisions, tant anciennes que nouvelles, vont dans ce sens.

Dans le célèbre arrêt du 8 juillet 1983, *Garango Tiémoko Marc et autres*, il était question d'ordonnances portant entre autres réorganisation des structures de l'Armée, et dont les décrets de mise en œuvre imposaient la mise à la retraite anticipée de certains officiers généraux. Ces décrets firent l'objet de recours en annulation faute d'avoir visé l'ordonnance. La Chambre administrative considère qu'une omission ou une erreur dans les visas des textes ne constituaient pas des formalités substantielles entachant la régularité des textes, et que le visa constituait une pratique administrative ne présentant aucun caractère obligatoire. Il fonde sa motivation sur des arrêts du Conseil d'Etat français qu'il cite expressément⁶⁴. Pourtant, le juge administratif burkinabè avait déjà eu l'occasion de poser un tel principe dans plusieurs autres décisions. On peut citer à titre illustratif, l'emblématique arrêt *Yaméogo Maurice* du 13 novembre 1970, relatif la confiscation des biens du premier Président de la Haute-Volta indépendante⁶⁵. Le juge pose en effet que « *l'oubli ou l'exécution d'une condition de forme non substantielle n'annule pas forcément l'acte vicié ; que l'omission ou la mention incomplète du visa, simple pratique administrative sans caractère obligatoire, ne saurait retentir sur la validité d'une décision* »⁶⁶.

Moins courant et encore plus curieux est le fait pour le juge suprême de se référer à une décision d'un Tribunal administratif. Dans l'arrêt du 13 mars 2012, *Etat burkinabè c/ SANA Amidou*, en matière de contentieux de la carrière des fonctionnaires, le Conseil d'Etat infirme la décision du Tribunal administratif ordonnant le reclassement d'un agent à l'issu d'un stage de spécialisation. Il le fait en citant expressément une autre décision d'un Tribunal administratif alors que celle-ci avait été confirmée par le Conseil d'Etat lui-même⁶⁷.

L'on aurait pu interpréter cette attitude comme une méconnaissance par le juge administratif de sa propre jurisprudence. En effet, la jurisprudence administrative burkinabè a été victime pendant très longtemps d'un défaut considérable de

⁶⁴ CE, 16 mai 1947, *Gourlet* ; CE, 26 juin 1953, *Détruiseux* ; CE, 6 mars 1957, *Saint André* ; CE, 13 juillet 1966, *Fédération mutualiste de la Seine*.

⁶⁵ Devenue Burkina Faso en 1984.

⁶⁶ Il avait posé le même principe dans les arrêts suivants : 8 mai 1970, *Ouedraogo Tinga*. 12 novembre 1971, *DAMA Moussa* ; 25 avril 1975, *Zoungana Yamba Albert*.

⁶⁷ Le jugement du Tribunal administratif de Ouaga *Tapsoba Lassané et Kouraogo Patrice c/ Etat burkinabè* en vertu duquel le stage de spécialisation ne donne pas droit à reclassement mais seulement droit à une bonification d'échelon a été confirmé par le Conseil d'Etat par arrêt du 27 janvier 2012.

systématisation. Cela n'a pas facilité sa connaissance, y compris par le juge lui-même. Les difficultés d'accès aux décisions des juridictions administratives ont pendant longtemps privé la doctrine de matière d'analyse nécessaire à la systématisation des grandes notions et règles posées par le juge. En sens inverse, cette absence de systématisation par la doctrine n'a pas facilité la tâche du juge dans la connaissance de sa propre jurisprudence⁶⁸. Cependant, il est apparu dans d'autres décisions que le Conseil d'Etat semble adopter plutôt une attitude consistant à sous-estimer sa propre jurisprudence.

Dans la récente décision de 2019 concernant le concours de la magistrature⁶⁹, la motivation du juge administratif burkinabè concernant la qualité à agir des syndicats témoigne de l'estime qu'il semble avoir de sa propre jurisprudence. Dans un premier temps, il cite expressément un arrêt du Conseil d'Etat français⁷⁰. Puis, il poursuit en affirmant « *qu'il ressort également de la jurisprudence de l'ex Cour suprême du Burkina Faso que, les syndicats ou groupements professionnels en matière de recours pour excès de pouvoir, peuvent se pourvoir devant la juridiction administrative contre les décisions individuelles positives prises en faveur de l'un ou de plusieurs de leurs membres dans la mesure où ces mesures sont susceptibles d'affecter l'intérêt collectif* ». Le Conseil d'Etat s'abstient ici de citer sa propre jurisprudence, pourtant abondante en matière de qualité à agir des syndicats et associations⁷¹.

Le juge administratif burkinabè semble ainsi reléguer sa propre jurisprudence au second plan en s'abstenant de la citer au profit de la jurisprudence française, manifestant ainsi une sorte d'autocensure de son pouvoir normatif, en tout cas dans son autorité. La non valorisation de son pouvoir normatif par le juge burkinabè s'observe aussi à travers son refus, du moins sa tendance à se retenir de développer certaines notions, lorsqu'il en a eu l'occasion.

2- Une autolimitation du juge

Il n'est aucunement contesté que le pouvoir jurisprudentiel du juge administratif se manifeste à travers les motifs développés en soutien des dispositifs énoncés. A travers les motifs de ses décisions, le juge administratif ne fait pas qu'énoncer des principes.

⁶⁸ Il faut saluer l'œuvre considérable du Professeur Salif YONABA qui, à travers son ouvrage sur *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabè*, tente de procéder à cette systématisation. La deuxième édition de l'ouvrage date de 2013.

⁶⁹ CE, 02 juillet 2019, *Etat burkinabè c/ SMB, SAMAB et SBM*.

⁷⁰ CE, 13 janvier 1975, *DA SILVA et CFDT*.

⁷¹ Le dynamisme de l'activité syndicale au Burkina Faso a donné lieu à plusieurs décisions administratives ou a été très régulièrement traitée la question de l'intérêt pour agir. On peut citer par exemple, Ch. Adm., 22 novembre 1968, *Syndicat national des enseignants africains de Haute-Volta (SNEAHV)* ; Ch. Adm., 13 février 1970, *Syndicat autonome des P.T.* ; CE, 14 septembre 2001 et 25 janvier 2005, *Syndicat burkinabè des magistrats et sept autres*. On peut citer en matière associative, Ch. Adm., 30 juillet 1999, *Ligue pour la défense de la liberté de la presse*.

Il définit aussi des régimes et des notions⁷². Mais il arrive au juge administratif burkinabè de se retenir dans ses motivations. Cet état de fait pourrait s'expliquer de différentes manières. D'une part, il pourrait s'agir de la manifestation d'une conception ancienne de la fonction judiciaire selon laquelle donner les motifs de sa décision reviendrait à se justifier. Cela était considéré comme portant atteinte à ce qui était perçu comme la majesté de la fonction judiciaire⁷³. D'autre part, il pourrait s'expliquer par la restriction de l'office du juge tiré de l'interdiction qui lui est faite d'émettre des arrêts de règlements⁷⁴. Or, il est bien connu que la prohibition des arrêts de règlements ne concerne que les dispositifs des décisions qui ne peuvent avoir la portée d'une réglementation⁷⁵.

En tout état de cause, l'observation de la jurisprudence administrative burkinabè montre que pendant longtemps, le juge administratif s'est abstenu de déployer tout son potentiel jurisprudentiel. Dans l'arrêt *Garango Tiémoko Marc*, par exemple, le juge a manqué l'occasion de préciser la notion de circonstances exceptionnelles en droit burkinabè, et le régime y afférent. Il se contente simplement de dire que les conditions tant légales que jurisprudentielles à la réalisation des circonstances exceptionnelles n'étaient pas remplies, sans pour autant expliquer en quoi consistaient ces conditions légales et jurisprudentielles⁷⁶. Il s'agit là d'une occasion manquée du juge de développer sa propre théorie des circonstances exceptionnelles ou à tout le moins d'adapter cette théorie aux circonstances du moment. Rappelons qu'il s'agissait d'une décision intervenue au lendemain d'une prise de pouvoir par la force, et que le Burkina n'en était pas à sa première expérience. Cette négligence a fini par le rattraper puisque suite à l'insurrection populaire de 2014, un décret de suspension des exécutifs locaux a été adopté et avait été justifié par l'existence de circonstances exceptionnelles. Ce décret, porté au contentieux, donna lieu à l'arrêt du 18 décembre 2015, *Baguemzanré Thomas et 682 autres c/ Etat burkinabè*. En l'absence d'une théorie « locale » des circonstances exceptionnelles, l'une des parties, en l'occurrence l'Etat, s'appuie sur une jurisprudence française pour soutenir son argumentaire. Le juge burkinabè se réfère alors à une jurisprudence constante, qu'il n'a pourtant pas élaboré, pour considérer qu'« *il y a circonstances exceptionnelles s'il existe une situation anormale imposant à l'administration d'agir sous peine de compromettre l'intérêt général qui peut être le fonctionnement des services publics ou le maintien de l'ordre public* »⁷⁷.

⁷² CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Tome 1, op. cit., p. 93.

⁷³ LELIEVRE (François), « Plaidoyer pour la référence à la jurisprudence dans les motifs des décisions des juridictions administratives », *AJDA*, 2009 p. 2446.

⁷⁴ En France la prohibition des arrêts de règlements, initialement rattachée à l'article 5 du Code civil, est devenu un principe d'ordre constitutionnel.

⁷⁵ GAUDEMET (Yves), « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *RDP*, n° 10-2010, p. 1617.

⁷⁶ Voir commentaire du Professeur Salif YONABA dans *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabè*, 2^e édition, Imprimerie Presses Africaines, 2013, p. 94 et suivantes.

⁷⁷ Dans le cas d'espèce, le Conseil d'Etat avait admis l'existence de circonstances exceptionnelles, matérialisées par la suspension de la Constitution, la dissolution du

Parfois le Conseil d'Etat burkinabè fait preuve d'un excès de juridisme, préférant s'attacher à la lettre des textes. C'est le cas par exemple lorsqu'il confirme le jugement d'un Tribunal administratif se déclarant incompétent pour connaître d'un acte, mais sans prendre le soin de statuer lui-même au fond. En l'espèce, il s'agissait d'un décret relevant de la compétence exclusive du Conseil d'Etat, et saisi en appel contre la décision d'un Tribunal administratif se déclarant incompétent, le Conseil d'Etat s'est contenté de confirmer cette décision⁷⁸. On peut citer aussi l'arrêt *Kientega Mathieu*⁷⁹. Après s'être déclaré incompétent pour connaître d'un acte administratif individuel à caractère collectif en se fondant sur la nature de l'acte, il se prononce sur la qualité et l'intérêt à agir des requérants. Ceux-ci, au nombre de sept au départ dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, se sont retrouvés au final au nombre de six. Le juge les déclare irrecevables pour défaut de qualité et intérêt à agir parce qu'ils n'ont pas circonscrit les effets de leur requête à eux-seuls, et ne disposent pas non plus de mandat ou procuration de la part du requérant non partant. La doctrine burkinabè y voit là un excès de juridisme qui « *ne fait qu'ajouter de l'énigme et de la déception à une situation qui n'en avait nullement besoin* »⁸⁰.

Le Conseil d'Etat a pourtant la possibilité d'aller au-delà de cette vision restrictive de son office. Les méthodes d'interprétation dont dispose le juge sont multiples. Là où la loi est présente, il peut y avoir à l'interpréter pour l'appliquer au cas d'espèce. L'interprétation ne se limite pas uniquement à la recherche du sens des mots d'un texte obscur. Elle se manifeste même lorsque le texte est clair. En effet même pour dire qu'un texte est clair, cela suppose qu'il ait été interprété au préalable. *A fortiori*, lorsque le législateur reste imprécis sur certaines notions, il revient au juge de préciser les contours. La théorie réaliste de l'interprétation nous enseigne que l'interprétation est un acte de pure volonté, l'interprète choisissant entre les différents sens possibles

Gouvernement et de l'Assemblée nationale, les incendies de plusieurs mairies, etc. Ces circonstances ont pu justifier l'adoption du décret de suspension des exécutifs locaux.

Cette affaire rappelle la jurisprudence française, CE, 3 novembre 1989, *Gaillet* : « *dans les circonstances exceptionnelles régnant, à la date où a été pris le décret attaqué [dissolution du conseil municipal], dans la commune de Thio (Nouvelle-Calédonie) où s'étaient déroulés de nombreux affrontements violents, les auteurs du décret attaqué [décret du Président de la République], constatant que la gestion des affaires municipales de Thio n'était plus assurée, et ne disposant pas de la possibilité de rétablir immédiatement l'ordre public, ni d'un autre moyen légal d'action, ont pu légalement, en vue d'assurer la continuité du service public à Thio grâce à la mise en place d'une délégation spéciale, prononcer la dissolution du conseil municipal de Thio* ».

⁷⁸ CE, 25 mai 2012, *Ouattara Lona Charles c/Etat burkinabè*.

Il l'a aussi fait à propos d'un acte administratif individuel à caractère collectif, CE, 30 mars 2012, *Ouattara Antoine et Sawadogo Barké c/Etat burkinabè*.

⁷⁹ Il s'agit de la 3^e espèce de cette affaire. Voir supra pour saisir le contexte général de l'affaire.

⁸⁰ YONABA (Salif), *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabè*, op cit., p. 433.

du texte⁸¹. L'interprétation est souveraine et le juge, notamment administratif, mobilise plusieurs méthodes d'interprétation, consistant à rechercher la ou les intentions de l'auteur du texte. Il peut même rechercher le sens d'un texte en se référant aux principes généraux du droit. Ainsi que le souligne le Président ODENT, « *lorsqu'un texte est susceptible de plusieurs sens, la préférence doit être donnée à l'interprétation qui permet d'assurer le respect des principes généraux du droit* »⁸². En droit comparé, cette méthode d'interprétation a permis par exemple au Conseil d'Etat français de reconnaître la possibilité de recours en cassation contre toutes décisions rendues en dernier ressort par des juridictions administratives, même si ce recours n'est pas prévu par un texte, voire lorsqu'un texte prévoit expressément que la décision n'est « *susceptible d'aucun recours* »⁸³.

Il apparaît à l'analyse que la créativité du juge administratif burkinabè se manifeste assez timidement. Les bases du droit administratif ayant déjà été posées par son homologue français, le juge burkinabè se réfère à la jurisprudence de celui-ci comme un moyen d'autorité si bien qu'il se retient par moment de déployer son plein potentiel. Mais cela ne signifie nullement qu'il ne fait pas usage de son pouvoir normatif.

II- UN EXERCICE DU POUVOIR NORMATIF PARFOIS ASSUME

L'exercice du pouvoir normatif par le juge administratif burkinabè se matérialise d'une part, par le développement d'arrêts dits « *discursifs* », c'est-à-dire qui apparaissent comme des instruments de compréhension de la discipline et de positionnement des concepts fondamentaux⁸⁴ (A), d'autre part, par la volonté du juge burkinabè de s'émanciper à travers certaines constructions jurisprudentielles (B).

A- Un pouvoir normatif empreint de pédagogie

Si les décisions rendues par le juge administratif ont longtemps brillé par leur concision, on observe que, de plus en plus, celui-ci a envie d'être compris et de

⁸¹ A cette théorie s'oppose le cognitivisme selon lequel l'interprétation est un acte de connaissance. Cette théorie nie tout pouvoir normatif au juge qui se borne simplement à découvrir un sens préétabli.

Mais chacune de ces deux thèses contient une part de vérité et d'extrémisme. En effet, dans l'interprétation, « *il y a tout à la fois connaissance et volonté (...), connaissance de l'ensemble des solutions juridiquement possibles, volonté de promouvoir l'une d'entre elles* ». SUR (Serge), *L'interprétation en droit international public*, Paris, LGDJ, 1974, p. 99.

Pour une synthèse des différentes théories de l'interprétation, voir LALLY (Armel), « Le pouvoir normatif du Conseil d'Etat sous l'éclairage de Marcel Waline », *RFDA*, 2014, p. 161.

⁸² ODENT (Raymond), *Contentieux administratif Tome 1*, Paris, Dalloz, rééd. 2007, t. 2, p. 354.

Le recours à la théorie des principes généraux du droit présente tout de même plusieurs limites mises en exergue par Bruno GENEVOIS dans son article « Le Conseil d'Etat et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, p. 877.

⁸³ Voir Conseil d'Etat français, 7 février 1947, *D'Aillières*, GAJA, 21^e édition, n° 55.

⁸⁴ DEGUERGUE (Maryse), « Déclin ou renouveau de la création des grands arrêts ? », *RFDA* 2007, p. 254.

s'expliquer⁸⁵. La doctrine admet que « *tout pouvoir normatif est, de fait ou de droit, sensibilisé à ce que la norme soit accessible et intelligible* » et que « *la pédagogie apparaît comme une façon de créer le droit en expliquant, en prolongeant, voire en ajoutant à la décision juridictionnelle* »⁸⁶. Les décisions explicatives à travers lesquelles le juge motive amplement (1), parfois de manière surabondante (2) sont donc la manifestation de l'adaptation de son pouvoir normatif.

1- Une motivation des décisions

L'essentiel des grands principes du droit administratif, à savoir les principes généraux du droit, ont été élaborés par le juge français ; et le juge administratif burkinabè a démontré à suffisance son attachement à ces principes. Si les principes généraux du droit constituent l'étendard du pouvoir jurisprudentiel du juge administratif, il convient de noter que la créativité des juges ne s'épuise pas à travers les seuls principes : la jurisprudence est un ensemble plus vaste⁸⁷. L'interprétation des normes constitue l'une des missions essentielles du juge administratif et participe à la formation de la jurisprudence. L'interprétation est essentielle à l'activité juridictionnelle du juge. « *La création du droit par le juge administratif laisserait plus volontiers place à l'interprétation des lois et règlements* »⁸⁸. L'essentiel de la jurisprudence aujourd'hui est une jurisprudence d'interprétation. L'on ne peut véritablement lire et appliquer avec certitude le droit écrit que lorsque le juge, qui en est l'interprète authentique, a précisé le sens qu'il en retenait ou qu'il lui attribuait⁸⁹. Le travail d'interprétation des juges aboutit ainsi à la détermination du champ d'application d'un texte ou à la définition d'une catégorie juridique indéterminée que le législateur n'avait pas pris soin de préciser⁹⁰. Le phénomène de codification du droit administratif est tout aussi observable au Burkina Faso. Ce droit est marqué par l'accroissement des sources textuelles. Ces textes, parce qu'il s'agit d'un droit essentiellement jurisprudentiel, vont souvent s'immiscer là où le juge avait déjà posé des règles⁹¹. Le législateur burkinabè est intervenu dans plusieurs domaines dont le régime avait été antérieurement posé en France par la jurisprudence, et a repris pour l'essentiel les grandes lignes jurisprudentielles. Il en est ainsi du droit de la Fonction publique. Les différentes lois qui régissent la matière restreignent fortement l'office du

⁸⁵ BOTTEGUI (Damien), « L'ambition pédagogique du juge administratif », in *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 153.

⁸⁶ DISANT (Mathieu), « La doctrine du juge, entre pédagogie et source du droit », in *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 125.

⁸⁷ PLESSIX (Benoît), *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 44.

⁸⁸ DEGUERGUE (Maryse), « Déclin ou renouveau de la création des grands arrêts ? », *RFDA*, 2007, p. 254.

⁸⁹ MELLERAY (Fabrice), « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? Remarque sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel », *AJDA*, 2005, p. 605.

⁹⁰ PLESSIX (Benoît), UBAUD –BERGERON (Marion) et DEFFAINS (Nathalie), *Tavaux dirigés Droit administratif général*, LexisNexis, 2013, p. 22.

⁹¹ THERON (Sophie), « La substitution de la loi à la jurisprudence administrative : la jurisprudence codifiée ou remise en cause par la loi », *RFDA* 2004, p. 230.

juge administratif burkinabè dans la définition d'un régime jurisprudentiel créatif⁹². Il en est de même de la réglementation de la commande publique⁹³. De nombreux autres textes régissent le fonctionnement de l'Administration et ses relations avec les administrés. Outre la révérence à la jurisprudence française, la créativité du juge administratif burkinabè se trouve ainsi limitée par la codification du droit administratif. Dès lors, sa fonction de dire le droit devra s'adapter. La motivation des décisions est un enjeu majeur de l'office du juge administratif⁹⁴. Si motiver suppose du juge d'exposer les raisons qui l'ont conduit à rendre sa décision, notamment en exposant la règle de droit, il ne s'oppose pas à ce que le juge adopte une posture pédagogique.

Il est loisible d'observer que le juge administratif burkinabè rend de plus en plus des arrêts discursifs, matérialisés par la volonté d'expliquer des principes, des notions, de préciser les conditions d'application de régimes, et surtout, par le souci de convaincre. Certains auteurs considèrent que la pédagogie n'est pas un nouvel impératif que le juge administratif s'impose, mais plutôt un paramètre parmi tant d'autres de l'office moderne du juge administratif⁹⁵. Et, « *l'utilisation d'un style plus explicatif traduit en fait la volonté du Conseil d'État d'affirmer son pouvoir normatif* »⁹⁶. Cette posture n'est en réalité pas nouvelle pour le juge administratif burkinabè.

Dès 1973, dans l'arrêt *Yanogo Silassé* du 27 avril 1973, pour refuser à l'Administration le droit d'exercer une action récursoire contre son agent, le juge considère que les décisions du Conseil d'État français⁹⁷ citées par l'Administration en appui de sa thèse impliquent l'existence de deux fautes simultanées et concurrentes. Il explicite celles-ci de façon pédagogique, en s'appuyant sur des exemples. Il considère ainsi que la première faute est celle de la puissance publique elle-même « *coupable par exemple d'avoir laissé un parc automobile sans surveillance ou mis en circulation un véhicule en mauvais état et, partant dangereux* ». La seconde incombe directement à l'agent et détachable de ses fonctions, et en exemple, il cite les cas de « *conduite en état d'ivresse, utilisation frauduleuse ou sans titre du véhicule accidenteur* ». Le juge

⁹² La loi n° 081-2015/CNT portant statut général de la fonction publique d'Etat ; Loi n° 03-2017/AN portant statut de la fonction publique territoriale, etc.

⁹³ Loi n° 039-2016/AN portant réglementation de la commande publique.

⁹⁴ Les fonctions de la motivation des décisions en contentieux administratif ont été excellemment mises en exergue par Meïssa DIAKHATE dans son article intitulé, « *La motivation des décisions des juridictions administratives en Afrique subsaharienne francophone* » publié en avril 2019 sur www.afrilex.u-bordeaux4.fr.

⁹⁵ BOTTEGHI (Damien), « L'ambition pédagogique du juge administratif », *op. cit.*, p. 153.

Il est par ailleurs important de souligner que le souci de pédagogie a conduit le Conseil d'État français, dans un vade-mecum, à annoncer l'abandon de la formule « *Considérant que* », et son remplacement par une formule unique, « *Considérant ce qui suit* ». Voir, *Vade-mecum sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, sur www.conseil-etat.fr.

⁹⁶ BELACEL (Farid), « La marque du caractère jurisprudentiel du droit administratif dans l'écriture des grands arrêts du Conseil d'État », *Gazette du Palais*, n° 24, p. 11.

⁹⁷ Il s'agissait en l'occurrence des arrêts *Laruelle* et *Delville* du 28 juillet 1951, *Moritz* du 26 mai 1954 et *Jeannier* du 22 janvier 1957.

a senti le besoin d'étayer une jurisprudence établie en matière de régime de responsabilité. Ce faisant, il améliore l'intelligibilité de la norme.

En matière d'actes administratifs, le juge administratif se montre de plus en plus prolix. Cela est observable dans la série d'arrêts *Kientega Mathieu* qui a été l'occasion pour le Conseil d'Etat, afin de déterminer le juge compétent pour connaître des actes administratifs individuels à caractère collectif, de procéder à une véritable dissertation sur les actes administratifs. Dans des considérants particulièrement bien motivés, le Conseil d'Etat distingue les catégories d'actes administratifs et les régimes contentieux y afférent⁹⁸.

Le juge administratif fait parfois usage de la technique dite du « *mode d'emploi* », technique par laquelle il élabore une sorte de grille d'analyse par laquelle il indique aux différentes parties, le raisonnement à suivre⁹⁹. On peut citer à titre illustratif, l'arrêt du 23 avril 2016, *Zoungrana Mamoudou Pierre Célestin c/ Nassa Rigobert Sawadogo Aly, CECI de Kongoussi*, à propos du principe du contradictoire. Le Conseil d'Etat, après avoir rappelé les caractères du principe du contradictoire, précise les obligations s'imposant non seulement aux parties, mais également au juge et au greffier de la juridiction administrative¹⁰⁰.

Si le juge administratif burkinabè prend désormais davantage soin d'affirmer son pouvoir normatif à travers l'explication de la norme retenue pour trancher le litige qui lui est soumis, il est loisible de constater de plus en plus une tendance de celui-ci à motiver au-delà de ce qui est nécessaire.

2- Une surabondance des motifs

Le juge administratif burkinabè s'autorise dans le cadre des décisions juridictionnelles à dissenter au-delà du nécessaire à la solution proprement dite du litige. Il procède ainsi à travers les *obiter dicta*. Ceux-ci sont des développements qui ne sont pas nécessaires encore moins indispensables à la motivation de la décision, mais auxquels

⁹⁸ Il n'a pas hésité d'ailleurs à rappeler sa propre jurisprudence dans l'arrêt du 13 avril 2010.

⁹⁹ ALONSO Christophe, « La motivation didactique des décisions du Conseil d'Etat », in *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 161.

¹⁰⁰ « Considérant (...) que le principe du contradictoire qui est l'une des principales traductions concrètes de la notion de procès équitable, garantit tout d'abord aux parties qu'elles ne seront pas jugées sans avoir été sinon entendues, du moins appelées ; qu'en outre, il garantit chaque partie le droit de prendre connaissance des arguments de fait, de droit et de preuve à partir desquels elle sera jugée ;

Considérant que ces caractères obligent d'une part, les recourants à saisir le juge administratif par écrit et d'autre part, le juge et le greffier de la juridiction administrative à notifier toutes les pièces aux parties, lesquelles sont aussi tenues de déposer par écrit au greffe de la juridiction toutes leurs observations ; que ce faisant, le juge doit, en toute circonstance, faire observer et observer lui-même le principe du contradictoire et ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevé d'office ou sur les explications complémentaires qu'il a demandées, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ».

le juge fait néanmoins appel. De façon métaphorique, les *obiter dicta* peuvent être assimilés à des « hors sujet ». Mais, « *alors que dans le cadre d'une copie d'examen, de tels hors sujets seraient biffés d'un trait rageur, dans une décision juridictionnelle, ils doivent être examinés avec une attention supérieure à celle portant sur les considérants ayant permis de résoudre le litige* »¹⁰¹. Le Conseil d'Etat saisi l'occasion des *obiter dicta* pour adresser aux parties, et particulièrement aux autres juges un message quant à l'interprétation qu'il entend donner à une disposition, ou le sens d'une notion donnée. Le Professeur Maryse DEGUERGUE fait remarquer que l'*obiter dictum* peut être perçu comme « *l'expression du pouvoir hiérarchique du Conseil d'Etat vis-à-vis des autres juridictions administratives auxquelles il envoie une recommandation, un avertissement et impose même une règle* »¹⁰². Cela s'avère particulièrement utile dans le contexte burkinabè marqué par l'absence d'avis contentieux.

L'identification d'un *obiter dictum* n'est pas chose aisée dans la mesure où il est inséré directement dans la motivation et il peut être formulé soit de façon lapidaire, « *coincé entre deux virgules ou deux tirets* », soit de façon prolix¹⁰³. Certains indices permettent cependant de reconnaître ces motifs surabondants notamment l'utilisation par le juge de formules telles que « *au surplus* » ou « *d'ailleurs* »¹⁰⁴. Dès lors, les *obiter dicta* peuvent être considérés comme une excroissance du pouvoir normatif du juge administratif, non nécessaire immédiatement à l'évolution des règles¹⁰⁵.

La difficulté d'identifier l'*obiter dictum* peut se percevoir dans un arrêt rendu à propos de l'élection du maire de Bobo-Dioulasso¹⁰⁶. Dans cette affaire, alors que le demandeur en appel n'avait pas effectué la consignation d'une somme d'argent à titre d'amende au greffe de la Cour suprême, la Chambre administrative avait déclaré sa requête recevable en se fondant sur la pratique et la jurisprudence constantes selon lesquelles le recourant en matière de contentieux électoral était dispensé de cette obligation. Deux avis rendus par les Chambres réunies de la Cour suprême confirmaient d'ailleurs cette jurisprudence¹⁰⁷. En pourvoi contre cet arrêt, le demandeur, ancien défendeur en appel, soulève plusieurs moyens dont d'une part, la

¹⁰¹ LANNOY (Marie), *Les obiter dicta du Conseil d'Etat statuant au contentieux*, Paris, Dalloz, Collection « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2016, p. 13.

¹⁰² DEGUERGUE (Maryse), « Les obiter dicta dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », in *La pédagogie au service du droit*, édition Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, LGDJ, p. 229.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ LANNOY (Marie), *Les obiter dicta du Conseil d'Etat statuant au contentieux*, op. cit., p. 28.

¹⁰⁵ DEGUERGUE (Maryse), « Les obiter dicta dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », op. cit., p. 229.

¹⁰⁶ Il y' avait en fait dans cette affaire, deux décisions de la chambre administrative de la Cour suprême respectivement le 9 janvier 2001 de la Chambre administrative, et du 25 janvier 2001 des Chambres réunies.

¹⁰⁷ Il s'agit des avis n° 1 et 2 du 26 octobre 2000 rendus en matière de contentieux des élections municipales du 24 septembre 2000 dans les affaires ADF/RDA et ULD c/ CDP et PNP c/ CECI et CDP Yatenga.

violation des actes et formalités fixés à l'article 26 de la loi n° 21/95/ADP du 16 mai 1995 qui édicte dans son principe et dans ses modalités le droit d'appeler contre les décisions rendues par les juridictions de premier ressort ; et, d'autre part, le défaut de consignation d'une somme à titre d'amende, et ce en violation de l'article 12 alinéa 2 de la loi n° 21/95/ADP précitée. La Chambre réunie déclare le moyen tiré du non accomplissement des actes et formalités fondé. Il poursuit cependant en posant que « *Mais attendu que si les actes de la pratique et la jurisprudence ont vocation à suppléer la loi lorsque celle-ci est absente, à la compléter lorsqu'elle est insuffisante, à l'interpréter pour lui donner un sens et une portée raisonnables au regard des faits et circonstances de la cause lorsqu'elle est obscure et ambiguë, ils ne sauraient pour autant constituer une source autonome de droit et prévaloir face à la loi ; quel que soit le degré de stabilité et de notoriété qu'ils ont pu acquérir dans le temps et dans l'espace, il appartient aux juges mêmes qui les ont instaurés de les enrayer par des revirements francs et responsables plutôt que de persister dans les errements, dès lors qu'ils en ont perçu, même a posteriori, la portée chimérique et préjudiciable aux droits et obligations des gens* ». La doctrine burkinabè considère que l'on se trouve là en présence d'une incidente qui n'était pas indispensable¹⁰⁸. En d'autres termes, il s'agit d'un *obiter dictum*, mais dont la vocation ici paraît plutôt pédagogique ; le juge n'est pas lié par les constructions juridiques et les règles qu'il a posées antérieurement.

Il est plus aisé dans certaines situations de reconnaître des motifs surabondants non nécessaires à la solution du litige. C'est le cas par exemple lorsque le juge administratif saisit l'occasion d'indiquer à l'une des parties, sans que cela ne soit une simple interprétation des conclusions des parties, les voies et moyens nécessaires à la résolution définitive du litige. A ce titre, deux arrêts du Conseil d'Etat peuvent être évoqués.

Dans l'arrêt *SITACI et 2 autres contre l'Etat burkinabè* du 10 novembre 2009, était en cause un arrêté de 2006 réglementant la transformation et la vente de tôles au Burkina Faso¹⁰⁹. Cet arrêté, d'application immédiate, abroge un précédent arrêté de 1994¹¹⁰ sans prévoir de dispositions transitoires prenant en compte la situation des professionnels du domaine. Ces derniers, dans le cadre de leurs relations commerciales avaient déjà conclus des contrats sous l'égide de l'ancien arrêté. Ils attaquent alors l'arrêté de 2006 pour violation du principe de non-rétroactivité des lois et règlements, en ce qu'il n'accorde pas un délai d'adaptation de la situation ancienne aux requérantes afin de leur permettre de produire et d'écouler les tôles fabriquées à partir des bobines de tôles commandées avec l'accord du Ministère du Commerce sous l'empire de l'arrêté n° 94-130 du 10 août 1994. Le Conseil d'Etat considère que « *si l'action de l'administration était guidée uniquement par le but de protéger la vie, la sûreté et l'intégrité physique des utilisateurs de tôles au Burkina Faso, il lui était*

¹⁰⁸ YONABA (Salif), *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabè*, op. cit., p. 251.

¹⁰⁹ Arrêté n° 06-125/MCPEA/MHU portant réglementation du poids des tôles ondulées, galvanisées et alu zinc, des tôles bac galvanisées, alu ou alu zinc et instituant une marque indélébile d'identification.

¹¹⁰ Arrêté n° 94-130/MICM/SG/IGAE/IGM du 10 août 1994.

loisible de l'insérer dans les cas d'exception à la règle et qui sont limitativement énumérés ; qu'en ayant agi autrement, sa décision est entachée d'illégalité et encourt de ce fait l'annulation ». En indiquant à l'Administration la voie à suivre pour régulariser la situation, l'*obiter dictum* anticipe des situations litigieuses à venir.

La vocation d'anticipation des *obiter dicta* se perçoit davantage dans l'affaire relative au concours de la magistrature¹¹¹. La loi organique portant statut de la magistrature dispose que le diplôme pour concourir au concours direct de recrutement d'élèves magistrats est la maîtrise en droit. Le système LMD (Licence-Master-Doctorat) ayant remplacé l'ancien système de délivrance des diplômes, un arrêté du ministre en charge de l'enseignement supérieur vient établir une équivalence entre les diplômes de licence du système LMD et le diplôme de la maîtrise de l'ancien système. L'objectif étant de permettre à l'Administration d'utiliser la licence en droit du système LMD pour les concours de niveau maîtrise en droit. Après avoir longuement motivé sur l'incompétence du ministre à établir une telle équivalence, le Conseil d'Etat pose que *« considérant surabondamment qu'il serait judicieux d'opérer une réforme de la loi organique gouvernant la magistrature pour être en adéquation avec le système LMD en vigueur dans nos Universités »*. En clair, le Conseil d'Etat indique la voie à suivre. Cela pourrait s'expliquer par le fait que le diplôme de la maîtrise classique n'étant plus délivré par les universités burkinabè, le maintien de l'exigence de la maîtrise pour le concours de la magistrature conduirait à une impasse.

Le réaménagement du pouvoir normatif du juge administratif ne se limite pas à l'amplification des motifs des décisions. Celui-ci opère également de véritables constructions marquant ainsi une spécificité de la jurisprudence burkinabè.

B- Un pouvoir normatif en adaptation

Quand bien même les concepts de base du droit administratif aient déjà été posés par la jurisprudence française, leur contextualisation permet au juge burkinabè de s'émanciper (1). En outre, la flexibilité de la matière confère au juge administratif une marge de manœuvre dans certains domaines, ce qui lui permet de construire de véritables politiques jurisprudentielles (2).

1- Une émancipation jurisprudentielle

L'analyse de la jurisprudence de ces dernières années montre que le juge administratif burkinabè tend à se démarquer de son homologue français et n'hésite pas à faire ressortir cette prise de distance dans les motivations de ses décisions.

L'émancipation du juge administratif burkinabè s'observe d'abord dans l'effort de rattacher certains principes aux textes burkinabè. Il en est ainsi du principe des droits de la défense. De l'arrêt *Zoungana Aly Pascal* du 14 mai 1965, premier arrêt rendu

¹¹¹ CE, 02 juillet 2019, *Etat burkinabè c/ SMB, SAMAB et SBM*.

par la juridiction administrative nationale dans lequel le juge fait référence à ce principe de façon lapidaire sans en citer le fondement, en passant par l'arrêt *Conombo Jean-Baptiste* du 28 juin 1974 où il fait référence de façon expresse à plusieurs arrêts du Conseil d'Etat français en la matière, le juge administratif burkinabè fonde désormais ce principe dans les textes nationaux. C'est le cas des arrêts du Conseil d'Etat du 26 février 2016, *Université de Ouagadougou c/ Ouédraogo Abdoul Kader* d'une part, *Université de Ouagadougou c/ Maître Batibié Bénao*, d'autre part, où le juge s'appuie sur l'article 4 de la Constitution du 2 juin 1991 comme garantissant les droits de la défense, principe général de droit.

Il est vrai que le juge administratif burkinabè a réceptionné les éléments fondamentaux du droit administratif français, ses conceptions et ses théories. Cependant, le constat s'impose que le Conseil d'Etat déploie de plus en plus son potentiel jurisprudentiel dans l'adaptation de certaines notions en particulier. Cela s'explique par la différence de contexte dans lequel s'insèrent ces éléments jurisprudentiels. Il en est ainsi notamment de la notion d'acte administratif où une importante jurisprudence tente d'en fixer les contours surtout dans des domaines propres aux réalités et aux pratiques locales, domaines que le droit étranger, notamment français, n'appréhende pas de la même manière. C'est le cas par exemple du domaine foncier. Ce domaine se caractérise par une explosion du contentieux auquel le juge administratif tente d'apporter des réponses, si bien que la doctrine a essayé d'opérer une systématisation d'une théorie jurisprudentielle du régime de la propriété foncière et/ou domaniale¹¹². Face à la lourdeur de la procédure d'attribution des parcelles, et la multiplicité des actes y relatifs, le juge a été amené à faire une distinction entre les actes créateurs de droit au profit des bénéficiaires et ceux n'étant pas créateurs de droits. Cette distinction n'est certes pas une création du juge administratif burkinabè en soi. Mais appliquée au domaine foncier, elle permet à celui-ci de ranger différents actes, non connus du juge français, dans l'une ou l'autre catégorie. Ainsi, le juge burkinabè considère de façon constante, que ne sont pas créateurs de droits, mais plutôt des actes préparatoires, les papillons d'attribution émanant des commissions, les duplicatas desdits papillons ainsi que les procès-verbaux des commissions d'attribution de parcelles. Seuls constituent des actes administratifs susceptibles de produire des effets juridiques et contre lesquels un recours pour excès de pouvoir peut être introduit, les actes découlant des procès-verbaux, à savoir les actes d'attribution émanant des maires ou toute autre personne habilitée à cet effet ainsi que les titres d'occupation des terres du domaine foncier national énumérés par la loi et qui sont l'arrêté d'affectation, l'arrêté de mise à disposition, le permis d'occuper, le permis urbain d'habiter, le permis d'exploiter et le bail¹¹³.

¹¹² YONABA (Salif), *Droit et pratique du contentieux administratif burkinabè : de l'indépendance à nos jours*, op. cit., pp. 283 et suivantes.

¹¹³ CE, 13 mars 2012, *Mairie de Nongr-Massom c/ Kéré Souleymane* ; Arrêt du 11/08/2009, *Mairie de l'Arrondissement de Dô c/ SANOU Edgar Hermann*.

Mais même dans l'élan d'émancipation du juge administratif burkinabè, le droit français n'est jamais bien loin, ne serait-ce que pour permettre au juge de construire sa jurisprudence par opposition à ce dernier. Dans l'arrêt *Kientega Mathieu* du 8 mai 2012, le juge administratif était confronté à la question de la détermination de la juridiction compétente pour connaître des actes administratifs individuels à caractère collectif. Pour ce faire, il commence par regarder la pratique en France. Il constate alors que contrairement au législateur burkinabè, le législateur français a déterminé une catégorie d'actes individuels à caractère collectif dont le contentieux relève de la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'Etat. Puis, considérant que cette distinction du législateur français ne peut lier le juge administratif burkinabè, il appartient à ce dernier, face au silence de la loi nationale, de déterminer le statut de ce type d'acte individuel. Ce n'est qu'à ce prix qu'il en vient à déterminer que ce type d'acte étant une somme d'actes individuels, la contestation devrait être portée par chaque requérant devant le tribunal de son domicile. Si plusieurs personnes entendent contester l'acte, elles pourront le faire individuellement devant le tribunal de leur domicile¹¹⁴. Le Conseil d'Etat burkinabè est donc incompétent pour connaître de ce type d'actes en premier et dernier ressort. Cette référence au droit comparé, en l'occurrence au droit français, n'était point nécessaire à la solution de l'affaire.

Le déploiement du pouvoir normatif du juge administratif burkinabè ne se manifeste pas uniquement à travers la prise de distance d'avec le droit français. Dans certains domaines, quand bien même le Conseil d'Etat reprend dans l'esprit, certains régimes fixés en France, il use de sa marge de manœuvre pour construire de véritables politiques jurisprudentielles.

2- Des constructions jurisprudentielles

Les constructions juridiques ne peuvent faire abstraction des réalités de la société. Ce discours du Président LATOURNERIE qui vise à trouver un équilibre entre la normativité et la factualité, s'adresse à la fois à la doctrine et au juge. Adhérant à la position du Commissaire du gouvernement RIVET qui considérerait que le juge administratif devrait se tenir aussi proche que possible des réalités de l'espèce, le Président LATOURNERIE considère ce réalisme comme une « *attitude intellectuelle et une technique professionnelle qui, sans jamais rien négliger des exigences logiques du droit, donnent sur elles la priorité à celle des intérêts en présence et que la mission du juge est de concilier* »¹¹⁵. Cette nécessaire adéquation de la règle au fait conduit le

¹¹⁴ Ce faisant, le Conseil d'Etat ouvre la porte aux risques de contrariété dans les jugements rendus par les tribunaux de première instance. Il a été ainsi donné de voir dans l'affaire relative aux retenues de salaires pour faits de grèves de magistrats, en mars et avril 2020, des ordonnances de référé contradictoires rendues par plusieurs tribunaux administratifs. Alors que certains tribunaux administratifs ordonnaient la cessation immédiate des coupures (Ex du TA de Ouaga, ordonnance n° 09-1/2020 du 17 avril 2020 ; TA de Koudougou, ordonnance n° 01/2020 du 17 avril 2020), d'autres déboutaient les requérants (Ex du TA de Bobo, ordonnance n° 006/2020 du 21 avril 2020).

¹¹⁵ BENEZECH (Ludovic), « Méthode pour penser l'adéquation du droit au fait dans l'œuvre de Roger Latournerie », *RFDA* 2017, p. 389.

juge, lorsque la circonstance s'y prête, à orienter sa jurisprudence dans un sens ou dans un autre. Le pouvoir normatif du juge administratif apparaît dès lors comme une attitude politique volontaire, qui ne se borne pas à la seule interprétation littérale des textes¹¹⁶. Le Professeur WEIL à propos du Conseil d'Etat français s'interrogeait sur le point de savoir si celui-ci, statuant au contentieux, élaborait une politique jurisprudentielle ou une jurisprudence politique¹¹⁷. La politique jurisprudentielle renvoie à la politique menée par le juge administratif « *en ayant pour seul objet sa jurisprudence en tant qu'instrument de communication, ses décisions saisies d'un point de vue formel, en dehors de toute considération du contenu* », tandis que la jurisprudence politique s'appréhende du point de vue de son contenu, c'est-à-dire à la finalité poursuivie par la jurisprudence, donc son aspect matériel¹¹⁸. Ces définitions ne sont que des propositions qui ne dissipent pas entièrement l'ambiguïté qui entoure ces deux notions qui, par ailleurs, peuvent se côtoyer. Cela complique davantage l'appréhension des réalités qu'elles recouvrent¹¹⁹. Mais pour illustrer, il est possible de s'appuyer sur le droit de la responsabilité. Au départ, l'affirmation même du principe de la responsabilité a été l'expression d'une jurisprudence politique, et que plus tard lorsque le Conseil d'Etat français s'est engagé dans la recherche d'un équilibre entre les intérêts en présence, il traduisait là, une politique jurisprudentielle¹²⁰. La politique jurisprudentielle désigne alors « *un ensemble de décisions de principe s'inscrivant dans une perspective commune, sous-tendues par des objectifs convergents* »¹²¹. C'est justement en matière de droit de la responsabilité que le juge administratif burkinabè s'est illustré, très tôt, dans la construction d'une véritable politique jurisprudentielle plus sévère à l'égard de l'Administration. En mettant en balance les intérêts en présence, le juge administratif burkinabè semble, à travers plusieurs arrêts, protéger la partie la plus faible, financièrement. Cela aboutit à faire peser la réparation sur l'Administration.

Dans l'arrêt *Yanogo Sillassé* par exemple du 27 avril 1973, le sieur Yanogo, chauffeur de la Direction de la Géologie en mission avec un véhicule de l'Administration, avec à son bord un ingénieur et sa famille perdit le contrôle du véhicule occasionnant de nombreux dégâts corporels aux occupants. Alors même qu'il est établi que le chauffeur était en excès de vitesse, le juge administratif considère qu'il n'y a pas là une faute détachable du service, et conclut à la faute exclusive de l'Administration.

¹¹⁶ DEGUERGUE (Maryse), « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », *AJDA*, 1995, p. 211.

¹¹⁷ WEIL (Prosper), « Le Conseil d'Etat statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *Annales de la faculté de droit et de sciences économiques d'Aix-en-Provence*, 1959, p. 281.

¹¹⁸ RIALS (Stéphane), *Le juge administratif français et la technique du standard*, Paris LGDJ, 1980, Collection « Thèse : Bibliothèque de Droit public », Tome 135, p. 355.

¹¹⁹ DEGUERGUE (Maryse), « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », *op. cit.*, p. 389.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ MELLERAY (Fabrice), « A propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif : le « moment 1900 » et ses suites », *AJDA* 2014, p. 1530.

L'action récursoire engagée par cette dernière qui avait été condamnée au civil, n'a donc pas prospéré.

En matière de responsabilité pour défaut d'entretien des voies publiques, le juge administratif burkinabè tout en considérant que n'est pas exempte de faute personnelle la victime n'ayant pu éviter de s'engager dans un passage dangereux par inattention ou par excès de vitesse, conclut tout de même à la responsabilité exclusive de l'Administration à qui il appartenait de dégager le ponceau de déchets obstruant en partie la voie publique et qui obligeait les véhicules à aller dans le même sens que la voiture du requérant, au risque de verser dans un vide d'autant plus dangereux qu'il était vierge de toute protection¹²². Dans le même ordre d'idées, dans un arrêt récent, le juge considère que l'Administration, responsable de l'existence, de l'entretien et du fonctionnement des ouvrages dont elle répond des dommages, ne peut dégager sa responsabilité qu'en cas de force majeure ou de faute de la victime. Pourtant, la pluie diluvienne ayant occasionné de nombreux dégâts ne pouvait constituer un cas de force majeure, le juge considérant que l'inondation qui s'en est suivie était due au défaut d'entretien des canalisations. En l'espèce, il a retenu la responsabilité exclusive de l'Administration¹²³.

L'attitude volontariste du juge en matière de responsabilité a pu le conduire à des décisions critiquées par la doctrine. Alors que l'article 135 du code de procédure pénale conférait au juge judiciaire compétence exclusive pour connaître de l'ensemble du contentieux des libertés individuelles¹²⁴, la Chambre administrative de la Cour suprême avait conclu dans une affaire que le requérant avait fait l'objet de détention arbitraire, mais par une interprétation extensive des textes, elle s'est déclarée compétente pour connaître de l'action en responsabilité contre l'Etat¹²⁵. La doctrine considère que cette décision de la chambre administrative est contestable juridiquement car violant l'article 135 du code de procédure pénale et il paraît excessif de considérer, à travers cette seule décision, le juge administratif comme gardien des libertés. Mais la décision apparaît néanmoins comme un avantage non négligeable sur un plan pratique du point de vue du justiciable¹²⁶. En effet, le requérant demandait initialement au juge de le « *faire entrer en droit de ses diverses soldes et accessoires* » non perçus durant sa période de détention. Après avoir rappelé la règle du service fait comme obstacle au rappel de traitement au profit d'un fonctionnaire détenu par décision de l'autorité judiciaire¹²⁷, le juge va contourner cet obstacle en se plaçant sur

¹²² Cour suprême du 10 avril 1970, Sawadogo Vincent c/ Commune de Bobo-Dioulasso. Voir commentaire du Professeur YONABA, dans *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabè*, op. cit., pp. 44 et suivantes.

¹²³ CE, 25 janvier 2008, Commune de Ouagadougou c/ Sawadogo Jean.

¹²⁴ Ordonnance n° 68-7/PRES-J du 21 février 1968 portant code de procédure pénale de la Haute-Volta.

¹²⁵ CS, Ch. Adm., 22 août 1969, Nana Xavier c/République de Haute-Volta.

¹²⁶ BA (Ahmed Tidjani), *Droit du contentieux administratif burkinabè*, op. cit., p. 190.

¹²⁷ En fait, l'arrêt du 22 août 1969 ci-dessus cité fait suite à un précédent arrêt concernant la même affaire, celui du 26 décembre 1968 dans lequel le juge avait opposé la règle du service fait au requérant, avant de préciser « *qu'il lui est loisible de réclamer la réparation du*

le terrain de la responsabilité pour accorder au requérant des dommages et intérêts dont le montant correspondait au cumul du traitement que le requérant aurait dû percevoir n'eût été cette détention arbitraire¹²⁸. Cette affaire est intéressante en ce sens qu'elle ouvre la voie à une politique du juge consistant à contourner l'obstacle de la règle du service fait pour réparer des dommages causés aux agents du fait du fonctionnement défectueux de l'Administration. L'arrêt la de Chambre administrative de la Cour suprême du 22 mai 1981, *Traoré Biny c/ Gouvernement de Haute-Volta* semble aller aussi dans ce sens¹²⁹.

Cette posture du juge consistant à choisir la norme applicable en fonction de la solution souhaitée a pu être critiquée en ce qu'elle conduit à ce que le fait conditionne le droit¹³⁰. Pour pertinente que soit cette critique, il est à noter que les « *notions de faute « de nature à » engager la responsabilité de l'administration, de risque, de préjudice, de dommage anormal et spécial, de lien de causalité même, bien que susceptibles de définitions, et bien davantage d'illustrations, sont affectées d'un degré certain d'imprécision, qui laisse au juge une liberté d'appréciation considérable dans la qualification des circonstances de fait de chaque espèce* »¹³¹.

CONCLUSION

La lecture des arrêts du Conseil d'Etat burkinabè laisse voir une certaine timidité de ce dernier à déployer son plein potentiel normatif. La faible créativité du juge administratif burkinabè trouverait explication d'une part dans le fait que ce dernier semble avoir du mal à se départir du droit français soixante ans après les indépendances. Mais pouvait-il en être autrement lorsqu'on sait que le juge français a déjà posé les bases du droit administratif de façon prétorienne si bien que, aujourd'hui, certains auteurs considèrent que l'âge d'or du pouvoir jurisprudentiel, phase intuitive de la création des grands arrêts, est révolu. Cette période correspondait à un état primitif du droit administratif caractérisé par une absence totale de système légal¹³². Les Etats africains ayant partagé une histoire commune avec la France, le juge burkinabè semble avoir trouvé dans la jurisprudence française, un patrimoine juridique commun dans lequel il se sert. Mais le problème est que le recours aux solutions jurisprudentielles françaises ne sert pas uniquement d'argument de droit comparé pour le juge burkinabè. Ce dernier ne se contente pas de s'inspirer des méthodes et techniques de son homologue français, mais il adhère au choix normatifs de ce

préjudice par lui subit et l'attribution de dommages intérêts mais non de prétendre au paiement de sa solde pour la période de détention ».

¹²⁸ Voir BA (Ahmed Tidjani), *Droit du contentieux administratif burkinabè*, op. cit., p. 389.

¹²⁹ C'est en tout cas l'interprétation que le Professeur YONABA fait d'un passage de cet arrêt en ce sens. Voir son ouvrage *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabè*, op. cit., p. 75.

¹³⁰ Relevé par Maryse DEGUERGUE. Voir son article, « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », *AJDA* 1995 p. 211.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² DEGUERGUE (Maryse), « Déclin ou renouveau de la création des grands arrêts ? », op. cit., p. 254.

dernier. La jurisprudence française est invoquée tel un véritable moyen de droit en soutien aux solutions des litiges. La conséquence est que le juge burkinabè éprouve des difficultés à mettre en valeur sa propre jurisprudence. Sans doute faudrait-il également rattacher cette non valorisation de la jurisprudence burkinabè à une méconnaissance de celle-ci, y compris par le juge administratif lui-même. Face au défaut de systématisation des arrêts rendus par ce dernier, les recueils commentés des décisions du juge français offrent des formules clé en main au juge administratif burkinabè. L'on pourrait d'autre part tenter de justifier la faiblesse de la créativité jurisprudentielle par le fait que le droit administratif burkinabè est un droit essentiellement « textuel » depuis fort longtemps, ce qui réduirait les marges de manœuvre du juge administratif. L'office de ce dernier s'inscrit donc dans cette double contrainte, et s'y adapte. Le Professeur René CHAPUS affirmait d'ailleurs qu'« *il est normal que changent les méthodes jurisprudentielles du Conseil d'Etat. Etant, par la force des choses, dans l'obligation de faire œuvre normative, il devrait s'attacher à remplir ouvertement et pleinement sa fonction de jurislation* »¹³³. La motivation des décisions juridictionnelles devient donc un facteur de la rénovation du pouvoir normatif du juge. La motivation est perçue comme la marque extérieure de l'opération intellectuelle à laquelle se livre le juge pour fonder sa décision et c'est donc à travers celle-ci que le juge développe son raisonnement, explique le pourquoi et donne les raisons qui l'ont amené à prendre telle ou telle solution. La tendance actuelle du juge administratif burkinabè est au développement d'arrêts discursifs, c'est-à-dire des arrêts dans lesquels il s'illustre en pédagogue. Le juge explique la règle de droit qu'il entend appliquer, approfondi les notions, *etc.* Aussi, le caractère téléologique du droit administratif offrant une marge de manœuvre au juge dans le choix de la norme en fonction de la solution souhaitée, a permis au juge administratif burkinabè de bâtir de véritables politiques jurisprudentielles, toute chose qui concourt au renforcement de son pouvoir normatif.

Elvis Flavien SAWADOGO

Assistant en Droit public

Université Nazi Boni de Bobo-Dioulasso

¹³³ CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Tome 1, op. cit., p. 8.

LE PRINCIPE DE L'INTÉGRITÉ TERRITORIALE EN DROIT CONSTITUTIONNEL D'AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

Plan

INTRODUCTION

I- UN PRINCIPE CONSTITUTIONNELLEMENT PROTEGE

A- Une obligation de défense consacrée

1- *Les acteurs principaux*

2- *Les acteurs secondaires*

B- Un pouvoir constituant limité

1- *Une limitation circonstancielle classique*

2- *Une limitation substantielle exceptionnelle*

II- UN PRINCIPE CONCRETEMENT FRAGILISE

A- Un principe normativement instrumentalisé

1- *L'instrumentalisation par les politiques*

2- *La caution du juge constitutionnel*

B- Un principe empiriquement menacé

1- *La défaillance administrative de l'Etat*

2- *La récurrence des problèmes frontaliers*

CONCLUSION

INTRODUCTION

« L'État est une corporation sédentaire à base territoriale », affirmait Maurice Hauriou¹. Le territoire ne fait pas partie de l'avoir de l'État, mais de son être, déclarait pour sa part Carré de Malberg². Ces assertions qui se présentent comme des hymnes au territoire traduisent toute l'importance qu'il revêt au sein des éléments constitutifs de l'État, composés en sus de la population et du pouvoir politique³ et auxquels il convient d'ajouter la souveraineté⁴.

¹ M. Hauriou, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence, 3^e année et en doctorat ès-sciences politiques*, 2^e éd., Sirey, Paris, 1916, p. 334.

² R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, vol. 1, Sirey, Paris, 1920, p. 4.

³ A. Loada et L. M. Ibriga, *Précis de droit constitutionnel et institutions politiques*, PADEG, Ouagadougou, 2007, p. 46 ; J. Gicquel et J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, Paris, 2013, p. 58 ; B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2014, p. 4 ; P. Ardant et B. Mathieu, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, Paris, 2018-2019, pp. 27 et ss ; V. Constantinesco et S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, PUF, Paris, 2016, p. 244 ; C. Leclercq, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Litec, Paris, 1995, p. 55 ; O. Gohin, *Droit constitutionnel*, LexisNexis, Paris, 2016, p. 17.

Voir également O. Duhamel et Y. Mény (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, Paris, 1992, p. 1029 ; M. de Villiers, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Armand Colin/Masson, Paris,

Le territoire désigne « l'assise physique de l'État, la portion de territoire terrestre, maritime et aérien qui est soumise à sa compétence et à sa juridiction, l'une et l'autre exclusive »⁵. La population elle concerne l'ensemble des habitants, étrangers comme nationaux⁶, qui se trouvent sur le territoire de l'État et soumis donc à son droit. Le pouvoir politique⁷ lui peut se définir comme « le pouvoir de prévision, d'impulsion, de décision et de coordination qui appartient à l'appareil dirigeant du pays ... »⁸. Sans que l'on ne puisse établir de hiérarchie entre ces trois éléments, l'on peut affirmer que l'État manifeste un attachement particulier au territoire, n'en tolérant généralement guère la perte de la moindre portion⁹. Pour Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, « ... l'importance attribuée, parmi les éléments de l'État, au territoire provient, sans doute, de ce que, actuellement, le territoire sert de mesure et de limite à l'autorité du gouvernement de l'État. Mais, elle tient probablement aussi à ce que, dans l'histoire de l'humanité, la fixation des populations au sol a été un événement immense, qui a permis indirectement la formation des nations et, par suite, des États »¹⁰. Il convient cependant de noter que quelle que soit sa taille géographique, un État demeure au même titre que tous les autres, souverain¹¹. C'est ce critère qui le distingue de toutes les autres organisations sociales ou politiques¹². La souveraineté peut se définir par

1998, p. 201 ; M. de Villiers et A. Le Divellec, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2013, p. 351.

⁴ A. Loada et L. M. Ibriga, *op. cit.*, p. 54 ; P. Ardant et B. Mathieu, *op. cit.*, pp 31 et ss ; F. Mélin-Soucramanien et P. Pactet, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2015, p. 38. Ces auteurs distinguent les éléments constitutifs de l'État d'une part, de ses attributs ou caractères juridiques d'autre part au sein desquels ils incluent la souveraineté.

D'autres auteurs encore préfèrent la notion de « conditions d'existence de l'État » à celle d'éléments constitutifs : voir par exemple F. Hamon et M. Troper, *op. cit.*, p. 32. Ainsi à propos du territoire, affirment-ils qu'il n'y a pas d'État sans territoire, « non pas que le territoire soit, comme on le croit parfois, un élément constitutif de l'État ; mais parce qu'il est une condition indispensable pour que l'autorité politique s'exerce efficacement » : F. Hamon et M. Troper, *ibid.*, p. 32.

⁵ V. Constantinesco et S. Pierré-Caps, *op. cit.*, p. 245.

Voir aussi H. Brun et al., *Droit constitutionnel*, Yvon Blais, Montréal, 2014, p. 127 ; F. Mélin-Soucramanien et P. Pactet, *op. cit.*, p. 37 ; O. Duhamel et Y. Mény (dir.), *op. cit.*, p. 1029.

⁶ V. Constantinesco et S. Pierré-Caps, *op. cit.*, p. 255 ; P. Ardant et B. Mathieu, *op. cit.*, p. 30.

⁷ P. Ardant et B. Mathieu emploient à la place du terme « pouvoir politique », celui de pouvoir de contrainte : P. Ardant et B. Mathieu, *op. cit.*, p. 27.

F. Hamon et M. Troper eux préfèrent l'expression de « puissance publique » : F. Hamon et M. Troper, *op. cit.*, p. 33.

⁸ F. Mélin-Soucramanien et P. Pactet, *op. cit.*, p. 10.

⁹ La Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) note à ce propos que « Dire que le droit constitutionnel national n'est pas favorable à la sécession relève de la litote. Cela ne surprend pas, puisqu'il est le fondement de l'État et que la sécession conduirait pour le moins à amputer » : Commission européenne pour la démocratie par le droit, Rapport sur « L'autodétermination et la sécession en droit constitutionnel » adopté lors de sa 41^e réunion tenue les 10 et 11 décembre 1999 à Venise, p. 2.

¹⁰ J. Gicquel et J.-E. Gicquel, *op. cit.*, p. 64.

¹¹ H. Akerekoro, « L'exercice de la souveraineté nationale reconnue au peuple dans le constitutionnalisme africain », *Afrilex*, 2012, p. 4.

¹² P. Ardant et B. Mathieu, *op. cit.*, p. 32.

« l'absence de toute dépendance extérieure et de tout empêchement intérieur » et le « caractère suprême de la puissance étatique »¹³. Elle marque donc le pouvoir de l'État d'exercer ses compétences sur toute l'étendue de son territoire¹⁴, sans concurrence ni contrainte¹⁵.

Ces éléments ci-dessus développés permettent d'indiquer brièvement les contours définitionnels de l'intégrité territoriale. L'intégrité faisant référence à l'état de quelque chose qui a toutes ses parties, qui n'a subi aucune diminution, aucun retranchement, l'intégrité territoriale pourrait s'entendre d'un territoire, qui a toujours ses parties initiales, ou qui n'ont pas été réduites illégalement, et sur lesquelles l'État exerce de façon pleine et exclusive sa souveraineté¹⁶. L'intégrité territoriale pourrait de ce fait être assimilée à d'autres notions desquelles il convient cependant de la distinguer. C'est le cas de l'indivisibilité, qui selon Jérôme Francis Wandji K. peut être considérée comme étant protégée par les dispositions relatives à la préservation de l'intégrité du territoire national¹⁷. Jean-Claude Mestre affirme également que « « l'intégrité du territoire » n'est que la conséquence territoriale de l'indivisibilité »¹⁸. L'indivisibilité apparaît donc comme une notion plus large dans sa sphère d'application qui outre le territoire et la souveraineté, concerne le peuple¹⁹, en mettant notamment en relief le caractère unitaire de l'État²⁰. L'intégrité territoriale peut aussi être rapprochée du principe d'indépendance nationale dont l'affirmation vise autant à préserver la souveraineté de l'État²¹. L'indépendance d'une Nation pourrait être ainsi violée dans le cas où celle-ci n'est plus en mesure d'exercer sa souveraineté sur l'ensemble de son territoire. Une telle hypothèse pouvant découler de la violation de l'intégrité territoriale de l'État. L'indépendance de la Nation peut cependant être mise en cause sans pour autant que le soit son intégrité territoriale. L'indépendance

¹³ P. Avril et J. Gicquel, *Lexique de droit constitutionnel*, Que sais-je ?, PUF, Paris, 2003, p. 135.

¹⁴ « Le territoire est le principe de la souveraineté » : S. Laghmani, *Histoire du droit des gens : du jus gentium impérial au jus publicum europaeum*, Pedone, Paris, 2003, p. 47.

« Le territoire désigne en droit public un « espace de pouvoir » c'est-à-dire un espace qui présente la spécificité d'être enfermé dans des frontières impénétrables » : E. Robert, *Éléments d'une théorie de la frontière appliqués au droit fiscal*, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, 2011, p. 107.

¹⁵ Sur la notion de souveraineté de l'État, voir O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, Paris, 1994, aux pp. 109-197. Voir aussi P. Kipré, *Le concept de souveraineté en Afrique*, L'Harmattan, Paris, 2019.

¹⁶ M. Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Graduate Institute Publications, Genève, 1997, p. 368.

Cette définition est donnée à titre liminaire. Le contenu de la notion d'intégrité territoriale en droit constitutionnel sera plus amplement développé dans le cœur du travail.

¹⁷ J. F. Wandji K., « Les principes fondamentaux de l'État en Afrique », *Revue CAMES/SJP*, 2015, n° 2, pp. 45-77, à la p. 58. ; voir aussi O. Duhamel et Y. Mény (dir.), *op. cit.*, p. 504.

¹⁸ J.-C. Mestre, in F. Luchaire, G. Conac, X. Prétot (dir.), *La constitution de la république française, Analyses et commentaires*, 2^e éd., Economica, Paris, 1987, pp. 121-166, à la p. 129.

¹⁹ R. Debbsch et A. Roux, « L'indivisibilité de la République », in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *La République en droit français*, Economica, Paris, 1996, pp. 77-102.

²⁰ O. Duhamel et Y. Mény (dir.), *op. cit.*, p. 505.

²¹ G. Conac in F. Luchaire, G. Conac, X. Prétot (dir.), *op. cit.*, pp. 229- 296, à la p. 240.

nationale peut en effet avoir une portée d'ordre purement économique. C'est ainsi que Gérard Conac note que « c'est sur le fondement de sa mission de garant de l'indépendance nationale que François Mitterrand, sous la première cohabitation, contestera la politique gouvernementale de privatisation des entreprises nationales »²². Il ressort clairement qu'un tel cas ne saurait entraîner une référence au principe de l'intégrité territoriale.

La présente étude va être limitée au principe d'intégrité du territoire, juridiquement encadré sur un double plan constitutionnel et conventionnel notamment²³. En Afrique, il revêt un enjeu plus crucial du fait des particularités historiques relatives aux découpages territoriaux des États²⁴ et du sort contemporain des territoires qui en ont résulté²⁵.

Un regard rétrospectif sur les premières constitutions des États d'Afrique noire francophone²⁶ permet de constater que l'intégrité du territoire a toujours constitué un principe fondamental de l'État moderne africain²⁷. Une telle consécration a succédé à une période coloniale au cours de laquelle les territoires africains violés *ab initio* par la colonisation²⁸, ont été créés, morcelés, répartis, supprimés, reconstitués sur le fondement essentiel des desiderata de la Métropole²⁹.

²² *Ibid.*, p. 241.

²³ Voir les textes consacrant le principe de l'intégrité territoriale ci-dessous.

²⁴ J. F. Wandji K., *op. cit.*, p. 58.

²⁵ L'on peut constater une certaine fragilité des territoires africains ainsi que le caractère polémogène de leurs frontières dus notamment aux considérations quelque peu artificielles qui ont régi leurs tracés.

Voir sur la question par exemple, C. Bouquet, « L'artificialité des frontières en Afrique subsaharienne, Turbulences et fermentation sur les marges », *Les Cahiers d'Outre-Mer*, Avril-Juin 2003, pp. 181-198 ;

C. Coquery-Vidrovitch, « Frontières africaines et mondialisation », *Histoire@Politique*, 2012/2, n° 17, pp. 149-164.

²⁶ J. du Bois de Gaudusson, G. Conac et C. Desouches, *Les Constitutions africaines publiées en langue française*, t. 1 et 2, Bruylant, Bruxelles, 1997 et 1998.

²⁷ Voir par exemple l'article 8 de la constitution de 1960 du Burkina Faso (à l'époque Haute-Volta) faisant du Président de la République le garant de l'intégrité du territoire.

J. F. Wandji K., *op. cit.*

²⁸ A. Alhmri, *La responsabilité internationale de l'État pour fait colonial*, Thèse de doctorat en droit, Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2013.

²⁹ Dans certains cas cependant, ce sont les populations africaines qui ont conduit le colon à retracer les territoires. Il en est ainsi des peuples voltaïques qui ont réclamé la reconstitution de leur territoire (actuel Burkina Faso), supprimé en 1932 et fondu au sein d'autres colonies.

Sur cette question, voir R. B. Kaboré, *Histoire politique du Burkina Faso, 1919-2002*, L'Harmattan, Paris, 2002 ; G. Massa et Y.G. Madiéga, *La Haute-Volta coloniale, Témoignages, recherches, regards*, Karthala, Paris, 2000 ;

J. Abo Kobi, « L'éclatement de la Haute-Volta et de la Côte d'Ivoire de 1932 à 1947 », *Afrika Zamani*, 2019, n° 27, pp. 45-59.

Les crises auxquelles font face de nombreux pays d'Afrique en proie au terrorisme³⁰ et à d'autres types de violences³¹ révèlent en outre toute l'actualité de la thématique relative à l'intégrité territoriale, dans la mesure où les groupes armés règnent sur certaines portions de leur territoire échappant de ce fait au contrôle de l'administration étatique.

La conceptualisation du principe de l'intégrité territoriale dans le constitutionnalisme africain mérite alors une réflexion approfondie. Elle est justifiée en effet par un intérêt théorique et pratique, qui se rapporte à la diversité et l'importance des dispositions constitutionnelles qui consacrent ledit principe³², toutefois sans grande précision sur son contenu et sans développement majeur quant à ses implications³³. Par conséquent, la présente contribution portera sur le contenu normatif du principe de l'intégrité territoriale et l'usage qui en est fait, ainsi que les obligations concrètes qu'il engendre. La protection de l'intégrité territoriale d'un État constitue une préoccupation de premier ordre. Aussi, convient-il d'analyser les dispositions qui visent à garantir son effectivité de même que les facteurs qui la compromettent. Il s'agira en somme de se pencher sur les enjeux institutionnels et juridiques que présente l'intégrité territoriale sous le prisme du droit constitutionnel.

Dans le cadre de cette analyse, l'on se penchera essentiellement sur les textes et pratiques constitutionnels contemporains des États d'Afrique noire francophone. Il sera aussi fait référence à d'autres sources constitutionnelles nationales notamment françaises, afin de mieux établir la spécificité de l'encadrement juridique de l'intégrité territoriale par les pays d'Afrique noire francophone.

³⁰ Le Burkina Faso, le Mali, le Niger, la Côte d'Ivoire, le Tchad, le Cameroun, le Nigéria constituent des exemples de pays africains qui ont été victimes d'attaques terroristes et qui continuent d'en être sous la menace.

³¹ Voir G. Aïvo, « L'impact des conflits armés et du terrorisme sur le développement socio-économique de l'Afrique », *Annuaire africain de droit international Online*, 2016, vol. 21, n° 1, pp. 271-291.

³² Les constitutions qui relèvent du champ de cette analyse évoquent toutes le principe de l'intégrité territoriale.

A titre d'exemple, l'on peut citer les articles 5 ; 32 ; 41 ; 53 ; 63 ; 68 ; 156 de la constitution du Bénin de 1990 ainsi que son Préambule ; les articles 61 ; 64 ; 77 ; 93 ; 240 de la constitution du Congo de 2015 ; les articles 26 et 116 de la constitution du Gabon de 1991 ; les articles 28 ; 37 ; 50 et 118 de la constitution du Mali ; les articles 38 ; 46 ; 50 ; 66 ; 175 de la constitution du Niger ; les articles 27 ; 33 ; 38 ; 43 ; 152, al. 2 de la constitution de la République centrafricaine de 2016 ; les articles 4 ; 56 ; 65, al. 2 ; 75, al. 4 ; 94 ; 157, al. 6 ; 189 ; 221 ; 227, al. 2 de la constitution tchadienne de 2018 ; les articles 43 ; 58 ; 64 ; 144, al. 5, 149, al. 2 de la constitution du Togo de 1992, les articles 10 ; 36 ; 59 ; 165 de la constitution du Burkina Faso de 1991 ; les articles 39 ; 54 ; 73 ; 178 de la constitution de Côte d'Ivoire de 2016.

³³ Le pouvoir constituant s'est dans certains cas contenté de dispositions vagues en rapport avec le principe de l'intégrité territoriale notamment en ce qui concerne les obligations qu'elles impliquent pour les acteurs en charge de garantir son effectivité.

Voir le point I, A, de cette analyse.

La thématique portant sur l'intégrité territoriale est cependant plus large, dans la mesure où elle peut intéresser également le droit international³⁴. En effet, le principe de l'intégrité territoriale en constitue un principe cardinal, proclamé notamment par la Charte des Nations unies³⁵, et affirmé en outre par l'Acte constitutif de l'Union africaine³⁶ et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples³⁷. En droit interne également, le sujet de l'intégrité territoriale peut se rapporter tant au droit pénal³⁸ qu'au droit constitutionnel³⁹. Dans ce domaine-ci, elle peut être développée en divers axes. L'on pourrait l'évoquer sous l'angle de la responsabilité qu'elle impose aux divers acteurs de la vie politique nationale quant à sa protection. Il est également possible de l'examiner par rapport à son impact sur les modifications du texte constitutionnel. La qualification que donne le juge constitutionnel du principe peut

³⁴ Voir par exemple S. Akweenda, « Territorial integrity : A Brief Analysis of a Complex Concept », *African Journal of International and Comparative Law*, 1989, pp. 500-506 ; Ph. Chresria, *Le principe d'intégrité territoriale : d'un pouvoir discrétionnaire à une compétence liée*, L'Harmattan, Paris, 2002 ; C. Marxsen, « Territorial Integrity in International Law – Its Concept and Implications for Crimea », *Heidelberg Journal of International Law*, 2015, vol. 75, pp. 7-26 ; A.A.H. Struycken, « La Société des nations et l'intégrité territoriale », *Biblioteca Visseriana dissertationum ius internationale illustrantium*, 1923, t. 1, pp. 91-157.

³⁵ La principale disposition qui consacre le principe de l'intégrité territoriale en droit international est considérée comme la pierre angulaire de la Charte des Nations Unies parce que prévoyant dans le même temps l'interdiction de la menace ou de l'emploi de l'usage de la force dans les relations internationales.

« Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies » : Article 2, al. 4 de la Charte des Nations Unies.

³⁶ Article 3, let. b de l'Acte constitutif de l'Union africaine.

³⁷ Article 29, al. 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

F. Ougergouz, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, Graduate Institute Publications, Genève, 1993 ; M. Kamto (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2011.

³⁸ Certains codes pénaux d'Afrique noire francophone incriminent l'atteinte à l'intégrité territoriale.

Le code pénal burkinabè qualifie par exemple de complot contre la sûreté de l'État, « la résolution concertée et arrêtée entre deux ou plusieurs personnes en vue de porter atteinte à l'intégrité du territoire national » (article 313-1 du code pénal burkinabè de 2018).

Les articles 47 et ss du code pénal malien de 2001 sont relatifs aux « crimes portant atteinte à la sécurité intérieure de l'État ou à l'intégrité du territoire par la guerre civile, l'emploi illégal de la force armée, la dévastation et le pillage public ».

Selon l'article 162, al. 3 du code pénal ivoirien de 2019, « Constitue un attentat le fait de commettre un ou plusieurs actes de violence de nature à mettre en péril les institutions de la République, notamment le fait :

De porter atteinte à l'intégrité du territoire national ».

³⁹ Il convient de noter qu'il existe certaines interactions entre les aspects constitutionnels et pénaux de l'encadrement juridique de l'intégrité territoriale qui seront révélées dans le contenu de cette analyse. En effet les violations des règles constitutionnelles consacrant le principe de l'intégrité territoriale peuvent entraîner l'engagement de la responsabilité pénale de leurs auteurs.

aussi constituer un axe de réflexion. Une autre piste d'analyse pourrait se rapporter à l'effectivité du principe. L'on se limitera dans le cadre de ce travail à ces orientations, en ce qu'elles mettent en exergue les questions constitutionnelles suscitées par le principe de l'intégrité territoriale. Ce principe présente en effet un contenu et des implications spécifiques au droit constitutionnel, qui le distingue de la manière dont il est appréhendé en droit international⁴⁰.

Il s'agira en définitive de tenter d'apporter des réponses à la problématique suivante : comment le principe de l'intégrité du territoire est-il saisi par les constitutions et mis en œuvre par les acteurs institutionnels en Afrique noire francophone ? Une telle question renferme deux aspects : d'abord quelle est la portée du principe de l'intégrité territoriale tel que consacré par les constitutions ? Ensuite, comment est-il appréhendé concrètement par les pouvoirs publics constitutionnels ?

Cette réflexion essaiera de mettre en lumière par une méthode systémique les dispositions constitutionnelles d'Afrique noire francophone relatives au principe de l'intégrité territoriale et leur mise en œuvre. L'approche positiviste sera donc privilégiée, à l'appui de laquelle les sources doctrinales seront utilisées. Au regard de l'ensemble de ces considérations, l'analyse sera construite autour de la démonstration que l'intégrité territoriale est un principe constitutionnellement protégé (I) mais concrètement fragilisé (II).

I- UN PRINCIPE CONSTITUTIONNELLEMENT PROTÉGÉ

En ayant pour objectif fondamental de préserver l'intégrité territoriale de l'État dont elles régissent le fonctionnement, les constitutions engagent de nombreuses catégories de personnes à défendre le territoire. L'on constate donc à ce propos une obligation de défense consacrée (A). Dans le même but de protéger l'intégrité du territoire, les constitutions limitent les possibilités de réviser leurs dispositions. Eu égard au principe de l'intégrité territoriale, l'on peut donc également relever un pouvoir constituant limité (B).

A- Une obligation de défense consacrée

La défense de l'intégrité territoriale s'impose à différents acteurs qu'il s'agisse d'identifier. Une telle responsabilité qui ne fait pas l'objet de développements conséquents dans le texte constitutionnel, implique des comportements à adopter qu'il convient également de déterminer. La nature des obligations relatives à la protection ou à la défense de l'intégrité territoriale dépend des acteurs concernés. L'on distinguera ainsi entre les acteurs principaux (1) et les acteurs secondaires (2).

⁴⁰ L'on tentera dans la seconde partie essentiellement du développement d'indiquer les éléments qui caractérisent le contenu du principe de l'intégrité territoriale en droit constitutionnel.

1- Les acteurs principaux

Les acteurs principaux sont ceux dont l'une des fonctions fondamentales est de protéger l'intégrité du territoire de l'État. Ils ont dans le cadre de cette mission une responsabilité de veille constante. Ils sont en première ligne lorsque le territoire est notamment menacé afin de défendre ou restaurer son intégrité. Ces acteurs principaux sont constitués des forces armées et du Chef de l'État.

A propos de l'armée⁴¹, le *Vocabulaire juridique*⁴² la définit comme un « service public ayant pour fonction d'assurer, au besoin par la force, à l'extérieur la sécurité et l'intégrité de l'État, à l'intérieur en cas de nécessité le respect de la loi et de l'ordre public »⁴³. La défense de l'intégrité du territoire constitue donc l'une des missions essentielles des forces militaires⁴⁴, même lorsque ce rôle ne lui est pas assigné de façon explicite par le constituant comme c'est le cas au Burkina Faso⁴⁵. La constitution du Niger de 2011 en son article 66 affirme cependant que « les Forces armées nigériennes (FAN) assurent la défense de l'intégrité du territoire national ... ». Les constitutions togolaise, ivoirienne et tchadienne consacrent également l'obligation de l'armée de protéger l'intégrité du territoire⁴⁶. Le premier comportement qui découle de cette obligation pour les soldats est de ne pas retourner leurs armes contre leur État. Le second est en droite ligne avec l'exercice de leur profession : défendre, notamment par les armes, le territoire contre les attaques extérieures comme intérieures⁴⁷.

Si sur le terrain des opérations, ce sont les forces armées qui sont au front, la protection de l'intégrité du territoire relève également de la responsabilité principale du président de la république⁴⁸. Le devoir du Chef de l'État de préserver l'intégrité territoriale de la patrie se manifeste déjà dès sa prise de fonction, dans les termes de la déclaration de serment⁴⁹ de nombreux pays d'Afrique noire francophone⁵⁰. La plupart

⁴¹ N. Courtin, p. Hugon, S. Le Gouriellec, « Contours, entours et détours des armées en Afrique. Introduction thématique », *Afrique contemporaine*, 2016, vol. 260, n° 4, pp. 15-25.

⁴² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2018.

⁴³ *Ibid.*, p. 81.

⁴⁴ A. Kpodar, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », *Afrilex*, 2013, p. 31.

⁴⁵ L'article 3 de la loi n° 038-2016/AN portant statut général des personnels des forces armées nationales du Burkina Faso dispose que la mission de l'armée est « de préparer et d'assurer, au besoin par la force des armes, la défense de la patrie ».

⁴⁶ Voir l'article 149 de la constitution togolaise, l'article 39 de la constitution ivoirienne de 2016 et l'article 94 de la constitution tchadienne.

⁴⁷ Voir par exemple l'article 3 de la loi n° 038-2016/AN portant statut général des personnels des forces armées nationales du Burkina Faso cité ci-dessus.

L'on note que la constitution maltaise admet la possibilité de recourir à des forces étrangères en cas de menace à l'intégrité du territoire (Chapitre I, 1.3.b.ii).

⁴⁸ Voir F. J. Aïvo, *Le Président de la République en Afrique noire francophone*, L'Harmattan, Paris, 2007.

⁴⁹ A titre de droit comparé, l'on peut mentionner l'exemple de la constitution chypriote qui impose en outre aux élus de la Chambre des représentants ainsi qu'aux ministres une prestation de serment avant la prise de possession de leur charge. Les termes du serment les

des constitutions en outre font du président de la République⁵¹ le garant de l'intégrité territoriale. Selon l'article 64 de la constitution du Congo par exemple : « Le président de la République est le Chef de l'État. Il est garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et de l'unité nationale... »⁵². A propos de cette responsabilité, Gérard Conac note que « l'indépendance nationale et l'intégrité du territoire sont des notions qui laissent au président, sous le contrôle de l'opinion publique, une assez grande marge d'appréciation pour déterminer, dans le concret, les exigences qu'elles impliquent »⁵³. Cette marge a une certaine étendue parce que les constitutions ne spécifient pas les mesures que peut ou doit prendre le Chef de l'État dans le but de protéger le territoire notamment. En tant que chef suprême des armées⁵⁴, il lui revient de diriger les opérations visant à protéger, défendre ou rétablir l'intégrité territoriale de l'État. Il pourrait dans ce cadre mettre en œuvre la disposition constitutionnelle portant sur les mesures exceptionnelles⁵⁵. Les constitutions d'Afrique noire francophone à l'exception notable de celles du Togo et de la Guinée contiennent en effet une disposition dite de crise qui accorde au Chef de l'État des pouvoirs exceptionnels⁵⁶ lorsque notamment l'intégrité du territoire est menacée⁵⁷. En tant que

engagent notamment à préserver l'intégrité territoriale de la République de Chypre (voir articles 59, al. 4 et 69 de la constitution de Chypre de 1960).

⁵⁰ Voir l'article 53 de la constitution du Bénin, l'article 77 de la constitution du Congo, l'article 37 de la constitution malienne, l'article 50 de la constitution du Niger, l'article 64 de la constitution togolaise, l'article 75 de la constitution tchadienne, l'article 35 de la constitution guinéenne, l'article 37 de la constitution du Sénégal et l'article 58 de la constitution ivoirienne.

La déclaration de serment des présidents gabonais et burkinabè ne comporte pas la mention relative à l'obligation de préservation de l'intégrité territoriale (article 12 de la constitution du Gabon et article 44 de la constitution du Burkina Faso).

⁵¹ A l'exception majeure de la constitution gabonaise.

⁵² Voir aussi l'article 47, al. 1 de la constitution guinéenne, l'article 42, al. 3 de la constitution sénégalaise, l'article 41, al. 2 de la constitution du Bénin, l'article 29 de la constitution malienne, l'article 46, al. 4 de la constitution du Niger, l'article 33, al. 4 de la constitution centrafricaine, l'article 65, al. 2 de la constitution du Tchad, l'article 58 de la constitution du Togo.

⁵³ G. Conac in F. Luchaire, G. Conac, X. Prétot (dir.), *La constitution de la république française, Analyses et commentaires*, 3^e éd., Economica, Paris, 2008., pp. 229- 296, p. 242.

⁵⁴ Voir J. Massot, *Le chef de l'État, chef des armées*, LGDJ, Paris, 2011 ; B. Chantebout, « Le président de la République, chef des armées », in *Mélanges en l'honneur de P. Pactet. L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 569-577 ; H. B. Heyeghe, « Le chef de l'État, chef des armées » in *Civitas Europa*, 2017/2, n° 39, pp. 129-159.

⁵⁵ Simon-Louis Formery note d'ailleurs à ce propos et en référence à la constitution française, que « ... la garantie de l'intégrité du territoire (dont l'inspiration se trouve sans aucun doute dans le souvenir de 1940) justifie ... la règle d'exception de l'article 16 » : S-L. Formery, *La Constitution commentée, Article par article*, Hachette, Paris, 1994, pp. 17-18.

⁵⁶ Voir par exemple l'article 50 de la constitution malienne, l'article 52 de la constitution sénégalaise, l'article 26 de la constitution gabonaise, l'article 73 de la constitution ivoirienne, l'article 67 de la constitution nigérienne, l'article 96 de la constitution tchadienne, l'article 43 de la constitution centrafricaine, l'article 59 de la constitution burkinabè.

Pour des développements plus approfondis sur la disposition relative aux circonstances exceptionnelles, voir S. Karagiannis, « L'article 16 des autres. Pénétration d'une originalité française dans certaines Constitutions étrangères », *RDP*, 2016, n° 3, pp. 957-990.

garant de l'intégrité territoriale également, le Chef de l'État ne pourrait céder ou aliéner une partie du territoire de manière irrégulière⁵⁸. Le cas échéant, il encourt le risque de voir sa responsabilité personnelle engagée pour haute trahison⁵⁹. C'est ce que prévoient de façon expresse par exemple les constitutions béninoise⁶⁰, nigérienne⁶¹ ou tchadienne⁶².

Au soutien des acteurs principaux, il est possible de faire appel à d'autres acteurs dits secondaires afin qu'ils apportent leur concours à la protection de l'intégrité territoriale.

2- Les acteurs secondaires

Les acteurs secondaires sont ceux qui n'ont pas pour mission essentielle d'œuvrer de façon permanente ou professionnelle à la protection de l'intégrité du territoire. Ils peuvent cependant être sollicités dans ce cadre à titre subsidiaire. Il s'agit des citoyens et des partis politiques que les constitutions d'Afrique noire francophone désignent également comme responsables de la défense de l'intégrité territoriale.

En ce qui concerne les citoyens d'abord, l'on peut relever l'article 10, al. 1 de la constitution du Burkina Faso de 1991 qui énonce que « tout citoyen Burkinabè a le devoir de concourir à la défense et au maintien de l'intégrité territoriale »⁶³. D'autres constitutions sacralisent⁶⁴ ce devoir des citoyens de défendre l'intégrité du territoire. C'est le cas de l'article 32, al. 1 de la constitution du Bénin de 1990 : « La défense de la Nation et de l'intégrité du territoire de la République est un devoir sacré pour tout

⁵⁷ Laurent Gbagbo avait notamment usé de la disposition sur les pouvoirs exceptionnels (article 48 de la Constitution de 2000) afin de faciliter le dénouement de la crise ivoirienne. Il convient de noter que l'objectif principal de l'usage de cette disposition n'était pas de reconquérir les territoires contrôlés par les Forces nouvelles.

Voir le point II, A ci-dessous.

Voir aussi A. Aka-Lamarche, « De l'exercice des pouvoirs exceptionnels dans la gestion de la crise ivoirienne », *Afrilex*, 2012.

⁵⁸ G. Conac, *op. cit.*, p. 241.

⁵⁹ Relativement à l'engagement de la responsabilité des tenants du pouvoir en Afrique, voir F. J. Aïvo, « La responsabilité pénale des gouvernants dans les régimes politiques africains d'influence française », *Afrilex*, 2010 ; O.-G. Ouro-Bodi, « La responsabilité des titulaires du pouvoir politique dans les pays d'Afrique noire francophone », *Afrilex*, 2015.

⁶⁰ Article 74 de la constitution du Bénin.

⁶¹ Article 142, al. 2 de la constitution du Niger.

⁶² Article 157, al. 6 de la constitution du Tchad.

⁶³ Voir dans le même sens l'article 56 de la constitution tchadienne de 2018, l'article 39 de la constitution ivoirienne de 2016.

Dans une portée similaire, l'article 25, al. 3 de la constitution sénégalaise de 2001 dispose que « tout citoyen a le devoir de défendre la patrie contre toute agression ... » ; l'article 29, al. 2 de la constitution guinéenne de 2020 affirme que « chaque citoyen a le devoir sacré de défendre la patrie ».

⁶⁴ L'ajout du qualificatif « sacré » contribue à élever tout au moins moralement le niveau des obligations qu'implique la défense de l'intégrité du territoire par les citoyens.

Voir C. Louis, *L'intérêt de la métaphore du sacré en droit constitutionnel*, thèse de doctorat en droit, Université de Montpellier, 2005.

citoyen béninois »⁶⁵. L'on peut constater qu'une telle obligation ne s'adresse qu'aux nationaux des États⁶⁶. Constitutionnellement donc, les étrangers ne sont pas obligés de participer à l'effort de protection de l'intégrité du territoire sur lequel ils résident. Ils peuvent cependant tomber sous le coup des dispositions pénales⁶⁷ s'ils mènent des actions portant atteinte à l'intégrité du territoire sur lequel ils habitent. Au sujet des citoyens, l'obligation de défense de l'intégrité territoriale de leur patrie implique essentiellement qu'ils ne prennent pas les armes contre elle, par la création ou la participation à un mouvement de rébellion contre l'autorité centrale. En revanche, ils doivent être prêts à défendre militairement le territoire, notamment en cas d'agression, par le biais d'une « levée en masse »⁶⁸ par exemple. C'est dans cette perspective que certains États ont institué le service militaire à destination des citoyens⁶⁹. Dans la même veine, les autorités burkinabè dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, ont adopté une loi portant statut des volontaires de la patrie, afin d'impliquer directement les populations dans la défense de l'intégrité du territoire, au besoin par les armes⁷⁰. Les citoyens peuvent aussi défendre l'intégrité territoriale de leur patrie de façon pacifique. L'on pourrait à ce titre faire référence à la Marche verte⁷¹, au cours de laquelle environ 350.000 civils marocains entourés néanmoins de quelques 20 000 soldats ont pénétré dans le Sahara occidental⁷². Les nationaux pourraient aussi participer à la défense de l'intégrité de leur territoire en fournissant des

⁶⁵ Dans les mêmes termes quasiment, l'article 38 de la constitution du Niger affirme que « La défense de la Nation et de l'intégrité du territoire de la République est un devoir sacré pour tout citoyen nigérien ».

Voir aussi dans la même veine l'article 43 de la constitution togolaise de 1992.

⁶⁶ Le *Vocabulaire juridique* définit le citoyen comme un « national ou ressortissant d'un État » : G. Cornu, *op. cit.*, p. 176.

⁶⁷ Voir par exemple l'article 313-1 du code pénal burkinabè de 2018, les articles 47 et ss du code pénal malien de 2001, l'article 162, al. 3 du code pénal ivoirien de 2019 cités ci-dessus.

⁶⁸ CH.-L. Chassin, *L'armée et la révolution : la paix et la guerre : L'enrôlement volontaire. La levée en masse. La conscription*, Armand le Chevalier, Paris, 1867. A. Forrest, « L'armée de l'an II : la levée en masse et la création d'un mythe républicain », *Annales historiques de la Révolution française*, janvier-mars 2004, n° 335, pp. 111-130.

⁶⁹ Article 32, al.2 de la constitution béninoise.

Voir sur la question du service militaire, M. Vaisse (dir.), *Aux armes citoyens ! Conscription et armée de métier des Grecs à nos jours*, Armand Colin, Paris, 1998 ; T. Hippler, « Service militaire et intégration nationale pendant la révolution française », *Annales historiques de la Révolution française*, juillet-septembre 2002, n° 329, pp. 1-16.

⁷⁰ Loi n° 002-2020/AN du 21 janvier 2020 portant institution de volontaires pour la défense de la patrie.

⁷¹ Pour des développements sur ce sujet, voir notamment, R. Marguerite, « La Marche Verte : un nationalisme royal aux couleurs de l'Islam », *Le Mouvement Social*, 2003/1, n° 202, pp. 133-151.

⁷² La souveraineté du territoire sahraoui demeure cependant l'objet de controverses. Sur le sujet, voir par exemple, A. Berramdane, *Le Sahara Occidental enjeu maghrébin*, Karthala, Paris, 1992; O. Vergnion, « La question du Sahara occidental, autodétermination et enjeux référendaires », *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1989, tome XXVIII, pp. 385-418.

renseignements aux autorités compétentes à propos d'actions belligérantes dirigées contre leur pays⁷³.

En ce qui concerne les formations politiques ensuite⁷⁴, les constitutions leur imposent généralement de défendre le « principe de l'intégrité territoriale » et non de « défendre l'intégrité du territoire ». L'article 61 de la constitution du Congo de 2015 dispose ainsi que « les partis politiques doivent, pour être reconnus, se conformer aux principes⁷⁵ suivants : ... la défense de l'intégrité du territoire et de la souveraineté nationale »⁷⁶. Ce qui signifie qu'il ne leur est pas spécifiquement exigé de se mettre en ordre de bataille pour défendre militairement la patrie. Le respect du principe de l'intégrité territoriale signifie pour les partis politiques qu'ils ne doivent pas être créés et fonctionner notamment sur des bases régionalistes ou tribalistes⁷⁷ et répandre des idées sécessionnistes. Lorsque l'intégrité du territoire est menacée ou atteinte, ils doivent également faciliter la prise de mesures (législatives par exemple) pour la restaurer ou la maintenir. En outre, ils ne devraient pas être les bras politiques de rébellions ou soutenir d'une façon ou d'une autre des mouvements de déstabilisation de leur pays par des puissances extérieures ou des forces locales. Ils encourent la dissolution dans le cas où leurs actions contribuent à porter atteinte à l'intégrité du territoire⁷⁸.

Outre d'instituer constitutionnellement des obligations à une diversité d'acteurs pour la défense de l'intégrité du territoire, les constitutions des États d'Afrique noire

⁷³ A propos de place des citoyens dans la défense de l'intégrité territoriale et à titre de droit comparé, l'on peut relever le cas de la constitution géorgienne qui soumet l'exercice de la liberté d'opinion et d'information à des restrictions visant à garantir l'intégrité territoriale (article 24 de la Constitution de Géorgie de 1995).

⁷⁴ Une formation ou parti politique peut être défini comme un « groupement de personnes ayant les mêmes opinions politiques et s'organisant pour en poursuivre l'application par une action commune en vue de la conquête du pouvoir et dans l'exercice de celui-ci » : G. Cornu, *op. cit.*, p. 741.

⁷⁵ Nous soulignons.

⁷⁶ Voir également l'article 4 de la constitution du Tchad, l'article 28 de la constitution malienne de 1992, l'article 5 de la constitution béninoise.

⁷⁷ Voir notamment l'article 13 *in fine* de la constitution burkinabè, l'article 9, al. 3 de la constitution nigérienne, l'article 7, al. 2 de la constitution du Togo, l'article 25, al. 3 de la constitution ivoirienne, l'article 1^{er}, point 13 *in fine* de la constitution gabonaise.

⁷⁸ Voir par exemple au Burkina Faso, l'article 28 de la loi n° 032-2001/AN du 29 novembre 2001.

La constitution tchadienne en son article 31 prévoit la dissolution des associations, partis politiques et syndicats « en cas de mise en danger de l'unité nationale », ce qui dans une telle hypothèse pourrait embrasser les situations de menace à l'intégrité du territoire.

En Turquie, la cour constitutionnelle a déjà procédé à la dissolution de certains partis politiques (Parti démocrate populaire (HADEP), Parti communiste unifié de Turquie (TBKP)), considérés proches des idées séparatistes kurdes, parce que leurs activités ont été jugées comme portant atteinte à l'intégrité de l'État. Voir J. T. Tejada, « La doctrine de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction des partis politiques », in *Revue française de droit constitutionnel*, 2012/2, n° 90, pp. 339-371.

francophone protègent le principe de l'intégrité territoriale en limitant les prérogatives du pouvoir constituant dérivé.

B- Un pouvoir constituant limité

La plupart des lois fondamentales des États d'Afrique noire francophone proscrivent leur révision lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. Il s'agit de permettre le rétablissement de l'intégrité du territoire par une limitation circonstancielle classique au pouvoir de révision de la constitution (1). Par ailleurs, le territoire d'un État constitue un élément de prestige et de souveraineté si important que la préservation de son intégrité ne saurait être remise en cause par le pouvoir constituant dérivé, selon quelques rares constitutions. Il s'agit d'éviter l'atteinte à l'intégrité du territoire par une limitation substantielle exceptionnelle au pouvoir de modification de la loi fondamentale (2).

1- Une limitation circonstancielle classique

La limitation circonstancielle renvoie à l'idée qu'il ne puisse être procédé à la révision des dispositions de la constitution⁷⁹ dans certaines circonstances. Les constitutions d'Afrique noire francophone, à l'exception notable de celles tchadienne et sénégalaise, ont inclus au sein de la partie portant sur la révision, une clause excluant toute modification sur l'une quelconque de leurs dispositions, dès lors qu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. Ainsi, la violation du principe de l'intégrité territoriale rend l'ensemble du texte constitutionnel intangible. Les fondements d'une telle clause se trouvent dans l'histoire politique française et ont une signification sur lesquels il convient de s'appesantir successivement.

Relativement à ses fondements d'abord, l'on peut partir de l'exemple de l'article 118 de la constitution malienne qui dispose qu' « aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire »⁸⁰. Ce sont dans les mêmes termes que l'article 89, al. 4 de la constitution française est rédigé. Certaines constitutions ajoutent d'autres événements à titre alternatif. C'est le cas de la constitution togolaise dont l'article 144, al. 5 énonce qu' « aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie en période d'interim ou de vacance ou lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire »⁸¹. De telles dispositions⁸²

⁷⁹ A. D. Ntolo Nzeko, « Le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé dans les États d'Afrique noire francophone », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2019, vol. 96, n° 2, pp. 293-327.

⁸⁰ Voir aussi l'article 175, al. 1 de la constitution nigérienne, l'article 178, al. 1 de la constitution ivoirienne, l'article 165 *in fine* de la constitution burkinabè, l'article 144, al. 5 de la constitution togolaise, l'article 240, al. 2 de la constitution congolaise, l'article 116 *in fine* de la constitution gabonaise.

⁸¹ Voir aussi l'article 165 *in fine* de la constitution burkinabè, l'article 240, al. 2 de la constitution congolaise, l'article 116 *in fine* de la constitution gabonaise.

⁸² En ce qu'elles interdisent la révision de la constitution lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire.

trouvent leur origine dans l'occupation allemande de la France. Alors qu'elle était sous domination nazie, l'Assemblée française adopta en 1940 une loi constitutionnelle autorisant le maréchal Pétain à modifier la constitution de 1958 et à s'octroyer les pleins pouvoirs, ce sous la pression de la puissance occupante⁸³. L'inclusion de l'article 89, al. 4 dans la constitution française « est (donc) justifiée par le fait que, si l'intégrité du territoire n'est pas respectée au moment où la proposition de révision de la Constitution est faite, on peut craindre qu'il y ait des pressions exercées sur les assemblées parlementaires, ou sur le peuple, qui les empêchent d'exprimer librement leur volonté »⁸⁴. Cette explication portant sur la préservation de la souveraineté de la représentation nationale ou du peuple dans les cas de consultation pour la révision de la constitution pourrait également être avancée s'agissant des États d'Afrique noire francophone. Dans l'hypothèse où il est porté atteinte à l'intégrité du territoire, l'assujettissement de la population et du territoire à des forces centrifuges pourrait être « légitimé » par la modification de Loi fondamentale et de ce fait entériné par le peuple ou les parlementaires. Rendre la constitution intangible dans de telles circonstances vise donc en fin de compte à faciliter ou à ne pas compromettre le rétablissement de l'intégrité du territoire.

Ensuite, en ce qui concerne le contenu de la disposition interdisant toute révision de la constitution lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire, il convient d'en préciser les différentes implications. Lorsque le processus de modification constitutionnelle n'a pas encore été engagé, une atteinte à l'intégrité du territoire qui surviendrait empêche de commencer à mettre tout projet de révision en œuvre. Dans le cas où celui-ci serait déjà en cours d'examen par le parlement ou de soumission au peuple par référendum, le processus doit être interrompu si le territoire est par la suite violé dans son intégrité. Les débats concernant la modification de la constitution doivent être suspendus au parlement s'ils sont à l'étape de la discussion. Le peuple ne pourrait plus être consulté si cela était prévu postérieurement à ces débats, dans l'attente de la restauration de l'intégrité du territoire. L'analyse des constitutions d'Afrique noire francophone révèle que pour la quasi-totalité d'entre elles, l'atteinte à l'intégrité territoriale suffit à elle seule à empêcher d'initier ou de poursuivre tout projet de révision constitutionnelle. La constitution centrafricaine en son article 152, al. 2 pourrait cependant être interprétée comme jumelant l'atteinte à l'intégrité et à l'unité du territoire en tant que limites circonstanciées à la modification de la constitution : « Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie ... lorsqu'il est porté atteinte à l'unité et à l'intégrité du territoire ». L'atteinte à l'intégrité du territoire de la République centrafricaine pourrait par conséquent ne pas suffire à empêcher la révision de sa constitution. Il faudrait dans ce cas en outre et simultanément que l'unité du territoire soit affectée. L'on pourrait également avoir la lecture selon laquelle les deux conditions sont alternatives⁸⁵. De telles lectures ne sont que théoriques cependant, l'unité et l'intégrité du territoire pouvant être considérées

⁸³ S-L. Formery, *op. cit.*, p. 151.

⁸⁴ D. G. Lavroff, *Le droit constitutionnel de la Ve République*, Dalloz, Paris, 1997, pp. 111/112

⁸⁵ Ainsi la révision de la Constitution centrafricaine serait impossible lorsque l'intégrité du territoire est violée, ou lorsque son unité est affectée.

comme renvoyant à la même idée de la protection du territoire de l'État⁸⁶ contre « toute tentation séparatiste d'un groupe d'individus de sa société et ... toute visée expansionniste des autres États »⁸⁷. En clair, chacun de ces deux principes participe à la protection de l'autre⁸⁸.

En définitive, la volonté de restaurer l'intégrité du territoire peut rendre l'ensemble du texte constitutionnel intangible. Dans la situation analysée ci-après, la protection de l'intégrité territoriale est plutôt assurée par son insertion au sein des dispositions intangibles de la constitution. Il est question d'une limitation substantielle.

2- Une limitation substantielle exceptionnelle

Les constitutions contiennent pour la plupart des matières qui sont insusceptibles de révision. Elles sont dites supraconstitutionnelles⁸⁹, super-constitutionnelles⁹⁰, à constitutionnalité renforcée⁹¹ ou intangibles⁹². A l'instar de la constitution française de 1958⁹³, les constitutions des États d'Afrique noire francophone imposent le caractère non révisable de la forme républicaine de l'État⁹⁴. Elles consacrent en outre

⁸⁶ « La protection de l'unité et de l'intégrité du territoire et les limites posées aux cessions, échanges et adjonctions de territoires témoignent du lien entre le territoire et la notion d'État, principale collectivité territorialisée » : Y. Ouédraogo, « Pouvoir d'imposition et territoire dans les États de l'UEMOA », *Afrilex*, 2018, p. 6.

⁸⁷ J. F. Wandji K, *op. cit.*, p. 53.

⁸⁸ « Unité, indivisibilité et intégrité du territoire ont ... ceci en commun qu'elles sont incompatibles avec l'idée d'occupation, de sécession ou d'annexion et peuvent de ce fait être considérées comme des notions voisines » : *Ibid.*, pp. 58-59.

⁸⁹ T. Ondo, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Afrique noire francophone », *Revue de droit international et de droit comparé*, n° 1, 2009, pp. 104-138, notamment pp. 132 et ss ; I. Diallo, « Pour un examen minutieux de la question des révisions de la Constitution dans les États africains francophones », *Afrilex*, 2015, p. 33 ; P. Ardant et B. Mathieu, *op. cit.* p. 91.

La notion de supraconstitutionnalité qui peut cependant aussi renvoyer à des normes ayant une valeur juridique supérieure à la constitution demeure controversée dans la doctrine (voir L. Favoreu, « Débat : Souveraineté et supraconstitutionnalité », in *Pouvoirs*, 1993, n° 67, pp. 71-77 ; G. Vedel, « Débat : Souveraineté et supraconstitutionnalité », in *Pouvoirs*, 1993, n° 67, pp. 79-97 ; S. Arne, « Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? », *RDP*, 1993, n° 2, pp. 459-512).

⁹⁰ I. M. Fall, « La révision de la Constitution au Sénégal », *Afrilex*, 2014, p. 43.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² M. M. Aidara, « Le juge constitutionnel africain et le contrôle des lois portant révision de la Constitution : contribution à un débat », *Afrilex*, 2011, p. 22.

⁹³ « La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision » : article 89, al. 5 de la constitution française.

⁹⁴ Voir l'article 153, al 2 de la constitution guinéenne, l'article 156 de la constitution béninoise, l'article 240 de la constitution du Congo, l'article 144, al. 6 de la constitution du Togo, l'article 153, al.1 de la constitution centrafricaine, l'article 178, al. 2 de la constitution ivoirienne, l'article 118 de la constitution malienne.

l'intangibilité de matières comme le multipartisme⁹⁵, la laïcité⁹⁶ ou la limitation du nombre de mandats présidentiels⁹⁷. De façon spécifique, les constitutions tchadienne et burkinabè interdisent en sus toute révision qui porterait atteinte à l'intégrité du territoire.

L'article 227 de la constitution tchadienne énonce qu'« aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'elle porte atteinte à l'intégrité du territoire... ». Selon l'article 165 de la constitution burkinabè également, « aucun projet ou proposition de révision de la constitution n'est recevable lorsqu'il remet en cause l'intégrité du territoire national ». Ces dispositions semblent s'opposer aux possibilités entrouvertes par les alinéas 1 et 3 de l'article 53 de la constitution française⁹⁸, qui elle paraît admettre une atteinte à l'intégrité du territoire français en autorisant les cessions, sécessions⁹⁹ ou échanges de territoire. En réalité cependant, cette disposition ne s'applique qu'aux territoires et aux départements d'outre-mer français¹⁰⁰.

S'agissant de l'article 165 de la constitution burkinabè au sein du dispositif constitutionnel du Burkina Faso, l'on pourrait se poser la question de savoir s'il ne s'oppose pas aux articles 146 et 147 portant sur l'Unité africaine. L'article 146 de la constitution burkinabè dispose en effet que « le Burkina Faso peut conclure avec tout État africain des accords d'association ou de communauté impliquant un abandon total ou partiel de souveraineté ». Et selon l'article 147, « les accords consacrant l'entrée du Burkina Faso dans une Confédération, une Fédération, ou une Union d'États africains sont soumis à l'approbation du Peuple par référendum ». L'article 146 de la constitution burkinabè en ce qu'il concerne l'idée d'abandon partiel de la souveraineté pourrait faire référence aux accords d'intégration communautaire tels que la

⁹⁵ Voir l'article 175, al. 2 de la constitution nigérienne, l'article 165, al. 3 de la constitution burkinabè, l'article 118, al. 4 de la constitution malienne, l'article 117 de la constitution gabonaise, l'article 153, al.2 de la constitution guinéenne.

⁹⁶ Voir l'article 156 de la constitution béninoise, l'article 240 de la constitution du Congo, l'article 144, al. 6 de la constitution du Togo, l'article 153, al.1 de la constitution centrafricaine, l'article 178, al. 2 de la constitution ivoirienne, l'article 154 de la constitution guinéenne.

⁹⁷ Voir l'article 153, al. 3 de la constitution centrafricaine, l'article 153 al. 2 de la constitution guinéenne, l'article 165 de la constitution burkinabè.

⁹⁸ « Les traités ... qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi.

Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées ».

⁹⁹ L'article 53 de la constitution française ne prévoit pas expressément les cas de sécession, mais selon le conseil constitutionnel français, l'on peut l'en y déduire : « Considérant que les dispositions de cet article doivent être interprétées comme étant applicables, non seulement dans l'hypothèse où la France céderait à un État étranger ou bien acquerrait de celui-ci un territoire, mais aussi dans l'hypothèse où un territoire cesserait d'appartenir à la République pour constituer un État indépendant ou y être rattaché » : Conseil constitutionnel français, 30 décembre 1975, n° 75-59 DC.

¹⁰⁰ F. Luchaire, G. Conac, X. Prétot (dir.), *op. cit.*, pp. 1314-1316.

Voir aussi Conseil constitutionnel français, 8 et 23 août 1985, n° 196 et 197 DC ; Conseil constitutionnel français, 2 juin 1987, n° 226 DC.

CEDEAO¹⁰¹. De même la confédération mentionnée dans la disposition suivante pourrait être considérée comme n'impliquant qu'un abandon partiel de souveraineté dans la mesure où chaque État membre demeure un État entier en conservant la plénitude de sa souveraineté externe¹⁰². En revanche l'institution d'une fédération par association elle impliquerait un abandon total de souveraineté, dans la mesure où chaque État fédéré ne deviendrait que le simple membre d'une plus grande entité qui, elle, disposerait de la souveraineté notamment au plan externe¹⁰³. Dans une telle situation, le territoire de chaque État fédéré devient en réalité celui de l'État fédéral qui y exerce avec l'État fédéré la souveraineté interne, et en son nom de façon exclusive la souveraineté dans les rapports internationaux. L'idée de souveraineté étant prégnante dans le concept d'intégrité territoriale, il apparaît que la fédération pourrait en constituer une atteinte. Cependant, les articles 146 et 147 de la constitution burkinabè¹⁰⁴ constituent une exception à l'article 165 portant sur l'intangibilité de l'intégrité territoriale.

L'on a pu développer dans cette partie, l'idée selon laquelle l'intégrité du territoire a une importance fondamentale pour les constituants d'Afrique noire francophone qui ont non seulement inscrit le principe dans diverses dispositions constitutionnelles, et qui en outre ont affecté à sa protection une pluralité d'acteurs et de mécanismes. Dans la pratique cependant, force est de noter que la portée du principe est sérieusement fragilisée.

II- UN PRINCIPE CONCRÈTEMENT FRAGILISÉ

Divers facteurs contribuent à fragiliser la protection constitutionnelle du principe de l'intégrité territoriale. Il s'agit notamment de son instrumentalisation normative (A) ainsi que des difficultés pratiques qu'éprouvent les États à garantir son effectivité (B).

A- Un principe normativement instrumentalisé

Le principe de l'intégrité territoriale revêt des enjeux multiples et considérables eu égard à l'importance juridique que lui accordent les textes fondamentaux des États d'Afrique noire francophone et à ses nombreuses implications pratiques. De ce fait, il fait l'objet d'instrumentalisation par les politiques (1). En de pareilles circonstances, il

¹⁰¹ Les organisations d'intégration en ce qu'elles engagent un transfert de certaines compétences des États membres vers la Communauté, impliquent qu'ils abandonnent une partie de leur souveraineté au profit de l'entité commune.

Voir S. N. Tall, *Droit des organisations internationales africaines. Théorie générale, droit communautaire comparé, droit de l'homme, paix et sécurité*, Paris, L'Harmattan, 2015.

¹⁰² A. Loada et L. M. Ibriga, *op. cit.*, p. 76 ; L. Favoreu et autres, *op. cit.*, p. 473.

¹⁰³ A. Loada et L. M. Ibriga, *op. cit.*, pp. 76 et ss.

¹⁰⁴ L'on peut en outre noter que ces dispositions ont une certaine importance pour le constituant burkinabè, car le préambule de la constitution proclame également : « Nous, Peuple souverain du Burkina Faso ; Recherchant l'intégration économique et politique avec les autres pays et peuples d'Afrique en vue de la construction d'une unité fédérative de l'Afrique ... »

appartient au juge constitutionnel d'assurer la protection qui lui est due. Mais celui-ci semble apporter sa caution au pouvoir en place (2).

1- L'instrumentalisation par les politiques

L'instrumentalisation du principe de l'intégrité territoriale par les politiques renvoie à l'idée de sa manipulation aux fins de la quête ou de la conservation du pouvoir¹⁰⁵. Elle est facilitée par l'incertitude qui entoure le contenu de la notion en droit constitutionnel. Il convient à ce propos de distinguer historiquement le cas de la « soumission d'une partie du territoire à une souveraineté étrangère »¹⁰⁶ d'une part, de « l'occupation » d'une partie du territoire d'un État par des forces non gouvernementales ou rebelles d'autre part.

L'occupation du territoire d'un État par un autre État¹⁰⁷ constituait le cas explicite régi par la constitution française de 1946, en son article 94 : « Au cas d'occupation de tout ou partie du territoire métropolitain par des forces étrangères, aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie ». Ainsi élaborée, cette disposition se rapproche de l'article 153 de la constitution guinéenne : « Aucune procédure de révision ne peut être entreprise en cas d'occupation d'une partie ou de la totalité du territoire national ... ». Il y a lieu de noter cependant que les deux dispositions se distinguent en ce que la constitution française de 1946 précisait que l'occupation devait être le fait de forces étrangères. Cependant, la constitution guinéenne fait seulement cas de l'occupation sans autre précision sur l'extranéité ou non des forces occupantes. Dans ce cas de figure-ci et dans les autres situations où la constitution fait simplement référence à l'atteinte à l'intégrité du territoire comme une limite circonstancielle à la révision de la constitution¹⁰⁸, pourrait-on considérer que « l'occupation » d'une partie d'un territoire d'un État par des forces non gouvernementales ou rebelles est attentatoire à son intégrité ? La question s'était notamment posée en Côte d'Ivoire et au Mali.

A ce propos, Laurent Gbagbo en tant que président ivoirien avait saisi le Conseil constitutionnel en 2003 « sur le point de savoir si la situation qui (prévalait) en Côte d'Ivoire depuis le 19 septembre 2002 (constituait) un cas d'atteinte à l'intégrité du territoire ». La situation en cause était l'occupation de la région septentrionale du pays par plusieurs mouvements rebelles coalisés plus tard sous le nom de « Forces nouvelles »¹⁰⁹. Ces forces y avaient notamment institué une administration parallèle et des structures propres qui ne répondaient pas de l'autorité centrale. Il s'agissait alors de savoir si la constitution ivoirienne pouvait être modifiée, celle-ci interdisant toute

¹⁰⁵ N. G. Gbeou-Kpayile, « L'idée de Constitution en Afrique noire francophone », *Afrilex*, 2017.

¹⁰⁶ F. Luchaire, G. Conac, X. Prétot (dir.), *op. cit.*, p. 241.

¹⁰⁷ S-L. Formery, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰⁸ Voir *supra*, au point I, B, 1.

¹⁰⁹ Sur la rébellion en Côte d'Ivoire, voir par exemple J. Beugré, *Côte d'Ivoire 2002, Les dessous d'une rébellion*, Karthala, Paris, 2012.

révision de la Loi fondamentale dans les situations d'atteinte à l'intégrité territoriale¹¹⁰. La révision de la constitution aurait notamment porté sur les conditions d'éligibilité à la présidence de la République¹¹¹. Le *statu quo* constitutionnel permettait à Laurent Gbagbo de demeurer au pouvoir jusqu'à l'organisation prochaine d'élections présidentielles¹¹². Plaider l'impossibilité de la révision de la constitution en raison de la violation alléguée de l'intégrité du territoire ivoirien lui était donc politiquement favorable. L'on peut à propos de l'opportunisme de Laurent Gbagbo évoquer les propos suivants de Karim Dosso : « Certains gouvernants ont ... réalisé le profit qu'ils pouvaient tirer de la légalité. Finies les manipulations inélégantes de la Constitution. La stratégie est plus ingénieuse car résultant de l'utilisation du texte constitutionnel »¹¹³.

Quant au président malien d'alors, Ibrahim Boubacar Kéita, il désirait modifier la constitution¹¹⁴ par la voie référendaire pour y inclure notamment un Sénat, une Cour des comptes, et permettre au Chef de l'État de nommer le président de la cour constitutionnelle. Des opposants au projet saisirent alors la cour constitutionnelle¹¹⁵ malienne sur la question de savoir si la constitution malienne pouvait faire l'objet de

¹¹⁰ L'article 127 de la constitution ivoirienne d'alors, et l'article 178, al. 1 de la constitution de 2016.

¹¹¹ L'article 35, al. 3 de la constitution ivoirienne de 2000 indiquait que le président devait « être ivoirien d'origine, né de père et de mère eux-mêmes ivoiriens d'origine ».

¹¹² C'est finalement sur le fondement de l'article 48 de la constitution ivoirienne de 2000 (relatif aux circonstances exceptionnelles) que Laurent Gbagbo a modifié la disposition portant sur l'éligibilité permettant notamment à Alassane Ouattara de se présenter aux élections présidentielles ivoiriennes à travers notamment la Décision n° 2005-01/PR du 5 mai 2005 portant autorisation à titre exceptionnel des candidats à l'élection présidentielle de 2005. Voir A. Aka-Lamarque, *op. cit.*

¹¹³ K. Dosso, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012/2, n° 90, pp. 57-85, p. 78.

¹¹⁴ Sur les révisions constitutionnelles, voir F. D. Meledje, « Les révisions des constitutions dans les États africains francophones. Esquisse de bilan », *RDP*, 1992, n° 1, pp. 111-134 ; J.-L. Atangana-Amougou, « Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain », *Afrilex*, 2015.

¹¹⁵ Sur la saisine des juridictions constitutionnelles africaines, voir A. P. Mel, « La saisine du juge constitutionnel en Afrique francophone », *RBD*, 2017, n° 52, p. 107 ; R. L. M Zongo, « L'accès de l'individu au juge constitutionnel burkinabè », *RBD*, 2020, n° 59, pp. 139-164 ; M. N. Samba-Vouka, « La saisine des juridictions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique : les cas du Bénin et du Congo », *Annales de l'Université Marien Ngouabi*, 2015-2017, vol. 16 (1), pp. 54-71 ; J. Djogbenou, « L'accès à la justice constitutionnelle au Bénin » in in. F. J. Aïvo, J. du Bois de Gaudusson, C. Desouches, J. Maïla, *L'amphithéâtre et le prétoire. Au service des droits de l'homme et de la démocratie. Mélanges en l'honneur du Président Robert DOSSOU*, L'Harmattan, Paris, 2020, pp. 516-531 ; M. Bousoltane, « Le recours individuel en inconstitutionnalité dans les pays africains inspirés par le modèle français de justice constitutionnelle : Une procédure pour la protection des droits de l'homme et le renforcement de la démocratie », *ibid.*, pp. 304-326 ; F. J. Aïvo (dir.), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé*, L'Harmattan, Paris, 2014.

révision, au regard de la teneur de son article 118, al. 3¹¹⁶ et de la situation sécuritaire à laquelle le pays était en proie dans ses parties méridionale et centrale. Depuis 2012 en effet, des groupes armés hétéroclites¹¹⁷ exercent un certain contrôle sur plusieurs portions du territoire malien, en y imposant leur loi et en menant des attaques récurrentes contre l'armée malienne et les populations civiles¹¹⁸. Face à cette situation, le gouvernement malien niant toute atteinte à l'intégrité du territoire, développa la thèse selon laquelle toute référence au droit interne pour définir la notion d'intégrité territoriale serait « incongrue »¹¹⁹. L'on peut s'étonner que la notion d'intégrité territoriale consacrée par la constitution, instrument de droit interne, ne puisse être interprétée autrement que dans son cadre. La position du gouvernement malien paraissait donc pour le moins discutable.

L'on constate que le contenu du principe d'intégrité territoriale semble être à géométrie variable selon les intérêts politiques du moment. Alors qu'il revient au juge constitutionnel d'en faire une interprétation conforme au texte constitutionnel, celui-ci semble apporter sa caution à l'instrumentalisation du principe par le politique¹²⁰.

2- La caution du juge constitutionnel

Les juges constitutionnels ivoirien et malien¹²¹ eurent des décisions contradictoires¹²² relativement au contenu du principe de l'intégrité territoriale pour des situations

¹¹⁶ En rappel, l'art. 118, al. 3 de la constitution malienne interdit toute révision de la constitution en cas d'atteinte à l'intégrité du territoire.

¹¹⁷ Les groupes armés impliqués dans la guerre au Mali sont qualifiés pour certains d'entre eux d'indépendantistes comme le Mouvement national de libération de l'Azawad, pour d'autres de djihadistes comme Ansar Dine. A ceux-ci s'ajoutent des groupes d'autodéfense comme Dan Na Ambassagou.

Voir A. Lebovich, « Cartographie des groupes armés au Mali et au Sahel », *European council on foreign relations*, 2019.

¹¹⁸ Sur la guerre au Mali, voir par exemple M. Galy et B. Dadié, *La guerre au Mali : Comprendre la crise au Sahel et au Sahara : enjeux et zones d'ombre*, La Découverte, Paris, 2013.

¹¹⁹ Cour constitutionnelle de la République du Mali, Arrêt n° 2017-04/CCM/Réf. du 04 juillet 2017, sur la violation de l'article 118 de la constitution, en sa première branche.

¹²⁰ N. G. Gbeou-Kpayile, *op. cit.*

¹²¹ Sur la justice constitutionnelle africaine de manière générale, voir B. Kanté, Y. Ngege et al., *Les juridictions constitutionnelles en Afrique de l'Ouest. Approche comparée*, International Institute for democracy and electoral assistance, Fondation Hanns Seidel, 2016 ; I. Diallo, « A la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2005, vol. 20, pp. 93-120 ; A. H. Diompy, « Les dynamiques récentes de la justice constitutionnelle en Afrique », *Afrilex*, 2014 ; A. Cabanis, « Les cours et les conseils constitutionnels, modernes régulateurs de la nouvelle gouvernance en Afrique ? » in D. F. Meledje, M. Bléou et F. Komoin, *Mélanges dédiés au doyen Francis V. Wodié*, Faculté de droit de l'Université de Cocody-Abidjan, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2016 ; H. Akerekoro, « La Cour constitutionnelle et le pouvoir judiciaire » in F. J. Aïvo, J. du Bois de Gaudusson, C. Desouches, J. Maïla, *op. cit.*

quelque peu similaires. L'analyse de ces décisions permettra en définitive d'appréhender de manière plus approfondie la spécificité du principe de l'intégrité territoriale en droit constitutionnel.

Pour le juge constitutionnel ivoirien, « ... la situation que connaît la Côte d'Ivoire depuis le 19 septembre est une atteinte à l'intégrité du territoire en ce qu'une partie du pays est occupée par une force politico-militaire, indépendante du pouvoir central, qui l'administre de façon autonome avec l'interposition sur la ligne de front de forces étrangères ... »¹²³. Le conseil constitutionnel ivoirien ne s'est donc pas appesanti sur la nature réelle des belligérants qui contrôlaient le nord de l'État ivoirien : groupe armé non étatique, forces contrôlées par un autre État, forces provenant d'une autre entité souveraine ? Il s'est contenté de constater qu'une partie du territoire était occupée par une force qui ne tenait pas ses ordres et son autorité de l'État central, et qui y avait déployé une administration indépendante¹²⁴. L'intégrité du territoire d'un État peut donc être considérée comme violée, si celui-ci n'arrive pas à exercer de façon pleine, entière et exclusive sa souveraineté sur toute l'étendue de son territoire, parce qu'une partie de celui-ci est contrôlée par d'autres forces centrifuges, quelle que soit leur nature. L'essentiel est qu'elles ne tiennent pas leur autorité du pouvoir en place. Telle est l'idée qui ressort de la décision du juge constitutionnel ivoirien. Selon la cour constitutionnelle malienne cependant, l'État doit être occupé par des forces étrangères pour que l'on puisse faire cas d'une atteinte à l'intégrité de son territoire. En conséquence, affirme-t-elle dans son arrêt du 4 juillet 2017 : « Considérant que si depuis (la signature des accords d'Alger), certains irréductibles continuent de se comporter en terroristes en posant des actes de défiance dont sont victimes les populations maliennes et celles des pays limitrophes, créant une situation d'insécurité préoccupante, force est de constater qu'il n'a plus été attesté d'une présence de troupes d'occupation étrangères sur le territoire malien, de façon à en compromettre son intégrité au sens du droit international »¹²⁵. Dans de nombreux autres considérants de l'arrêt, la cour constitutionnelle insiste en outre sur le qualificatif « étrangères »¹²⁶ ou extérieures¹²⁷.

¹²² A propos des motivations des juges constitutionnels africains, voir A. M. Adandedjan, « Réflexion sur la motivation des juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone », *Afrilex*, 2019.

¹²³ Conseil constitutionnel ivoirien, Avis n° 003 du 17 décembre 2003, demandé par le président de la République, 1^{er} et 2^e considérant sur le fond.

¹²⁴ Il convient de rappeler cependant que les Forces nouvelles participaient au gouvernement d'union nationale à la suite notamment des accords de Linas-Marcoussis.

¹²⁵ Cour constitutionnelle de la République du Mali, Arrêt n° 2017-04/CCM/Réf. du 04 juillet 2017, 6^e considérant de la première branche, sur la violation de l'article 118 de la Constitution, au fond.

¹²⁶ Voir le 2^e considérant, de la première branche, sur la violation de l'article 118 de la constitution, au fond.

¹²⁷ Voir le 8^e considérant de la première branche, sur la violation de l'article 118 de la constitution, au fond.

Il semble pourtant réducteur de limiter l'application de l'atteinte à l'intégrité territoriale à une occupation étrangère, alors que la constitution n'indique pas une telle restriction, comme c'était le cas pour l'article 94 de la constitution française de 1946¹²⁸. Il sied en effet de déduire de la nouvelle disposition de l'article 89, al. 4 de la constitution française de 1958 qui a inspiré la plupart des constitutions d'Afrique noire francophone que « l'extranéité des forces d'occupation importe moins que le fait matériel d'atteinte à l'intégrité territoriale du pays qui en résulte »¹²⁹. En effet, la nature de l'entité « occupante » n'a aucune pertinence relativement à la réalité de la situation : l'impossibilité pour l'État territorial d'exercer sa souveraineté sur tout son champ spatial. C'est en cela que l'intégrité de son territoire se trouve violée. La cour constitutionnelle du Mali persiste cependant dans l'antépénultième considérant de la première branche en notant que la notion d'intégrité territoriale doit être définie comme « le droit et le devoir inaliénable d'un État souverain à préserver ses frontières de toutes influences extérieures »¹³⁰. C'est dans les mêmes termes que les juges constitutionnels maliens ont défini l'intégrité territoriale dans un avis¹³¹ du 6 juin 2017¹³² relativement toujours à la tenue d'un référendum constituant. Ils avaient complété leur affirmation en notant qu'« en l'état, (l'intégrité) du Mali n'est pas compromise par l'occupation d'une quelconque puissance étrangère »¹³³. La cour constitutionnelle malienne avait en sus indiqué qu'une telle conception¹³⁴ relève du droit international public¹³⁵. Il convient cependant d'y répondre que ce droit étant essentiellement interétatique, il est normal qu'il protège particulièrement l'intégrité du territoire contre les faits d'autres États notamment, donc d'origine étrangère, ou de façon générale contre une agression quelconque d'origine extérieure¹³⁶. A l'opposé, le droit constitutionnel relevant du droit interne, il ne saurait exclure de sa réglementation les comportements de ses citoyens, ou qui pourraient relever du droit national, comme l'atteinte à l'intégrité du territoire national par des forces locales.

¹²⁸ « Au cas d'occupation de tout ou partie du territoire métropolitain par des forces étrangères, aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie » (nous soulignons)

¹²⁹ B. Fomba, « Révision constitutionnelle : L'intégrité du territoire, l'obstacle est là ! », L'Aube 1041 du 4 février 2019.

¹³⁰ Voir le 8^e considérant de la première branche, sur la violation de l'article 118 de la Constitution, au fond.

¹³¹ Relativement à l'autorité des avis des juridictions constitutionnelles, voir A. Issoufou, « L'autorité des avis du Juge constitutionnel en Afrique francophone », in *Afrilex*, 2020.

¹³² Cour constitutionnelle de la République du Mali, Avis n° 2017-01/CCM/Ref du 06 juin 2017.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Il s'agit de la conception définissant l'intégrité territoriale comme « le droit et le devoir inaliénable d'un État souverain à préserver ses frontières de toute influence extérieure ».

¹³⁵ Cour constitutionnelle de la République du Mali, Avis n° 2017-01/CCM/Ref du 06 juin 2017.

Sur le principe de l'intégrité territoriale en droit international, voir aussi J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 592.

¹³⁶ CPJI, *Affaire du « Lotus »*, arrêt, 7 septembre 1927, CPJI Série A n° 10, p. 18 ; CIJ, *Affaire du détroit de Corfou*, arrêt, 9 avril 1949, CIJ Recueil 1949, p. 35.

L'on peut relever en fin de compte que c'est la faiblesse effective du principe d'intégrité territoriale qui fait le lit de son instrumentalisation. Cette déficience trouve ses origines dans plusieurs justifications qui font de l'intégrité du territoire un principe empiriquement menacé.

B- Un principe empiriquement menacé

De nombreux facteurs contribuent à menacer ou porter atteinte à l'intégrité territoriale des États africains. La défaillance administrative (1) et la récurrence des problèmes frontaliers (2) font partie des principales raisons qui mettent à mal l'effectivité de ce principe.

1- La défaillance administrative de l'État

La défaillance administrative des États d'Afrique noire francophone se rapporte aux carences en termes de couverture administrative de certains espaces de ces contrées¹³⁷. Cette situation favorise la violation du principe de l'intégrité territoriale en ce qu'elle provoque l'installation d'autorités de substitution et contribue à l'exclusion « territoriale » des populations qui habitent ces zones « oubliées » de l'État central.

Les attaques terroristes auxquelles font face les pays d'Afrique noire francophone notamment de la zone sahélo-saharienne¹³⁸ révèlent toute l'ampleur de l'absence d'État sur certaines parties de leur territoire. Des portions relativement importantes¹³⁹ ont été abandonnées au profit de bandes armées dictant leurs lois notamment aux populations¹⁴⁰. L'incapacité de l'État à y assurer ses fonctions régaliennes constitue sans doute l'un des principaux facteurs ayant entraîné l'implantation des groupes armés. La défaillance de l'État conduit en effet de gré ou de force les populations des zones concernées à se tourner vers cette « nouvelle offre de gouvernance »¹⁴¹. Les groupes armés profitent de cet état de fait pour y mener des activités répréhensibles

¹³⁷ Pour ce qui concerne le Mali, voir A. Tobie et B. Sangaré, « Impacts des groupes armés sur les populations au nord et au centre du Mali. Adaptations souhaitables des stratégies de rétablissement de la paix », *Stockholm International Peace Research Institute*, Octobre 2019.

¹³⁸ Voir note ci-dessus, en introduction.

¹³⁹ Par exemple, selon des sources occidentales et militaires burkinabè recueillies par le journal *Le Monde* en 2019, environ un tiers du territoire burkinabè échappe au contrôle de l'État. Voir « Le Burkina Faso au bord de l'effondrement », in *journal Le Monde*, 3 octobre 2019.

¹⁴⁰ Au nord du Mali, en 2012, les groupes armés avaient par exemple instauré certaines pratiques comme les amputations, les lapidations, les coups de fouet, l'interdiction de l'alcool. Voir par exemple « Nord-Mali : premières images des amputés de la charia », in *Jeune Afrique*, 15 septembre 2012, <https://www.jeuneafrique.com/151467/politique/nord-mali-premi-res-images-des-amput-s-de-la-charia/>

Au Burkina Faso, les groupes terroristes imposent la fermeture des écoles classiques, en s'en prenant notamment aux enseignants. Selon un rapport de Human Rights Watch, plus de 2500 écoles et 350.000 écoliers et élèves sont ainsi privés de leur droit à l'éducation : « 'Leur combat contre l'éducation', Attaques commises par des groupes armés contre des enseignants, des élèves et des écoles au Burkina Faso », 26 mai 2020.

¹⁴¹ A. Tobie et B. Sangaré, *op. cit.*, p. 2.

telles que la contrebande, les trafics de drogues, d'armes, d'êtres humains, d'or¹⁴². Une telle situation est sans doute constitutive d'atteinte à l'intégrité du territoire des États concernés, dans la mesure où ils n'exercent plus leur souveraineté sur ces zones délaissées, et que d'autres forces les y ont supplantés.

Outre de favoriser l'installation d'autorités qui ne relèvent pas du pouvoir central et donc la violation de l'intégrité du territoire, la défaillance administrative de l'État donne l'impression aux populations de ne pas se sentir appartenir à la Nation, parce qu'ils en sont exclus « territorialement ». L'exclusion de certains territoires et des populations qui y habitent se manifeste de façon lancinante à l'occasion de consultations électorales. En effet, dans ces circonstances, les États choisissent parfois de tenir les échéances constitutionnellement prévues, mais en n'organisant les élections que sur les parties du territoire encore sous le contrôle de l'administration centrale. C'est ainsi que le code électoral burkinabè, au regard de la situation sécuritaire¹⁴³ et dans l'optique des élections présidentielles et législatives de 2020 a été modifié par l'Assemblée nationale. Il autorise désormais à organiser un scrutin sur une partie du territoire national lorsqu'il ne peut se tenir sur toute son étendue, en cas de force majeure ou de circonstance exceptionnelle¹⁴⁴. C'est dans un tel contexte que les élections présidentielles et législatives du 22 novembre 2020 se sont tenues sans la participation des populations habitant 1645 secteurs et villages, représentant 17,70% du territoire¹⁴⁵. Le Conseil constitutionnel burkinabè ayant entériné leur exclusion du processus électoral en application du code électoral dans sa disposition ci-dessus évoquée¹⁴⁶. A la violation du principe de l'intégrité territoriale, s'est donc jumelée une violation du droit électoral des habitants des zones exclues. Ce qui *in fine* n'est pas pour favoriser la restauration de l'intégrité du territoire puisque ce combat ne saurait

¹⁴² Voir par exemple S. B. Gaye, « Connexions entre groupes djihadistes et réseaux de contrebande et de trafics illicites au Sahel », Friedrich-Ebert-Stiftung, Séries FES sur la paix et la sécurité en Afrique, n° 29, 2017 ; *International crisis group*, « Narcotrafic, violence et politique au Nord du Mali », Report n° 267/Africa, 13 décembre 2018.

¹⁴³ Le Burkina Faso connaît depuis 2015 une dégradation de sa situation sécuritaire marquée notamment par de multiples attaques terroristes. Voir par exemple, International Crisis Group, « Nord du Burkina Faso : ce que cache le jihad », n° 254/Africa, Octobre 2017.

¹⁴⁴ Selon notamment l'article 50 *in fine* du Code électoral dans sa nouvelle mouture, « ... en cas de force majeure ou de circonstance exceptionnelle dûment constatée par le Conseil constitutionnel sur saisine du président du Faso après rapport circonstancié de la CENI, pour ce qui concerne les élections présidentielles et législatives ou par le Conseil d'État sur saisine du Premier ministre, après rapport circonstancié de la CENI, pour ce qui concerne les élections locales, entraînant l'impossibilité de réaliser ou d'achever les opérations d'enrôlement des électeurs sur une partie du territoire national ou à l'extérieur, l'élection est faite sur la base des personnes déjà enrôlées dans la liste définitive ».

¹⁴⁵ « Élections couplées 2020 : 1645 secteurs ou villages exclus », in <https://lefaso.net/spip.php?article100397>.

¹⁴⁶ Conseil constitutionnel du Burkina Faso, Décision n° 2020-001/CC/EC sur la requête de monsieur le Président du Faso aux fins de constater l'impossibilité de réaliser ou d'achever les opérations d'enrôlement des électeurs sur une partie du territoire national, en vue des élections couplées du 22 novembre 2020.

être gagné sans les populations concernées au premier chef. Le conseil constitutionnel ivoirien avait cependant lui affirmé que « ... le peuple ne peut être consulté sur une partie seulement du territoire, qu'en effet les articles 31 et 32 combinés de la Constitution, font du peuple entier le détenteur de la souveraineté qu'il exerce par voie de référendum ou par ses représentants élus et interdisent que ladite souveraineté soit détenue seulement par une « section du peuple ou par un individu » »¹⁴⁷.

Aux difficultés relatives à la défaillance administrative, se jumèle le plus souvent au sein des États d'Afrique noire francophone, une récurrence des problèmes frontaliers qui eux également contribuent à fragiliser le principe de l'intégrité du territoire.

2- La récurrence des problèmes frontaliers

« La frontière se situe au point d'équilibre du territoire, de l'État et de la nation »¹⁴⁸. En précisant la sphère territoriale d'un État, c'est aussi l'aire d'expression de sa souveraineté interne qui est déterminée¹⁴⁹, ainsi que les populations qui sont sous son autorité. L'on note cependant à propos des États d'Afrique noire francophone une certaine porosité des frontières¹⁵⁰ et une fréquence des différends frontaliers qui entravent le respect du principe de l'intégrité territoriale.

Curseur de la souveraineté, l'état des frontières de ces États constitue cependant l'expression la plus éloquente de leurs faiblesses. L'intégrité territoriale ne semble ainsi concerner que les espaces où est concentrée la vie politique et économique. La défense du territoire se gagne ou se perd pourtant grâce à la maîtrise ou à l'abandon des zones frontalières qui concentrent toutes les difficultés en termes d'aménagement, d'accès et de développement. C'est essentiellement par ces sphères en effet que les groupes armés pénètrent dans les États pour y établir leur autorité, et ainsi constituer une menace à l'intégrité du territoire. Il convient à cet effet de noter que « le respect des frontières est une conséquence nécessaire du respect de l'intégrité territoriale. Lorsqu'une frontière a été violée, cela signifie qu'on a porté atteinte à l'intégrité du territoire de l'État qui se trouve au-delà de la frontière »¹⁵¹. A la problématique de la porosité des frontières, se pose celle de leur ambiguïté ou de leur caractère mouvant, se traduisant par la récurrence des différends frontaliers entre les pays d'Afrique noire francophone notamment.

¹⁴⁷ Conseil constitutionnel ivoirien, Avis n° 003 du 17 décembre 2003, demandé par le président de la République.

¹⁴⁸ J.-P. Vettovaglia, « Afrique : frontières étatiques, territoires et conflits », in <http://www.academiedegeopolitiqueparis.com/afrique-frontieres-etatiques-territoires-et-conflits/>

¹⁴⁹ C. Coquery-Vidrovitch, « Frontières africaines et mondialisation », *Histoire@Politique*, 2012/2, n° 17, pp. 149-164, à la p. 150.

¹⁵⁰ F. Michel, *Frontières d'Afrique. Pour en finir avec un mythe*, CNRS Editions, 2014.

¹⁵¹ M. Kohen, *op. cit.*, p. 370.

L'on constate en effet une multiplicité des contentieux frontaliers impliquant les États africains. Issues du découpage colonial, les frontières africaines¹⁵² malgré l'affirmation du principe *uti possidetis juris*¹⁵³ demeurent onduoyantes, et l'objet de nombreux contentieux intéressant ou ayant concerné notamment les États d'Afrique noire francophone, tant entre eux, qu'avec d'autres États du continent africain. En ce qui concerne les différends impliquant ou ayant impliqué les États d'Afrique francophone, l'on peut noter ceux entre le Burkina Faso et le Bénin¹⁵⁴, le Burkina Faso et le Mali¹⁵⁵, le Bénin et le Niger¹⁵⁶, le Burkina Faso et le Niger¹⁵⁷. Au titre de la seconde catégorie, l'on peut faire cas des litiges frontaliers entre la Côte d'Ivoire et le Ghana¹⁵⁸, le Tchad et la Libye¹⁵⁹, la Mauritanie et le Sénégal¹⁶⁰. L'on peut donc constater que la frontière africaine revêt une nature fortement belligène¹⁶¹. Ce qui entraîne des répercussions négatives sur l'intégrité territoriale des États concernés sur un double plan.

Il convient de noter de prime abord qu'une analyse juste de l'intégrité du territoire d'un État présuppose que l'on connaisse avec exactitude son étendue. Lorsqu'il existe donc des revendications conflictuelles de souveraineté sur un territoire donné, l'on ne saurait affirmer que la portion contestée appartient en réalité à tel ou tel État qui la réclame, tant qu'une solution juridictionnelle ou diplomatique n'a pas mis fin au litige. A défaut de telles certitudes, l'on ne saurait déterminer le moment auquel il y a atteinte à l'intégrité du territoire, puisque celle-ci se définit sur le fondement de la superficie de l'État. Si une zone contestée par plusieurs États en vient à être contrôlée par un groupe armé non étatique, lequel pourrait-il être considéré comme ayant son intégrité territoriale violée ? La question est très délicate, alors qu'elle détermine la compétence de l'État souverain à engager ses forces politiques, sociales ou militaires pour rétablir l'intégrité du territoire. Le flottement ou les conflits dans l'exercice de la souveraineté sur les territoires disputés peuvent en effet profiter à des groupes armés

¹⁵² Pour une perspective historique sur les frontières africaines, voir Comité international des sciences historiques, *Des frontières en Afrique du XIIe au XXe siècle*, UNESCO, 2005.

¹⁵³ Voir les notes rappelées à l'introduction.

¹⁵⁴ Le Burkina Faso et le Bénin ont prévu de saisir sur la base d'un compromis la Cour internationale de justice pour trancher leur litige frontalier (voir <http://touteinfo.com/spip.php?article1645>). Cependant, jusque-là l'organe judiciaire principal des Nations unies n'a pas été saisi dans ce sens.

¹⁵⁵ Le contentieux frontalier entre le Burkina Faso et le Mali a été à l'origine de deux conflits armés entre les deux pays. La CIJ qui a été saisi du différend frontalier a rendu un arrêt : CIJ, *Différend frontalier (Burkina Faso/ République du Mali)*, arrêt, 1986.

¹⁵⁶ CIJ, *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, arrêt, 12 juillet 2005.

¹⁵⁷ CIJ, *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, arrêt, 16 avril 2013.

¹⁵⁸ Tribunal international du droit de la mer, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'Océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, arrêt, 23 septembre 2017.

¹⁵⁹ C. Becker, A. Lericollais, « Le problème frontalier dans le conflit sénégal-mauritanien », *Politique Africaine*, 1989, n° 35, pp. 149-155.

¹⁶⁰ CIJ, *Différend territorial (Jamahiriya arabe Libye/Tchad)*, arrêt, 3 février 1994.

¹⁶¹ Voir J.-F. Guilhaudis, « Remarques à propos des récents conflits territoriaux entre États africains », *Annuaire français de droit international*, 1979, vol. 25, pp. 223-243.

non étatiques, qui trouveraient dans ces espaces des repères pour mener leurs opérations sur les autres parties des États concernés¹⁶². Dans l'attente d'une résolution du différend territorial, les États protagonistes peuvent renoncer à exercer des actes de souveraineté visible sur la superficie querellée. C'est la décision à laquelle sont parvenus notamment le Burkina Faso et le Bénin, qui se disputent à leurs frontières une portion d'environ 70 kilomètres carrés¹⁶³. Alors qu'une telle mesure contribue certainement à apaiser les relations entre ces États, elle peut également entraîner des effets pervers sur l'intégrité du territoire concerné. N'étant pas clairement placés sous la souveraineté d'un État, des groupes armés peuvent en profiter pour s'installer sur les territoires disputés.

Les incertitudes territoriales entraînent également la conséquence que les populations établies sur les zones contestées ne savent pas le plus souvent à quel État se vouer, en attendant qu'une solution diplomatique ou juridictionnelle soit trouvée. Une telle situation est propice à un délaissement des populations de la part des États qui se disputent les territoires concernés. En effet, chacun d'entre eux peut être réticent à porter des investissements sur une zone dont il n'est pas certain de conserver ou d'acquérir le contrôle lorsque le litige va être résolu. Ce cas de figure peut pourtant contribuer également à pousser les populations de ces zones vers des autorités parallèles, qui *in fine* peuvent menacer comme on l'a vu l'intégrité du territoire de l'État souverain. L'on peut donc constater l'impact négatif des problèmes frontaliers sur la protection de l'intégrité territoriale des États.

CONCLUSION

Au terme de cette analyse, il ressort que le principe de l'intégrité territoriale revêt une grande importance théorique pour le constituant africain qui l'a diversement et solidement ancré dans la Loi fondamentale. Outre les références directes à ce principe, d'autres principes consacrés par les constitutions africaines pourraient permettre d'assurer sa mise en œuvre. C'est le cas du principe d'indépendance nationale qui fait partie des principes communs, et des plus usités des constitutions d'Afrique noire francophone¹⁶⁴. Il est généralement consacré dans les mêmes dispositions que celles qui font référence à l'intégrité du territoire. Ainsi, le Chef de l'État est en plus d'être le garant de l'intégrité territoriale, celui de l'indépendance nationale. De même, la menace à l'indépendance nationale fait avec celle à l'intégrité territoriale, partie des

¹⁶² Il est aussi vrai qu'un territoire convoité peut ne pas laisser de place à des groupes armés dans la mesure où les États qui se le disputent font la concurrence pour y être activement présents.

¹⁶³ Il s'agit d'une zone censée contenir du pétrole, indique A. Soma dans un reportage de la *deutsche welle* : « Querelles territoriales en Afrique », disponible sur <https://www.dw.com/fr/querelles-territoriales-en-afrique/a-40682571>.

¹⁶⁴ Le principe d'indépendance nationale est ainsi évoqué dans les constitutions du Bénin (articles 41, 68) du Burkina Faso (article 36 ; 59), du Congo (articles 60 ; 64 ; 77 ; 93), du Niger (Préambule de la Constitution, article 46 ; 67), du Tchad (article 65, al. 2 ; 96 ; 157, al. 6 ; 189 ; 227), du Gabon (article 7 ; 26), du Togo (article 58), du Mali (articles 29 ; 37 ; 50), de la Guinée (articles 35 ; 47)

motifs pouvant entraîner la prise de mesures exceptionnelles par le Président. Dans la plupart des déclarations de serment également, celui-ci s'engage à respecter l'indépendance nationale, outre l'intégrité du territoire en l'occurrence. L'on peut aussi faire référence au principe d'indivisibilité consacré par de nombreuses constitutions d'Afrique noire francophone¹⁶⁵. Pour Philippe Ardant et Bertrand Mathieu, la notion d'indivisibilité s'applique en premier lieu « au principe de l'intégrité du territoire, c'est-à-dire l'impossibilité de céder une parcelle de territoire à un État étranger ou de permettre qu'un État se constitue sur une partie du territoire, celui-ci est en quelque sorte "gelé" »¹⁶⁶. Outre ces principes qui peuvent participer indirectement à la préservation de l'intégrité du territoire¹⁶⁷, le constituant africain a attaché à sa protection plusieurs catégories d'acteurs, du citoyen au président de la République. Il a même consenti à limiter son pouvoir de révision dans la même optique de protection. En dépit de tous ces fondements juridiques et institutionnels, l'intégrité des territoires de nombreux États d'Afrique noire francophone demeure loin d'être garantie. L'absence d'État dans les zones les plus éloignées de la capitale, la multitude des problèmes frontaliers sont autant de facteurs qui rendent quasi vaine la consécration constitutionnelle du principe de l'intégrité territoriale, dévoyé en outre par les acteurs politiques avec l'aval du juge constitutionnel.

Bienvenu Venceslas Wendpanga OUEDRAOGO

Docteur en droit - Assistant en droit public

bienvenuwo@gmail.com

Centre universitaire de Banfora - Université Nazi Boni

¹⁶⁵ Voir l'article 1^{er} de la constitution tchadienne, l'article 1^{er} de la constitution du Congo, l'article 1^{er} de la constitution guinéenne, l'article 1^{er} de la constitution togolaise, l'article 2 de la constitution du Bénin, l'article 3 de la constitution du Niger, l'article 49, al. 1 de la constitution ivoirienne, l'article 24, al. 3 de la constitution centrafricaine, l'article 31 de la constitution du Burkina Faso.

¹⁶⁶ P. Ardant et B. Mathieu, *op. cit.*, p. 413.

¹⁶⁷ Sans se confondre au principe de l'intégrité territoriale comme rappelé à l'introduction, les principes de l'indépendance nationale et de l'indivisibilité peuvent contribuer à sa mise en œuvre.

LA GARANTIE JURIDICTIONNELLE DE LA SEPARATION DES POUVOIRS EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

Sommaire

INTRODUCTION

- I- DANS LES RAPPORTS ENTRE LES POUVOIRS CONSTITUTIONNELS DE L'ÉTAT
 - A- La garantie par le contrôle abstrait de constitutionnalité
 - 1- *Une norme de référence du contrôle de constitutionnalité*
 - 2- *Un cantonnement des pouvoirs des organes contrôlés*
 - B- La garantie par le contrôle concret de constitutionnalité
 - 1- *Une reconfiguration de la séparation des pouvoirs*
 - 2- *Une limitation du pouvoir*
 - II- DANS LES RAPPORTS DES PARTICULIERS AVEC LES INSTITUTIONS DE L'ÉTAT
 - A- La garantie par la protection de l'indépendance des juridictions
 - 1- *Un principe rattaché à la séparation des pouvoirs*
 - 2- *Un principe sanctionné au travers de la séparation des pouvoirs*
 - B- La garantie dans le cadre de la protection des droits fondamentaux
 - 1- *La séparation des pouvoirs comme substrat de la garantie des droits*
 - 2- *L'émergence d'un droit à la séparation des pouvoirs*
- #### CONCLUSION

INTRODUCTION

« Quel que soit le système constitutionnel et politique dans lequel elle s'insère, la justice constitutionnelle est utile sinon nécessaire car elle donne la possibilité d'instituer progressivement, par la voie du droit, un contre-pouvoir de nature à contrebalancer une majorité trop forte et elle peut faire apparaître une séparation des pouvoirs »¹. Cette affirmation du Doyen Favoreu traduit bien la relation qui existe entre justice constitutionnelle et séparation des pouvoirs. Elle entérine l'importance de la juridiction constitutionnelle dans la construction de l'État de droit et dans la garantie du principe de la séparation des pouvoirs². Ce principe figure, au sens de Jan,

¹ Louis FAVOREU, « Brèves réflexions sur la justice constitutionnelle en Afrique », in Gérard CONAC, *Les Cours suprêmes en Afrique II : la jurisprudence*, Paris, Economica, 1989, 312 p.

² Théodore HOLO, « Les idées constitutionnelles du Professeur Ahanhanzo-Glélé », in Frédéric Joël AÏVO (coord.), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?*, Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 233-242 ; Djedjro F. MELEDJE, « L'État de droit, nouveau nom du constitutionnalisme en Afrique ? Réflexions autour des voyages d'un concept symbolique », in Frédéric Joël AÏVO (coord.), op. cit., pp. 587-606 ; Karim DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », in *Revue française de droit constitutionnel*, PUF, 2012/2, n° 90, pp. 57-85.

« au panthéon du droit constitutionnel »³. C'est effectivement une antienne qu'il ne saurait exister de Constitution dans une société dans laquelle la séparation des pouvoirs n'est pas déterminée⁴. Or, au sens de Kelsen, l'existence et la suprématie de la Constitution sont garanties juridictionnellement par la justice constitutionnelle⁵. Par conséquent, par une sorte de transitivité mathématique, on pourrait affirmer que dans toute société moderne, la justice constitutionnelle constitue l'instrument de garantie juridictionnelle de la séparation des pouvoirs⁶.

La garantie juridictionnelle est une notion polysémique en ce qu'elle recouvre des éléments divers et coextensifs comme le droit au juge, les modalités d'accès au juge, les garanties de procédure, etc.⁷ Elle s'entend, de prime abord, comme la protection assurée par une juridiction ou par voie juridictionnelle⁸. En d'autres termes, on parle de garantie juridictionnelle ou de procédure contentieuse lorsque la protection d'un droit est assurée par les cours et tribunaux⁹. Appliquée à la séparation des pouvoirs, elle peut être définie comme la protection, la mise en œuvre ou la sanction de l'inapplication ou de la violation de ce principe par un organe juridictionnel. Subséquemment, l'étude du caractère juridictionnel de la garantie de la séparation des pouvoirs implique de s'intéresser à la juridiction chargée d'une telle fonction.

À ce propos, un préalable s'impose à savoir l'identification de la ou des juridiction(s) intéressant notre réflexion. En principe, toute juridiction susceptible d'assurer la garantie du principe de la séparation des pouvoirs entre dans le champ de cette étude. Seraient alors concernées les juridictions de l'ordre administratif en ce qu'elles assurent le respect du principe de légalité. En effet, en soumettant l'administration au principe de légalité, c'est en fait les champs de compétence du législatif, de l'exécutif et du juridictionnel que l'on coordonne conformément à la séparation des pouvoirs¹⁰. Ainsi, toute violation du principe de légalité équivaut *in fine* à une violation du principe de la séparation des pouvoirs¹¹. De ce point de vue, les juridictions

³ Pascal JAN, « Les séparations du pouvoir », *Constitutions et pouvoirs, in Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 255.

⁴ Article 16 de la Déclaration française des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

⁵ Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution : la justice constitutionnelle », *RDP*, 1928, pp. 197-257.

⁶ Adama KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », in Frédéric Joël AÏVO (coord.), *op. cit.*, pp. 89-126.

⁷ Marie-Joëlle REDOR, « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », *CRDF*, n° 1, 2002, pp. 91-101.

⁸ Olivier DUHAMEL et Yves MÉNY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1^{ère} édition, 1992, pp. 545 et s. ; Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12^e édition mise à jour « Quadrige », 2018, p. 1262.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI et Michel HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse, vol. I, l'État*, cité par Abdoulaye SOMA, « La séparation des pouvoirs comme droit fondamental dans le constitutionnalisme contemporain », *op. cit.*, p. 20.

¹¹ *Ibid.*

administratives garantissent indirectement la séparation des pouvoirs¹². Toutefois, cette garantie ne sera pas ici examinée car la séparation des pouvoirs, dont il est question dans cette réflexion, a une plus grande vigueur scientifique en droit constitutionnel¹³ qu'en droit administratif. L'accent sera mis sur la garantie opérée par les juridictions constitutionnelles, en leur qualité de garant du respect des normes constitutionnelles¹⁴. En effet, le principe de la séparation des pouvoirs est régulièrement invoqué devant ces juridictions et ces dernières l'intègrent parmi les normes de référence de leur contrôle¹⁵. Ce sont elles qui, en tant que garantes du respect de l'agencement institutionnel de l'État¹⁶, sont pour ainsi dire gardiennes de la séparation des pouvoirs ou, du moins, de ce qu'elles estiment être inhérent à ce concept¹⁷. L'analyse de la garantie de la séparation des pouvoirs par les juridictions constitutionnelles concernera uniquement la garantie opérée par les juridictions constitutionnelles des pays d'Afrique noire francophone à l'exclusion des autres existant à travers le monde. Cela se justifie par un souci de cohérence dans la mesure où ces juridictions présentent, à quelques différences près, des similitudes aussi bien dans leur histoire¹⁸, leurs attributions¹⁹, leur mode de fonctionnement²⁰ que leurs manquements²¹ ou leur dynamisme²².

¹² Conseil constitutionnel français, 23 janvier 1987, n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*.

¹³ Abdoulaye SOMA, « La séparation des pouvoirs comme droit fondamental dans le constitutionnalisme contemporain », *op. cit.*, p. 3.

¹⁴ Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution : la justice constitutionnelle », *op. cit.* ; Sébastien Yédoh LATH, *Les évolutions des systèmes constitutionnels africains à l'ère de la démocratisation*, Thèse de doctorat de droit public, Abidjan, 2008, p. 277.

¹⁵ Agnès ROBLOT-TROIZIER, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, pp. 89-103, p. 90.

¹⁶ Théodore HOLO, « Émergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, pp. 101-114.

¹⁷ Agnès ROBLOT-TROIZIER, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op. cit.*

¹⁸ Jean-Michel BRETON, « l'évolution historique du constitutionnalisme africain. Cohérences et incohérences », in *Recht in Africa*, 2003, pp. 1-20.

¹⁹ Nicaise MÉDÉ, « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 23-2007, 2008, pp. 45-66.

²⁰ Théodore HOLO, « Émergence de la justice constitutionnelle », *op. cit.* ; Karim DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », *op. cit.*

²¹ Adama KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », in Frédéric Joël AÏVO (coord.), *op. cit.*

²² Théodore HOLO, « Émergence de la justice constitutionnelle », *op. cit.* ; Abraham Hervé DIOMPY, « Les dynamiques récentes de la justice constitutionnelle en Afrique francophone », *Revue électronique Afrilex*, février 2014, p. 21 ; Éric Stéphane MVAEBEME, « Regard récent sur les tendances du constitutionnalisme africain : le cas des États d'Afrique noire francophone », in *Revue internationale de droit comparé*, 1-2009, pp. 163-196.

La justice constitutionnelle fit son apparition²³ en Afrique subsaharienne francophone dans la seconde moitié du XX^e siècle marquée par l'accession des pays du continent à la souveraineté internationale²⁴. Après de nombreuses vicissitudes²⁵ s'illustrant par des mises en sommeil des Constitutions, le renversement des gouvernants civils par des coups d'État militaires et l'instauration de partis uniques²⁶, de nouvelles juridictions autonomes et spécialisées dans le contentieux constitutionnel virent le jour au début de la décennie 90²⁷. C'est à cette époque, relativement récente, que les notions de Conseil constitutionnel ou Cour constitutionnelle firent leur apparition dans le langage constitutionnel en Afrique²⁸. Ces nouvelles juridictions ont reçu des constituants des compétences plus accrues²⁹. En somme, le juge constitutionnel africain francophone relégué, trois décennies durant, dans le simple décorum institutionnel sans effectivité véritable³⁰, est désormais l'instance garante de l'État de droit³¹ et de la séparation des pouvoirs³².

²³ Sous la forme d'une chambre constitutionnelle logée au sein d'une Cour suprême située au sommet de l'organisation judiciaire des États. Par ailleurs, cette chambre était dans la plupart des cas inactive d'où le rôle essentiellement cosmétique de la justice constitutionnelle dans ses premières années d'existence. Voy. Théodore HOLO, « Émergence de la justice constitutionnelle », *op. cit.* ; Nicaise MÉDÉ, « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone », *op. cit.*, p. 45.

²⁴ Ahmed Salem OULD BOUBOUTT, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique : évolution et enjeux », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XIII-1997, p. 40.

²⁵ Pierre François GONIDEC, « À quoi servent les Constitutions africaines ? Réflexion sur le constitutionnalisme africain », *RJPIC*, octobre-décembre 1988, n° 4, p. 849 ; Pierre François GONIDEC, *Les systèmes politiques africains*, Paris, LGDJ, 3^e édition, 1997, p. 26. ; Jérôme Francis WANDJI KANDA, « Les zones d'ombre du constitutionnalisme en Afrique », *Juridis périodique*, n° 74, avril-mai-juin 2008, pp. 85-86 ; Maurice Ahanhanzo GLÈLÈ, « Constitution ou Loi fondamentale », in *Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, Tome 1 l'État et le droit, Abidjan, N.E.A., 1982, p. 45.

²⁶ Albert BOURGI, « Lecture et relecture de la Constitution de la V^e République », *colloque du 40^e anniversaire de la Constitution française*, octobre 1998, p. 2.

²⁷ Mouhamadou Mounirou SY, *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique. L'exemple du Sénégal*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 37 ; Ameth NDIAYE, *La nouvelle juridiction constitutionnelle en Afrique noire francophone et la construction de l'État de droit : exemple du Gabon et du Sénégal*, Thèse de doctorat en droit public, Montpellier, 2003, 731 p.

²⁸ Hilaire AKEREKORO, « La Cour Constitutionnelle et le bloc de constitutionnalité au Bénin », *Revue électronique Afrilex*, septembre 2016, p. 4.

²⁹ Leur rôle ne se limite plus au contrôle de constitutionnalité des normes même si les mécanismes de contrôle ont été renforcés. Elles ont également en charge la protection des libertés publiques et des droits fondamentaux de la personne humaine, le contentieux des élections nationales et des consultations populaires et la régulation du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics. Voy. Article 114 de la Constitution Béninoise du 11 décembre 1990 ; Article 152 de la Constitution burkinabè du 11 juin 1991 ; Article 175 et s. de la Constitution de la République du Congo du 6 novembre 2015 ; Article 83 de la Constitution gabonaise du 26 mars 1991 ; Article 85 de la Constitution malienne du 12 janvier 1992 ; Article 120 de la Constitution nigérienne du 25 novembre 2010 ; Article 92 de la Constitution sénégalaise du 07 janvier 2001.

³⁰ Émile MENGUE MBOUE, « La juridiction constitutionnelle et la construction de l'État de droit en Afrique noire francophone : l'exemple du Conseil constitutionnel camerounais », *RCC*, n° 2 et 3, 2020, pp. 131-164, p. 131.

La séparation des pouvoirs a été « largement » saisie par la science du droit constitutionnel³³ si bien qu'on se limitera à une présentation sommaire du concept. Elle est au cœur du constitutionnalisme³⁴ et constitue l'une des poutres de l'organisation et du fonctionnement des sociétés politiques modernes³⁵. La séparation des pouvoirs serait le moyen le plus efficace contre le despotisme, aux termes de Glèlè, car « une autorité unique ne saurait sans danger pour les libertés, détenir entre ses mains l'activité de l'État en son entier »³⁶. Montesquieu l'aurait systématisée dans son ouvrage culte *De l'esprit des lois*³⁷ en s'inspirant des travaux de penseurs anglais comme John Locke, qui l'a théorisée comme réponse aux problèmes d'absolutisme et d'arbitraire du pouvoir monarchique anglais³⁸. Elle est la clef de voûte du constitutionnalisme des Lumières³⁹. Toutefois, la séparation des pouvoirs n'était pas étrangère aux sociétés précoloniales africaines. Ces dernières « (...) avaient su dégager non seulement des règles de répartition et d'exercice mais aussi de contrôle du pouvoir. Elles inventèrent des contrepoids au pouvoir monarchique »⁴⁰. Substantiellement, la théorie de la séparation des pouvoirs « implique, non seulement, une répartition des fonctions étatiques à des organes distincts, mais aussi et surtout une

³¹ Gérard CONAC, « Le juge constitutionnel en Afrique, censeur ou pédagogue ? », in Gérard CONAC (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique, Tome II, La jurisprudence*, Paris, Economica, 1989, p. VI.

³² Élisabeth ZOLLER, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2^e éd., 1999, p. 290.

³³ Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1973, pp. 9 et s. ; Alain PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, Dalloz, 2006, 153 p. ; Augustin LOADA, Luc Marius IBRIGA, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Ouagadougou, PADEG, 2007, pp. 110 et s. ; Oumarou NAREY (dir.), *Séparation des pouvoirs et contre-pouvoirs : Actes des 1^{ères} journées scientifiques de droit constitutionnel, Palais des Congrès de Niamey, du 10 au 13 octobre 2017*, L'Harmattan Sénégal, 2019, 518 p. ; Jean-Louis SEURIN, « Les origines historiques de la séparation des pouvoirs », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, pp. 651-669.

³⁴ Luc SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine : Droit constitutionnel Jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 15.

³⁵ Abdoulaye SOMA, « La séparation des pouvoirs comme droit fondamental dans le constitutionnalisme contemporain », *op. cit.*, p. 4.

³⁶ Théodore HOLO, « Les idées constitutionnelles du Professeur Ahanhanzo-Glèlè », *op. cit.*, p. 239.

³⁷ « Tout serait perdu (...), si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes et les différends des particuliers ». MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Gallimard, 1985, pp. 318 et s.

³⁸ John LOCKE, *Essai sur le gouvernement civil*, texte de 1690 traduit, présenté et annoté par Jean-Louis Fyot, Paris, PUF, 1953, pp. 54 et s. ; Élisabeth ZOLLER, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 287.

³⁹ Jean-Philippe FELDMAN, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 83, 2010, pp. 483-496, p. 483.

⁴⁰ Maurice Ahanhanzo GLÈLÈ, « Constitution ou Loi fondamentale », *op. cit.*, p. 22.

effectivité en s'assurant qu'aucun organe ne pourra impunément absorber la puissance de l'autre »⁴¹.

Nous sommes ainsi placés au cœur de l'objet de la présente étude, destinée à examiner la garantie juridictionnelle de la séparation des pouvoirs dans les États d'Afrique noire « appartenant à la famille constitutionnelle française »⁴².

L'une des étapes majeures, que d'aucuns considèrent comme l'étape finale, de la reconnaissance du principe fut, sans aucun doute, son insertion dans les nouvelles Constitutions⁴³. Pourtant, la garantie textuelle ne saurait constituer l'étape finale de la reconnaissance du principe de la séparation des pouvoirs. Sa finalité, à notre sens, devrait être la sanction de sa violation par le juge constitutionnel, autrement dit, sa garantie juridictionnelle.

Concernant cette garantie, on pourrait chercher à en étudier l'historicité en Afrique noire francophone ou les modalités. On pourrait aussi s'intéresser aux juridictions qui l'assurent ou à la portée pratique de leurs décisions y relatives, etc.

Un tel sujet ne manque manifestement pas d'intérêt. Il présente essentiellement un intérêt de pratique constitutionnelle. En effet, si le principe de la séparation des pouvoirs est l'une des normes les mieux assises dans le droit constitutionnel formel des États visés par l'étude, on ne peut en dire autant de son effectivité. Dans certains de ces États, on note un ascendant de l'exécutif sur les autres pouvoirs, en d'autres termes, une « affirmation de la prééminence présidentielle »⁴⁴. L'intervention du juge est donc nécessaire pour assurer l'équilibre entre les pouvoirs et faire en sorte qu'aucun d'eux ne puisse dessaisir un autre de ses fonctions. De surcroît, le juge ne se limite plus à une garantie de la séparation classique des pouvoirs devenue inadaptée, mais s'érige désormais en défenseur d'une nouvelle séparation des pouvoirs entre la majorité au pouvoir et l'opposition politique⁴⁵. Cet office du juge renforce ainsi les sources matérielles du droit constitutionnel des institutions⁴⁶. Par ailleurs, quand on sait que la séparation des pouvoirs n'est plus uniquement une représentation

⁴¹ Élisabeth ZOLLER, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 290. Aux États-Unis, on parle de *checks and balances* pour désigner une séparation stricte des pouvoirs, tempérée par l'existence de moyens de contrôle et d'action réciproques. Voy. Julien BOUDON, « La séparation des pouvoirs aux États-Unis », *Pouvoirs*, n° 143, 2012/4, pp. 113-122.

⁴² Gertie HESSELING, « La réception du droit constitutionnel en Afrique, quoi de neuf ? », in C. ZOETHOUT, *Constitutionalism in Africa, a quest of autochthonous principles*, Rotterdam, décembre 1996, p. 34.

⁴³ Xavier BOISSY, *La séparation des pouvoirs œuvre jurisprudentielle : sur la construction de l'État de droit postcommuniste*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 53.

⁴⁴ Albert BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique », *RFDC*, n° 52, 2002, p. 729.

⁴⁵ Hilaire AKEREKORO, « La Cour Constitutionnelle et le bloc de constitutionnalité au Bénin », op. cit., p. 24.

⁴⁶ *Ibid.*

conceptuelle de l'organisation des pouvoirs⁴⁷ mais qu'il tend à devenir un droit fondamental⁴⁸, sa garantie juridictionnelle présente également un intérêt pratique pour les personnes privées. Ces dernières pourraient alors obtenir l'annulation d'un acte qui viole le principe de la séparation des pouvoirs et qui leur fait grief dans une situation juridique subjective⁴⁹.

Dès lors, de délicates questions se posent sur le rôle du juge constitutionnel africain francophone dans la garantie de la séparation des pouvoirs. Au regard de son importance en la matière, n'est-il pas devenu le gardien de la séparation des pouvoirs ? Plus précisément, ne l'est-il pas en sa qualité de garant du respect de l'agencement institutionnel de l'État ? Mieux encore, ne l'est-il pas à travers sa mission constitutionnelle de protection des particuliers contre l'arbitraire possible des pouvoirs publics ?

Dans une Afrique francophone marquée par des années d'autoritarisme et où le fonctionnement régulier des institutions demeure un problème récurrent⁵⁰, une justice constitutionnelle effective permet une séparation réelle des pouvoirs⁵¹. Ainsi, la thèse ici défendue est que le juge constitutionnel, à travers ses attributions constitutionnelles, garantit la séparation des pouvoirs. L'objet de la présente contribution est de tenter de démontrer que le principe de la séparation des pouvoirs, en tant que règle de droit positif, est garanti par le juge constitutionnel en Afrique noire francophone.

Pour procéder à la démonstration de cette thèse, il convient de l'examiner dans les rapports horizontaux comme dans les rapports verticaux dans le fonctionnement de l'État.

Par conséquent, nous montrerons d'abord comment le juge garantit la séparation des pouvoirs dans les rapports entre les pouvoirs constitutionnels de l'État (I). Nous montrerons ensuite comment il assure la garantie du principe dans les rapports des particuliers avec les institutions de l'État (II).

⁴⁷ Agnès ROBLOT-TROIZIER, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op. cit.*, p. 92.

⁴⁸ *Ibid.* ; François LUCHAIRE, « Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », in *Présence du droit et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 441-451 ; Agnès Roblot-Troizier, « Quand le principe de la séparation des pouvoirs devient un droit constitutionnellement garanti », *RDFA*, 2011, pp. 614 et s. ; Abdoulaye SOMA, « La séparation des pouvoirs comme droit fondamental dans le constitutionnalisme contemporain », *op. cit.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Fatimata DIALLO, *Le juge constitutionnel dans la construction de l'État de droit au Sénégal*, mémoire de DEA, Saint-Louis, Université Gaston BERGER, 2007, p. 13.

⁵¹ Louis FAVOREU, « Brèves réflexions sur la justice constitutionnelle en Afrique », *op. cit.* ; Karim DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », *op. cit.*, pp. 62 et s.

I- DANS LES RAPPORTS ENTRE LES POUVOIRS CONSTITUTIONNELS DE L'ÉTAT

C'est premièrement dans le cadre du contentieux relatif à la répartition des compétences entre pouvoirs publics constitutionnels⁵² que le juge garantit la séparation des pouvoirs. Or, dans le cadre de ce contentieux, le juge est amené à mettre en œuvre les mécanismes qui assurent la supériorité de la norme constitutionnelle⁵³ en occurrence le contrôle de constitutionnalité des textes. Aussi, sera-t-il abordé successivement la garantie par le contrôle abstrait de constitutionnalité (A) et la garantie par le contrôle concret de constitutionnalité (B).

A- LA GARANTIE PAR LE CONTRÔLE ABSTRAIT DE CONSTITUTIONNALITÉ

Le contrôle abstrait de constitutionnalité est un contrôle qui privilégie les impératifs objectifs d'unité, de sécurité, de prévisibilité du droit et de bonne administration de la justice, au détriment des intérêts subjectifs des individus ou la réparation de leur préjudice⁵⁴. Il ressort que le principe de la séparation des pouvoirs constitue une norme de référence de ce contrôle (1) et que, sur son fondement, le juge opère un cantonnement des pouvoirs des organes contrôlés (2).

1- Une norme de référence du contrôle de constitutionnalité

Considérée à ses débuts comme un simple postulat dogmatique de philosophie politique libérale, au sens de Faguet⁵⁵, la séparation des pouvoirs n'est pas demeurée seulement une maxime d'art politique célébrée en théorie⁵⁶. Elle est devenue en pratique un principe constitutionnel applicable dans la distribution des compétences des autorités publiques et une norme de référence du juge constitutionnel, c'est-à-dire

⁵² Le terme sera ici compris *lato sensu* comme incluant, outre les autorités immédiatement instituées par la Constitution, les organes ou autorités qui participent à l'exercice du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif comme le gouvernement, la majorité parlementaire, l'opposition politique, etc. Voy. Olivier DUHAMEL et Yves MÉNY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, op. cit., pp. 790 et s. ; Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., pp. 1659-1660.

⁵³ Demba SY, « Les fonctions de la justice constitutionnelle en Afrique », in Oumarou NAREY (dir.), *La justice constitutionnelle. Actes du colloque international de l'ANDC*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 43.

⁵⁴ Dominique ROUSSEAU, Pierre-Yves GAHDOUN, Julien BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ, 11^e édition, 2016, p. 314 ; Francis HAMON, Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 37^e édition, 2016-2017, p. 78.

⁵⁵ Émile FAGUET, *Le libéralisme*, Paris, Coda, 2004, pp. 116 et s.

⁵⁶ Abdoulaye SOMA, « Le peuple comme contre-pouvoir en Afrique », in *Revue du Droit Public*, n° 4, 2014, pp. 1019-1049, p. 1022 ; Abdoulaye SOMA, « La séparation des pouvoirs comme droit fondamental dans le constitutionnalisme contemporain », op. cit., p. 8.

une disposition constitutionnelle servant de fondement au contrôle de constitutionnalité des textes⁵⁷.

Le principe de la séparation des pouvoirs est l'une des normes les mieux assises dans la phénoménologie du droit constitutionnel contemporain⁵⁸. La reconnaissance du principe en Afrique francophone s'est opérée d'abord par son insertion dans les Constitutions⁵⁹. À titre d'illustration, au Sénégal⁶⁰, en Côte d'Ivoire⁶¹, au Niger⁶², au Gabon⁶³ ou à Madagascar⁶⁴, la Constitution consacre explicitement la séparation des pouvoirs dans son Préambule ou ses articles. La consécration peut être également implicite. Il peut s'agir de l'intégration dans la Constitution de textes internationaux ou étrangers comme la Déclaration française des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (DDHC) dont l'article 16 fait état du principe de la séparation des pouvoirs comme consubstantiel à l'ordre constitutionnel⁶⁵. Elle peut se déduire sinon, dans d'autres Constitutions, de la répartition matérielle des compétences entre les pouvoirs

⁵⁷ Michel De VILLIERS, Armel Le DIVELEC, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz-Sirey, 10^e édition, 2015, pp. 245-246.

⁵⁸ Philippe ARDANT, Bertrand MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 32^e édition, 2020, 640 p.; Olivier DUHAMEL, Guillaume TUSSEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Seuil, 5^e édition, 2019, 1088 p.

⁵⁹ Xavier BOISSY, *La séparation des pouvoirs œuvre jurisprudentielle : sur la construction de l'État de droit postcommuniste*, op. cit., p. 53.

⁶⁰ Préambule de la Constitution de la République du Sénégal du 22 janvier 2001 : proclame « (...) la séparation et l'équilibre des pouvoirs conçus et exercés à travers des procédures démocratiques ». Le Préambule est partie intégrante de la Constitution suivant ses propres termes; Voy. Ismaïla Madior FALL, *Évolution constitutionnelle du Sénégal : de la veille de l'indépendance aux élections de 2007*, Paris-Dakar, Kartala-CREPOS-CREDILA, 2009, 191 p.

⁶¹ Préambule de la Constitution de la République de Côte d'Ivoire du 8 novembre 2016 : « Proclamons notre attachement aux principes de la démocratie pluraliste fondée sur la tenue d'élections libres et transparentes, de la séparation et de l'équilibre des pouvoirs »; Voy. Francis WODIÉ, *Institutions politiques et droit constitutionnel en Côte d'Ivoire*, Abidjan, Presses universitaires de Côte d'Ivoire (PUCI), 1996, 625 p.

⁶² Constitution du Niger du 25 novembre 2010, article 89 : « (...) de respecter et faire respecter les principes de la séparation des pouvoirs »; Voy. Moussa ZAKI, « Régime semi présidentiel et séparation des pouvoirs : Retour sur un appariement classique à la lumière de l'expérience constitutionnelle du Niger », *Revue électronique Afrilex*, décembre 2017, 30 p.

⁶³ Constitution de la République Gabonaise du 26 mars 1991, article 5 : « La République Gabonaise est organisée selon les principes de la souveraineté nationale, de la séparation des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire et celui de l'État de droit »; Voy. Dominique ETHOUGHE, *La consolidation de l'État de droit au Gabon. L'article 91 de la Constitution : sens et portée*, L'Harmattan, Coll. Études africaines, 2018, 124 p.

⁶⁴ Article 163 de la Constitution malgache du 11 décembre 2010; Voy. Andrianaivo Ravelona RAJAONA, « La juridiction constitutionnelle à Madagascar », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 8-1992, 1994. Les méthodes de travail des juridictions constitutionnelles. pp. 111-157.

⁶⁵ Préambule de la Constitution de la République du Sénégal du 22 janvier 2001 : affirme « son adhésion à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (...) »; Préambule de la Constitution de la République Gabonaise du 26 mars 1991 : « Affirme solennellement son attachement aux droits de l'Homme et aux libertés fondamentales tels qu'ils résultent de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 (...) ».

constitutionnels sans que, ni les articles de la Constitution, ni son Préambule ne fassent mention de l'expression « séparation des pouvoirs »⁶⁶.

À la suite du constituant, la reconnaissance de la séparation des pouvoirs dans les États sous étude fut l'œuvre du juge constitutionnel. Par sa constitutionnalisation, elle cessait d'être une simple théorie pour devenir un principe constitutionnel s'imposant à tous et même au juge qui l'intègre désormais parmi les normes de référence de son contrôle⁶⁷. C'est ainsi qu'au Sénégal, le juge constitutionnel a pu invalider certaines dispositions de la loi organique n° 92.25 du 30 mai 1992 sur le fondement, entre autres, de l'article 16 de la D.D.H.C. portant sur la séparation des pouvoirs qu'il a qualifié au passage de « principe à valeur constitutionnelle »⁶⁸. Le Conseil constitutionnel ivoirien a aussi qualifié « la séparation et l'équilibre des pouvoirs » de « principes et règles de valeurs constitutionnelles » dans son Avis n° 2005-013/CC/SG⁶⁹. De même au Niger, dans un arrêt rendu le 28 juillet 2020, la Cour constitutionnelle a censuré l'article 20 de la loi organique modifiant et complétant la loi n° 2011-12 du 27 juin 2011 parce qu'il viole « (...) le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs »⁷⁰. Enfin, au Bénin la Cour constitutionnelle a considéré que les articles 54, 98, 100, 125 et 126 de la Constitution posent le principe de la séparation des pouvoirs en droit constitutionnel béninois⁷¹. Elle a, par ailleurs, donné une définition de la séparation des pouvoirs qui « (...) signifie que chacun des pouvoirs exerce ses compétences sans que l'un puisse exercer celles de l'autre, ni s'immiscer dans l'exercice de ses attributions (...) »⁷². Subséquemment, les actes qui portent atteinte au principe de la séparation des pouvoirs sont censurés par la Cour.

À tout bien considéré, il ne pouvait en être autrement du moment que la séparation des pouvoirs a revêtu l'étoffe de principe ou de règle à valeur constitutionnelle. Il est donc logique qu'il soit intégré parmi les normes de référence du contrôle de constitutionnalité justifiant que le juge veille à son respect. À cet égard, la séparation

⁶⁶ C'est le cas de la Constitution burkinabè du 11 juin 1991 qui ne fait mention de la séparation des pouvoirs ni dans son Préambule, ni dans ses articles mais qui consacre à travers ses dispositions le partage du pouvoir d'État à des organes distincts et indépendants.

⁶⁷ Agnès ROBLOT-TROIZIER, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op. cit.*, p. 97.

⁶⁸ Conseil constitutionnel du Sénégal, Décision n° 11-C-93 du 23 juin 1993, affaire n° 2-C-93, Considérant n° 14 : « (...) le législateur a outrepassé ses compétences (...), en violation de principes à valeur constitutionnelle, sans qu'en aucun cas, cette violation puisse être justifiée par la sauvegarde de l'intérêt général ou de l'ordre public ».

⁶⁹ Conseil constitutionnel ivoirien, Avis n° 2005-013/CC/SG du 15 décembre 2005, Considérant n° 4 : « (...) les pouvoirs de l'Assemblée Nationale ne peuvent prendre fin sans porter atteinte à des principes et règles de valeurs constitutionnelles ; qu'il en va ainsi : - de « la séparation et l'équilibre des pouvoirs » (...). Pour plus de précisions voy. Djédjro MELEDJE, *Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle ivoirienne*, Abidjan, CNDJ, 2012, pp. 515-517.

⁷⁰ Cour constitutionnelle du Niger, Arrêt n° 06/CC/MC du 28 juillet 2020, 29^e considérant.

⁷¹ Cour constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 34-94 du 23 décembre 1994 ; Décision DCC 98-042 du 14 mai 1998, AYIKPE Louis ; décision du 27 décembre 2007.

⁷² *Ibid.*

des pouvoirs apparaît comme le substrat du contrôle de constitutionnalité et permet un cantonnement du pouvoir des organes contrôlés.

2- Un cantonnement des pouvoirs des organes contrôlés

Le contrôle de constitutionnalité des textes consiste à rapporter ceux-ci aux normes de référence du bloc de constitutionnalité⁷³ dont le principe de la séparation des pouvoirs fait partie. Dans ce sens, « l'apparition puis l'accentuation des interventions d'une Cour ou d'un Conseil constitutionnel relèvent en principe d'une logique de limitation des pouvoirs exécutif et surtout législatif »⁷⁴. En la matière, l'office du juge constitutionnel africain francophone a permis de ramener l'exécutif à un rôle « d'exécution » en sanctionnant ses empiètements sur le domaine de la loi⁷⁵. De même, pour reprendre la formule du doyen Vedel, le juge reçoit et tranche les « recours pour excès de pouvoir législatif »⁷⁶ cantonnant ainsi le parlement dans son champ de compétence.

Contrairement à la France où le rôle originaire du Conseil constitutionnel, décliné par les constituants de 1958, était de mettre fin à l'hégémonie des assemblées et aux déviations du régime parlementaire⁷⁷, les nouvelles juridictions constitutionnelles africaines, pour leur part, étaient plus préoccupées à contenir la prééminence de l'exécutif ainsi que ses velléités arbitraires⁷⁸. Partant, des pays comme le Gabon⁷⁹ ou le Bénin⁸⁰ ont ouvert la possibilité de soumettre les actes de l'exécutif – actes réglementaires et ordonnances – à un contrôle de constitutionnalité⁸¹. Au Bénin par exemple, le juge constitutionnel déclara contraire à la Constitution le décret présidentiel n° 2008-158 du 28 mars 2008 qui instituait l'Organe Présidentiel de la

⁷³ Francis HAMON, Céline WIENER, *Le contrôle de constitutionnalité*, Paris, La Documentation française, 1994, pp. 28 et s.

⁷⁴ André CABANIS, Michel Louis MARTIN, « Un espace d'isomorphisme constitutionnel : l'Afrique francophone », in *La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges LAVROFF*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 343-358, p. 348.

⁷⁵ Sory BALDE, « Juge constitutionnel et transition démocratique. Étude de cas en Afrique subsaharienne francophone », in *VIII^e Congrès mondial de l'Association internationale de Droit constitutionnel*, Mexico, 6-10 décembre 2010, p. 11.

⁷⁶ Georges VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1/1996.

⁷⁷ Dominique ROUSSEAU, Pierre-Yves GAHDOUN, Julien BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 34.

⁷⁸ Albert BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique », op. cit., p. 729 ; Frédéric Joël AÏVO, *Le Président de la République en Afrique noire francophone : genèse, mutations et avenir de la fonction*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 94.

⁷⁹ Constitution gabonaise du 26 mars 1991, Article 84.

⁸⁰ Articles 3 et 117 de la Constitution béninoise de 1990.

⁸¹ Placide MOUDODOU, « Réflexions sur le contrôle des actes réglementaires par le juge constitutionnel africain : cas du Bénin et du Gabon », *Annales de l'Université Marien NGOUABI*, 2011-2012, pp. 65-91 ; Célestin KEUTCHA TCHAPNGA, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 75, n° 3, 2008, pp. 551-583.

Médiation aux motifs qu'aux termes de la Constitution, c'est le pouvoir législatif qui est compétent pour connaître de tous les domaines relatifs à l'organisation générale de l'Administration⁸². La protection des prérogatives du Parlement⁸³ a également conduit le juge béninois à sanctionner le gouvernement dans ses décisions DCC 10-144 du 14 décembre 2010 et DCC 30-94 du 1^{er} octobre 1994 aux motifs que le gouvernement n'a pas le droit de se substituer aux députés pour élaborer le budget de l'Assemblée Nationale⁸⁴. En effet, le principe de la séparation des pouvoirs suppose que soit sauvegardée l'autonomie financière du Parlement⁸⁵. Plus récemment au Burkina Faso, le Conseil constitutionnel a émis un avis défavorable sur un projet d'ordonnance du gouvernement parce que contraire à l'objet de la loi d'habilitation législative⁸⁶ mais aussi, parce que son « importance nécessite qu'il fasse l'objet d'un débat à l'Assemblée Nationale »⁸⁷. Ces décisions montrent que le juge constitutionnel n'est plus porté à traduire dans ses décisions la volonté du pouvoir exécutif⁸⁸.

La limitation de la liberté normative du gouvernement profite en premier chef au Parlement qui, désormais, est moins porté à la servilité vis-à-vis de l'exécutif⁸⁹. Toutefois, le juge constitutionnel africain est également « censeur du Parlement »⁹⁰ car, et pour reprendre l'*obiter dictum* de son homologue français, « la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »⁹¹. Or, la valeur constitutionnelle de la séparation des pouvoirs n'est pas sujette à débat. Par conséquent, le juge sanctionne régulièrement les empiètements du pouvoir législatif sur les compétences des autres pouvoirs au nom de la séparation des pouvoirs. En l'occurrence, le principe de la séparation des pouvoirs interdit au pouvoir législatif de

⁸² Cour constitutionnelle du Bénin, Décision n° DCC 08-066 du 26 mai 2008.

⁸³ Voy. Frédéric Joël AïVO, « La « doctrine démocratique » de la Cour constitutionnelle : arrêt sur image du millésime 2011-2012 », in Mohamed Ali MEKOUAR et Michel PRIEUR (dir.), *Droit, humanité et environnement. Mélanges en l'honneur de Stéphane Doumbé-Billé*, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 945-961, pp. 947-949.

⁸⁴ Simon DAKO, « La résolution juridictionnelle des conflits entre le Gouvernement et le Parlement au Bénin », in Frédéric Joël AïVO (coord.), *op. cit.*, pp. 327-366, p. 339.

⁸⁵ Cour constitutionnelle du Niger, Arrêt n° 05/CC/MC du 28 juillet 2020, 10^e Considérant ; Conseil constitutionnel français, Décision n° 2001-448 DC, 25 juillet 2001, Loi organique relative aux lois de finances, 25^e Considérant ; Décision n° 2001-456 DC, 27 décembre 2001, Loi de finances pour le budget de l'État 2002, 47^e Considérant.

⁸⁶ La loi n° 015-2020/AN du 05 mai 2020 autorisant le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnances dans le cadre de la lutte contre la maladie à Coronavirus (COVID-19).

⁸⁷ Avis n° 2020-001/CC du 23 juillet 2020 sur le projet d'ordonnance portant régime juridique applicable aux agents contractuels non permanents de la fonction publique d'État.

⁸⁸ Karim DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », *op. cit.*, p. 63.

⁸⁹ Gérard CONAC, « La modernisation des droits en Afrique : du droit de l'État à l'État de droit », *Un passeur entre les mondes*, in *Mélanges en l'honneur de Michel Alliot*, publication de la Sorbonne, Paris, 2000, p. 294.

⁹⁰ Fatimata DIALLO, *Le juge constitutionnel dans la construction de l'État de droit au Sénégal*, *op. cit.*, p. 36.

⁹¹ Conseil constitutionnel français, Décision 85-197 du 23 août 1985.

s'immiscer dans l'exercice du pouvoir judiciaire ou de faire entrave à la justice⁹². Il interdit que le Parlement paralyse l'activité du gouvernement en refusant de se prononcer sur le projet de loi de finances de l'État⁹³ ou qu'il opère par une loi, le partage du pouvoir réglementaire⁹⁴. Il justifie également la censure d'une loi qui conduit à la confiscation de l'institution chargée de l'organisation des élections par les groupes parlementaires de la majorité⁹⁵. Enfin, en droit comparé, le principe de la séparation des pouvoirs interdit au législateur d'adresser des injonctions au gouvernement tendant à ce qu'il consulte une commission parlementaire⁹⁶ ou que des commissions parlementaires puissent enquêter sur des faits donnant lieu à des poursuites judiciaires⁹⁷.

En somme, les juridictions constitutionnelles en Afrique sont devenues les « chiens de garde »⁹⁸ des rapports entre l'exécutif et le législatif. Leur intervention permet le maintien de chaque organe constitutionnel dans son champ de compétence en vertu du principe de la séparation des pouvoirs. Cependant, le contrôle par le juge constitutionnel des pouvoirs publics constitutionnels ne se limite pas à l'encadrement de leurs activités normatives⁹⁹. Par le mécanisme du contrôle concret de constitutionnalité des textes, il s'est érigé en défenseur d'une nouvelle séparation des pouvoirs.

B- LA GARANTIE PAR LE CONTRÔLE CONCRET DE CONSTITUTIONNALITÉ

Contrairement au contrôle abstrait, on parle de contrôle concret de constitutionnalité lorsque le juge examine le texte soumis au contrôle à l'occasion d'un cas concret d'application, notamment lors d'un litige particulier dont la solution dépend de cet examen¹⁰⁰. Grâce à ce contrôle, le juge constitutionnel a opéré une reconfiguration de la séparation des pouvoirs (1), conduisant ainsi à une limitation du pouvoir (2).

⁹² Cour constitutionnelle du Niger, Arrêt n° 06/CC/MC du 28 juillet 2020, 29^e considérant ; Conseil constitutionnel burkinabè, décision n° 2007-03/CC du 04 juillet 2007 ; Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n° 11-C-93 du 23 juin 1993, *op. cit.* ; décision n° 15/93 du 27 juillet 1994 et décision n° 2/C/97 du 03 décembre 1997 ; Cour constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 98-042 du 14 mai 1998, *op. cit.*

⁹³ Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 10-144 du 14 décembre 2010, dernier Considérant.

⁹⁴ Haute Cour constitutionnelle de Madagascar, Décision n° 25-HCC/D.3 du 23 août 1995.

⁹⁵ Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 00-078 du 7 décembre 2000.

⁹⁶ Conseil constitutionnel français, Décision n° 70-41 DC, 30 décembre 1970, Loi de finances rectificative pour 1970 ; Décision n° 2009-577 DC, 3 mars 2009, Loi relative à la communication audiovisuelle, Considérants 29 à 31.

⁹⁷ *Ibid*, Décision n° 2009-582 DC du 25 juin 2009.

⁹⁸ Dodzi KOKOROKO, « Les élections disputées : réussites et échecs », in *Pouvoirs*, 129, 2009, p. 122.

⁹⁹ Fatimata DIALLO, *Le juge constitutionnel dans la construction de l'État de droit au Sénégal*, *op. cit.*, p. 48.

¹⁰⁰ Francis HAMON, Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 78.

1- Une reconfiguration de la séparation des pouvoirs

La pratique des cours et conseils constitutionnels en Afrique au cours des trois dernières décennies a souvent prouvé, selon André Cabanis, leur capacité à apporter une contribution positive à la solution de différends susceptibles d'apparaître entre les acteurs du débat politique¹⁰¹. Le juge, par exemple, ne se contente plus uniquement de veiller au respect de la séparation classique des pouvoirs entre l'exécutif, le législatif et le juridictionnel, mais en raison du poids du fait majoritaire, il réactualise ce principe en consacrant une nouvelle forme de séparation des pouvoirs¹⁰².

Dans sa conception classique, la théorie de la séparation des pouvoirs repose sur une différenciation organique et fonctionnelle, au sein de l'État, des trois fonctions législative, exécutive et juridictionnelle, afin de garantir les libertés et de prévenir tout despotisme¹⁰³. Elle postule que ces pouvoirs devraient être rigoureusement séparés afin que la même personne ou le même corps qui fasse la loi ne puisse l'exécuter ou rendre la justice et inversement¹⁰⁴. Cependant, cette théorie a été élaborée à une époque où n'existaient pas encore les partis politiques¹⁰⁵. Elle est donc devenue inadaptée face à une nouvelle configuration des pouvoirs marquée par le parlementarisme majoritaire avec son corollaire de phénomène majoritaire ou fait majoritaire¹⁰⁶. Le fait majoritaire consiste, pour le gouvernement, à disposer d'une majorité stable et fidèle, sur laquelle il peut s'appuyer tout au long de son mandat¹⁰⁷. Il conduit généralement à un déséquilibre des pouvoirs au profit de l'exécutif. Ce phénomène annihile les chances de voir le parlement exercer pleinement ses pouvoirs en raison de son affaiblissement¹⁰⁸, de son abaissement¹⁰⁹ ou de sa domestication¹¹⁰.

¹⁰¹ André CABANIS, « Les cours et les conseils constitutionnels, modernes régulateurs de la nouvelle gouvernance en Afrique ? », in (D.) (F.) MELEDJE, (M.) BLEOU et (F.) KOMOIN (dir.), *Mélanges dédiés au doyen Francis V. WODIE*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016, pp. 97-110.

¹⁰² Adama KPODAR, « Décision de la Cour constitutionnelle DCC 09-002 du 8 juillet 2009 : Une bonne année pour la démocratie pluraliste », disponible sur <http://la-constitution-en-afrique.over-blog.com/article-26613703.html>, consulté le 10 septembre 2020, p. 6.

¹⁰³ Jean-Philippe FELDMAN, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *op. cit.*, p. 483 ; Abdoulaye SOMA, « Le peuple comme contre-pouvoir en Afrique », *op. cit.*, p. 1022.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Hilaire AKEREKORO, « La Cour constitutionnelle et le bloc de constitutionnalité au Bénin », *op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁶ Jean-François KERLEO, « Le fait majoritaire, chronique d'une mort annoncée ? », *Jus Politicum*, n° 18, <http://juspoliticum.com/article/Le-fait-majoritaire-chronique-d-une-mort-annoncee-1172.html>, consulté le 11 septembre 2020, pp. 337-354.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Jean-Claude MASCLÉ, « Le Rôle du député et ses attaches institutionnelles sous la V^e République », Paris, L.G.D.J., Col. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1979, p. 1.

¹⁰⁹ Guy CARCASSONNE, « La résistance de l'Assemblée nationale à l'abaissement de son rôle », in Olivier DUHAMEL et Jean-Luc PARODI (dir.), *La Constitution de la V^e République*, Presses de Sciences Po, Col. « Références », 2^e édition, 1988, p. 330.

Le fait majoritaire se manifeste en Afrique par un alignement des pouvoirs¹¹¹. On parle d'alignement des pouvoirs pour désigner une situation dans laquelle les organes des différentes fonctions de l'État existent formellement, mais s'inscrivent politiquement dans la même mouvance partisane¹¹². Ces organes ne peuvent plus, dès lors, jouer leur rôle de contre-pouvoir¹¹³. Or, comme l'a enseigné Montesquieu, « pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »¹¹⁴. On en déduit donc que le fait majoritaire, par l'alignement des pouvoirs qu'il occasionne, rend inopérant le principe classique de la séparation des pouvoirs¹¹⁵.

Il devenait donc urgent que le juge constitutionnel intervienne afin de desserrer la contrainte du fait majoritaire sur le fonctionnement des institutions. C'est quand même lui « l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics » aux termes des textes constitutionnels¹¹⁶ et de la jurisprudence¹¹⁷. Ainsi, afin d'éviter la dictature de la majorité parlementaire sur la minorité et afin de garantir les droits de l'opposition politique face au pouvoir, le juge s'est érigé en défenseur d'une nouvelle séparation des pouvoirs qui s'énonce comme suit : majorité versus opposition politique¹¹⁸. On peut en trouver témoignages éloquentes et concordants dans les décisions des Cours constitutionnelles du Bénin¹¹⁹, du Mali¹²⁰ ou du Niger¹²¹. Leur jurisprudence démontre que la séparation des pouvoirs induit, au second degré, l'existence d'autres contre-pouvoirs structurels que sont les partis politiques, dans le jeu dialectique de la majorité et de l'opposition au sein d'une

¹¹⁰ Michel LASCOMBE, *Droit Constitutionnel de la Vé République*, Paris, L'Harmattan, Col. « Logiques juridiques », 5^e édition, 1997, pp. 83 et s.

¹¹¹ C'est la situation dans plusieurs États objet de notre étude, où un même groupe politique dispose de tous les leviers du pouvoir : Côte d'Ivoire (2010-2020), Burkina Faso (1991-2014), Cameroun, Gabon, Togo.

¹¹² Abdoulaye SOMA, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Afrique noire francophone », in *Revue Suisse Pratique Juridique Actuelle*, n° 5, 2011, pp. 619-641, note 182.

¹¹³ Abdoulaye SOMA, « Le peuple comme contre-pouvoir en Afrique », *op. cit.*, p. 1023.

¹¹⁴ Charles MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Paris, éd. Gallimard, 1995, p. 72.

¹¹⁵ « (...) par le fait majoritaire, la séparation des pouvoirs est devenue un mythe », Adama KPODAR, « Décision de la Cour constitutionnelle DCC 09-002 du 8 juillet 2009 : Une bonne année pour la démocratie pluraliste », *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁶ Article 114 de la Constitution du Bénin, 99 pour le Togo, 85 pour le Mali, 83 pour le Gabon.

¹¹⁷ Cour constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 03-078 du 12 mai 2003, Gougbedji Cyrille.

¹¹⁸ Adama KPODAR, « Décision de la Cour constitutionnelle DCC 09-002 du 8 janvier 2009 : Une bonne année pour la démocratie pluraliste », *op. cit.*, p. 6 ; Hilaire AKEREKORO, « La Cour constitutionnelle et le bloc de constitutionnalité au Bénin », *op. cit.*, p. 24 ; Augustin LOADA, Luc Marius IBRIGA, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, pp. 110 et s.

¹¹⁹ Décisions DCC 34-94 du 23 décembre 1994 ; DCC 01-011 du 12 janvier 2001 ; décision du 26 novembre 2003 ; DCC 09-002 du 08 janvier 2009 ; DCC 11-066 du 06 octobre 2011.

¹²⁰ Décision du 15 septembre 2006.

¹²¹ Arrêt 95/05 du 05 septembre 1995 ; Arrêt 95/07 du 22 septembre 1995 ; Arrêt 96/03 du 16 janvier 1996.

société démocratique pluraliste¹²². Il est alors permis de parler d'une réactualisation du principe de la séparation des pouvoirs par le juge¹²³.

Par ailleurs, s'il est vrai que cette réactualisation participe au renforcement des sources matérielles du droit constitutionnel des institutions¹²⁴, elle permet surtout d'apporter une limitation au pouvoir majoritaire.

2- Une limitation du pouvoir

Le pouvoir dont il est ici question est le pouvoir majoritaire¹²⁵ qui procède du fait majoritaire. Aussi, il sera utilisé indistinctement l'expression « pouvoir majoritaire » pour désigner aussi bien, le fait majoritaire que, le pouvoir majoritaire *stricto sensu*. La limitation de ce pouvoir a conduit le juge constitutionnel à s'ériger en arbitre des conflits entre la majorité et la minorité parlementaires et entre la mouvance présidentielle et l'opposition politique.

La majorité parlementaire s'entend juridiquement du « parti ou coalition de partis détenant la majorité des sièges au Parlement (...) »¹²⁶. Elle s'oppose à la minorité qui est le parti ou le groupe qui réunit le moins de sièges. Le juge constitutionnel veille scrupuleusement à la protection de cette minorité afin de prévenir la dictature de la majorité parlementaire ou son absolutisme, contraire à l'idée de démocratie pluraliste¹²⁷. C'est le cas au Bénin où le juge est intervenu dans ce sens, dans le fonctionnement de l'institution parlementaire notamment dans la désignation des députés devant siéger au sein des organes de gestion du Parlement ou dans d'autres institutions comme la Haute Cour de Justice (HCJ) ou la Commission Électorale Nationale Autonome (CENA). Cette désignation doit se faire, à en croire la haute juridiction constitutionnelle béninoise, « selon le principe à valeur constitutionnelle de

¹²² Daniel Louis SEILIER, *Les partis politiques*, cité par Abdoulaye SOMA, « Le peuple comme contre-pouvoir en Afrique », *op. cit.*, p. 1023.

¹²³ Adama KPODAR, « Décision de la Cour constitutionnelle DCC 09-002 du 8 janvier 2009 : Une bonne année pour la démocratie pluraliste », *op. cit.*, p. 6.

¹²⁴ Hilaire AKEROKORO, « La Cour Constitutionnelle et le bloc de constitutionnalité au Bénin », *op. cit.*, p. 24.

¹²⁵ On parle de pouvoir majoritaire, au sens strict du terme, lorsque le Président de la République, le Gouvernement et la majorité parlementaire appartiennent à la même majorité, créant de ce fait une « soudure » entre ces trois pouvoirs théoriquement séparés. Voy. J. BENETTI, « L'impact du fait majoritaire sur la nature du régime », *LPA*, n° 138, 10 juillet 2008, p. 20-25.

¹²⁶ Olivier DUHAMEL et Yves MÉNY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 615 et s. ; Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 1357.

¹²⁷ Dodzi KOKOROKO, « L'apport de la jurisprudence constitutionnelle africaine à la consolidation des acquis démocratiques. Les cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo », *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, n° 18, 2007, p. 98 ; Marie-Madeleine MBORANTSUO, *La contribution des cours constitutionnelles à l'État de droit en Afrique*, Paris, Economica, 2007, 366 p.

la représentation proportionnelle majorité/minorité »¹²⁸. Comme le fait remarquer Adama Kpodar, cette décision doit être hissée au tabernacle des vecteurs de la démocratie »¹²⁹. Elle fait de la représentation proportionnelle majorité/minorité un principe à valeur constitutionnelle. Pour autant, elle n'est que le couronnement d'une jurisprudence constante¹³⁰ de la Cour Constitutionnelle du Bénin en matière de défense du pluralisme politique. En effet, huit ans plus tôt, soit en 2001, la Cour avait très clairement précisé « (...) qu'en tout état de cause, quelle que soit la configuration politique de l'Assemblée nationale, aucun groupe parlementaire, aucune force politique ne doit s'attribuer le monopole de la CENA et de ses démembrements... »¹³¹ et cela, afin d'éviter « (...) la confiscation de cette institution par certains groupes parlementaires... »¹³². Dans la même perspective, au Mali le juge constitutionnel a annulé l'élection du bureau de l'Assemblée Nationale aux motifs qu'un groupe parlementaire a été empêché d'y siéger¹³³. À la lumière de ces décisions, il ne serait pas excessif d'affirmer que le juge constitutionnel assure la protection du statut et des droits de la minorité, dans le nouveau schéma de la séparation des pouvoirs¹³⁴.

Le juge constitutionnel arbitre également les conflits entre la mouvance présidentielle et l'opposition politique. Ce fut le cas au Niger, dans le cadre de la cohabitation survenue après les élections législatives anticipées de 1995 qui ont donné une courte majorité à la coalition de l'opposition dirigée par Hama Amadou. Ce dernier fut nommé par la suite Premier ministre conformément à la Constitution qui impose que le Premier ministre soit nommé au sein de la majorité parlementaire. À la suite de conflits qui ont opposé le Premier ministre au Président de la République Mahamane Ousmane, le juge constitutionnel intervint, dans un premier temps, afin d'empêcher la dénaturation du régime politique par le Président de la République¹³⁵. Il refusa au Président Ousmane le droit de veto législatif qu'il revendiquait¹³⁶ et lui signifia qu'il n'a pas le monopole dans le choix de l'ordre du jour du Conseil des ministres et que

¹²⁸ « (...) le choix des députés appelés à représenter l'Assemblée Nationale en tant que Corps, à animer ses organes de gestion ou à siéger au sein d'autres institutions de l'État, doit se faire selon le principe à valeur constitutionnelle de la représentation proportionnelle majorité/minorité », décision 09-002 du 08 janvier 2009. Voy. également les décisions DCC 09-015 du 19 février 2009 ; DCC 10-049 du 05 avril 2010 et DCC 11-047 du 21 juillet 2011.

¹²⁹ Adama KPODAR, « Décision de la Cour constitutionnelle DCC 09-002 du 8 janvier 2009 : Une bonne année pour la démocratie pluraliste », *op. cit.*, p. 1.

¹³⁰ DCC 00-078 du 7 décembre 2000 ; Décision DCC 01-011 du 12 janvier 2001 ; Décision EL-P 01-53 du 17 mars 2001.

¹³¹ Décision DCC 001-011 du 12 janvier 2001 relative à la procédure de désignation des membres de la CENA et des membres de la Commission Électorale Départementale (CED).

¹³² *Ibid.*

¹³³ Décision du 15 septembre 2006.

¹³⁴ Demba SY, « Les fonctions de la justice constitutionnelle en Afrique », in Oumarou NAREY (dir.), *La justice constitutionnelle. Actes du colloque international de l'ANDC*, *op. cit.*, p. 59.

¹³⁵ Delphine EMMANUEL ADOUKI, « Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique », in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 95, 2013/3, pp. 611-638, p. 620.

¹³⁶ Arrêts n°s 95-05/CH. CONS. et 95-06/CH. CONS du 5 septembre 1995.

cette prérogative échoit au gouvernement en cas de désaccord avec le Premier ministre sur ce sujet¹³⁷. Le juge intervint, dans un second temps, pour assurer la protection de l'institution présidentielle en veillant à ce que le Premier ministre demeure dans ses attributions constitutionnelles¹³⁸. Le Premier ministre tenta, en effet, de s'emparer de la totalité du pouvoir exécutif, notamment, en convoquant et présidant seul un Conseil des ministres, au cours duquel il procéda au remplacement de cadres antérieurement nommés par décret présidentiel¹³⁹. En l'espèce, le juge constitutionnel apparaît comme un contrepoids voire un contre-pouvoir servant de frein aux excès, qu'ils viennent de la mouvance présidentielle ou de l'opposition.

En somme, la justice constitutionnelle en Afrique francophone contribue à la création et au renforcement d'un statut de l'opposition à travers le contrôle de constitutionnalité, devenu une arme de l'opposition contre la majorité politique¹⁴⁰. En réalité, derrière la volonté non dissimulée du juge constitutionnel de limiter le pouvoir majoritaire, c'est *in fine* le principe de la séparation des pouvoirs qu'il entend garantir. Par ailleurs, il ne garantit pas ce principe uniquement dans une logique institutionnelle mais également dans les rapports des particuliers avec les institutions de l'État.

II- DANS LES RAPPORTS DES PARTICULIERS AVEC LES INSTITUTIONS DE L'ÉTAT

Il s'agira de démontrer, dans cette partie de la réflexion, que le juge constitutionnel garantit également le principe de la séparation des pouvoirs dans les rapports des particuliers avec les institutions de l'État. Dans le cadre de ces rapports, le juge protège les particuliers contre l'arbitraire possible des pouvoirs publics en garantissant la protection de l'indépendance des juridictions (A) comme corollaire du principe de la séparation des pouvoirs. Bien plus, il fait de la séparation des pouvoirs le socle de la protection des droits fondamentaux (B).

A- LA GARANTIE PAR LA PROTECTION DE L'INDÉPENDANCE DES JURIDICTIONS

Le principe de l'indépendance des juridictions signifie que le pouvoir judiciaire exerce ses compétences sans qu'aucun des autres pouvoirs ne puissent l'exercer à sa place, ni s'immiscer dans l'exercice de ses attributions¹⁴¹. Ce principe est rattaché à la séparation des pouvoirs (1) et le juge sanctionne sa violation au travers de la séparation des pouvoirs (2).

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Delphine EMMANUEL ADOUKI, « Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique », *op. cit.*, p. 620.

¹³⁹ Arrêt 95/07 du 22 septembre 1995 et arrêt 96/03 du 16 janvier 1996.

¹⁴⁰ Demba SY, « Les fonctions de la justice constitutionnelle en Afrique », in Oumarou NAREY (dir.), *La justice constitutionnelle. Actes du colloque international de l'ANDC*, *op. cit.*, p. 59.

¹⁴¹ Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 98-042 du 14 mai 1998, AYIKPE Louis.

1- Un principe rattaché à la séparation des pouvoirs

Rendre la justice est l'une des missions régaliennes de tout État souverain et démocratique¹⁴². Cela suppose l'existence d'institutions au sein de l'État commises à cette tâche. Le principe de la séparation des pouvoirs commande l'indépendance des autorités juridictionnelles¹⁴³. Il implique aussi bien l'indépendance des organes que des fonctions juridictionnels.

Le juge constitutionnel africain francophone a beaucoup œuvré pour assurer l'indépendance des organes juridictionnels essentiellement à travers la protection du statut de la magistrature. Cette protection passe, d'abord, par la garantie du principe d'inamovibilité des magistrats du siège¹⁴⁴. Le juge considère ce principe comme étant une garantie essentielle de l'indépendance des magistrats et annule des décrets d'affectation lui portant atteinte¹⁴⁵. Il précise en plus que l'inamovibilité est « un corollaire de l'indépendance du magistrat »¹⁴⁶ et qu'« il doit lui être garanti dans toute sa carrière »¹⁴⁷. L'indépendance des organes juridictionnels implique, ensuite, que le juge encadre étroitement la liberté du législateur dans la détermination des règles fixant le statut de la magistrature¹⁴⁸. Au Sénégal par exemple, le juge a censuré une loi organique modifiant la loi organique portant statut de la magistrature aux motifs que cette loi « créait... entre différentes catégories de magistrats des inégalités et des discriminations susceptibles d'engendrer des iniquités et des situations arbitraires contraires au principe d'indépendance de la Magistrature... »¹⁴⁹. De même, au Burkina Faso, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution la loi organique n° 033-2006/AN du 21 décembre 2006 modifiant la loi organique sur la Cour des Comptes, aux motifs qu'elle était contraire à la loi organique portant sur le statut de la

¹⁴² Hilaire AKEREKORO, « La Cour constitutionnelle et le pouvoir judiciaire au Bénin : une approche fonctionnelle », in *Revue électronique Afrilex*, décembre 2019, p. 3.

¹⁴³ Élisabeth ZOLLER, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 340 ; Thierry S. RENOUX, « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir judiciaire en France dans le modèle européen de contrôle de constitutionnalité des lois », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46, numéro 3, juillet-septembre 1994, pp. 891-899.

¹⁴⁴ Article 126 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 ; article 140 de la Constitution ivoirienne du 8 novembre 2016 ; article 119 de la Constitution nigérienne, article 130 de la Constitution burkinabè.

¹⁴⁵ Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 97-033 du 10 juin 1997. Voy. également, Joseph DJOGBENOU, « Principe de l'indépendance de la justice. Décision DCC 97-033 du 10 juin 1997 », in *Annuaire Béninois de Justice Constitutionnelle, Dossier spécial 21 ans de jurisprudence de la Cour Constitutionnelle du Bénin (1991-2012)*, Presses Universitaires du Bénin, 2013, pp. 617-623.

¹⁴⁶ Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 98-007 du 07 octobre 1998, KOKODOKO Gilbert.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Élisabeth ZOLLER, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 341.

¹⁴⁹ Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n° 15/93 du 27 juillet 1994.

magistrature¹⁵⁰. Plus récemment, il a censuré certaines dispositions de la loi organique n° 017-2016/AN du 26 mai 2016 toujours sur la Cour des comptes, aux motifs que « le terme de magistrat a été indistinctement employé pour désigner tous les membres de la Cour des comptes »¹⁵¹ alors que la Cour des comptes comprend des membres magistrats et des membres non-magistrats. L'indépendance, enfin, doit être considérée comme s'appliquant aussi aux conditions dans lesquelles les autorités judiciaires exercent leurs fonctions¹⁵².

L'indépendance des juridictions ne serait pas complète si elle n'impliquait pas également l'indépendance dans l'exercice des fonctions juridictionnelles. Pour ce faire, « le législatif et l'exécutif ne doivent ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir judiciaire ni faire entrave à la justice »¹⁵³. En effet, le principe de la séparation des pouvoirs interdit aux pouvoirs législatif et exécutif d'empiéter sur le pouvoir judiciaire en censurant ou en anéantissant les décisions de justice passées en force de chose jugée¹⁵⁴. Ce dernier point implique aussi l'impossibilité pour le législateur de voter des lois rétroactives susceptibles de remettre en cause l'autorité des décisions de justice¹⁵⁵, mais il n'empêche pas le vote de lois d'amnistie qui constituent une « dérogation » au principe de la séparation des pouvoirs¹⁵⁶. En France, l'indépendance des fonctions juridictionnelles interdit au législateur d'adresser des injonctions ou de se substituer aux juridictions dans le jugement des litiges relevant de leurs compétences¹⁵⁷. Elle interdit également à des commissions parlementaires d'enquêter sur des faits donnant lieu à des poursuites judiciaires¹⁵⁸. Est-il nécessaire de souligner qu'en protégeant l'indépendance des juridictions et le caractère spécifique de leurs fonctions, c'est en réalité le principe de la séparation des pouvoirs que le juge constitutionnel entend garantir¹⁵⁹ ? La preuve en est qu'au Bénin la Cour Constitutionnelle affirme clairement que l'article 125 de la Constitution, relatif à l'indépendance du pouvoir judiciaire,

¹⁵⁰ Conseil constitutionnel burkinabè, décision n° 2007-03/CC du 04 juillet 2007. Voy. Augustin LOADA (dir.), *Avis et décisions commentés de la justice constitutionnelle burkinabè de 1960 à nos jours*, Ouagadougou, Publications du CGD, 2009, pp. 106-112.

¹⁵¹ Décision n° 2016-09/CC du 12 juillet 2016, Considérant n° 10. Pour le commentaire de cette décision, voy. Djibrihina OUEDRAOGO, *Notes sur la Décision n° 2016-09/CC*, in *Revue Burkinabè de droit*, n° 52, 1^{er} semestre 2017, pp. 258-270.

¹⁵² Conseil constitutionnel français, décision 70-40 DC, Indépendance des magistrats, 9 juillet 1970.

¹⁵³ Cour constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 98-042 du 14 mai 1998, *op. cit.*

¹⁵⁴ Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n° 11-C-93 du 23 juin 1993, *op. cit.* ; Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 01-074 du 13 août 2001, Groupe MYC International ; Cour constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 07-175 du 27 décembre 2007, VELE Oboubé Jeanne et consorts.

¹⁵⁵ Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n° 11-C-93 du 23 juin 1993, *op. cit.*

¹⁵⁶ Conseil constitutionnel français, décision n° 89-258 DC, 8 juillet 1989, Loi d'amnistie, considérant n° 8.

¹⁵⁷ Conseil constitutionnel français, décision 80-119 DC, 22 juillet 1980, Considérant n° 6.

¹⁵⁸ *Ibid*, Décision n° 2009-582 DC du 25 juin 2009.

¹⁵⁹ Agnès ROBLOT-TROIZIER, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op. cit.*, p. 99.

pose le principe de la séparation des pouvoirs¹⁶⁰. Mieux encore, dans ses décisions DCC 98-009 du 16 janvier 1998 et DCC 00-005 du 26 janvier 2000, elle a expressément rattaché l'indépendance des juridictions au principe de la séparation des pouvoirs en affirmant que le Gouvernement « a méconnu le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire et celui de la séparation des pouvoirs »¹⁶¹. Une autre illustration peut être obtenue dans la récente décision du 28 juillet 2020 de la Cour Constitutionnelle du Niger. Dans cet arrêt, la Cour a conclu que « le législateur organique s'est immiscé dans les attributions constitutionnelles dévolues au pouvoir judiciaire, notamment celles de la Cour des comptes en violation du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs »¹⁶². Ce considérant a justifié la censure d'une disposition de la loi organique incriminée¹⁶³.

À la lumière des développements précédents, il est possible d'affirmer que le juge protège l'indépendance des tribunaux avec en toile de fond une volonté de garantir le principe de la séparation des pouvoirs. Par ailleurs, il sanctionne la violation de cette indépendance au travers de la séparation des pouvoirs.

2- Un principe sanctionné au travers de la séparation des pouvoirs

Le juge constitutionnel admet que les particuliers puissent invoquer le principe de la séparation des pouvoirs comme moyen de recours, dans des différends qui les opposent aux pouvoirs publics, en l'occurrence en lien avec le fonctionnement de la justice. L'analyse de la jurisprudence montre que le juge reconnaît aux individus le droit d'invoquer le principe de la séparation des pouvoirs en couplage, essentiellement et non exclusivement, avec le droit à l'exécution des décisions de justice et le droit à un procès équitable¹⁶⁴.

La séparation des pouvoirs interdit, on le sait, que le législatif ou l'exécutif censurent ou anéantissent les décisions de justice passées en force de chose jugée. Cette interdiction comprend celle de ne pas suspendre ou paralyser, par des actes administratifs ou législatifs, l'exécution des décisions de justice surtout si cela est de nature à faire grief aux particuliers. Ces derniers peuvent, dans ces cas, invoquer en soutien de leur demande visant à obtenir l'exécution de décisions de justice leur faisant droit la violation du principe de la séparation des pouvoirs¹⁶⁵. C'est ce qui ressort de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle du Bénin. À titre d'exemples, en 2000 la Cour a fait droit à un requérant, en annulant un acte administratif pris en méconnaissance d'un arrêt de la Cour Suprême, sur le fondement de l'article 131 de la

¹⁶⁰ Cour constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 98-042 du 14 mai 1998, *op. cit.*

¹⁶¹ Hilaire AKEREKORO, « La Cour constitutionnelle et le pouvoir judiciaire au Bénin : une approche fonctionnelle », *op. cit.*, pp. 11-12.

¹⁶² Cour constitutionnelle du Niger, Arrêt n° 06/CC/MC du 28 juillet 2020, 29^e considérant.

¹⁶³ *Ibid*, Considérants 26 à 29.

¹⁶⁴ Abdoulaye SOMA, « La séparation des pouvoirs comme droit fondamental dans le constitutionnalisme contemporain », *op. cit.*, pp. 13-15.

¹⁶⁵ Cour constitutionnelle du Bénin, décisions des 26 janvier 2000 et 27 décembre 2007.

Constitution¹⁶⁶, relatif à l'autorité des décisions de justice¹⁶⁷. Dans le même sens, la Cour a été saisie d'une requête par le groupe *MYC international*, aux fins de déclarer inconstitutionnelle une décision du Conseil des ministres prise le 17 février 1999, aux motifs qu'elle méconnaît l'Arrêt n° 26/CA du 22 octobre 1998 de la Chambre Administrative de la Cour Suprême. Là encore, la Cour a donné raison au requérant en considérant que la décision du Conseil des ministres a été prise « en méconnaissance du sursis à exécution ordonné par la Cour Suprême et avant même la décision définitive de la Haute juridiction, le 04 mars 1999 ; que dès lors, le Gouvernement a violé l'article 131 de la Constitution »¹⁶⁸. Toutefois, la décision la plus emblématique est sans aucun doute celle rendue par la Cour le 27 décembre 2007 sur requête de particuliers tendant à faire constater la violation de leur droit de propriété¹⁶⁹. Dans cette décision le juge constitutionnel béninois sanctionna des décisions prises en Conseil des ministres parce qu'elles « ...constituent une ingérence dans le fonctionnement normal du pouvoir judiciaire et donc une violation du principe de la séparation des pouvoirs consacrée par les articles 125 et 126 de la Constitution ». À la lecture de cette décision, il est difficile de ne pas soutenir que les citoyens ont le droit d'invoquer dans les causes individuelles leur droit au respect de la séparation des pouvoirs dans le fonctionnement de la justice¹⁷⁰.

Le principe de la séparation des pouvoirs a également été invoqué devant le juge constitutionnel en lien avec les garanties d'un procès équitable. Ce fut le cas au Burkina Faso où des individus ont saisi le Conseil constitutionnel pour lui demander d'invalidier des dispositions législatives qui remettaient en cause le principe de double degré de juridiction découlant de l'article 4 de la Constitution et des principes généraux de droit à valeur constitutionnelle qui gouvernent tout procès équitable. Le Conseil fit droit aux requérants en invalidant les dispositions législatives incriminées afin de garantir, certes, le droit des requérants à faire appel des décisions de justice mais, avec en filigrane la volonté de sanctionner l'immixtion du législateur dans le fonctionnement de la justice contraire au principe de la séparation des pouvoirs¹⁷¹. En

¹⁶⁶ « Les décisions de la Cour Suprême ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent au Pouvoir Exécutif, au Pouvoir Législatif, ainsi qu'à toutes les juridictions », Article 131 de la Constitution béninoise de 1990.

¹⁶⁷ Décision DCC 01-111 du 19 décembre 2001, MISSINHOUN V. Désiré ; Hilaire AKEREKORO, « La Cour Constitutionnelle et le pouvoir judiciaire au Bénin : une approche fonctionnelle », *op. cit.*, p. 13.

¹⁶⁸ Décision DCC 01-074 du 13 août 2001, Groupe MYC International.

¹⁶⁹ Luc SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine : Droit constitutionnel Jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, *op. cit.*, pp. 15 et s.

¹⁷⁰ Abdoulaye SOMA, « La séparation des pouvoirs comme droit fondamental dans le constitutionnalisme contemporain », *op. cit.*, pp. 13-15.

¹⁷¹ Conseil constitutionnel burkinabè, décisions n° 2016-08/CC du 12 juillet 2016 et n° 2017-032 du 09 juin 2017. Pour le commentaire de cette décision, voy. Sény M. OUEDRAOGO, « L'admission en clair-obscur du droit d'appel de la partie civile en matière pénale : À propos de la décision n° 2016-08/CC sur l'exception d'inconstitutionnalité de l'article 497-3 du code de procédure pénale », in *Revue Burkinabè de Droit*, n° 52, 1^{er} semestre 2017, pp. 247-255.

droit comparé, le Conseil constitutionnel français a admis que des individus puissent invoquer le principe de la séparation des pouvoirs en couplage avec le droit à un procès équitable, le droit à un recours juridictionnel effectif¹⁷², le droit à l'exécution des décisions de justice¹⁷³, etc.¹⁷⁴

On peut conclure, au regard des décisions jurisprudentielles susmentionnées, que le principe de la séparation des pouvoirs est justiciable devant le juge constitutionnel dans les différends se rapportant à l'indépendance des juridictions. Or, la justiciabilité est l'un des critères de la fondamentalité d'un droit¹⁷⁵. On infère donc que le juge garantit aussi la séparation des pouvoirs dans le cadre de sa mission constitutionnelle de protection des droits fondamentaux.

B- LA GARANTIE DANS LE CADRE DE LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

C'est aujourd'hui un truisme qu'il n'y a point de liberté, ni de garantie des droits sans séparation des pouvoirs¹⁷⁶. L'examen de la jurisprudence constitutionnelle des États sous étude révèle que le principe de la séparation des pouvoirs apparaît comme le substrat de la garantie des droits (1) et qu'il tend à devenir un droit subjectif à savoir le droit à la séparation des pouvoirs (2).

1- La séparation des pouvoirs comme substrat de la garantie des droits

À ses débuts, la séparation des pouvoirs a été théorisée comme réponse aux problèmes d'absolutisme et d'arbitraire du pouvoir monarchique anglais¹⁷⁷. Elle a donc été pensée comme un mécanisme de garantie de la liberté et des droits fondamentaux dans toute société humaine¹⁷⁸. Aussi, le juge constitutionnel africain applique-t-il la séparation des pouvoirs comme « un principe protecteur des citoyens »¹⁷⁹, mais aussi comme « une garantie de l'effectivité des droits fondamentaux »¹⁸⁰.

¹⁷² CC n° 2001-129 QPC, 13 mai 2011, Syndicat des fonctionnaires du Sénat.

¹⁷³ CC n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, considérant 46.

¹⁷⁴ Pour plus de précisions, voy. Agnès ROBLOT-TROIZIER, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op. cit.*, pp. 99 et s. ; Abdoulaye SOMA, « La séparation des pouvoirs comme droit fondamental dans le constitutionnalisme contemporain », *op. cit.*, p. 11.

¹⁷⁵ Paul ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 12 et s.

¹⁷⁶ Margaux BOUAZIZ, *Significations et interprétations de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Contribution à l'histoire de la notion de constitution*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris 1, 2019, 950 p.

¹⁷⁷ John LOCKE, *Essai sur le gouvernement civil*, *op. cit.*, pp. 54 et s. ; Élisabeth ZOLLER, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 287.

¹⁷⁸ Jean GICQUEL, Jean-Éric GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 156 et s.

¹⁷⁹ ROBLOT-TROIZIER, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op. cit.*, pp. 99 et s.

¹⁸⁰ *Ibid.*

Pour André Roux, « la garantie de la Constitution n'est pas seulement nécessaire pour assurer la cohérence et la validité du système normatif. Elle vise aussi à protéger les droits et libertés des individus contre les atteintes du législateur tant il est vrai, que si la loi, expression d'une volonté générale irréprochable, a longtemps été considérée comme devant être exemptée de tout contrôle de constitutionnalité, il est apparu que la loi, en tant qu'expression de la volonté du pouvoir politique majoritaire, pouvait présenter une menace pour les droits fondamentaux »¹⁸¹. Il s'agit là d'un véritable hymne au contrôle de constitutionnalité qui serait indispensable à la protection des droits des citoyens garantis par la Constitution. Or, une partie de la doctrine, à laquelle nous sommes sensibles et acquis, considère le contrôle de constitutionnalité de la loi comme étant une mise en œuvre du principe de la séparation des pouvoirs¹⁸². Par conséquent, on peut conclure à l'existence d'une relation de transitivité entre séparation des pouvoirs, contrôle de constitutionnalité et protection des droits fondamentaux. Suivant cette logique, le juge constitutionnel africain par le contrôle de constitutionnalité des textes qu'il opère assure le respect du principe de la séparation des pouvoirs avec pour finalité la protection des droits fondamentaux des citoyens contre l'arbitraire des pouvoirs publics. L'encadrement des activités normatives des pouvoirs exécutif et législatif via le contrôle de constitutionnalité, vu précédemment, procède *in fine* d'une volonté de protection des droits des citoyens. Au Bénin par exemple, la Cour constitutionnelle n'est compétente pour connaître des actes de l'exécutif¹⁸³ et du judiciaire¹⁸⁴ que lorsqu'ils sont soupçonnés de porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques¹⁸⁵. Partant, on peut considérer le contentieux constitutionnel béninois des actes de l'exécutif et du judiciaire comme étant exclusivement celui des droits fondamentaux¹⁸⁶. Une autre illustration vient du Sénégal où le Conseil constitutionnel affirme très clairement dans sa Décision n° 11-C-93 du 23 juin 1993 que « ...le principe de la séparation des pouvoirs interdit aux pouvoirs exécutif et législatif d'empiéter sur le pouvoir judiciaire en censurant ou en anéantissant les décisions de justice passées en force de chose jugée, et en privant les citoyens des droits garantis par la Constitution »¹⁸⁷. À la

¹⁸¹ André ROUX, « Contrôle de constitutionnalité. Organisations juridictionnelles », in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD, (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome 3, Paris, Dalloz, 2012, p. 108.

¹⁸² ROBLOT-TROIZIER, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op. cit.*, pp. 94 et s.

¹⁸³ Placide MOUDOU DOU, « Réflexions sur le contrôle des actes réglementaires par le juge constitutionnel africain : cas du Bénin et du Gabon », *op. cit.* ; Célestin KEUTCHA TCHAPNGA, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? », *op. cit.*

¹⁸⁴ Joseph DJOGBENOU, « Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une fantaisie de plus ? », in *Revue électronique Afrilex*, avril 2014, 27 p.

¹⁸⁵ Article 121 alinéa 2 de la Constitution béninoise précitée. Voy. Frédéric Joël AÏVO (coord.), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?*, Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé, *op. cit.*

¹⁸⁶ Hilaire AKEREKORO, « La Cour constitutionnelle et le pouvoir judiciaire au Bénin : une approche fonctionnelle », *op. cit.*, p. 9, note de bas de page n° 24.

¹⁸⁷ Conseil constitutionnel du Sénégal, Décision n° 11-C-93 du 23 juin 1993, *op. cit.*, Considérant n° 11.

lumière de cette décision, il est aisé de conclure avec certains auteurs que « la distribution organique du pouvoir entre plusieurs institutions et le contrôle que celles-ci s'exercent mutuellement a pour finalité de sauvegarder l'individu des atteintes à ses droits et libertés naturels et imprescriptibles »¹⁸⁸.

Pour Faguet, « la garantie des droits de l'homme se trouve dans la séparation des pouvoirs »¹⁸⁹. Au-delà de Faguet, l'ensemble de la doctrine soutient la corrélation nécessaire entre la garantie des droits fondamentaux et la séparation des pouvoirs¹⁹⁰. L'office du juge constitutionnel tend à confirmer cette situation en ce sens que le juge applique le principe de la séparation des pouvoirs pour garantir l'effectivité des droits fondamentaux toutes les fois que la violation d'un droit constitutionnellement garanti résulte matériellement d'une méconnaissance de la séparation des pouvoirs¹⁹¹. C'est ce qui justifie que des particuliers ont pu valablement invoquer le principe de la séparation des pouvoirs pour faire échec à des décisions gouvernementales qui portaient atteinte à leur droit de propriété¹⁹². Procède aussi de cela, l'invalidation de dispositions législatives remettant en cause le droit fondamental des individus à un procès équitable au Burkina Faso¹⁹³. En réalité, toutes les décisions rendues par les Cours et Conseils constitutionnels, déjà mentionnées dans cette réflexion, et tendant à protéger les juridictions, ont pour finalité essentielle la garantie des droits des particuliers¹⁹⁴.

De ce qui précède, on peut conclure que la séparation des pouvoirs apparaît comme le socle de la protection des droits fondamentaux¹⁹⁵. En effet, de ce principe jaillit la garantie de la liberté et des droits fondamentaux. Il serait alors porteur de droits¹⁹⁶ autant qu'il tend lui-même à devenir un droit subjectif garanti par la Constitution.

2- L'émergence d'un droit à la séparation des pouvoirs

Théorisée d'abord comme un simple postulat de philosophie politique, constitutionnalisée ensuite comme règle objective de superstructure constitutionnelle, la séparation des pouvoirs serait-elle en passe de devenir une norme subjective d'infrastructure constitutionnelle ? De toute évidence, de nombreux auteurs dans la

¹⁸⁸ Abdoulaye SOMA, « La séparation des pouvoirs comme droit fondamental dans le constitutionnalisme contemporain », *op. cit.*, p. 9.

¹⁸⁹ Émile FAGUET, *Le libéralisme*, *op. cit.*, pp. 116 et s.

¹⁹⁰ Michel TROPER, « Séparation des pouvoirs », in Stéphane RIALS, Frédéric SUDRE et autres, *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, pp. 712 et s.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² Cour constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 07-175 du 27 décembre 2007, *op. cit.*

¹⁹³ Décisions n° 2016-08/CC du 12 juillet 2016 et n° 2017-032 du 09 juin 2017, *op. cit.*

¹⁹⁴ ROBLOT-TROIZIER, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op. cit.*, p. 101.

¹⁹⁵ Abdoulaye SOMA, « La séparation des pouvoirs comme droit fondamental dans le constitutionnalisme contemporain », *op. cit.*, p. 8.

¹⁹⁶ ROBLOT-TROIZIER, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op. cit.*, p. 102.

doctrine constitutionnelle souscrivent à cette idée¹⁹⁷. Il ressort également de la jurisprudence des États sous étude, que le principe de la séparation des pouvoirs est souvent utilisé comme moyen de recours constitutionnel par les particuliers et que le juge admet cette invocabilité et applique le principe dans les différends qui peuvent opposer ceux-ci aux autorités publiques.

Depuis 1789, les révolutionnaires français ont posé le principe selon lequel « l'un des droits de l'homme est de vivre dans une société dans laquelle la séparation des pouvoirs est déterminée »¹⁹⁸. C'est du moins l'interprétation que certains auteurs font d'une des dispositions axiomatiques de la DDHC, à savoir son article 16¹⁹⁹. Avant la transition démocratique du début de la décennie 1990, on aurait pu penser que seul le juge constitutionnel des démocraties occidentales souscrit à cette interprétation, car la question de la protection des libertés fondamentales est, pour lui, une « question irritante »²⁰⁰. Cependant, l'activité du juge constitutionnel africain, qui embrasse aujourd'hui la conception « constitution-garanties des droits de la personne humaine », montre qu'il ne conçoit plus la séparation des pouvoirs comme uniquement un principe constitutionnel d'organisation de l'État moderne mais aussi comme un droit subjectif invocable devant lui. En effet, le juge admet que les particuliers puissent valablement invoquer le principe de la séparation des pouvoirs en vue d'obtenir, comme le dit Hottelier, le respect de leurs prérogatives et intérêts personnels par les autorités publiques dans la mise en œuvre des compétences établies par la Constitution²⁰¹. Cette invocabilité peut être directe ou indirecte²⁰². Elle est directe, lorsque le justiciable utilise nommément le principe de la séparation des pouvoirs et que le juge l'admet comme moyen de recours juridictionnel dans le contentieux constitutionnel des droits fondamentaux²⁰³. C'est à ce titre qu'il a été invoqué contre

¹⁹⁷ François LUCHAIRE, « Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *op. cit.*, pp. 441-451 ; Michel HOTTELIER, « Le principe de la séparation des pouvoirs et son aménagement en droit constitutionnel suisse », in *Long cours, Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 251-270 ; Agnès ROBLOT-TROIZIER, « Quand le principe de la séparation des pouvoirs devient un droit constitutionnellement garanti », *op. cit.* ; Agnès ROBLOT-TROIZIER, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *op. cit.* ; Abdoulaye SOMA, « La séparation des pouvoirs comme droit fondamental dans le constitutionnalisme contemporain », *op. cit.*

¹⁹⁸ Michel TROPER, « Séparation des pouvoirs », *op. cit.*

¹⁹⁹ Margaux BOUAZIZ, *Significations et interprétations de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Contribution à l'histoire de la notion de constitution*, *op. cit.* ; François LUCHAIRE, « Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *op. cit.*

²⁰⁰ Fatimata DIALLO, *Le juge constitutionnel dans la construction de l'État de droit au Sénégal*, *op. cit.*, p. 11.

²⁰¹ Michel HOTTELIER, « Le principe de la séparation des pouvoirs et son aménagement en droit constitutionnel suisse », *op. cit.*, pp. 251-270.

²⁰² Pour aller plus loin, voy. Abdoulaye SOMA, « La séparation des pouvoirs comme droit fondamental dans le constitutionnalisme contemporain », *op. cit.*, pp. 16 et s.

²⁰³ *Ibid.*

un acte du pouvoir législatif qui porte atteinte aux garanties d'un procès équitable²⁰⁴, mais aussi contre un acte du pouvoir exécutif qui porte atteinte au droit de propriété de particuliers²⁰⁵. L'invocabilité est indirecte lorsque le principe de la séparation des pouvoirs est utilisé matériellement par le truchement d'une invocation formelle de ses corollaires afin de garantir un droit fondamental²⁰⁶. Relève de cette hypothèse, à titre d'exemple, toutes les fois où un particulier excipe de la violation du principe de constitutionnalité dans une situation juridique subjective²⁰⁷.

En sus d'être invocable comme moyen de recours, il sied de relever que le juge constitutionnel africain, à l'instar du juge constitutionnel français, a opéré une individualisation de la séparation des pouvoirs dans le cadre de la garantie des droits fondamentaux. À ce propos, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin est assez illustrative. Dans sa décision du 27 décembre 2007, faut-il le rappeler, elle a clairement donné le droit aux particuliers d'invoquer leur droit au respect de la séparation des pouvoirs dans les causes individuelles en rapport avec le fonctionnement de la justice. Mieux encore et sans qu'aucune disposition constitutionnelle ne le prévoit expressément, elle a soumis au contrôle de constitutionnalité les décisions de justice lorsqu'elles sont réputées violer les droits fondamentaux de la personne humaine²⁰⁸. Dans des propos non équivoques, la Cour a affirmé que la compétence qui lui est spécialement dévolue « ... en matière des droits humains couvre tous les champs d'activité du citoyen, des autorités politiques, des autorités administratives et des autorités juridictionnelles »²⁰⁹. Autrement dit, le juge constitutionnel béninois permet aux particuliers d'attaquer les décisions de justice qui portent atteinte à leurs droits fondamentaux sur le fondement du principe de la séparation des pouvoirs.

Ainsi subjectivé, ayant valeur constitutionnelle et justiciable en tant que moyen de recours juridictionnel devant le juge constitutionnel, le principe de la séparation des pouvoirs paraît « cocher toutes les cases » pour être considéré comme un droit fondamental à savoir le droit à la séparation des pouvoirs²¹⁰.

²⁰⁴ Conseil constitutionnel burkinabè, décisions n° 2016-08/CC du 12 juillet 2016 et n° 2017-032 du 09 juin 2017, *op. cit.*

²⁰⁵ Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 07-175 du 27 décembre 2007, *op. cit.*

²⁰⁶ Abdoulaye SOMA, « La séparation des pouvoirs comme droit fondamental dans le constitutionnalisme contemporain », *op. cit.*, pp. 16 et s.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 03-166 du 11 novembre 2003, Maître FELIHO V. Florentin ; décision DCC 06-076 du 27 juillet 2006 ; décision DCC 09-087 du 13 août 2009, Alphonse MENONKPINZON ATOYO et consorts. Voy. Joseph DJOGBENOU, « Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une fantaisie de plus ? », *op. cit.*

²⁰⁹ Décision DCC 09-087 du 13 août 2009, Alphonse MENONKPINZON ATOYO et consorts, *op. cit.*

²¹⁰ Paul ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, pp. 12 et s. ; Pauline GERVIER, *La limitation des droits constitutionnels par l'ordre public*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 24 et s.

CONCLUSION

En définitive, le juge constitutionnel contribue à l'effectivité du principe de la séparation des pouvoirs en Afrique noire francophone. Cette contribution se fait essentiellement au moyen du contrôle de constitutionnalité des textes dévolu au juge. Ce contrôle lui permet de maintenir chaque organe constitutionnel dans son champ de compétence assurant ainsi une garantie de la séparation classique des pouvoirs. Bien plus, prenant conscience des risques que fait courir le parlementarisme majoritaire sur l'équilibre des pouvoirs, le juge constitutionnel est allé plus loin pour consacrer une nouvelle séparation des pouvoirs. Ainsi réactualisé, le principe de la séparation des pouvoirs s'applique désormais aux rapports entre la majorité et l'opposition politique afin que vive le pluralisme politique.

La garantie de la séparation des pouvoirs par le juge constitutionnel passe également par la protection de ses corollaires en occurrence le principe de l'indépendance des juridictions. Sur le fondement des dispositions constitutionnelles y relatives, le juge a clairement rattaché l'indépendance des juridictions au principe de la séparation des pouvoirs et permet aux justiciables de l'invoquer comme moyen de recours juridictionnel toutes les fois que le fonctionnement de la justice est mis en cause. On infère de ce fait que le juge tend à consacrer un droit subjectif à la séparation des pouvoirs d'autant plus qu'il applique la séparation des pouvoirs comme un principe sous-jacent à tous les droits fondamentaux²¹¹. Il est donc loisible de soutenir, au regard des développements précédents, que le juge constitutionnel garantit le principe de la séparation des pouvoirs en Afrique noire francophone.

De ce point de vue, et pour reprendre les propos de Luc Sindjoun, « il est possible d'étudier la justice constitutionnelle africaine en la prenant au sérieux »²¹².

Abdul Aziz Wendkuni OUANDAOGO

*Docteur en Droit, Assistant en Droit Public
Université de Ouahigouya (BURKINA FASO).*

²¹¹ Régis FRAISSE, « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et des libertés », Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel, n° 44, 2014/3, pp. 9-21.

²¹² Luc SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, op. cit., p. 10.

LA TECHNOLOGIE DE LA BLOCKCHAIN : LE FUTUR DE LA COMMANDE PUBLIQUE DES ÉTATS DE L'UEMOA ?

Plus que jamais, l'actualité sanitaire internationale nous révèle l'intérêt de l'utilisation du numérique.

On le sait, le droit a toujours su s'adapter aux nouvelles réalités ou au monde du numérique que ce soit à travers les actes électroniques ou encore les télérecours.

L'un des secteurs du droit qu'est la commande publique s'en est beaucoup plus imprégné principalement avec la dématérialisation. Dans ce sens, en France, la dématérialisation des marchés publics a été rendue obligatoire depuis le 1^{er} octobre 2018¹ et ses mérites ne cessent d'être vantés surtout avec la situation de la crise sanitaire actuelle. Il faut entendre par dématérialisation des marchés publics « la substitution de document ou de modes de communication physiques par des documents ou procédures numériques. Elle consiste à mettre en œuvre des moyens électroniques pour effectuer des opérations de traitement, d'échange et de stockage d'informations sans support papier »². Elle répond, outre l'allègement de la charge administrative et la simplification des procédures, à l'exigence de rapidité, d'efficacité et de célérité.

La dématérialisation des marchés publics doit être aussi mise en place par les États de l'union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA). Ces États doivent d'ores et déjà se préparer et se questionner sur la technologie de la « *blockchain* » qui est une « sorte de continuité » et le buzzword du moment. Elle présente également de nombreux avantages en termes de transparence, principe cardinal de la commande publique.

L'origine de cette technologie remonte des années 1990 où Nick Szabo, un jeune informaticien, juriste et cryptographe, diplômé de l'université de Washington, établit les bases du concept de *smart contract*. Et en 1997, avec *Formalizing and securing relationships on public networks*³.

Le concept de la *blockchain* fera sa première apparition dans un article de 2008 nommé « *Bitcoin : A peer-to-peer electronic cash system* » où la technologie présente le bitcoin comme une nouvelle monnaie décentralisée qui fonctionne grâce à une chaîne de blocs dont le contrôle des données est fait par chaque utilisateur et permettait une traçabilité.

¹ V. not. D. POUPEAU : « Dématérialisation des marchés publics : objectif 2018, AJDA 2017, 1252.

² dématérialisation-marchés publics, site de l' « Acheteurs-Publics.com ».

³ SZABO N., « Formalizing and securing public networks », First Monday, vol. 2, n° 9, 1^{er} sept. 1997.

En 2013, le *smart contract* sera exposé à travers le projet Ethereum⁴ qui le décrit comme un programme qui s'exécute et qui s'inscrit à l'intérieur d'une *blockchain*. À cet effet, inséré dans une *blockchain*, il enrichit les fonctions de cette dernière au-delà du seul modèle de transmission de monnaies ou d'actifs et de conservation de documents qu'elle avait.

Avant de revenir à tout cela, il convient de se fixer sur le sens des termes qui meubleront nos réflexions.

S'agissant d'abord du *smart contract* (qui signifie littéralement contrat intelligent), c'est un code informatique fonctionnant sur un principe classique de « if...then... » C'est-à-dire des programmes informatiques qui s'exécutent automatiquement selon une théorie du « si », et « alors ». En d'autres termes, « si » le programme constate la réalisation d'une condition préprogrammée, « alors » il exécute les termes du contrat (ex. paiement, transfert de propriété, etc.).

Pour sa part, la *blockchain* signifie littéralement « chaîne de blocs »⁵. Il s'agit de blocs constitués de données et d'opérations encryptées. En effet, la *blockchain* est « une technologie de stockage et de transmission d'informations transparentes, sécurisées, qui fonctionne sans organe central de contrôle...Par extension, elle constitue une base de données qui contient l'historique de tous les échanges effectués entre ses utilisateurs depuis sa création. Cette base de données est sécurisée et distribuée. Elle est partagée par ses différents utilisateurs, sans intermédiaire, ce qui permet à chacun de vérifier la validité de la chaîne »⁶. Tout le monde peut lire et écrire sur la *blockchain*. Elle présente l'avantage d'être indestructible, ce qui lui vaut cette qualité d'être infalsifiable et immuable. Sans autorité de contrôle et sans tiers de confiance⁷, elle garantit une sécurité juridique des actes inscrits⁸. La *blockchain* joue un rôle à la fois passif, en ce qu'il permet de conserver une information et en assurer le suivi dans le temps, et actif, par la réalisation d'une transaction ou son accès par des tiers, pour réaliser des modifications toutes aussi traçables.

Il existe trois modèles de *blockchain*. Le premier, la « **blockchain publique** », est un **réseau ouvert** à tous, dont tous les nœuds sont accessibles. Tout le monde est libre de rejoindre le réseau.

⁴ BUTERIN V., « Livre blanc / White Paper Ethereum – Traduction française », 24 nov. 2016, www.ethereum-france.com/livre-blanc-white-paper-ethereum-traduction-francaise.

⁵ Pour une présentation de la technologie des blockchain, v. not. « Le blockchain, un outil technologique et juridique », entretien entre D. BAUFUME et C. CARMINATI, La semaine juridique notariale et immobilière, n° 30, 24 juil. 2020, 1162 ; A. TORDEURS : « Une approche pédagogique de la blockchain », Revue internationale des services financiers, 2017/4.

⁶ Blockchainfrance.net/decouvrir-la-blockchain/c-est-quoi-la-blockchain/.

⁷ On entend ici par tiers de confiance toute personne, ou entité, habilitée à valider une transaction ou une action.

⁸ Ce qu'explique Maître Jérôme Deroulez, avocat au sein du cabinet Deroulez Avocat.

Le deuxième modèle, « la **blockchain privée** », est réservée à un **nombre limité de participants**. Le gérant de la chaîne peut modifier le protocole quand il le souhaite et personne ne peut participer sans autorisation. L'intérêt de cette *blockchain* est limité puisqu'elle ne fait pas de lien entre les acteurs.

Le troisième, « la **blockchain de consortium** » est un **mix entre le privé et le public**, combinant des éléments des deux côtés. Elle regroupe plusieurs acteurs. Certains nœuds peuvent être rendus publics tandis que d'autres restent privés et chaque acteur peut choisir ce qu'il veut partager.

Écrire sur une *blockchain* signifie la possibilité d'envoyer et/ou valider les informations sur elle. Lire sur la *blockchain* est la possibilité d'avoir un libre accès à ses données.

Le building information model (BIM) est une maquette numérique qui s'inscrit également dans la même lignée que ces deux technologies en termes de transparence. Il est utilisé dans le domaine des travaux afin de suivre les différentes étapes d'une construction ou d'une rénovation. Il s'agit d'un outil collaboratif entre acteurs de construction leur permettant d'intégrer, au fur et à mesure, des modifications pouvant subvenir⁹.

Ces technologies s'invitent dans le droit afin de lui faire bénéficier ses avantages. Faut-il s'en réjouir ? Faut-il avoir peur d'en recourir ?

Il faut noter que le *smart contract* n'est pas un contrat au sens juridique du terme¹⁰. Il peut être considéré comme accessoire au contrat principal car il ne contient pas les éléments substantiels à sa validité mais constitue un mode d'exécution de celui-ci¹¹. Il ne contient pas non plus les éléments auxquels les parties s'obligent comme dans le contrat mais seulement le code qui permet de l'exécuter automatiquement selon le paramétrage initialement défini et en fonction de l'évènement qui survient¹².

Cependant, au regard des atouts de ces technologies, son utilisation pourrait être efficace et permettre de maîtriser voire réduire les risques contentieux.

Les intérêts de la *blockchain* ne sont plus à prouver. Elle peut être utilisée pour conserver une information et en assurer le suivi dans le temps ; ou être utilisée pour

⁹ Yanni ROUA, « Le BIM et la blockchain : quels liens pour le futur ? », « site BIM IN MOTION », 11 septembre 2017, voir également Francois JOUANNEAU, « L'utilisation du BIM dans les marchés publics », « Lexing Droit Marchés publics », Alain Bensoussan Avocats, 27 février 2018.

¹⁰ Le contrat, tel que défini par l'article 1101 du Code civil, est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.

¹¹ CATTALANO G., « Smart contracts et droit des contrats », AJ contrat 7/2019, p. 321.

¹² CLEMENT-FONTAINE M., « Le smart contract et le droit des contrats : dans l'univers de la mode », Dalloz IP/IT 2018, p. 540.

améliorer la prestation de services. L'automatisation, l'immutabilité (des blocs de données composant la *blockchain*) et les rapports en temps quasi-réel autorisés par les contrats intelligents permettent de réduire drastiquement les processus gérés manuellement, en particulier dans les domaines où une preuve d'identification est requise. Elle est aussi facilement accessible et une simple connexion internet suffit pour qu'elle fonctionne.

Ces avantages tels que la transparence, la traçabilité, la sécurité et la facilité d'accès ont valu son utilisation déjà dans le secteur financier. À ce titre, en France, la direction générale du Trésor a présenté, le 19 septembre 2017, un projet sur les technologies *blockchain* appliquées aux titres financiers, qui a abouti à l'ordonnance du 8 décembre 2017¹³. Ce projet fut ensuite soumis à la consultation publique. Sur le plan politique, lors d'une soirée-débat organisée le 20 juillet 2017 à l'Université Paris Dauphine par le comité des juristes « En Marche » sur la justice numérique et les legaltechs, Mounir MAHJOUBI, secrétaire d'État au numérique, a annoncé que « l'État effectuera des expérimentations sur la *blockchain* en cours de mandat, en relation avec des collectivités territoriales »¹⁴.

En ce qui concerne le domaine du droit, notamment le droit de la commande publique, son utilisation donne lieu à des opinions divisées. Certains sont optimistes sur les différents aspects positifs qu'elle pourrait apporter¹⁵ et d'autres pessimistes sur le fait que : « il est incontestable que la conscience, propre de l'espèce humaine, fait défaut »¹⁶.

Ainsi, la France n'est pas la seule à l'intégrer graduellement dans différents segments. La plupart des pays développés ont suivi la même trajectoire¹⁷.

¹³ JORF n° 0287 du 9 décembre 2017.

¹⁴ L. De La RAUDIERE et JM MIS, « Sur la stratégie générale de l'introduction de la technologie de la blockchain dans l'action publique en France, v. Assemblée Nationale de la République française », Rapport d'information sur les chaînes de bloc (blockchains), rapport du 12 déc. 2018.

¹⁵ Julien MOIROUX, « Commande publique et technologie blockchain : un avenir, mais quel avenir ? », JCP/ la semaine juridique, édition Administrations et collectivités territoriales, n° 28, 17 juillet 2017.

¹⁶ Carine VAYSSE, « La blockchain et le smart contract au service du formalisme du contrat administratif... les acheteurs publics sur la sellette ? », « LABASE-LEXTENSO », Réf : LPA 12 janv. 2021, n° 158e6, p. 9.

¹⁷ Ainsi, par exemple, aux États-Unis à la même époque, était en cours d'élaboration un projet de « tax bill » destiné à régir l'imposition des transactions effectuées à travers les blockchains est en cours d'élaboration. Par ailleurs la chambre de commerce fédérale et l'Uniform Law Commission travaillaient à plusieurs projets de loi réformant le code du commerce pour l'adapter au « fait blockchain ». V. sur ce point C. BONDARD, G. CHENU, S. DUFOUNAUD, F. GUIADER et H. De VAUPLANE : « Blockchain - Quelques utilisations actuelles de cet outil en droit des affaires monnaies virtuelles, transmission des instruments de paiement, outils de financement, smart contracts, etc. », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 36, 7 Septembre 2017, 1471. Dans le même temps des auteurs et praticiens plaidaient pour une régulation européenne. En ce sens, v. not. J. DEROULEZ et W. O'RORKE : « Blockchains et

En Afrique, on relève déjà, les premiers pas de l'utilisation de la *blockchain*. En effet, un certain nombre de pays Africains ont ainsi opté pour son utilisation afin d'exploiter les avantages pour leur développement économique. C'est le cas du Ghana, du Nigeria, de l'Afrique du Sud, du Kenya, et de l'Ouganda. Ces pays utilisent cette technologie, non seulement dans le secteur financier¹⁸ mais aussi dans tous les secteurs de l'industrie, du développement sanitaire et social, du commerce de détail et de l'agriculture. Actuellement, les gouvernements de ces pays étudient les moyens d'utiliser la *blockchain* pour lutter contre la corruption dans plusieurs secteurs verticaux et valoriser les secteurs des services¹⁹.

Pour le Ghana par exemple, le cadastre a été mis sur la *blockchain* afin de résoudre les problèmes liés à l'absence de registres. En effet, le Bitland (Land title protection Ghana) qui est un groupe de pionniers technologiques du Ghana ayant décidé d'utiliser la *blockchain* afin de fournir des services qui permettent d'enregistrer les titres de propriété, fournissant à cet effet, un enregistrement permanent et vérifiable. La corruption et le népotisme ayant affecté tous les segments du secteur public et surtout le domaine de propriété, l'objectif du Bitland est d'enregistrer des titres fonciers sur une *blockchain* publique, de sorte que la propriété ne soit pas seulement publique, mais immuable²⁰.

Le Ghana a aussi étendu l'utilisation de cette technologie pour son développement industriel. L'Organisation des Nations unies pour le développement industriel (ONUDI) a ainsi mis sur la *blockchain*, la production du secteur de cacao afin d'évaluer la chaîne de sa valeur au Ghana. C'est le Global Quality and Standards Project (GQSP) au Ghana qui s'en est chargé. Il est financé par le Secrétariat d'État suisse à l'économie (SECO) en partenariat avec le SIM (Supply Chain Information Management) dans le but de mettre en place une méthodologie visant à conseiller les pays en développement désireux d'entrer dans la quatrième révolution industrielle sur les défis et les avantages de l'adoption de la technologie *blockchain* dans une chaîne de valeur spécifique²¹. Comme l'a déclaré Leontien HASSELMAN, PDG de SIM « *L'objectif de nos projets de blockchain est d'avoir un impact positif et de se concentrer sur le premier kilomètre, les petits exploitants agricoles, leurs communautés et l'environnement. Avec cette mission et ce projet, nous espérons avoir une valeur ajoutée et nous appuyer sur les initiatives existantes et franchir la prochaine étape pour autonomiser les producteurs de cacao, démocratiser les données, accroître la traçabilité numérique et répondre aux exigences croissantes du*

cryptoactifs : plaidoyer pour une régulation européenne », L'Observatoire de Bruxelles, n° 117, juil. 2019 ; ainsi que B. MATHIS : « Quelle régulation européenne pour les security tokens », Revue internationale des services financiers, 2020/2.

¹⁸ Pour une application particulière v. M. GANSOU : « Blockchains et financement participatif en Afrique », Revue internationale des services financiers, 2017/4.

¹⁹ Voir notamment le site de CryptoKemet : La Blockchain et son potentiel en Afrique.

²⁰ Crytokemet : Au Ghana, Bitland met le cadastre sur la blockchain LANDS COMMISSION.

²¹ [COMMODOAFRICA](#) (agro-agri-Afrique de l'ouest) : « Au Ghana, l'Onudi planche sur la technologie de la blockchain pour le cacao ».

*marché en matière de transparence et de durabilité »²². Dans la même logique, Safoa OSEI, conseiller technique en chef du GQSP Ghana affirma que «Les résultats de la méthodologie sont le premier jalon pour l'application de la blockchain dans la chaîne de valeur du cacao au Ghana. Il jettera les bases des prochaines étapes de sa mise en œuvre »²³. On peut retenir à travers cette affirmation que le Ghana n'est qu'au début de l'utilisation de la *blockchain*.*

Tous ces exemples démontrent que la *blockchain* est également un formidable levier pour le développement de l'Afrique dans tous les domaines. Les États de l'UEMOA devraient commencer à s'interroger sur son recours dans le domaine de la commande publique. Surtout, sur sa faisabilité, ses apports ainsi que la manière dont ses faiblesses pourront être appréhendées et traitées, le cas échéant en tirant partie des expériences étrangères²⁴.

Se pose dès lors la question de l'utilité et des avantages effectifs de cette technologie à la commande publique des États de l'UEMOA. Autrement dit, quels types de solutions, innovantes et efficaces cette technologie pourrait –elle offrir à la commande publique de ces États ?

L'on est tenté de soutenir, au regard des expériences étrangères, que le recours à la *blockchain* par les États de l'UEMOA serait un excellent moyen d'encadrer et de maîtriser davantage la commande publique tout en contribuant au développement économique de ces États.

En effet, dans le même contexte que la dématérialisation de la commande publique, la *blockchain* offre une traçabilité parfaite et une transparence encore plus poussée.

La technologie de la *blockchain*, le *smart contract*, pourraient être appréhendée d'une manière particulière dans la commande publique de l'UEMOA dans la continuité de la dématérialisation (I) et surtout dans l'exécution de celle-ci (II)

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Dans ce sens, v. J. MOIROUX : « Commande publique et technologie blockchain : un avenir, mais quel avenir ? », Revue La Semaine juridique Administrations et collectivités territoriales, 2017/28, 2180 ; not. S. BRACONNIER et R. CHILLY (Dir.) : « Blockchain et commande publique », Dossier, Revue Contrats et Marchés publics, 2020/1 ; I. Asquenoph : « Nouvelles réflexions sur la commande publique et la blockchain », Revue Contrats et Marchés publics, 2020/4.

I- L'APPREHENSION DE L'AJOUT D'UNE DIMENSION NUMERIQUE A LA COMMANDE PUBLIQUE DE L'UNION ECONOMIQUE ET MONETAIRE OUEST AFRICAINE (UEMOA)

La transparence est l'un des principes incontournable des marchés publics. L'exigence de son respect, peut être garantit par l'utilisation de la *blockchain* car permettant de conserver toutes les traces d'opérations (B), surtout, l'utilisation de la *blockchain* de consortium (A).

A- Le choix de la *blockchain* de consortium, une possibilité de garantie de la sécurité lors des passations

L'utilisation de la *blockchain* dans le droit, plus précisément, la *blockchain* publique est soumise à de vives critiques. Pour certains, le droit administratif fait l'objet d'un renouvellement permanent²⁵, laissant présager la « déstabilisation d'un système de pensée juridique »²⁶ ou encore, cette technologie, plus que la dématérialisation pourrait entraîner la faculté « pourquoi pas..., à se passer du juriste-acheteur public ! »²⁷. Pour d'autres, « Alors que les innovations technologiques en matière de droit privé ne cessent de se développer allant de la justice prédictive à la robotisation des contrats, en passant par la définition du métier de juristes codeurs, le secteur public et son droit sont en retard sur ces sujets. Parmi ces évolutions technojuridiques, une semble particulièrement prometteuse, la Blockchain », ils se demandent ainsi, si le secteur public et son droit rateront le wagon de la Blockchain²⁸. D'autres encore « invitent la France à se saisir du potentiel de simplification de la blockchain. Un domaine dans lequel il ne serait pas trop tard pour que la France affirme son leadership »²⁹.

Cependant, même si les opinions restent partagées sur la *blockchain* publique, tous sont unanimes sur l'efficacité de son caractère infalsifiable, inviolable et immuable pouvant remplir l'obligation de la transparence ou d'égalité dans le droit de la commande publique.

²⁵ F. BEROUJON, « Évolution du droit administratif : avancée vers la modernité ou retour aux Temps modernes ? », RFDA 2008, p. 449.

²⁶ J. CAILLOSSE, « Sur quelques problèmes actuels du droit administratif français », AJDA 2010, p. 931.

²⁷ Carine VAYSSE, « La blockchain et le smart contract au service du formalisme du contrat administratif... les acheteurs publics sur la sellette ? », « LABASE-LEXTENSO », Réf : LPA 12 janv. 2021, n° 158e6, 12 janvier 2021, p. 9 *op cit*.

²⁸ Lucas DAYET, « Le secteur public et son droit rateront-ils le wagon de la Blockchain ? », Consultant pôle Eau et Milieux Aquatiques, « espelia conseil pour la performance publique », 02 août 2019.

²⁹ Lucas BONCOURT, « les administrations publiques invitées à se saisir du potentiel de la blockchain », / EVS pour Localtis, Infrastructures numériques, THD, « banques des territoires », 17 décembre 2018.

À ce titre, cette technologie peut également assurer une réelle sécurité dans la passation des marchés publics (l'incorporation des procédures dans la *blockchain*) dans l'espace UEMOA. Prenons l'exemple des différents problèmes ou tâches que la passation des marchés publics en supports papiers de ces États pourrait engendrer au fil des années. Déjà, en termes de tâches supplémentaires, elle entraîne une accumulation des supports dont le temps de réalisation pourrait générer une lenteur dans la passation ; des désagréments en cas de perte ou encore une masse de travail dans l'archivage de ces documents.

Cette technologie offrirait un gain de temps et de sécurité dans la même logique que la dématérialisation dans ces États mais plus encore. Il faut savoir que par la dématérialisation, l'acheteur a la possibilité, sur son profil acheteur, de donner l'accès libre, direct et complet aux données essentielles des marchés publics qu'il souhaite passés. Le but de cette plateforme est de rendre accessible sous un format ouvert et réutilisable les données essentielles du marché. Par conséquent, elle leur permet de mettre les documents de passation à disposition des opérateurs économiques par cette voie électronique puis de réceptionner par la même voie, les documents transmis par ces candidats et soumissionnaires.

Si l'utilisation de la *blockchain* publique donne lieu à des opinions controversées, qu'en est-il de la *blockchain* de consortium ?

Dans le souci de la maîtrise ou du contrôle de l'outil, le choix d'une *blockchain* de consortium pourrait être préférable puisqu'il est un **mix entre le privé et le public**. En effet, ce modèle regroupe plusieurs acteurs. Ainsi, certains nœuds ou blocs peuvent être rendus publics et d'autres privés. Ceci offrira l'occasion pour chaque acteur de partager ce qu'il voudra. En pratique, cette *blockchain* sera utilisée « avec autorisation ». D'un côté, sous forme d'une alimentation verticale. Dans ce sens, chaque bloc pourra correspondre à un profil acheteur géré par plusieurs administrations de niveaux différents. Et, de l'autre, un accès horizontal où seront mises à la disposition du public, des données jugées essentielles. Utiliser ainsi, la gestion des droits en écriture et en accès fournira beaucoup plus d'avantages à l'ensemble des utilisateurs. Notamment, un accès et alimentation en données pour les administrations avec la garantie que lorsqu'une donnée est admise et validée sur la *blockchain*, elle ne sera pas altérée sans que l'ensemble des utilisateurs en soit averti. Aussi, pour le public, un accès simple qui permettra de consulter l'ensemble des données collectées et mises à disposition par les administrations.

La proposition de choix de la *blockchain* de consortium pour l'UEMOA est justifiée contrairement à la *blockchain* publique et privée. On sait que, pour la « publique » le système est ouvert et n'importe qui pourra en avoir accès. Avec la « privée », le système est fermé et une seule entité nomme les producteurs de blocs. Alors que, **la chaîne de consortium**, elle, comporte des parties équitablement puissantes qui fonctionnent simultanément en tant que validateurs.

Par ailleurs, son utilisation confère des règles de système assez flexibles. De plus, en terme de visibilité de la chaîne, elle peut être limitée aux validateurs, et donc, consultable par des personnes qui seront autorisées, ou par tous. Les validateurs peuvent également par un consensus, apporter facilement des modifications.

Instaurer une *blockchain* de consortium où chaque bloc pourra correspondre à un profil acheteur, permettra à l'acheteur de gérer de son profil (son bloc). Ce dernier pourra, premièrement, décider de ce qu'il voudra partager au public comme le dossier d'appel d'offre (DAO), les informations complémentaires du marché, les échanges ; deuxièmement, ce qu'il voudra conserver comme les offres des soumissionnaires, les justificatifs ; et troisièmement ce qu'il voudra partager entre utilisateurs. Ce choix est celle qui est également soutenu par l'avocat Julien MOIROUX³⁰.

De cette manière, la *blockchain* permet de voir et garder des traces non seulement de tous les soumissionnaires qui ont retiré le dossier d'appel d'offre (DAO), mais aussi, de toutes les personnes qui ont soumis leurs offres. Ceci étant, la vérification de la véracité des contestations des candidats ainsi que la transparence seront garanties.

B- Le caractère traçable et infalsifiable de la blockchain au service du droit de la commande publique de l'UEMOA

Le principe de transparence des procédures oblige l'acheteur public à déterminer au moment du lancement de la procédure d'un marché, les règles de consultation et les rendre publiques. Ces règles sont intangibles durant la consultation. Le respect de cette règle se traduit par une publicité desancements d'appels d'offres afin de garantir une vraie mise en concurrence ; la conservation de tous les documents qui ont abouti à la sélection du candidat et de son offre ; la justification du choix du titulaire du marché et la motivation du rejet des autres candidatures³¹. Il est central au droit de la commande publique français et des États de l'UEMOA.

Pour assurer au mieux l'effectivité de ce principe, le caractère infalsifiable et traçable de la *blockchain* peut être utilisé. Inscrits sur elle, elle assurerait la sécurité juridique des actes, permettrait de vérifier que les documents du marché n'ont pas été altérés ou encore que tous les candidats ont eu accès aux mêmes informations. Dans la passation des marchés publics, son utilisation permettrait de suivre toutes les traces des activités des candidats comme le retrait du dossier d'appel d'offre (DAO), de l'envoi de justificatifs, des informations complémentaires, des échanges avec les candidats, de la soumission des offres ou encore la notification et la consultation de notification d'attribution du marché.

En outre, l'intégrité de la *blockchain* est aussi de rendre toute donnée impossible à modifier. Toutefois, ce n'est valable que lorsque la *blockchain* en question

³⁰ Voir son article précité.

³¹ [Définition de la commande publique Le principe d'égalité de ...www.eure.gouv.fr](http://www.eure.gouv.fr)

est véritablement décentralisée, c'est-à-dire qu'elle n'est pas contrôlée par une seule entité mais par un grand nombre de personnes indépendantes (comme le cas la *blockchain* de consortium). Ce caractère non modifiable est reproché à la technologie dans le sens où une erreur pourrait subvenir entraînant des conséquences non souhaitable. Cependant, il faut souligner qu'en cas d'erreur ou nécessité de corriger le dossier d'appel d'offre (DAO) ou encore d'ajouter des informations complémentaires indispensable au marché, il faudra ressaisir « une nouvelle écriture » corrigeant ces informations tout en gardant l'erreur ou l'écriture précédente. Ainsi, la trace des deux écritures reste visible.

Imaginons par exemple, lors d'une transaction bancaire, une erreur d'envoi d'un montant de 5 millions est faite au lieu de 4 millions. Pour corriger l'erreur, on soustrait 1 million. Bien que la soustraction soit faite pour rééquilibrer l'opération, le compte montrera la trace des deux opérations c'est-à-dire l'erreur et la correction. Le fonctionnement de la *blockchain* est pareil. Lorsqu'une erreur est faite soit sur le dossier d'appel d'offre(DAO) ou sur d'autres informations, elle ne permet certes pas de revenir en arrière pour la modifier. Néanmoins, la correction peut être apportée par une nouvelle opération ou une nouvelle écriture.

Dans le domaine financier, ce problème est déjà survenu en ce qui concerne la perte de l'immutabilité des transactions sur une « **blockchain publique** » dans l'affaire THEDAO. En effet, La plateforme Ethereum a connu un incident de fonctionnement à 50 millions de dollars. Un groupe d'utilisateurs y faisait fonctionner la plateforme appelée *the Decentralized Autonomous Organization* (the DAO), dont les principes étaient ingénieux. Il s'agissait d'un fonds d'investissement dans lequel les décisions étaient prises collectivement. Les membres votaient pour déterminer dans quelles sociétés placer leurs fonds. Un utilisateur parvient à profiter d'une faille d'un *smart contract* contenant une « erreur » de code et faisait tourner en boucle l'ordre de paiement³². En vertu des principes des **blockchains publiques**, chaque Ether obtenu pouvait être suivi individuellement, de sorte que sa dépense pouvait être empêchée. Par la suite, une réécriture de la *blockchain* Ethereum a été décidée par un vote majoritaire de ses utilisateurs afin « d'effacer » et de récupérer ce détournement³³.

Ce caractère ineffaçable de toutes les opérations sur la *blockchain* entraine également des questionnements concernant la protection des données. Plus précisément, le caractère ineffaçable des données sur la blockchain. Sur ce point, pour Carine VAYSSE, juriste en droit public, « le respect du règlement général sur la protection

³² K. FINLEY, « A \$50 million hack just showed that the DAO was all too human », article *wired.com* du 18 juin 2016 ; K. HOTTOT, « The DAO : un pirate dérobe 50 millions de dollars, la contre-attaque se prépare », article *nextinpact.com* du 22 juin 2016. Les articles spéculent sur la nature exacte de l'erreur de code, qui n'est pas connue dans ses détails.

³³ K. HOTTOT, « Ethereum : un "hard fork" controversé pour oublier the DAO », article *nextinpact.com* du 20 juillet 2016.

des données³⁴ implique surtout de prévoir un algorithme de déchiffrement dépendant de la détention d'une clé d'accès pour l'utilisateur et d'une clé de permanence dont la suppression constitue le respect du droit à l'effacement des données³⁵ ».

En ce qui concerne les États de l'UEMOA, le parlement togolais a voté le 23 octobre 2019 la loi sur la protection des données à caractère personnel qui définit le cadre juridique et institutionnel en matière de protection des données personnelles. Dans cette logique, certains députés estiment que « *Pour protéger les données, il faut se donner les moyens de les enregistrer. D'où la nécessité de mettre en place un cadre normatif et institutionnel capable d'identifier de façon exhaustive, au besoin par la biométrie, les citoyens de notre pays* »³⁶. Le Togo s'est doté également d'une instance de protection des données à caractère personnel (IPDCP) qui a fait l'objet d'un projet de décret en conseil des ministres, le 09 décembre 2020 en application de la loi précitée³⁷.

Cette inquiétude de la *blockchain* pourrait, peut-être être réglée, en entendant, à travers la signature d'un contrat ou une déclaration sur honneur dans lequel la personne publique s'engage à ne plus utiliser ni consulter ces données ineffaçables après le délai d'archivage écoulé.

Cette technologie peut être un atout dans l'exécution des marchés.

II- LE SMART CONTRACT, LE BUILDING INFORMATION MODEL (BIM), DES OUTILS EN SOUTIEN A L'EXECUTION DES MARCHES PUBLICS ET NON-SUBSTITUABLES AU JURISTE ACHETEUR PUBLIC

Les avantages d'un côté, du *smart contract* peuvent être bénéfique dans la suivie de l'exécution des marchés (B) et de l'autre, le Building information model dans l'exécution des marchés de travaux(A)

³⁴ PE et Cons. UE, règl. n° 2016/679, 27 avr. 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive n° 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) : JOUE L. 119/1, 4 mai 2016 ; v. aussi F. CHAFIOL et A. BARBET-MASSIN, « La Blockchain à l'heure de l'entrée en application du règlement général sur la protection des données », D. 2017, IP/IT, p. 637 ; W. O'RORKE, « L'émergence d'un droit de la blockchain », D. 2019, IP/IT, p. 422 ; CNIL, Blockchain et RGPD : quelles solutions pour un usage responsable en présence de données personnelles ?, 24 sept. 2018 ; T. DOUVILLE, « Blockchain et protection des données à caractère personnel », AJ contrat 2019, p. 316.

³⁵ G. CATTALANO, « Smart contracts et droit des contrats », AJ contrat 2019, p. 321.

³⁶ Séna AKODA, « Cybersécurité : le Togo adopte la loi sur la protection des données à caractère personnel », « site TOGO FIRST, entreprendre au Togo », 24 octobre 2019

³⁷ Ayi Renaud DOSSAVI, « Togo : mise en place de l'Instance de protection des données à caractère personnel », « site TOGO FIRST, entreprendre au Togo », 10 décembre 2020.

A- Le building information model (BIM) permettant un travail collaboratif dans les marchés publics de travaux de l'UEMOA

Le Building information model (BIM) est une maquette numérique. Il présente des avantages multiples pouvant profiter aux marchés de travaux de l'UEMOA. Il s'agit d'une base de données permettant la représentation graphique d'une construction. Il a pour objet de recueillir plusieurs contributions dans les réalisations. Il représente à la fois un logiciel d'intégration, de génération et d'exploitation de données permettant de concevoir, construire et exploiter (entretien, réparation, modification) un bâtiment lors de son cycle de vie.

Dans la construction d'un ouvrage, il peut être utilisé au-delà d'une simple modélisation d'un bâtiment en trois dimensions car contenant toutes les données techniques. Le BIM prévoit également une possibilité de partage des informations et de diffusion en temps réel avec tous les intervenants à la construction d'un ouvrage. De plus, il s'adapte et évolue au fur et à mesure de l'avancement des travaux en fonction des données remplies. Ces dernières peuvent être modifiées ou améliorées par chaque intervenant. L'utilisation du BIM peut également intervenir dans l'exploitation et la maintenance.

Au regard de ces avantages, cette maquette numérique peut être associée à une *blockchain*. En effet, sa conservation sur la *blockchain* permet une suivie de chaque étape de la construction (si chaque étape de la construction est réalisée ou non), d'avoir une traçabilité des modifications apportées tout le long du processus de conception et donc une sécurisation à long terme. En soi, le BIM permet de limiter et d'éliminer les erreurs de conception et de construction que génère la multiplicité de documents techniques et d'intervenants.

Le BIM réalisé sur une *blockchain*, permettrait également que cette traçabilité de toutes les opérations puisse servir de preuve devant le juge ou le comité de règlement des différends (CRD) en cas de litige afin de répartir les responsabilités entre l'autorité contractante et le constructeur, dans sa décision. Mais, il convient de déterminer la valeur juridique de ces preuves sur la *blockchain*.

Pour une utilisation plus efficace et maîtrisée, des règles d'application à cet outil peuvent être définies et régulées soit par les utilisateurs (intervenants sur la construction), soit par une personne désignée en qualité de régulateur afin d'appliquer des améliorations au fur et à mesure de l'utilisation.

Elle représente aussi un excellent outil de responsabilisation de la chaîne administrative (pour situer les responsabilités des fonctionnaires) et améliorer les processus administratifs. Elle peut être aussi utilisée pour réduire les niches de la corruption dans la commande publique de ces États.

Afin de faciliter un accès pour tous à la *blockchain*, il serait judicieux de prévoir un accompagnement particulier pour les PME en termes de formations et de moyens.

B- L'utilisation des contrats intelligents, un outil de contrôle et de suivi garantissant la confiance des parties au contrat

Comme évoqué dans l'introduction, le *smart contract* peut être considéré comme un progrès car destiné à s'assurer la bonne fin des obligations contractuelles.

Il n'est pas un contrat au sens juridique du terme mais plutôt des logiciels qui permettent de contrôler l'exécution des obligations contractuelles entre deux personnes ou plus utilisant une *blockchain*. L'instauration et l'utilisation par l'UEMOA garantirait un renforcement du lien de confiance entre les parties au marché public.

Dans la suivie de l'exécution des marchés publics, est obligatoire la vérification du respect des termes du contrat avant paiement. L'intégration de ces conditions du contrat dans le *smart contract* sur la *blockchain* activera automatiquement le droit au paiement dès lors qu'elles sont remplies. Il permet un gain de temps. L'évolution et le respect de chaque étape des conditions d'exécution prévues sur la *blockchain* peuvent être consultés par les deux parties. Ce qui garantit également une transparence à ce niveau.

Les délais prévus au marché peuvent être aussi intégrés. Dans ce cas, dans la même logique de fonctionnement, lorsqu'un retard dans l'exécution de ce marché est constaté, cela déclenchera automatiquement l'application des pénalités de retard pré intégrées. Les États de l'UEMOA pourront alors intégrer le CCAG électroniquement pour application des conséquences.

De même, lorsqu'une facture électronique est enregistrée, son délai de paiement s'impose à l'autorité contractante. Elle déclenchera à cet effet, le paiement automatique à la bonne date, ou en cas de retard de paiement, l'application automatique des droits aux intérêts moratoires. Le *smart contract* incite les deux parties à respecter les termes convenus au marché. Il serait donc très utile et bénéfique dans l'exécution des marchés publics de l'UEMOA.

Les inquiétudes soulevées à l'encontre de cet outil est tout d'abord l'erreur qui pourrait subvenir, entraînant des conséquences non prévues ; le fait qu'il soit au fil du temps substitué à l'acheteur public ou encore en cas d'évolution des obligations contractuelles ou des modifications non établies au préalable dans le *smart contract* sur la *blockchain* publique.

Ces inquiétudes peuvent peut-être, être atténuées. Le *smart contract* n'étant pas un contrat, il serait possible de prévoir un cadre juridique ainsi que des limites qui seront définis par ces États afin de superviser l'utilisation et sécuriser davantage la suivie des

relations contractuelles. Dans cette optique, son utilisation entraînerait par exemple une diminution des risques contentieux et garantirait la sécurité juridique.

Ensuite, le *smart contract* est programmé par un développeur. Ainsi, il peut arriver qu'une erreur de programmation survienne entraînant une exécution contractuelle non souhaitée. Dans ce cas, cette incidence peut être limitée par l'utilisation de la *blockchain* privée (où la gestion est confiée à l'État ou aux personnes chargées d'une mission de service public) ou la *blockchain* de consortium. Ceci réconforte davantage notre choix de l'instauration de la *blockchain* de consortium dans les États de l'UEMOA pour la maîtrise de l'outil et des risques. À ce titre, le *smart contract* ne sera pas accessible au public mais restreint, c'est-à-dire limité aux parties ou à un certain nombre de personnes utiles. Cette position est également celle retenue par l'avocat Julien MOIROUX précité.

Pour plus de supervision, il faudrait également que ces États lient l'exécution du *smart contract* à un vrai contrat. C'est-à-dire, un contrat rédigé et signé par les parties au marché pour une transparence plus poussée des obligations contractuelles. Plus précisément, les deux parties au marché rédigent les obligations contractuelles inscrites dans le *smart contract*, l'audite et le valide par une personne ayant la capacité de le faire³⁸ c'est-à-dire un professionnel du droit et un développeur travaillant ensemble dans ce sens. Le fait de lier le *smart contract* et le contrat de marché public écrit et signé permettra la réversibilité des actions exécutées à la suite du contrat³⁹ ou encore prévoir une autorisation physique d'un commun accord des parties avant l'application effective des versements de pénalités de retard, des intérêts moratoires ou encore du paiement en fin d'exécution du marché. Les parties auront le dernier mot à la dernière étape de l'exécution du *smart contract* en ce qui concerne les paiements. Ceci écarte également l'inquiétude de la substitution de l'outil à l'acheteur. Le choix du *smart contract* proposé sera inéluctablement supervisé par le juriste acheteur public et le développeur.

À ce niveau également, en cas de litige, le *smart contract* pourra être utilisé par le juge ou le comité de règlement des différends (CRD) afin d'effectuer le partage des responsabilités, de vérifier si la cause est due à une erreur de programmation du développeur, du juriste, ou des autres utilisateurs autorisés qui ont constaté l'erreur mais ne l'ont pas signalée.

Cependant, il est vrai que tout objet informatique est susceptible d'attaques et qu'il peut arriver que le *smart contract* puisse se révéler défectueuse, par accident ou par malice. C'est dans cet ordre d'idées que : la loi « informatique et libertés » soulignait « l'absence de faculté d'étonnement » des ordinateurs et mettait en garde contre toute prise de décision algorithmique qui ne serait pas supervisée par l'humain⁴⁰. Ce qui

³⁸ L. LELOUP, « Blockchain : La révolution de la confiance », « Éditions Eyrolles » 2017, p. 176.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ La loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, plus connue sous le nom de loi informatique et libertés.

démontre davantage ce choix qui n'écarte pas le juriste acheteur public ainsi que le développeur, mais les associent pour la supervision du *smart contract*.

CONCLUSION

La technologie de *blockchain* est, comme on l'a vu, un outil révolutionnaire de la commande publique des États de l'UEMOA. Les difficultés qui peuvent survenir sont maîtrisables par le choix de la *blockchain* de consortium. Elles peuvent être aussi adaptées. Comme cela a été aussi montré⁴¹, de nombreux pays africains n'ont pas attendu pour recourir à cette technologie. Son aspect positif fait qu'ils ne cessent de l'étendre dans divers domaines. Les acquis de cette technologie, les opérations réalisées sur elle, peuvent et doivent être adaptées au droit de l'UEMOA.

Le marché de partenariat, celui de la commande publique, étant un marché dont le paiement intervient au fur et à mesure de la réalisation des étapes d'un ouvrage, il est particulièrement adapté à la *blockchain*, laquelle représente du même coup, un grand atout pour ce type de marché dans les États de l'UEMOA. Surtout si on recourt à la technique du *smart contract* programmé pour déclencher le droit au paiement dès l'exécution des conditions contractuelles intégrées, mais aussi la technique du BIM qui permet un suivi effectif des réalisations et une traçabilité des modifications voire la maintenance.

Bref, les juristes, les développeurs, les acheteurs et les pouvoirs publics, qui sont voués à former demain la communauté *blockchain* de la commande publique dans l'UEMOA, doivent prendre conscience de ces atouts et œuvrer ensemble pour la réalisation de la transition vers la technologie *blockchain* dans l'espace UEMOA

Un tel travail de concert, à engager dès à présent la réforme, est capital si l'on veut mettre à profit toutes les potentialités de la technologie *blockchain* pour nos États. Mais il l'est aussi pour traiter certaines problématiques identifiées sur la base de l'expérience, celles notamment des États africains qui ont déjà mis en œuvre cette technologie comme sources de difficultés potentielles, et qu'il ne faut pas sous-estimer⁴². On pense ici par exemple aux problèmes qui peuvent naître d'erreurs humaines dans la transcription sous forme de code des données juridiques essentielles du contrat, qui seraient de nature à compromettre durablement les relations contractuelles et à causer aux personnes publiques des préjudices difficilement réparables. On pense aussi au traitement des questions de responsabilité qui surgiraient en pareille circonstance et qui soulèveront dans nombre de cas la question de la loi applicable. On pense, par ailleurs, aux incertitudes qui entourent encore à l'heure actuelle l'intégration aux *smart contract* et au BIM des certaines données fondamentales du droit de la commande publique, telles que la possible mutabilité de

⁴¹ Voir l'introduction de la présente étude.

⁴² Sur ces problématiques, voir notamment S. BRACONNIER et R. CHILLY, *op. cit.* ; Ainsi que C. BONDARD, *op. cit.*

la volonté contractuelle des personnes publiques et l'éventualité de mise en œuvre de prérogatives de puissance publique protectrices de l'intérêt général.

Ceci plaide assurément en faveur de la nécessité de décisions immédiates permettant de préparer sérieusement le terrain. Une des actions les plus urgentes serait de former une équipe de pilotage intégrée et de haut niveau, réunissant représentants des pouvoirs publics, juristes et développeurs, qui seront chargés d'identifier les problèmes potentiels et proposer des solutions adaptées aux réalités des États membres de l'UEMOA.

Et, ceci, en se donnant pour perspective de combiner les bénéfices remarquables de la technologie *blockchain* avec l'exigence d'une maîtrise minimale par les États considérés du processus, ne serait-ce que pour éviter que nos États se retrouvent un jour à la merci d'opérateurs privés contrôlant à la fois les procédures d'élaboration technique des *smart contrat* et BIM sans oublier les données qui leurs sont associées.

En somme, la technologie de la *blockchain* se présente aujourd'hui, au vu de toutes les raisons évoquées précédemment, comme une formidable chance à saisir par les États de l'UEMOA, afin de simplifier les procédures de la commande publique et de sécuriser aussi bien juridiquement, judiciairement, qu'économiquement les relations contractuelles. Mais elle constitue aussi, de par les difficultés qu'il faut s'attacher à résoudre positivement, un défi que ces États se doivent de relever. Ils n'en seront que gagnants. « La *blockchain* doit permettre de penser le juriste du 21^e siècle : un juriste augmenté »⁴³.

Muriel AHOUISSOU
Doctorante en Droit public
Université d'Aix-Marseille

⁴³ Mustapha MEKKI, « Droits(s) et algorithmes : de la blockchain à la justice prédictive », « *dalloz-actu-etudiant.fr* », 6 juin 2017.

LA CONTRIBUTION DES JURIDICTIONS COMMUNAUTAIRES AU PROCESSUS D'INTEGRATION SOUS-REGIONALE EN AFRIQUE FRANCOPHONE

Résumé : La jurisprudence des juridictions communautaires contribue à affirmer l'idée selon laquelle le juge communautaire joue un rôle primordial dans la consolidation de la justice de l'intégration en Afrique. Il contribue à travers les fonctions contentieuses, consultatives et quasi-contentieuses à l'enracinement dans les ordres juridiques communautaires, d'une justice d'intégration accessible, efficace et de qualité.

L'étude recherche dans la production jurisprudentielle, ce qui découle de la participation des juridictions communautaires, notamment des Cours de justice de la CEMAC et de l'UEMOA à la construction de l'intégration avec pour objectif de vérifier si le droit africain de l'intégration bénéficie de ces organes d'un même apport ou d'un traitement différencié.

Il en ressort que les juridictions communautaires considérées jouent un rôle quasi *similaire* dans la régulation du processus d'intégration sous-régionale. En effet, il se dégage de leur politique jurisprudentielle une convergence des contributions au processus normatif primaire et une ambivalence des contributions au processus normatif dérivé de l'intégration. Par ailleurs, les décisions analysées restent fortement marquées par une asymétrie entre le contentieux socio-économique en plein essor et celui des droits fondamentaux resté en friche.

En définitive, à travers une méthode juridique et une technique comparative des pratiques jurisprudentielles des organisations d'intégration, les juridictions communautaires contribuent de façon offensive à l'enracinement de « *l'intégration par le droit* » en Afrique en général et dans les Communautés sous-régionales envisagées en particulier.

Mots-clés : *Droit communautaire-Intégration par le droit- Cours de justice communautaires- Droit africain de l'intégration- Processus institutionnel- Processus matériel- Contentieux.*

Summary: The case law of community courts helps to affirm that the community judge plays a key and primary role in consolidating integration justice in Africa. It contributes through its contentious, advisory and quasi-contentious functions to the establishment in community legal orders of accessible, efficient and high-quality integrative justice.

These studies are to search in the case-law production, which results from the participation of community jurisdictions, in particular the Courts of Justice of CAEMC (Central African Economic and Monetary Community) and WAEMU (West

African Economic and Monetary Union) in the construction of integration with the aim of verifying whether African law of the integration benefits from these bodies from the same contribution or from differentiated treatment.

As a result, the community jurisdictions are considering playing an almost similar role in regulating the process of sub-regional integration. Indeed, from their jurisprudential policy emerges a convergence of contributions to the primary normative process and an ambivalence of contributions to the normative process derived from integration. The decisions indeed analyzed remain strongly marked by an asymmetry between the booming socio-economic litigation and that of fundamental rights which has remained unexplored.

In conclusion, through a legal method and a comparative technique of the jurisprudential practices of integration organizations, community jurisdictions contribute in an offensive way to the entrenchment of "integration through law" in Africa in general and particularly the sub regional communities.

Keywords: *Community law - Integration through law - Community courts of justice - African integration law - Institutional process - Material process - Litigation.*

Sommaire

INTRODUCTION

- I. LA CONVERGENCE DES CONTRIBUTIONS AU PROCESSUS NORMATIF PRIMAIRE
 - A. La référence aux principes généraux de droit
 1. *Le principe de non-discrimination*
 2. *Le principe du droit de la défense*
 - B. La déférence aux principes existentiels du droit communautaire
 1. *Le principe de primauté du droit communautaire*
 2. *Le principe de « l'effet direct » du droit communautaire*
- II. L'AMBIVALENCE DES CONTRIBUTIONS AU PROCESSUS NORMATIF DERIVE
 - A. La contribution consolidante dans les domaines socio-économiques
 1. *La consolidation du droit de la fonction publique communautaire*
 2. *La rationalisation du droit douanier et bancaire*
 - B. La contribution déconsolidante dans les questions liées aux droits fondamentaux
 1. *L'insuffisante imprégnation du principe de libre circulation*
 2. *L'inconsistance de la politique environnementale*

CONCLUSION

« ...Le droit n'est pas, ne peut pas être un phénomène asocial, la nécessité de son énoncé trouve sa source dans les contradictions que génèrent tous les jours les commerces de toutes sortes, (...) sans ce frottement avec autrui, le phénomène juridique est coupé du réel, et la jurisprudence, qui en est l'expérimentation sociale, condamnée à ne jamais s'épanouir ».

Alioune SALL, *La justice de l'intégration. Réflexion sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, Deuxième édition, CREDILA, L'Harmattan-Sénégal, 2018, 480 p, (spec. p. 32).

« [La] jurisprudence [...] en son point culminant, [...] renferme tout le secret du droit et de la justice. Bien fou qui voudrait s'en passer »¹. Ces propos prémonitoires d'une doctrine française ont une résonance particulière en Afrique où les Cours de justice sont devenues à travers leurs jurisprudences, les ingénieries² de « fabrication »³ du droit de l'intégration⁴.

En effet, la volonté de relance du processus d'intégration sous régionale en Afrique a conduit les États⁵ à prévoir dans les traités fondateurs des Communautés d'intégration

¹ SERIAUX (Alain), *Le droit. Une introduction*, Paris, Ellipses, 1997, p. 212.

² Il faut entendre par l'expression « ingénierie », les laboratoires ou les ateliers de création ou de fabrication du droit. V. ANDZOKA ATSIMOU (Séverin), *L'ingénierie constitutionnelle, solution de sortie de crise en Afrique ? Les exemples de l'Afrique du Sud, de la République du Congo, du Burundi et du Congo Brazzaville*, Paris, L'Harmattan, 2016, 600 p.

³ Il s'agit de faire émerger le droit dans les domaines où il est en gestation ou quasiment absent. Le juge pour éviter le déni de justice est donc l'un des créateurs du droit. LATOUR (Bruno), *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, 2004, éd. La Découverte, 321 p ; DARBON (Dominique) et Du Bois de GAUDUSSON (Jean), (dir.), *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, 475 p ; Pour la controverse, lire MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat), *De l'esprit des lois* (Livre XI, Chap. VI- De la Constitution d'Angleterre) à travers sa formule « Juge bouche de la loi » ; Kelsen (Hans), « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 226. De plus en plus, il se dégage une « législation jurisprudentielle » capable de compléter le droit écrit et de lui assurer sa véritable signification ; Lire avec intérêt WALINE (Marcel), « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *La technique et les principes du droit public, Etudes en l'honneur de Georges SCELLES*, Paris, LGDJ, 1950, p. 659 et s.

⁴ Sur l'émergence de ce concept, PESCATORE (Pierre), *Le droit de l'intégration : émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, coll. *Droit de l'Union Européenne- Grands écrits*, 2005, p. 447.

⁵ KAMTO (Maurice), « La volonté de l'Etat en droit international », *RCADI*, 2004, tome 310, pp. 97-101. Pour la consolidation prétorienne, V. CPJI, *Affaire du vapeur Wimbledon* : « la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat ». CPJI, 17 août 1923, *Recueil des arrêts de la CPJI*, série A, n° 1923, p. 25, *Affaire du Lotus*, 1927. A rebours, Hans Kelsen s'est employé à minimiser le rôle de la volonté dans la formation du droit. La norme selon le Maître Viennois, est un devoir être (Sollen), alors que l'acte de volonté dont elle est la signification est un être (Sein) in *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd.

de véritables juridictions ayant pour mission principale d'assurer le respect du droit communautaire dans les conditions propres à conduire la mise en place d'une jurisprudence harmonisée⁶. Dès lors, la mutation⁷ que connaît le droit africain de l'intégration est due en partie à l'*activisme*⁸ jurisprudentiel⁹ des Cours de justice¹⁰.

Comme un effet de mode¹¹ l'implication des Cours de justice européennes¹² et africaines¹³ dans le processus d'intégration viendra donner un souffle nouveau à

1960, trad. fr. Charles EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, p. 7. De même qu'il faudrait relativiser cette volonté étatique du fait de l'autonomisation des institutions judiciaires communautaires qui, sur la base de la théorie *principal-agent*, ont cessé d'être des simples mandataires des Etats membres. Selon ladite théorie, les Etats membres sont les « *principals* » en leur qualité de détenteur du pouvoir constituant, et les institutions judiciaires, les « *agents* » créés en vue de la réalisation de leurs volontés ou intérêts. Lire, STONE SWEET (Alec) et CAPORASO (James), « La cour de justice de l'intégration européenne », RFSP, vol. 48, n° 2, 1998, pp. 195-244.

⁶ Préambule de la Convention CEMAC de 2009.

⁷ SALL (Alioune), *Les mutations de l'intégration des Etats en Afrique de l'Ouest, Une approche institutionnelle*, Paris, L'Harmattan, 2006, 187 p ; BENHAMOU (Abdallah), « Les mutations du régionalisme dans les pays en développement », RADIC, n° 4, T.8, 1996, p. 900 ; OUEDRAOGO (Séni Mahamadou), « Regard extérieur sur les mutations récentes des administrations fiscales africaines », ONDOA (Magloire) et ABANE ENGOLO (Patrick), (dir.), *Les transformations contemporaines du droit public interne en Afrique*, L'Harmattan, 2018, pp. 119-132. L'auteur souligne l'importance de la réforme des finances publiques dans les espaces d'intégration de la CEMAC et de l'UEMOA.

⁸ Le mot « *activisme* » peut être chargé d'une connotation négative en français, dont il n'est évidemment pas question ici. L'expression anglaise de « *judicial activism* », moins emprunte de jugement de valeur, serait assurément plus appropriée. Sur cette interprétation, SALL (Alioune), *Le contentieux de la violation des droits de l'homme devant la cour de justice de la CEDEAO*, L'Harmattan-Sénégal, 2019, p. 183.

⁹ KELEMEN (Daniel), SCHMIDT (Susanne), *Introduction. The European Court of Justice and Legal Integration: Perpetual Momentum?*, *Journal European Public Policy*, vol. 19, n° 1, 2012, p. 1-7.

¹⁰ Il s'agit de la Cour de justice de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (ci-après « la CJ-CEMAC ») et de la Cour de Justice de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (ci-après « la CJ-UEMOA »). Sont exclues les Cours des comptes en dépit de leur apport au processus économique d'intégration.

En revanche, la juridictionnalisation du processus d'intégration est loin d'être achevée car, toutes les Cours de justice ne sont pas toujours effectives en Afrique. C'est le cas des Cours CEEAC, de la CEA et du Tribunal SADC, toujours en attente d'un protocole rendant effective leur création depuis des dizaines d'années.

¹¹ ONDOUA (Alain), « Existe-t-il un droit national de l'intégration communautaire en Afrique francophone ? », *Revue de la Fondation Raponda-Walker, La fabrique du droit en Afrique*, Actes du Premier Symposium Juridique de Libreville, 21-22 nov. 2013, pp. 23- 44. Selon le Doyen ONDOUA, l'intégration régionale et sous-régionale en Afrique constitue désormais un « *effet de mode* », matérialisé par la prolifération des organisations dites d'intégration. Ces propos restent d'actualité avec l'émergence progressive des Cours de justice communautaires.

¹² Le phénomène de juridictionnalisation prend naissance en Europe et en Amérique. Il s'agit dans le premier cas des juridictions dont les compétences sont calquées sur ce qu'il est convenu d'appeler le « *modèle* » européen incarné par la CJCE, devenue CJUE. Les continents américain et européen en comptent respectivement quatre, articulées selon le même schéma d'ensemble : une dont l'assise géographique s'étend à l'échelle du continent

« l'intégration par le droit »¹⁴ contribuant ainsi à l'enracinement d'une véritable justice de l'intégration¹⁵. Il est question pour les Cours de justice, de réguler par les mécanismes juridiques les processus d'intégration jadis destinés à la poursuite de l'idéal politique d'unification à l'échelle des continents¹⁶. En effet, à l'image d'une révolution¹⁷, l'implication des juridictions judiciaires et arbitrales¹⁸ dans les problématiques d'intégration a démontré qu'on ne pouvait plus envisager une

(CIDH et CEDH) et trois autres qui couvrent le territoire de certaines sous-régions-les Caraïbes (Cour-CARICOM), les Andes (Cour-CAN) et l'Amérique Centrale (Cour-SICA) - avec cette particularité européenne qui est que seul l'Ouest du continent soit marqué par le phénomène juridictionnel (CJCE/TPI, Cours BENELUX et AELE). Lire LECOURT (Robert), *Le rôle unificateur du juge dans la Communauté*, in *Etudes de Droit des Communautés européennes. Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, éd. Pedone, 1984, pp. 223- 237.

¹³ La création d'une instance juridictionnelle au sein d'une organisation d'intégration africaine remonte à la défunte Communauté d'Afrique Orientale (CAO) qui réunissait le Kenya, l'Ouganda, et la Tanzanie. Par la suite, presque toutes les organisations africaines d'intégration vont se doter soit d'une Cour de justice, soit d'un tribunal. Le Traité instituant la Communauté économique de l'Afrique (CEA), signé le 3 juin 1991 à Abuja crée une Cour de justice (art. 18) ; le Traité révisé de Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) adopté le 24 juillet 1993 crée une Cour de justice (art. 15) et un tribunal arbitral (art. 16) ; le Traité instituant la Communauté économique des Etats de l'Afrique Centrale (CEEAC) signé à Libreville le 18 octobre 1983 crée une Cour de Justice de la Communauté (art. 83) ; le Traité créant la Southern African Development Community (SADC) signé le 11 août 1992 à Windhoek crée un tribunal ; le Traité instituant le Marché Commun pour l'Afrique Orientale et Australe, signé en 1993 crée un Tribunal ; le Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique signé à Port Louis le 17 octobre 1993 crée une Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) (art. 3) ; l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) signé le 10 janvier 1994 crée une Cour de justice et une Cour des Comptes (art.38) ; le Traité instituant la Communauté Economique et Monétaire d'Afrique Centrale (CEMAC) signé le 5 juillet 1996 à Libreville crée une Cour de justice (art. 10).

¹⁴ BAILLEUX (Julie), *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, Paris, Dalloz, 2014, p. 416.

¹⁵ SALL (Alioune), *La justice de l'intégration. Réflexion sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, 2^{ème} éd., CREDILA, L'Harmattan-Sénégal, 2018, 480 p. Sur la dimension téléologique de la justice européenne, lire PEKASSA NDAM (Gérard), « La notion d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'union européenne », *RDP*, n° 2, mars-avril 2012 pp. 347-377.

¹⁶ On citera sans exhaustivité, les projets d'unification pan-américaine de Simon BOLIVAR et pan-européenne d'Aristide BRIAND, ou enfin la poursuite de l'unité pan-africaine par Kwame NKRUMAH.

¹⁷ DEROSIER (Jean-Philippe), « Qu'est ce qu'une révolution ? Le point de vue de la théorie générale du droit », PUF, *RFDC*, 2015/n° 102, pp. 391-404 ; KOKOROKO (Dodzi Komla), « Révolution et droit international », *RTSJ*, janv.-juin 2012 n° 0002, pp. 7-21. Le processus d'intégration jadis assuré par des organes politiques comme les Parlements et les Commissions connaît aujourd'hui une transformation par les Cours de justice communautaires.

¹⁸ On peut citer la Cour arbitrale de la défunte Communauté économique de l'Afrique de l'Ouest (CEAO) instituée par le Traité d'Abidjan du 17 avril 1973, le tribunal arbitral de la CEDEAO, et la Commission d'Arbitrage de la CEPGL. KAMTO (Maurice), « Les Cours de justice des Communautés et des organisations d'intégration économiques africaines », *African Yearbook of International Law*, 1998, p. 108.

« *jurisdiction communautaire* »¹⁹ sans la jurisprudence de la Cour de justice ou plus exactement qu'un organe juridictionnel reste indispensable dans la panoplie institutionnelle²⁰ des Communautés d'intégration. La remarque faite par le Huron au sujet de la jurisprudence du Conseil d'État français peut bien être réitérée ici²¹.

A ce titre, le « *buissonnement* »²² juridictionnel diversement apprécié²³ par la doctrine contribue à impulser une nouvelle dynamique²⁴ pour l'énonciation d'un État de droit régional africain²⁵ plus protecteur²⁶. La Cour de justice est devenue le « *facteur* »²⁷

¹⁹ BERTOLI-CHAPPELART (Véronique) et ARNAUD (Stéphane), « La Cour de justice européenne. Mutations de l'organisation juridictionnelles liées à l'élargissement : entre efficacité et perfectibilité », 2004/3, pp. 25-29. Ce terme générique essentiellement organique selon le Doyen FAVOREU, désigne l'ensemble des juridictions chargées de la justice communautaire. FAVOREU (Louis), *Les Cours constitutionnelles*, 1996, p. 3 ; *id.*, « La notion constitutionnelle », *Mélanges J.-F. AUBERT*, 1996, p. 15.

²⁰ L'expression est de KAMTO (Maurice), « Les Cours de justice des Communautés ... », *op. cit.* p. 107.

²¹ RIVERO (Jean), « Le huron au palais royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Dalloz*, Ch., VI. 1962, pp. 37-40. Pour le Huron, «là où le texte relatif au sursis ne laissait passage qu'au rat musqué, la jurisprudence a dû, [...] élargir la brèche pour qu'un troupeau de bisons la franchisse à l'aise ». A travers cette fonction protectrice, la jurisprudence contribue à remédier à la déficience des textes communautaires.

²² L'expression est empruntée à René-Jean DUPUY qui, parle de « *buissonnement organique* », pour faire référence à la multiplication des structures institutionnelles en matière économique. V. La conclusion du colloque de la SFDI sur Les Nations Unies et le droit international économique, Paris, Pédone, 1986, p. 376.

²³ Pour les défenseurs de cette thèse, V. STONE SWEET (Alec) et CAPORASO (James), « La cour de justice et l'intégration européenne », *R.F.S.P.*, vol. 48, n° 2, avril 1998, pp. 195-244 ; LOUIS (Jean-Victor), « La Cour de justice comme facteur d'intégration dans les relations extérieures des Communautés européens », *Etudes internationales*, vol. 9, n° 1, 1978, pp. 43-56 ; LASOK (Dominique), « La Cour de justice, instrument de l'intégration communautaire », *Journal of European integration*, 2015, pp. 392- 413 ; LECOURT (Robert), « Rôle de la Cour de justice dans le développement de l'Europe », *RMC*, 1963, p. 273 ; TINIERE (Romain), « La Cour de justice de l'Union européenne et la globalisation des sources de protection des droits fondamentaux », in *Mélanges en l'honneur du Professeur SUDRE (Frédéric)*, 2018, pp. 783-792 ; KOVAR (Robert), « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1993, Vol. IV-1, p. 15 ; AZOULAI (Loïc), « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence » *RTDE*, 2008, p. 29 ; BENHAMOU (Abdallah), « L'apport de la Cour de justice maghrébine à la l'instauration d'un ordre juridique maghrébin », *RADIC*, 1995, p. 360. Pour la thèse contraire, V. KARAGIANNIS (Symeon), « La multiplication des juridictions internationales : un système anarchique ? », Colloque précité de Lille, pp. 14-15 ; ATANGANA AMOUGOU (Jean-Louis), « Multiplication des juridictions internationales et sécurité juridique en Afrique », in FAU-NOUGARET (Mathieu), (dir.), *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 135-152.

²⁴ MOUANGUE KOBILA (James), et DONFACK SOKENG (Léopold), « La CEMAC : à la recherche d'une nouvelle dynamique de l'intégration en Afrique centrale », *Annuaire africain de droit international*, vol. 6, 1998, p. 69.

²⁵ SINDJOUN (Luc), *Préface*, in SALL (Alioune), *La justice de l'intégration*, *op. cit.*, p. 11.

incontournable du processus d'intégration, confirmant ainsi sa place au cœur du quadripartisme institutionnel²⁸ reproduit par chacun des traités pour chacune des Communautés. L'importance de son rôle se mesure quantitativement par le nombre de recours portés devant elle et qualitativement par l'influence indéniable de sa jurisprudence sur les ordres juridiques des Communautés sous étude²⁹. Cette dernière puise donc sa matière dans un terrain mouvant et en constante évolution aussi bien matérielle que conceptuelle.

La contribution renvoie, en toute matière, à la part que doit supporter chacun dans une charge incombant à plusieurs³⁰. Elle se rapporte ici à l'apport, à la participation des juridictions communautaires à la construction du processus d'intégration.

Par ailleurs, le terme juridiction résulte étymologiquement de l'adjonction entre « *juris* » c'est-à-dire droit et « *dictio* » qui renvoie à « *l'action de dire, d'exprimer, de prononcer* »³¹. La juridiction s'appréhende donc comme un organe chargé de dire le droit, ce qui suppose l'existence d'un différend. La doctrine mettra l'accent sur le caractère obligatoire de la décision rendue et en application du droit, caractère obligatoire qui se traduit par « *l'autorité de la chose jugée* », caractéristique de la décision juridictionnelle³². C'est dire que la juridiction et, précisément la juridiction communautaire, ne propose pas une décision, elle décide³³.

Au rang des juridictions communautaires figurent les juridictions arbitrales, les Cours de justice et les Cours de compte. Le choix est porté ici exclusivement sur les Cours de justice communautaires en raison de leur prégnance dans la construction du processus d'intégration.

²⁶ La Cour de justice de la CEDEAO s'inscrit dans cette mutation depuis sa reconversion en 2005 en juge de « droits de l'homme ». AHADZI-NONOU (Koffi), « Remarques sur la jurisprudence de la Cour de justice de la communauté des Etats de l'Afrique centrale », in *Mélanges en l'honneur du Doyen HERVOUET (François), Entre les ordres juridiques*, LGDJ, 2015, pp. 11-38 ; SALL (Alioune), *Le contentieux de la violation des droits de l'homme devant la Cour de justice de la CEDEAO*, op. cit., 264 p.

²⁷ CEREXHE (Etienne), *L'intégration juridique comme facteur d'intégration régionale*, RBD, tome n° 39 et 40, spécial vingtième anniversaire, thème : *intégration régionale et droit*, p. 19.

²⁸ PESCATORE (Pierre), *L'exécutif communautaire : justification du quadripartisme institué par les traités de Paris et de Rome*, Cahiers de droit européen, vol. 4, 1978, p. 387-406. Expression reprise par BOULOUIS (Jean), *Droit institutionnel des Communautés Européennes*, Paris, Montchrestien, 1990, 2^{ème} éd., p. 56.

²⁹ Pour une étude parallèle dans l'ordre juridique européen, lire ABRAHAM (Ronny), « La France devant les juridictions européennes », *Pouvoirs*, n° 96, 2001, p. 143.

³⁰ CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 12^{ème} éd., 2018, p. 589.

³¹ GAFFIOT (Félix), *Le Grand Gaffiot-Dictionnaire latin-français*, p. FLOBERT, (dir.), Paris, Hachette Livre, 2000, p. 526.

³² SANTULLI (Carlo), *Introduction au droit international*, Paris, Pedonne, 2013, p. 149.

³³ *Ibid.* C'est vrai qu'elle peut émettre des avis à la fois facultatifs et/ou obligatoires. Sur la notion de juge, V. G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges Roger Perrot*, Dalloz, 1996, pp. 575-586 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge et le sentiment de justice », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, 2002, p. 40.

Il s'agit des Cours opérant dans un ordre juridique communautaire³⁴ et qui sont des organes juridictionnels institués pour assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités. La Cour de justice est dotée d'attributions consultatives³⁵ qui l'autorisent à rendre des avis ou des délibérations et des attributions juridictionnelles qu'elle exerce en tant que juge et qui donnent lieu aux arrêts.

Le processus renvoie à un enchaînement de phénomènes aboutissant à un résultat déterminé. Il rappelle dans un premier sens le progrès et le développement et dans un second, le mécanisme, le procédé technique³⁶. L'intégration s'apparente aussi à un processus³⁷ et c'est en ce sens qu'elle est perçue par la doctrine classique comme un avatar du fonctionnalisme³⁸.

L'intégration vient du latin *integratio*, de *integrare* qui veut dire réparer. Elle se définit comme « *[u]ne opération tendant à faire entrer un élément extérieur dans une entité dont il devient une partie indissociable* », ou comme une « *[f]onction d'une organisation internationale qui vise à unifier progressivement par des mécanismes appropriés, l'économie, voire le système politique des États membres* »³⁹. Elle renvoie ici à l'idée de fusion, de deux ou de plusieurs unités distinctes en vue de former une nouvelle entité⁴⁰.

Les Cours de justice à travers leurs jurisprudences, participent à la juridicisation du processus d'intégration d'où la question centrale de la présente étude : qu'est ce qui caractérise la contribution des juridictions communautaires au processus d'intégration sous-régionale en Afrique francophone ?

³⁴ La notion « *d'ordre juridique communautaire* » est de nature prétorienne plus exactement de la Cour de justice. Elle désigne un système de règles autonomes qui, contenues dans les traités ou arrêtées par les institutions, forment un ensemble cohérent qui s'incorporent directement aux ordres juridiques nationaux. Sur l'existence d'un [ordre juridique] ou d'un droit international africain, lire BIPOUN-WOUM (Joseph-Marie), *Le droit international africain (Problèmes généraux et règlements des différends)*, Paris, LGDJ, 1970, 289 p.

³⁵ DIALLO (Mamadou Yaya), « La fonction consultative des juridictions communautaires en Afrique : les exemples de la Cour de justice de l'UEMOA et de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage OHADA », *Annales africaines*, Nouvelle série, Janvier 2019, n° spécial, pp. 336-366.

³⁶ Cf. Larousse, *Dictionnaire de français* 60.000 mots, 2008 p. 338.

³⁷ N'KODIA (Claude), *L'intégration économique : les enjeux pour l'Afrique centrale*, Paris, L'Harmattan, 1^{ère} édition, 1900, p. 20. L'intégration économique apparaîtrait comme un processus visant la réalisation d'une communauté nouvelle et unique par tous les membres qui l'ont constituée.

³⁸ VIRALLY (Michel), « La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale », in *Mélanges offerts à Charles ROUSSEAU*, Paris, Pedone, 1974, p. 288.

³⁹ SALMON (Jean), *Dictionnaire de Droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, pp. 590-591.

⁴⁰ DELMAS-MARTY (Mireille), *Un pluralisme ordonné, les forces imaginantes du droit*, éd. du Seuil, vol 2, 2006, p 8.

Relativement à la question posée, on peut postuler qu'au regard des dispositions des articles 22 de la Convention CEMAC de 2009⁴¹ et 27 de l'Acte additionnel portant statuts de la Cour de justice de l'UEMOA⁴² d'une part et de l'activisme jurisprudentiel des Cours analysées d'autre part, les juridictions communautaires considérées jouent un rôle quasi *similaire* dans la construction du processus de l'intégration sous-régionale africaine⁴³. Cette absence de variabilité invite à se pencher sur l'intérêt théorique et même pratique des contributions de ces juridictions à la construction d'une justice de l'intégration en Afrique.

Du point de vue théorique, l'étude s'attache à mettre en lumière les techniques d'interprétation⁴⁴ des Cours de justice étudiées en démontrant que leur étude est un préalable indispensable à la compréhension de leurs décisions⁴⁵. Aussi remet-elle à

⁴¹ Art. 22 de la Convention CEMAC de 2009, la Cour de justice à une triple fonction : juridictionnelle, consultative et d'administration des arbitrages dans les matières relevant du droit communautaires de la CEMAC. L'article 23 fait état des recours en manquement des Etats membres, des recours en carence des institutions, du recours en annulation des règlements, directives et décisions des institutions, des litiges relatifs à la réparation des dommages causés par les institutions, des litiges entre la CEMAC et ses fonctionnaires, des recours contre les sanctions prononcées par les organismes à fonction juridictionnelle de la communauté.

⁴² Art. 38 du Traité modifié de l'UEMOA. Il est créé au sein de l'Union deux organes de contrôle juridictionnel, la Cour de Justice et la Cour des Comptes. Pour l'article 27 de l'Acte additionnel n° 10/96 portant statuts de la Cour de justice de l'UEMOA, la Cour est compétente pour connaître notamment : - des recours en manquement des Etats membres, conformément aux articles 5 et suivants du Protocole Additionnel n° 1 ; - des recours en annulation des règlements, directives et décisions des organes de l'UEMOA tels que prévus aux articles 8 et suivants du Protocole Additionnel n° 1 ; - des recours en responsabilité conformément à l'article 15 du Protocole Additionnel 1 ; - des différends entre Etats membres relatifs au Traité de l'UEMOA, si ces différends lui sont soumis en vertu d'un compromis ; - des litiges entre l'UEMOA et ses agents tel que prévu à l'article 16 du Protocole Additionnel n° 1 ; - du recours à titre préjudiciel tel que prévu à l'article 12 du Protocole Additionnel n° 1. La Cour peut émettre des avis et des recommandations sur tout projet de textes soumis par la Commission.

⁴³ La distinction entre processus normatif primaire et processus normatif dérivé opérée dans la réflexion tient du fait que toutes les normes étudiées étant encadrées par les traités, certaines sont des normes de référence du droit communautaire (le principe de primauté) et obéissent à la *summa dividio* norme primaire et norme dérivée, tant que d'autres relèvent des domaines visés par les Conventions et réglementés par le droit dérivé (le domaine douanier), la libre circulation des biens et des personnes qui en zone CEMAC, est assortie d'une directive communautaire.

⁴⁴ Pour l'interprétation judiciaire, V. SIMON (Denys), *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales (Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle)*, Paris, A. Pedone, 1981, 936 p.

⁴⁵ L'interprétation juridictionnelle reprise ici rend compte de la méthode téléologique appréhendée comme l'ensemble des procédés et arguments destinés à découvrir l'esprit de la loi. La fonction du juge est d'assurer « la cohérence de l'ordre juridique [communautaire] par la coexistence paisible des diverses interprétations qui s'harmonisent quotidiennement ». V. SUR (Serge), *L'interprétation en droit international public*, Paris, LGDJ, I. p. 388 ; FABREGUETTES, *La logique judiciaire et l'art de juger*, 2^{ème} éd., Paris, 1926, p. 382.

l'ordre du jour la théorie de la «*régionalisation juridictionnelle*»⁴⁶ ou encore celle du «*fait régional*»⁴⁷ et même *juridictionnel*⁴⁸ qui est une condition existentielle à l'affinement de l'intégration⁴⁹.

Par ailleurs, une étude sur le rôle de la Cour de justice dans le processus d'intégration est une contribution à l'établissement d'une culture de dialogue des juges⁵⁰ dans les espaces où se côtoient monisme et dualisme juridique⁵¹. A ce titre, contrairement à la doctrine minoritaire qui redoute le rôle du juge au nom d'une certaine conception de la démocratie et d'un développement du «*gouvernement des juges*»⁵² qualifié de

⁴⁶ SANOU (Dramane), *La juridictionnalisation des organisations régionales d'intégration en Afrique*, Thèse de Doctorat en droit, Université Paris 1, 2012, 802 p. L'étude ne se limite pas cependant à la juridictionnalisation mais revient sur l'asymétrie qui existe entre le contentieux socio-économique en plein essor et la réticence du juge de se prononcer sur les questions liées à la libre circulation et la protection de l'environnement. Lire utilement NTUMBA LUABA (Lumu) «*La faiblesse du cadre institutionnel décisionnel comme frein à l'intégration régionale africaine*», in *Etat souverain et pouvoir à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de François Borrel*, Presse Universitaire de Nancy, 1999, pp. 335-364.

⁴⁷ GAUTRON (Jean-Claude), *Le fait régional dans la société internationale, Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, Colloque de Bordeaux de la SFDI, 1976, Paris, Pedone, 1977, pp. 3-43.

⁴⁸ BURGORGUE-LARSEN (Laurence), «*Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international*», *SFDI*, 2003, pp. 203-264 ; «*le fait régional juridictionnel est étroitement lié au fait régional tout court*», p. 266.

⁴⁹ TALL (Saidou Nourou), *Droit des organisations internationales africaines. Théorie générale, droit communautaire comparé, Droit de l'homme, Paix et sécurité*, Paris, L'Harmattan, Credila, 2015, p. 48.

⁵⁰ L'expression dialogue des juges a été systématisée par LECOURT (Robert) et entérinée par GENEVOIS (Bruno) dans la jurisprudence communautaire (CE, *Ministre de l'intérieur c/ Cohn Bendit*, 22 décembre 1978, Rec. Lebon, p. 524.) ; Pour le dépassement de cette décision, CE, 30 oct. 2009, *Mme Perreux*. Pour la doctrine, V. BURGORGUE-LARSEN (Laurence), «*De l'internationalisation du dialogue des juges, Missive doctrinale à l'attention de Bruno GENEVOIS*», dans *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président GENEVOIS (B.)*, Paris, 2009, p. 95. SIMON (Denys), «*Dialogue des juges et droits de l'homme : en 2014, j'écris ton nom ?*», *Europe*, 2014/1, p. 1 ; BONNET (Baptiste), «*Le dialogue des juges, un non-concept*», in *Mélanges en l'honneur du Professeur SUDRE (Frédéric)*, 2018, pp. 81-88.

⁵¹ Si pour la théorie dualiste, le droit international ne peut pas être appliqué dans l'ordre interne parce que l'objet, les sujets et les sources sont radicalement différents, pour la théorie moniste, il y a une continuité entre les ordres juridiques. Ces théories ont évolué et dans l'entre deux, il est proposé de substituer aux vieilles lunes moniste et dualiste la théorie du «*pluralisme à primauté du droit international*». VIRALLY (Michel), «*Sur un pont aux âmes : les rapports entre droit international et droits internes*», in *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droits des gens*, Paris, 1964 (Pedone), pp. 488-505, p. 504. Lire également SOW SIDIBE (Amsatou), *Le pluralisme juridique en Afrique (l'exemple du droit successoral sénégalais)*, Paris, LGDJ, t. 50, 1991, 660 p ; KENFACK (Pierre-Etienne), «*La gestion de la pluralité des systèmes juridiques par les Etats d'Afrique noire : Les enseignements de l'expérience camerounaise*», *CRDF*, n° 2009, pp. 153-160.

⁵² Lire le compte rendu de l'intervention du Doyen Vedel lors de la rencontre judiciaire et universitaire de Luxembourg dans F. HERBERT, *S.E.W.*, 1977, p. 103. Selon l'auteur : «*il n'y a pas à proprement parler, de gouvernement des juges à partir du moment où le juge est très exactement dans la ligne de développement de la Communauté au nom de laquelle il parle et*

« péché mortel »⁵³, la circularité des décisions judiciaires⁵⁴ concourt à l'évitement d'une « guerre »⁵⁵ entre les juges. En effet, comme toute juridiction, les Cours de justice ne peuvent faire abstraction du phénomène de la convergence des droits ou plus exactement de la rencontre inter-juridictionnelle⁵⁶ qu'impose la dynamique d'intégration⁵⁷. Il s'agit d'un dialogue vertical ou horizontal⁵⁸ entre les Cours de justice UEMOA et CEMAC et bien d'autres non abordées ici⁵⁹ dans l'optique de

pour le compte de laquelle il travaille » ; L'expression a été pour une première fois utilisée par Olivier DUPEROUX avant d'être théorisée par LAMBERT (Edouard), *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, éd., Paris, Dalloz, 2005, 276 p.

⁵³ SIMON (Denys), *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, op. cit. p. 837.

⁵⁴ V. Dialogue entre Cour de Luxembourg et Cons. Const. français, (M. Kamel D. n° 2010-79 QPC du 17 déc. 2010), Dialogue entre CJ-UE et CJ-UEMOA (Arrêt *Laubhouet Serge c. Comm. du 29 mai 1998*) où le juge rapporteur se référant à la jurisprudence de la CJCE dit : « Une jurisprudence constante de la CJCE [...] dont les textes ont fortement inspiré le droit communautaire de l'UEMOA, a consacré le principe de l'autonomie du recours en responsabilité par rapport au recours en annulation » ; Aff. « *Ciment Togo SA c. Comm. du 20 juin 2001* ainsi que les avis du 2 fév. 2000 sur l'interprétation de l'article 84 du Traité et du 27 juin 2000 relatif à l'interprétation des articles 88, 89 et 90 où la Cour s'exprime en des termes qui rappellent ceux de l'arrêt *Costa c. Enel* de 1964. V. JAN (Pascal), « Du dialogue à la concurrence des juges », *RDP*, n° 2, 2017, p. 341.

⁵⁵ La circularité des décisions dans l'ordre judiciaire africain permet de limiter le risque d'une production jurisprudentielle « extravertie » voire d'une tentation d'un « ailleurs jurisprudentiel ». La jurisprudence de l'UEMOA est assez illustrative lorsque le juge recourt aux notions de « droit administratif » et de « droit civil » pour justifier sa démarche : Arrêt du 5 avril 2006, « *YAI et Conférence des chefs d'Etats et de Gouvernement* », Affaire « *Sacko Abdourahmane c. Commission de l'UEMOA* » où le juge emploi le « recours pour excès de pouvoir » au lieu et place du « recours en appréciation de légalité » en vigueur dans l'Union ; Arrêt du 26 janv. 2000, Pour le droit civil, « *Dieng Ababacar c. Commission de l'UEMOA* » ; SALL (A.), *La justice*, op. cit. p. 49.

⁵⁶ V. La communication du Doyen MELEDJE (F.-D.) relative à « L'appropriation des normes communautaires par les milieux universitaires et le monde judiciaire », Troisième rencontre inter-juridictionnelle des Cours communautaires de l'UEMOA, la CEMAC, la CEDEAO et l'OHADA, Dakar, 4, 5, 6 mai 2010, 17 p.

⁵⁷ Pour la juridictionnalisation du droit [communautaire], on peut s'inspirer des travaux des Colloques, notamment les Rencontres internationales de FSJPS de Tunis, *Justice et Juridictions internationales*, Colloque de Tunis, Paris, Pedone 2000 ; Colloque de la Société Française de Droit international op. cit.

⁵⁸ Il s'agit d'un dialogue institutionnalisé, inspiré de l'article 77 du Traité de Rome créant la CEE et instituant une collaboration entre le juge national et les juges de l'intégration, à travers le mécanisme de « renvoi préjudiciel » en interprétation. Au sein de l'UEMOA, ce mécanisme de collaboration entre les juridictions nationales et le juge de l'Union prévue à l'article 14 de l'Acte additionnel n° 1 traduit, au plan judiciaire, l'imbrication des deux ordres juridiques V. Aff. « *Compagnie Air France et Syndicat des agents de voyage et de tourisme au Sénégal*. (Décision du 27 décembre 2002).

⁵⁹ On fait allusion à la CJCE, à la CCJA-OHADA et à la CJ-CEDEAO et à la CJAE pour ne citer que celles-ci et aux juridictions nationales qui s'illustrent parfois par des décisions audacieuses. On peut citer l'arrêt n° 002/2001 du 11 octobre 2001 rendu par la CCJA dans l'affaire *KARNIB* que contrarie les arrêts n°s 012/2003, 013/2003 et 014/2003 du 13 janvier 2003 de la Cour d'Appel du Littoral et de l'arrêt n° 003/CJ/CEMAC du 3 juillet

faciliter le rapport d'interpénétration entre les ordres juridiques⁶⁰. Il s'agit également d'une sorte de « *chassé-croisé* »⁶¹ des approches juridictionnelles d'intégration sans hiérarchie⁶² ni subordination véritable⁶³ dont l'objectif est d'éviter l'enracinement de la crise normative et institutionnelle de l'intégration⁶⁴. C'est dire à juste titre que les ordres juridictionnels ne constituent pas des mondes clos sur eux-mêmes, ils entretiennent au contraire des relations de complémentarité ou de contradiction⁶⁵ susceptibles de générer ce qui pourrait être adapté, comme un effet de mode, à l'idée de communautarisme global⁶⁶.

2003 rendu par la CJ-CEMAC dans l'affaire TASHA Loweh Lawrence qui est contradictoire à l'ordonnance du 5 août 2000 du Président du Tribunal de première instance de Limbé.

⁶⁰ Sur le rapport entre les ordres juridiques, V. VIRALLY (Michel), *op. cit.* pp. 488-505; BONNET (Baptiste), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 1^{ère} éd. 2016, 1824 p ; ONDOUA (Alain), *Etude des rapports entre le droit communautaire et la Constitution en France. L'ordre juridique constitutionnel comme guide au renforcement de l'intégration européenne*, Thèse de Doctorat en Droit public, Univ. de Poitiers, 1999, 463 p, Lire les *Mélanges en l'honneur du Doyen François HERVOUET* intitulés *Entre les ordres juridiques*, LGDJ, 2015, 753 p.

⁶¹ L'expression est de BURGOUE LARSEN (Laurence), « L'internationalisation du dialogue des juges », in *Le dialogue des juges-Mélanges en hommage à Bruno GENEVOIS*, Paris, Dalloz, 2008, p. 99.

⁶² En effet, au-delà des apparences de hiérarchie, les rapports de systèmes dans l'intégration africaine reposent sur une logique de réseau; la logique pyramidale propre à la hiérarchie classique des normes aura conduit à une impasse, le souci de cohérence enjoint de rechercher des solutions dans le cadre de l'unité d'action d'entités égales. 132. Lire aussi OST (François) et VAN DE KERCHOVE (Michel), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, 597 p ; PRISO ESSAWE (Samuel Jacques), « La hiérarchie des normes dans l'espace CEMAC, CEEAC et OHADA », acte du séminaire sous régional sur le droit communautaire, Paris, Ed. Giraf-Aif, mars 2005, pp. 87- 52

⁶³ Rien dans les Traités constitutifs des différentes Communautés et organisations considérées ni dans les textes relatifs aux différentes juridictions étudiées ne suggère l'idée d'une quelconque hiérarchie juridictionnelle.

⁶⁴ BACH (Daniel), « Crise des institutions et recherche de nouveaux modèles », in LAVERGNE (Réel), (dir.) *Intégration et coopération régionales en Afrique de l'Ouest*, Karthala, CRDI, 1996, pp. 96 et s.

⁶⁵ COMBACAU (Jean) et SUR (Serge), *Droit international public*, 2^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 1995, p. 17.

⁶⁶ Souligner par nous. L'expression est déduite de celle de « *constitutionalisme global* » que promeut la doctrine internationaliste moderne. Sur l'actualité, lire PONTHEREAU (Marie-claire), « Global Constitutionalism », un discours doctrinal homogénéisant. L'apport du comparatisme critique », *Juspoliticum*, n° 19, consulté le 12 déc. 2020. Le « *constitutionnalisme global* » est cette tendance du constitutionalisme selon lequel les Constitutions des Etats ne sont plus suffisantes à réguler l'ensemble des activités du gouvernement et que la société internationale gagnerait à utiliser les concepts du constitutionnalisme pour mieux organiser son activité. Il a été critiqué du fait de l'absence de l'Etat, de la population cohérente et des organes étatiques. En outre, les instances internationales ne sont que le résultat de la volonté conventionnelle des Etats souverains. La puissance des juridictions internationales ne permet pas, à elle seule, la construction d'un constitutionalisme global. Le même raisonnement peut être tenu à l'endroit des juridictions communautaires.

Du point de vue pratique, les Cours de justice offrent aux citoyens des illustrations concrètes de l'avancée de l'intégration dans les Communautés d'Afrique noire francophone. Elles contribuent à rompre à travers leurs jurisprudences avec la tradition de l'absence ou du faible développement des organes à fonction juridictionnelle dans le régionalisme africain.

En outre, la juridictionnalisation de l'intégration est le moyen le plus contraignant⁶⁷ permettant de propulser un développement⁶⁸. Et l'implication des Cours de justice dans le processus d'intégration contribue à la cohésion que recherche la doctrine entre le droit institutionnel et le droit matériel⁶⁹ de l'intégration sous-régionale en Afrique⁷⁰, elle constitue un facteur de stabilité et de sécurité juridique et judiciaire de l'investissement en Afrique⁷¹.

Par ailleurs, les juridictions sous-régionales ont toutes la particularité d'être créées dans un contexte systémique donné. Le choix porté sur les Cours de justice CEMAC et UEMOA⁷² atteste de ce qu'elles constituent ce que la doctrine a appelé « *le terreau fondateur* »⁷³ de l'architecture juridictionnelle faîtière des Etats d'Afrique noire francophone aux desseins ambitieux⁷⁴. Ces Cours ont pour caractéristiques communes

⁶⁷ L'article 20 de l'Acte additionnel n° 1 de la Cour de Justice de l'UEMOA mentionne que les arrêts rendus par celles-ci « ont force obligatoire ». L'article 19 par. 2 du Protocole CEDEAO de 1991 se veut plus clair lorsqu'il martèle que ces arrêts sont « immédiatement exécutoires et ne sont pas susceptibles d'appel ».

⁶⁸ N'GUESSAN (Donald), *Développement et intégration en Afrique de l'Ouest: analyse des contributions de l'OHADA et de l'UEMOA*, Thèse de Doctorat de droit public, Université de Reims-Champagne Ardenne, 2010, 554 p.

⁶⁹ Le droit matériel englobe l'ensemble des règles qui régissent les activités relevant du champ d'application d'un traité et des actes additionnels tandis que le droit institutionnel est constitué de l'ensemble des règles juridiques régissant la constitution et le fonctionnement d'une Communauté régionale. V. CLEGERIE (Jean-Louis), GRUBER (Annie), RAMBAUD (Patrick), *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, Dalloz-Sirey, 13^{ème} éd., 2020, 1140 p.

⁷⁰ GNIMPIEBA TONNANG (Edouard), *Droit matériel et intégration sous régionale en Afrique centrale (contribution à l'étude des mutations récentes du marché intérieur et du droit de la concurrence CEMAC)*, Thèse de Doctorat Nouveau Régime (NR), Université de Nice-Sophia Antipolis, 2004, 533 p ; PRISO ESSAWE (Samuel Jacques), *Intégration économique et droit en Afrique centrale, étude de la zone UDEAC*, Thèse de Doctorat en droit public, Université de Montpellier I, 1997, p. 29.

⁷¹ MOUANGUE KOBILA (James), *Le Cameroun face à l'évolution du droit international des investissements*, Thèse de doctorat Ph. D en Droit, Université de Yaoundé II, 2004, 674 p.

⁷² La Cour de justice de l'UEMOA est celle dont l'organisation et les règles de fonctionnement sont les plus achevées puisqu'en plus du Protocole additionnel n° 1, son statut juridique est fixé par un Acte additionnel n° 10/96 et son règlement de procédure a été adopté par un Règlement n° 01/96/CM. Elle est restée cependant paralysée dans la période allant de 2013 à 2016, paralysie qui sera levée par l'Acte additionnel du 13 juin 2015.

⁷³ DONY (Marianne), *Droit de l'Union européenne*, Bruxelles, éd. de l'université de Bruxelles, 2014, 5^{ème} éd., pp. 171-175 et 300-303.

⁷⁴ La Cour de justice de la CEDEAO n'est pas abordée à titre principal parce qu'elle vient d'être l'objet deux ouvrages majeurs écrits par le Professeur Alioune SALL aux intitulés forts intégrateurs: *La justice de l'intégration op. cit.* et *Le contentieux de la violation des droits de l'homme devant la CJCEDEAO. op. cit.*

d'être les seules Cours de justice francophones opérationnelles dans les cinq sous régions de l'Union africaine et à avoir été saisies d'un renvoi préjudiciel⁷⁵.

Dès lors, le recours à l'exégèse⁷⁶, à la critique sous l'angle du droit comparé, à la pratique et précisément celle de la jurisprudence⁷⁷ des organisations dans le processus d'intégration sont des axes méthodologiques qui sous-tendent la présente étude.

S'il est permis de constater que les Cours de justice de la CEMAC et de l'UEMOA constituent les jalons supplémentaires d'efficacité des nouveaux processus d'intégration dans leurs Communautés respectives, il ne faut pas perdre de vue que l'analyse de leurs jurisprudences laisse transparaître une convergence de leurs contributions au processus normatif primaire d'une part (I), et une ambivalence de leurs contributions au processus normatif dérivé d'autre part (II).

I- LA CONVERGENCE DES CONTRIBUTIONS AU PROCESSUS NORMATIF PRIMAIRE

Le juge communautaire est un « *compositeur institutionnel* »⁷⁸ qui à travers sa jurisprudence, assure la continuité judiciaire et la sauvegarde de l'acquis communautaire. Dès lors, en interprétant les normes dont il est le gardien, il participe à l'enrichissement des principes généraux de droit (A) et à la consolidation des principes *existentiels*⁷⁹ du droit communautaire (B).

A. La référence aux principes généraux de droit

Pour consacrer le terme d'une longue évolution, le célèbre juge belge GANSHOF VAN DER MEERSCH⁸⁰ invitait la Cour de cassation à déclarer recevables les pourvois basés sur la violation par le juge du fond d'un principe général de droit non-écrit. Depuis lors, les Cours de justice communautaire, garantes de l'unité d'interprétation du droit, prennent en considération les principes généraux de droit. On

⁷⁵ CJ-UEMOA, Arrêts du 12 janvier 2005 (*Compagnie Air France et Syndicat des Agents de voyage et de tourisme du Sénégal*) et Avis du 19 oct. 2007 sur la répartition des compétences. DCC 20-641 du 19 nov. 2020.

⁷⁶ Kelsen (Hans), *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, « Léviathan », 1996, 604 p.

⁷⁷ P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique* 1. *Méthodologie de l'interprétation juridique* 2. *Méthodologie de l'application du droit*, Bruxelles, Larcier, « Coll. Faculté de droit de l'Université de Liège », 2008, 3^{ème} éd., p. 435.

⁷⁸ Cette expression est empruntée à DEMAS-MARTY (Mireille), « Vers une cinétique juridique : D'une approche statique à une approche dynamique de l'ordre juridique », in BONNET (Baptiste), (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 142-143.

⁷⁹ Selon l'expression de PESCATORE (Pierre) *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne » n° 3, reimpr. 2006. Il existe d'autres principes que la doctrine qualifie de structurels du système communautaire : le principe de coopération loyale et de fidélité.

⁸⁰ Discours prononcé par le procureur général Belge GANSHOF VAN DER MEERSCH (Walter Jean) à l'audience solennelle de rentrée du 1^{er} septembre 1970, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1970, 135 p.

peut citer entre autres le principe de la légalité qui rappelle l'autonomie de l'ordre juridique communautaire⁸¹. Mais l'étude se limitera à l'adhésion des Cours de justice à quelques principes à valeur «*constitutionnelle*», notamment, la non-discrimination, (1) et le droit de la défense (2).

1. Le principe de non-discrimination

Le principe de non-discrimination a pour corollaire le droit à une égale protection de la loi. Il est à la base d'un égal accès de tous à la jouissance et à l'exercice de ses droits et dont la violation constitue un déni des droits fondamentaux de la personne humaine.

Il constitue la matérialité de la fonction juridictionnelle du juge d'intégration⁸² qu'il puise dans la théorie du droit et plus exactement dans le positivisme méthodologique et qui s'intéresse à la *jurisdictio*⁸³. Pour le dire avec les mots de la théorie réaliste de l'interprétation, la règle de droit ne devient norme qu'au moment de sa mise en œuvre⁸⁴. Et la doctrine de renchérir : pas de norme sans juridiction ; pas de norme communautaire sans juge communautaire⁸⁵. Le juge communautaire est donc un «*changeur*»⁸⁶ entre l'hermétisme des traités et le justiciable, puisqu'il traduit en termes clairs ce qui est compliqué⁸⁷.

⁸¹ Les Cours de justices communautaires sont distinctes et aucune Cour «*n'est gardienne de la légalité*» d'une autre. Il s'agit d'une position de principe dégagée par la Cour de Justice CEDEAO dans l'affaire «*Djibril Yepene Bassole contre Etat du Burkina Faso*» du 1^{er} Juillet 2016. La Cour réaffirmera sa position de principe selon laquelle elle n'a nullement vocation à être la gardienne d'une légalité qui a cours dans la même sous-région, et pour laquelle il existe des mécanismes de sanction spécifique.

⁸² SIMON (Denys), *L'interprétation judiciaire des Traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981, 936 p.

⁸³ GENY (François) et la libre recherche scientifique, à Herbert L. A. HART et le critère du pouvoir adjudicateur, à DWORKIN (Ronald) et les principes du droit, à Chaïm PERELMAN et la nouvelle rhétorique, ou à OST (F) et VAN DE KERCHOVE (Michel) et la théorie du réseau. Ces principes participent à la mise en valeur de la fonction d'interprète du juge communautaire et son apport au processus institutionnel d'intégration.

⁸⁴ VAN DE KERCHOVE (Michel), (dir.), *L'interprétation en droit : Approche pluridisciplinaire*. Nouvelle éd. Bruxelles : Presse Universitaire de Saint-Louis, 1978, site : <http://books.Openedition.org>, consulté le 5.10. 2020.

⁸⁵ GUIOT (François-Vivien), «*L'intégration sans le juge ? Remarques sur la nécessité de l'intégration juridictionnelle*», repris par TCHIKAYA (Blaise), «*La juridictionnalisation du règlement des conflits internationaux en Afrique*», *RDP*, n° 2, 2006, p. 459. Il est le gardien authentique des [normes communautaires].

⁸⁶ GUINCHARD (Serge), MONTAGNIER (Gabriel), VARINARD (André), DEBARD (Thierry), *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, p. 3.

⁸⁷ Sur «*la doctrine du sens clair*» lire, K. CLAUSS, *Die « sens clair »-Doctrin als Grenze und Werkzeug*, in *Le raisonnement juridique. Actes du Congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale*, publiés par H. HUBIEN, Bruxelles, 1971, pp. 521-255; OST (François) et VAN DE KERCHOVE (Michel), *Entre la lettre et l'esprit, les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, 334 p.

Les juridictions communautaires considérées l'ont bien démontré en interprétant les actes de discrimination évoqués dans les affaires *Société Price Waterhouse SARL (Commission de la CEMAC c. Autorité Monétaire du Cameroun, intervenant)*⁸⁸, et *Dame Mbadinga Matsiendi c. Ecole inter-Etats des Douanes de la CEMAC (EIED)/ Commission de la CEMAC*, recours en réparation pour non réintégration dans un poste de cadre après avoir été relevée de ses fonctions par erreur⁸⁹.

Dans le premier comme dans le second cas, la Cour se prononce sur la non-violation du principe fondamental de non discrimination. Aussi dira t'-elle et respectivement pour droit : « *la différence de traitement qui s'explique par le pouvoir d'opportunité et des poursuites reconnu implicitement mais nécessairement à la COBAC qui contrôle et juge les responsables des Établissements de crédit ne constitue pas une violation du principe de non-discrimination* »; ou encore : « *les distinctions, exclusions ou préférences fondées sur les qualifications exigées pour un emploi déterminé ne constituent pas des discriminations* ».

Comme corollaire au principe de non discrimination, on peut relever le principe de l'équité, ce principe modérateur du droit objectif⁹⁰. Il est convoqué dans la répartition géographique équitable dans les recrutements au sein des structures de la Communauté qui retiendra l'attention de la Cour de justice CEMAC et celui de l'égal accès à la fonction d'avocat évoqué par la Cour constitutionnelle du Bénin dans l'affaire *Commission de l'UEMOA c. la décision n° 19-287 du 22 août 2019* de ladite Cour⁹¹.

En outre, dans l'avis n° 002 du 29 avril 2008⁹², la Cour de justice CEMAC procèdera à une interprétation allant dans le sens de l'équité et de non-discrimination en reprenant les termes de l'article 19 al. 2 du projet de règlement portant statut des fonctionnaires de l'École inter-Etats des douanes qu'elle juge comme étant une

⁸⁸ Appel c. la Décision COBAC n°D-2006/ 132 du 21/08/2006, portant retrait de son agrément de commissaire aux comptes titulaire du Crédit foncier du Cameroun, arrêt n° 005/CJ/CEMAC/CJ/09 du 2 juillet 2009.

⁸⁹ Arrêt n° 013/2011 du 31 mars 2011.

⁹⁰ Un principe modérateur du droit objectif selon lequel chacun peut prétendre à un traitement juste, égalitaire et raisonnable. FOULETIER (Marjorie), *Recherche sur l'équité en droit public français*, LGDJ, 2003, 312 p.

⁹¹ La Cour constitutionnelle affirme que le rejet de la demande d'Eric DEWEDI « est contraire à son droit à l'égalité dans la mesure où d'autres professeurs agrégés, avant lui, ont vu leurs demandes acceptées... ». Le juge communautaire rejette cette prétention en ces termes : « le Règlement 05/CM/UEMOA du 25 sept. 2014 fixe les mêmes conditions pour toutes personnes décidant d'entrer au barreau ; on ne saurait nullement parler de violation du principe de l'égalité ». p. 17.

⁹² Demande d'avis du Directeur de l'Ecole inter-Etats des douanes de la CEMAC sur trois projets de règlements devant régir le fonctionnement de cette institution spécialisée » (Statuts révisés, Statut des fonctionnaires etc.)

reproduction *non parfaite* de l'article 40 al. 2 de l'additif au traité de la Communauté⁹³.

Le principe de non-discrimination, ce principe à valeur constitutionnelle repris par les traités est bien au cœur de la pratique communautaire africaine. Il est en revanche remis en cause dès lors que les membres d'une communauté décident de réserver à leurs seuls ressortissants l'accès à certains emplois publics⁹⁴, ce qui relativise l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité, ou précisément lorsqu'ils s'opposent à l'élargissement de la règle du « *traitement national* » à tous les ressortissants communautaires. A titre comparatif, le principe de libre circulation des travailleurs bien que assuré à l'intérieur de l'Union européenne, reste tempéré parce qu'il n'est pas applicable « *aux emplois dans l'administration publique* »⁹⁵. Les Cours de justice doivent dans leurs activités jurisprudentielles⁹⁶, réprimer ces pratiques discriminatoires qui freinent la réalisation de *l'affectio integrationis* et laisse les citoyens non ressortissants de la Communauté sans défense et en situation inéquitable.

2. Le principe du droit de la défense

Sous l'influence des pesanteurs, les juges d'intégration doivent réinterpréter certaines dispositions du traité et dans leur silence et plus curieusement celui des Constitutions des Etats, ils doivent créer de toutes pièces des pans entiers du droit de l'intégration⁹⁷.

Par ces contributions, les Cours deviennent des arbitres incontestables de la justice communautaire parce qu'à travers un procès équitable et un droit de la défense, elles assurent aux justiciables un droit à un recours juridictionnel, gage d'une certaine sécurité judiciaire⁹⁸.

⁹³ La reformulation nouvelle : Article 19.- alinéa 2 : « L'école veille à ce que les recrutements s'effectuent parmi les ressortissants des Etats membres en tenant compte d'une répartition géographique juste et équitable ».

⁹⁴ C'est la règle classique du droit international d'exclusion des étrangers des emplois publics: V. RUZIE (David), « Les droits publics et politiques du travailleur étranger », in *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Pedone, 1979, p. 328, DUBOUIS (Louis), « Liberté de circulation et fonctions publiques nationales », in Flory (Maurice) et Higgins (Rosalyn), (dir.), *Liberté de circulation des personnes en droit international*, Economica, 1988, p. 99.

⁹⁵ Sur la thématique, lire utilement PEKASSA NDAM (Gérard Martin), « La notion d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne », RDP, n° 2-2012, pp. 347-377.

⁹⁶ SY (Demba), « L'activité de la Cour de Justice de l'UEMOA », Actes du colloque organisé par le CREDILA, Université de Dakar, 27-28 avril 2006, sur *Les droits communautaires africains*, *Les Nouvelles annales africaines*, n° 1, 2007, pp. 207-239.

⁹⁷ BOULOUIS (Jean), *Droit institutionnel des communautés d'intégration*, op. cit. p. 178.

⁹⁸ Rapport du Conseil d'Etat français, « Sécurité juridique et complexité du droit », EDCE, 2006, n° 58, p. 272. V. POUGOUE (Paul-Gérard), « Les figures de la sécurité juridique », RASJ, Vol. 4, n° 1, 2007, pp. 1-8. Selon le Doyen, la sécurité juridique est un concept à double face : « une finalité de droit » et « un droit fondamental ».

Le droit de la défense qui rend compte du droit à un procès équitable est un préalable à l'existence d'un Etat de droit⁹⁹ et de la démocratie communautaires¹⁰⁰. Il garantit à toute personne poursuivie la possibilité de se faire assister par un défenseur de son choix¹⁰¹ et de pouvoir s'expliquer sur les faits qui lui sont reprochés. Il est confirmé comme un principe général de droit par le juge administratif français¹⁰² qui par ailleurs, consacre une évolution jurisprudentielle ancienne qui avait eu déjà l'occasion d'affirmer l'existence d'un principe de respect des droits de la défense dans la procédure juridictionnelle¹⁰³.

Le droit à un tribunal indépendant et impartial et le droit de la défense constituent l'essence même de la fonction de juger¹⁰⁴, consacrée par les Constitutions et par les instruments régionaux¹⁰⁵ et internationaux de protection des droits de l'homme. En ce sens, dans *l'arrêt SODABI*, la Cour a jugé que la BCEAO, institution spécialisée de l'UEMOA a manifestement violé le droit des requérants à un tribunal indépendant et impartial, tel que défini à l'article 10 de la Déclaration universelle et à l'article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme.

Le droit de la défense est encadré par les textes communautaires des organes sous étude, notamment le Règlement de procédure de la Cour de justice de l'UEMOA qui précise que les agents et avocats des parties jouissent devant la Cour des droits et garanties nécessaires à l'exercice indépendant de leurs fonctions¹⁰⁶. Il en est de même

⁹⁹ Statuant en dernier ressort sur l'inconstitutionnalité de certaines dispositions de la loi électorale se rapportant à l'accès à la justice, la « Court of appeal » tanzanienne dégageait ce qu'elle considérait comme étant « les trois piliers fondamentaux » sur lesquels repose la Constitution. Il s'agit de l'Etat de droit, de l'indépendance, de l'impartialité et de l'accessibilité de la justice. *Cour d'Appel de Tanzanie, Affaire Ndynabo v. Attorney General. Civil Appeal n° 64 of 2001 du 14 fév. 2002.*

¹⁰⁰ AZOULAI (Loïc), « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence » *RTDE*, 2008, p. 29.

¹⁰¹ Il véhicule deux obligations pour l'Etat : l'obligation de laisser les justiciables qui le peuvent se faire assister du conseil de leur choix et ; l'obligation de commettre un avocat d'office aux justiciables qui n'ont pas les moyens de s'en offrir. Pour la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, le fait de refuser « aux victimes le droit de se faire représenter par l'avocat de leur choix (...) constitue une violation de l'article 7(1) (c) de la Charte africaine. *Com. 151/96, Civil Liberties Organisation c. Nigeria.*

¹⁰² *CE, sect. 5 mai 1944 Req. n° 69751, Dame veuve Trompier-Gravier, Rec. Lebon, p. 133.* L'arrêt étend cette garantie procédurale à toutes les mesures prises par l'administration à condition que soient réunies deux conditions : la mesure doit prendre, pour la personne visée, le caractère d'une sanction, elle doit être, pour l'intéressé, suffisamment grave.

¹⁰³ 20 juin 1913, Téry, p. 736.

¹⁰⁴ COPPENS (Philippe), *Normes et fonction de juger*, Bruxelles Bruylant, LGDJ, E. J. A. 1998, 291 p.

¹⁰⁵ Art. 6 de la CEDH : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement (...), par un tribunal indépendant et impartial... » ; Art. 7. 1 (c) de la CADHP : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend : (...) le droit à la défense, y compris celui de se faire assister par un défenseur de son choix ».

¹⁰⁶ L'article 22 du Règlement de la Cour de Justice parle d'un agent cependant que l'article 12 du Protocole sur la Cour de Justice de la CEDEAO parle de un ou plusieurs agents.

du traité instituant la CEMAC qui rappelle en son article 6 l'attachement des gouvernements des Etats signataires aux principes de libertés, au respect des droits fondamentaux et de l'Etat de droit.

En application des dispositions du Règlement UEMOA suscité, les Etats et les organes de l'Union - et non pas leurs agents – « *peuvent constituer un avocat inscrit à l'un des barreaux des Etats membres soit pour assister l'agent nommé, soit pour le représenter* ». Quant aux parties autres que les Etats et les organes de l'Union, elles doivent être représentées nécessairement par un avocat inscrit à un barreau de l'un des Etats membres comme le rappelle la Cour de justice CEMAC dans *l'Affaire Nanda Paul-Gilles contre la Banque de Développement des Etats de l'Afrique Centrale (BDEAC) du 08 novembre 2012*¹⁰⁷.

En outre, en se référant aux valeurs constitutionnelles consacrées par le traité CEMAC tel le respect de l'Etat de droit, la Cour de justice rappellera qu'elle assure : « *l'effectivité du droit d'accès à la Cour de justice communautaire, notamment en permettant à toute personne physique et morale qui justifie d'un intérêt certain et légitime d'exercer un recours dans les cas de violation des droits de la CEMAC* »¹⁰⁸. Et pour confirmer sa proximité avec la jurisprudence étrangère, la Cour rappellera la formule de la Commission européenne des droits de l'homme, qui au nom du *droit d'accès effectif à un tribunal*, consacra le droit d'accès aux documents administratifs classés « *secret défense* » dès lors que ces documents permettraient d'étayer utilement une action en justice qui, sinon, serait voué à l'échec¹⁰⁹. Le juge confirme ainsi sa contribution à l'enracinement du droit d'accès au juge ou du droit à un tribunal qui est un droit fondamental, dans l'ordre juridique communautaire considéré¹¹⁰.

Le droit de la défense connaît une invocation assez récente dans la décision DCC 20-641 du 19 novembre 2020 de la Cour constitutionnelle béninoise contre l'arrêt de la

¹⁰⁷ CJ-CEMAC, *Affaire Nanda Paul-Gilles contre la Banque de Développement des Etats de l'Afrique Centrale (BDEAC) du 08 novembre 2012*.

¹⁰⁸ *Affaire Banque Atlantique du Cameroun (Autorité monétaire du Cameroun/Amity Bank Cameroun PLC/ Messieurs Christophe SIELIENOU et autres, Recours en tierce opposition contre l'arrêt n° 010/CJ/CEMAC/CJ/09 du 13 nov. 2009 ; Arrêt n° 012/2011 du 31 mars 2011*

¹⁰⁹ MOUANGUE KOBILA (James), *La jurisprudence de la Cour de justice de la CEMAC*, Brulant, 2021, à paraître. L'auteur conclut que la Cour de justice CEMAC a procédé à la « *réception* » des instruments internationaux et régionaux des droits de l'homme en Droit communautaire de la CEMAC, et s'est institué comme une juridiction des droits de l'homme. Il s'agit des principes généraux de droit qui consolident les droits fondamentaux et ont de ce fait une valeur *erga omnes* au sens de la *jurisprudence Barcelona Traction* de la CIJ rendue le 5 février 1970.

¹¹⁰ GUIMDO DONGMO (Bernard-Raymond), « Le droit d'accès à la justice administrative au Cameroun. Contribution à l'étude d'un droit fondamental », in *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2008-1, p. 453 ; DEGNI SEGUI (René), « L'accès à la justice et ses obstacles », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Acte du Colloque de Maurice, 29 septembre-1^{er} octobre 1003, AUPERLF-UREF, 1994, p. 247.

Cour de justice de l'UEMOA du 8 juillet 2020¹¹¹. En effet, dans un Considérant majeur, la Cour constitutionnelle relève que l'arrêt de la Cour de justice de l'UEMOA est une manifestation de la violation du droit de la défense parce que rendu, « *sans que l'Etat du Bénin, encore moins sa juridiction, aient été appelés ou entendus* »¹¹².

Selon la Cour constitutionnelle béninoise, le droit de la défense est *un droit des droits* qui s'impose à tous les ordres juridiques. Le juge constitutionnel dans sa motivation, crée une sorte de hiérarchie discutable¹¹³ entre les droits naturels constitutionnalisés et ceux qui ne le sont pas d'une part, et entre les droits naturels et les autres droits positifs d'autre part.

Par ailleurs, la juridiction constitutionnelle ne constitue pas un ordre juridique à part¹¹⁴, ou enfermé dans une « *Tour d'ivoire* »¹¹⁵ et la volonté du juge béninois de faire prévaloir la Constitution¹¹⁶ sur une disposition communautaire contraire sous le prétexte de sauvegarde d'un droit constitutionnel - le droit de la défense - se heurte frontalement aux positions bien établies par les conventions, les juridictions internationales et communautaires interdisant à un Etat d'invoquer sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui impose le droit international ou

¹¹¹ DCC 20-641 du 19 nov. 2020, *Aff. Eric DEWEDI c. l'arrêt n° 005/ 2020 du 08 juillet 2020 de la CJ-UEMOA*.

¹¹² L'arrêt est rendu « *sur saisine du président de la Commission de l'UEMOA, contre la décision de la Cour constitutionnelle de la République du Bénin, Etat membre de l'UEMOA, sans que cet Etat, encore moins cette juridiction, aient été appelés ou entendus, alors même que ledit arrêt, qui leur est opposable, prononce à leur charge de lourdes contraintes et obligations susceptibles de remettre en cause les droits et libertés constitutionnellement protégés : que procédant ainsi, la Cour de justice UEMOA a méconnu le droit de la défense, un droit naturel supérieur à toutes les règles positives, de quelques origine qu'elle puisse être* ».

¹¹³ Il compare à tort le droit de la défense, un droit processuel à un droit substantiel comme le droit à la vie ou le droit au respect de la dignité humaine prévus par les articles 4 et 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui sont les « *droit[s] suprême[s] de l'être humain* ». SUDRE (Frédéric), *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, Paris, 1999, 4^{ème} éd., p. 140 ; SOBZE (Serge François), *La dignité humaine dans l'ordre juridique africain*, Thèse de Doctorat en droit public : Ph. D., Université de Yaoundé II, 2013, 590 p.

¹¹⁴ Comme a voulu le faire entendre le Conseil constitutionnel français dans son arrêt du 12 août 1993, *maîtrise de l'immigration* dans lequel, en affirmant la supériorité de la norme fondamentale, a déclaré certaines des dispositions de la loi relative à la maîtrise de l'immigration contraires à la Constitution. V. ALLAND (Denis), « *Commentaire de la décision n° 93 -325 DC du 13 août 1993* », *RGDIP*, 1994, pp. 905 et s. Lire utilement les arrêts du Conseil d'Etat par lesquels, la Cour, de façon implicite puis explicite, affirmait la primauté de la Constitution sur les traités internationaux. CEAss., 03 juillet 1996, *Koné* ; CE, 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres* ; Cass. Civ. 02 juin 2000, *Mlle Pauline Fraisse*.

¹¹⁵ L'expression est utilisée par SALL (Alioune), *La justice de l'intégration op. cit.* p. 69.

¹¹⁶ DCC 20-641 du 19 nov. 2020. Dans le considérant (6), la Cour souligne que la Cour constitutionnelle a seul pouvoir pour se prononcer sur la conformité à la Constitution d'une loi en vigueur sur le territoire ou se prononcer sur le respect des droits fondamentaux ; que la juridiction constitutionnelle n'est intégrée dans aucune hiérarchie judiciaire et n'est placée sous aucun autre pouvoir d'ordre interne ou d'ordre communautaire.

communautaire¹¹⁷. Cette tentative de remettre en cause toute l'architecture liée à l'articulation du système du droit communautaire au droit interne met sous le feu des projecteurs l'antagonisme qui caractérise les rapports entre la Constitution et le droit communautaire¹¹⁸, relevé par la doctrine¹¹⁹ et la jurisprudence constitutionnelle¹²⁰.

Enfin, dans un « *attendu* » célèbre, la Cour de justice de la CEMAC a eu à relever que « *la primauté du droit qui découle du préambule du traité de la CEMAC ne se conçoit guère sans la possibilité d'accès au juge communautaire ; que nul ne peut établir une violation de ses droits et libertés devant le juge, s'il n'est pas à même de le saisir* »¹²¹. Par cette formule, le juge établissait une connexité logique entre le droit et la justice¹²², entre les principes généraux de droit et les principes existentiels du droit communautaire, tel celui de primauté.

B. La déférence aux principes existentiels du droit communautaire

L'expression déférence renvoie à la soumission des Cours de justice à la majesté des principes fondateurs ou « *généraux* »¹²³ du droit communautaire. En effet, pour garantir l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, les Cours de justice de la CEMAC et de l'UEMOA, ont dans leurs stratégies interprétatives, recouru aux « *principes* » qui ont conféré à l'ordre juridique européen- celui de l'Union Européenne- toute sa singularité dans l'ordre international à savoir « *la primauté* » (1) et « *l'effet direct* » (2) du droit communautaire.

¹¹⁷ Article 27 de la Convention de Vienne de 1969 : « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité » ; CPJI, avis du 4 février 1932, *Traitement des prisonniers de guerre polonais à Dantzig* ; CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*.

¹¹⁸ GAUDET (Michel), « Conflits du droit communautaire avec les droits nationaux », publication du centre universitaire de Nancy, n° 4, 1967, p. 37 ; LAWSON (Dopé Ginette), « Les interactions entre le droit constitutionnel et le droit communautaire en Afrique de l'Ouest francophone », *Revue Afrilex*, 2019, 32 p.

¹¹⁹ ONDOUA (Alain), *Etude des rapports entre le droit communautaire et la Constitution en France ... op. cit.* 480 p. Selon le Doyen, « la constitution apparaît comme un obstacle, mais surmontable au développement de l'intégration communautaire » et « l'ordre juridique constitutionnel demeure, sinon la dernière, du moins une redoutable marche à franchir par l'ordre juridique communautaire ».

¹²⁰ Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Economie numérique* à travers laquelle le constituant consacre l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international. Par cette décision et celle du 19 nov. 2004, *Traité instituant une Constitution pour l'Europe*, le Conseil constitutionnel fait de l'article 88-1 la référence constitutionnelle de l'intégration de l'ensemble des normes communautaires dans le bloc de constitutionalité.

¹²¹ CJ-CEMAC, *Affaire Banque Atlantique du Cameroun*, op. cit. 6^{ème} Attendu.

¹²² Le droit et la justice constituent les deux facettes de la juridicité. V. AKAM AKAM (André), *Les deux visages de la juridicité. Ecrits sur le droit et la justice en Afrique*, L'Harmattan, 2020, 438 p.

¹²³ SIMON (Denys), « Ya -t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, 1991, p. 86.

1. Le principe de primauté du droit communautaire

Les Cours de justice sous étude participent dans leur dynamisme à la consolidation du principe de primauté du droit communautaire sur le droit national des Etats, principe énoncé il y a plus de quarante ans, dans les arrêts célèbres de la Cour de Justice de la Communauté Européenne (CJCE), *Costa/ Enel*¹²⁴ et *Van Gend en Loos*¹²⁵.

L'expérience européenne d'intégration démontrait ainsi que c'est à travers le principe de primauté que le droit communautaire a acquis « *ses lettres de noblesse et a irrigué le droit interne* »¹²⁶. Le modèle africain en la matière est encore à la recherche de sa mue¹²⁷.

En effet, dans deux affaires préjudicielles respectivement portées devant la Cour de justice de l'UEMOA et de la CEMAC, les juges sénégalais et centrafricain ont montré des limites quant à la façon de solliciter des Cours une interprétation des normes communautaires. Il s'agit respectivement des *affaires Compagnie Air France c/ Syndicat des agents de voyage du tourisme du Sénégal*¹²⁸ et *École Inter-États des Douanes c/ Djeukam Michel*¹²⁹.

¹²⁴ Dans l'arrêt *Costa c. Enel* de 1964, la Cour consacre le principe de primauté, le présentant comme un complément indispensable du principe d'effet direct qui stipule que les particuliers peuvent invoquer directement les normes européennes devant les juridictions nationales.

¹²⁵ L'essentiel du principe de la primauté est contenu dans l'affaire *Costa c. ENEL*, 15 juillet 1964, C-6/64, Rec., p. 1141. Celui-ci énonce entre autres que : « *le transfert opéré par les Etats, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains* ».

¹²⁶ VANDERSANDEN (Georges), *La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 1.

¹²⁷ C'est le sentiment qui se dégage de la décision de la CJ-UEMOA arrêt DCC du 19 novembre 2020. La Cour constitutionnelle béninoise ignore que le renvoi préjudiciel n'est pas une procédure contentieuse et que la juridiction nationale à l'origine du renvoi n'est pas partie au procès et donc l'invocation du non-respect du droit de la défense n'est que pure dilatoire.

¹²⁸ En l'espèce, le Conseil d'État du Sénégal a saisi la Cour de justice de l'UEMOA afin que celle-ci désigne la juridiction compétente « pour statuer sur le recours introduit le 17 février 2003 et tendant à faire casser et annuler la décision n° 02/D-02 de la Commission nationale de la concurrence du Sénégal en date du 27 déc. 2002 ».

¹²⁹ En l'espèce, Michel Djeukam, professeur vacataire dans une institution communautaire -l'Ecole Inter- Etats des Douanes- promu Chef de Département de cette école, a été révoqué de ses fonctions. Lésé par la décision de révocation, ce dernier a engagé une action en paiement contre ladite Ecole pour des dommages-intérêts devant le Tribunal de travail de Bangui. Par une exception préjudicielle, l'Ecole a interjeté appel devant la Cour suprême de Bangui afin que celle-ci se prononce sur la décision rendue par le Tribunal arbitral. La Cour d'Appel centrafricaine, pendant son analyse, a éprouvé des doutes quant à la validité de la décision relative à la nomination des Chefs de Département et partant, a saisi la Cour de justice de la CEMAC d'une question préjudicielle. Il incombait aux juridictions nationales centrafricaines de rechercher dans les règles de droit interne de leur État, si elles étaient compétentes *ratione materia* pour connaître d'un recours dirigé par un fonctionnaire contre une institution spécialisée de la Communauté, notamment l'École Inter-États des Douanes.

Par ailleurs, dans les espaces communautaires CEMAC et UEMOA, le principe de primauté est caractérisé par le flux et le reflux¹³⁰ comme on peut le découvrir dans les *affaires Sielienou Christophe et autres (Amity Bank Cameroon PLC/ Autorité Monétaire du Cameroun, intervenants et Banque Atlantique du Cameroun* et surtout dans l'*affaire Etat du Cameroun c. COBAC*. Dans cette dernière, le juge dira pour droit que face à l'autorité d'une norme édictée par un organe de la Communauté, les Etats membres sont tenus de se soumettre avec pour seule possibilité de contester cette mesure ou de différer sa mise en œuvre¹³¹.

Pour ce qui est de la Cour de justice de l'UEMOA, on notera l'Avis du 18 mars 2003 portant création d'une Cour des comptes au Mali¹³² à travers lequel la Cour communautaire dira que *la primauté bénéficie à toutes les normes communautaires, primaires comme dérivées (...) et s'exerce à l'encontre de toutes les normes nationales (...)*¹³³.

On peut en déduire que cette prééminence dont bénéficie la primauté est inconditionnelle dans la mesure où le droit communautaire ne tire pas sa suprématie d'une quelconque concession de la part du droit des Etats mais se fonde sur sa nature intrinsèque. Il serait donc nécessaire, pour éviter la résurgence des jurisprudences nationales réfractaires, de rattacher cette primauté aux constructions constitutionnelles fondées sur l'Etat de droit¹³⁴.

¹³⁰ CHEVALIER (Emilie) « La déclinaison de la primauté dans les ordres communautaires : l'exemple de l'Union économique et monétaire ouest-africaine », *Cahier du droit européen*, n° 34/ 2006, pp. 343-362 ; MOUANGUE KOBILA (James), « Peut-on parler d'un reflux du constitutionalisme au Cameroun ? », *RASJ*, n° 1, Vol. 6, 2009, pp. 267-306.

¹³¹ CJ-CEMAC, Arrêt n° 005/CEMAC/CJ/10-11 du 17 fév. 2011, *Etat du Cameroun c. COBAC*, Requête aux fins de sursis à exécution de la décision COBAC D-2010/164 novembre 2010.

¹³² Tout part des difficultés auxquelles le gouvernement malien semblait être confronté entre la loi fondamentale et ses obligations communautaires, à propos de la création d'une Cour de compte. La Constitution du Mali en son article 83, institue une Cour suprême comprenant une section des compte, or parallèlement, le Traité de l'UEMOA dans son article 68 impose aux Etats membres la création d'une Cour de compte, une obligation rappelée par la directive n° 02/2000/CM : UEMOA du 29 juin 2000 imposant à ces Etats la création des Cours de compte autonomes au plus tard le 31 décembre 2002.

¹³³ Par conséquent, « Il appartient, [dit la Cour], à l'Etat malien, de prendre toutes les dispositions nécessaires à l'application de la directive n° 02/2000 /CM/UEMOA du 29 juin 2000 en la transposant immédiatement dans son droit positif interne, le délai de transposition étant épuisé, au risque d'encourir un recours en manquement ».

¹³⁴ On fait référence à la juridiction constitutionnelle allemande qui refuserait de reconnaître pleinement la primauté et l'immédiateté du droit communautaire au nom d'une exigence constitutionnelle de garantie des droits fondamentaux. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a présenté l'argumentation juridique de ce conflit entre les normes supérieures des deux ordres juridique (CCF, 20 mai 1974, *Solange I*, BVerfGE 37, 271) avant d'en offrir une résolution grâce au principe d'équivalence (CCF, 22 oct. 1986, *Solange II*, BVerfGE 73, 339 ; ou plus tard CCF, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*, BVerfGE 123, 267). Dans sa décision *Solange I*, où la problématique de la suprématie communautaire sur les constitutions nationales a refait surface, le tribunal constitutionnel a estimé que la protection

En clair, la position des Cours constitutionnelles nationales à l'égard du droit communautaire africain touche au cœur le principe de primauté qui est l'expression majeure de la puissance de ce droit¹³⁵. L'enjeu d'une évolution des relations entre le droit communautaire et les Constitutions nationales est celui de l'avenir de l'intégration africaine. Si la « *communauté de droit* »¹³⁶ que veut être l'Union Africaine ne réussit pas à résoudre les conflits normatifs entre les ordres communautaires et les ordres nationaux, c'est l'architecture même de cette Union qui se trouve ébranlée, comme en témoigne la décision de la Cour de justice de l'UEMOA du 08 juillet 2020 par laquelle le juge déboute la Cour constitutionnelle du Bénin pour interprétation manifestement erronée du droit communautaire¹³⁷.

La Cour dira pour droit que l'interprétation erronée qui transparait de la décision de la Cour constitutionnelle du Bénin résulte du rapport établi entre la norme juridique interne et la norme communautaire¹³⁸. En disant qu'elle reste habilitée à se prononcer sur la question de la place et de l'importance du droit de l'Union dans l'ordre juridique national des Etats, la Cour assume son respect pour le droit établi par le traité qui institue un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres. Le sens et la portée de cette disposition en faveur du principe de primauté sont établis par une jurisprudence constante de la Cour¹³⁹. Il serait difficile de les tronquer comme l'a osé une doctrine africaine audacieuse¹⁴⁰.

accordée par la Communauté n'était pas à la hauteur de la Loi fondamentale allemande (Grundgesetz) et qu'il ne saurait accepter la primauté du droit communautaire et l'effet direct « aussi longtemps » qu'une garantie communautaire des droits fondamentaux n'était pas établie, incitant le juge communautaire à devenir l'un des acteurs les plus audacieux de la protection des droits de l'homme .

¹³⁵ Le même constat est fait à l'égard du droit de l'Union européenne. V. DRAGO (Guillaume), *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2020, 5^{ème} éd., 846 p. (spec. p. 651).

¹³⁶ Expression reprise par DRAGO (Guillaume), *Contentieux constitutionnel français*, op. cit. p. 651.

¹³⁷ Arrêt n° 005/ 2020 du 8 juillet 2020 de la CJUEMOA dans l'affaire Commission de l'UEMOA c/ la décision n° 19-287 du 22 août 2019 de la Constitution du Bénin. En effet, la Cour constitutionnelle du Bénin a fait une interprétation erronée de l'article 35 du Règlement n° 5/CM/UEMOA du 25 septembre 2014, dans sa décision n° 19-287 du 22 août 2019. On retiendra de la jurisprudence Eric DEWEDI-du nom du requérant-, que la profession d'Avocat dans l'espace UEMOA, est incompatible avec l'emploi d'Enseignant-Chercheur permanent.

¹³⁸ La juridiction constitutionnelle a estimé à tort, que le droit communautaire dérivé doit être écarté au profit de la loi nationale, si la norme communautaire viole un droit acquis ou un droit fondamental de la Constitution.

¹³⁹ CJ-UEMOA, Avis n° 001/2003 du 18 mars 2003 « La primauté bénéficie à toutes les normes communautaire, primaires comme dérivées, immédiatement applicable ou non, et s'exerce à l'encontre de toutes les normes nationales administratives, législatives, juridictionnelles et, même, constitutionnelles parce que l'ordre juridique communautaire l'emporte dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux ». SAWADOGO (Michel), « Les conflits entre normes communautaires : aspects positifs et négatifs », in M. F.-NOUGARET, op. cit, p. 288.

¹⁴⁰ KPODAR (Adama) et MONEMBOU (Cyrille), « La pyramide des normes entre l'interne et l'externe : Quand le droit communautaire courbe l'échine devant le droit national

En effet, les termes posés dès l'entame par les commentateurs de la décision selon lesquels « *sans détour [la décision du 22 août 2019] vient de poser que le droit communautaire dérivé doit plier devant la loi nationale, si elle viole un droit acquis et, a fortiori, un droit fondamental de la Constitution* », sont radicalement remis en cause par le juge communautaire en ce qu'ils constituent une régression du principe de primauté¹⁴¹.

En revanche, la décision du 8 juillet 2020 de la Cour de Justice de l'UEMOA constitue une restitution, mieux une rétrocession *attendue* de la place de la primauté des normes communautaires dans l'ordonnement juridique interne des Etats membres. On parlerait de la survivance dudit principe, qu'il est toujours *debout*¹⁴² ou que les [démons] des *arrêts Costa et Internationale Handelsgesellschaft* de la CJCE continuent de hanter le temple de la primauté communautaire¹⁴³.

En dépit des *bougés*¹⁴⁴ ou des *secousses* dans l'appréhension des rapports entre les normes communautaires et les normes nationales, la primauté des normes communautaires n'a pris aucune ride. Sans cette primauté, tout projet d'intégration ne serait que pure illusion.

Et comme le dirait la Cour de justice de l'UEMOA dans son avis du 18 mars 2003 s'adressant à l'Etat malien pour des faits similaires, le Benin s'expose à un recours en manquement¹⁴⁵. On est dans l'hypothèse de la mise en cause éventuelle de la

contraire », en ligne site https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=147035966433425&id=1133176103486748 consulté le 17 oct. 2020.

¹⁴¹ Le juge donnera raison au Barreau pour qui seul le règlement communautaire doit prévaloir, parce que supérieur aux lois nationales selon une tradition juridique et jurisprudentielle largement admise de la supériorité du communautaire sur le législatif national.

¹⁴² Expression empruntée à TROPER (Michel), « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *RDP*, 1978, n° 6, pp. 1523-1536. Lire *a contrario* AMSELEK (Paul), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *Renouveau du droit constitutionnel Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 983 et s. et « Réflexion critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique », *RDP*, 1978, n° 1, pp. 5-9.

¹⁴³ Les *arrêts Costa et handelsgesellschaft* précités consacrent la prééminence absolue et inconditionnelle du droit communautaire sur le droit national. Contrairement aux souhaits formulés par les commentateurs de la décision de la Cour Constitutionnelle béninoise, l'effet cliquet s'applique tout simplement et en faveur de la primauté du droit communautaire qui reste absolu et qui n'est donc soumis à aucune condition. Le juge communautaire Ouest africain est resté insensible aux célèbres arrêts Solange I et II et même à l'*arrêt Pozzani* de la Cour constitutionnelle italienne, confirmant ainsi l'autonomie du droit communautaire africain.

¹⁴⁴ Expression empruntée aux auteurs OST (François) et VAN de KERCHOVE (Michel), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2002 ; Lire également TIMSIT (Gérard), *Archipel de la norme*, Paris, PUF, 1^{ère} éd. 1997, 252 p.

¹⁴⁵ Selon les Art. 5, 6 et 7 du protocole additionnel n° 1 relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA, la « Cour connaît sur recours de la Commission ou de tout Etat membre, des

responsabilité des Etats-membres pour non-respect des principes d'origine communautaire¹⁴⁶. L'actualité sur la question étant bien l'admission aujourd'hui, par la Cour de justice européenne, de la responsabilité de l'Etat pour toute violation du droit communautaire, y compris si celle-ci résulte d'un acte juridictionnel¹⁴⁷.

Le principe de primauté et son corollaire celui de l'autonomie¹⁴⁸ constituent enfin des principes structurants contribuant à la *stabilisation*¹⁴⁹ des relations entre les Cours constitutionnelles et les ordres juridiques des Communautés d'intégration en général¹⁵⁰ et à la spécificité du droit communautaire des espaces juridiques étudiés en particulier¹⁵¹.

Il est temps cependant que les évolutions des textes communautaires et jurisprudences constitutionnelles contribuent à éviter les conflits et surtout à permettre une *coexistence pacifique* entre l'ordre constitutionnel et l'ordre communautaire¹⁵².

C'est par ailleurs à la faveur d'une longue controverse autour de l'autonomisation du droit communautaire¹⁵³ que les principes de l'applicabilité immédiate et de l'effet

manquements des Etats membres aux obligations qui leur incombent en vertu du Traité de l'Union ». Art. 23 de la Convention régissant la CJ-CEMAC.

¹⁴⁶ DRAGO (Guillaume), *Contentieux constitutionnel français*, op. cit. p. 656. Lire les jurisprudences *Francovich* (CJCE, 19 nov. 1991), *Brasserie du pêcheur et Factortame III* (CJCE, 5 mars 1996, C-46/93 et C-48/93).

¹⁴⁷ CJCE, 30 sept. 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, Europe, nov. 2003, obs. SIMON (Denys).

¹⁴⁸ MONJAL (Pierre-Yves), *Termes juridiques européens*, Paris, Gualino, 2006, p. 26. Il définit l'autonomie comme « un principe fondamental signifiant que le droit juridique communautaire n'a qu'une source de validité : les traités constitutifs exclusivement. L'ordre juridique communautaire serait ainsi distinct de l'ordre international, et sa spécificité intrinsèque fonderait son « autonomie existentielle ».

¹⁴⁹ Expression empruntée à DRAGO (Guillaume), *Contentieux constitutionnel français*, op. cit. p. 651.

¹⁵⁰ CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*. La Cour tire les conséquences de l'autonomie en matière de légalité des actes communautaires ; CJUE, 8 mars 2011, *Avis 1/09*, Rec. 1137. La Cour rappelle détenir en raison de l'autonomie du droit de l'Union un monopole d'interprétation, et s'oppose en conséquence à la conclusion d'un accord international portant création d'une juridiction européenne des brevets. DELILE (Jean Félix), « La délimitation du champ de compétence de la juridiction des brevets-Réflexion autour de l'avis 1/09 de la Cour de justice », *RMCE*, 2011, n° 553, p. 642.

¹⁵¹ MPIANA (Joseph Kazadi), « La problématique de l'existence du droit communautaire africain. L'option entre mimétisme et spécificité », *Revue libre de droit*, 2014, pp. 38- 78.

¹⁵² DRAGO (Guillaume), *Contentieux constitutionnel français*, op. cit. p. 651. Lire utilement CHARPY (Chloé), « Droit constitutionnel et droit communautaire Le statut constitutionnel du droit communautaire dans la jurisprudence (récente) du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat) (Contribution à l'étude des rapports de systèmes constitutionnel et communautaires) », *RFDC*, 2009/3, n° 79, pp. 623-647.

¹⁵³ Sur ce débat, V. SFDI, *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles : colloque de Bordeaux*, 30 septembre- 2 octobre 1999, Pedone, 2000, 448 p ; PELLET (Alain), « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *RCAD* 1997, vol. V, tome 2, pp. 193-271 ; SIMON (Denys), « Les mécanismes juridictionnels dans la Communauté

direct du règlement communautaire ont trouvé une place dans l'ordonnance juridique interne des États.

2. Le principe de « l'effet direct » du droit communautaire

L'effet direct du droit communautaire signifie que le droit s'applique directement dans l'ordre interne de l'État sans qu'il soit besoin ni possible que ce dernier procède à sa transposition préalable par l'adoption de règles internes¹⁵⁴. Il repose sur deux exigences, à savoir l'applicabilité immédiate et son corollaire qui est l'applicabilité directe¹⁵⁵. Son invocation ici se justifie par le fait que malgré le caractère médiat des normes primaires, elles produisent un effet direct dès lors qu'elles sont entrées en vigueur après ratification par les États membres. Mais il faut recourir aux décisions du juge communautaire européen pour avoir une idée de sa consistance¹⁵⁶.

L'applicabilité directe du droit communautaire est expressément affirmée par l'article 41 du traité de la CEMAC, notamment en ce qui concerne les règlements. Il se dégage de ce texte que « *les règlements sont obligatoires dans tous leurs éléments et directement applicables dans tout État membre* ». Ils sont exempts de l'exigence de ratification et de publication comme condition préalable à leur insertion dans les ordres juridiques internes des États membres¹⁵⁷.

Le principe de l'effet direct a des conséquences sur la jurisprudence des Cours de justice considérées. A ce titre, les justiciables peuvent se prévaloir de la jurisprudence des Cours, source « non écrite » du droit communautaire devant les juridictions nationales, en invoquant le principe de l'effet direct de celui-ci qui implique qu'il

européenne », in Perspectives convergentes et divergentes sur l'intégration économique-colloque du Québec de la SFDI, Paris, Pedone, 1993, p. 61 ; du même auteur, *L'interprétation des traités d'organisations internationales, Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, A. Pedone, 1981, 936p.

¹⁵⁴ GUINCHARD (Serge) et MONTAGNIER (Gabriel), (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 13e éd., 2001, p. 329

¹⁵⁵ La notion d'applicabilité « directe » est d'origine nord-américaine et s'inspire du célèbre arrêt *Foster and Elane c. Nelson* (1829) de la Cour suprême des États-Unis, mais il a fallu attendre la jurisprudence des tribunaux de Dantzig, pour que cette notion soit véritablement portée sur la scène internationale. V. VERHOEVEN (Joe), « La notion 'd'applicabilité directe' du droit international », *RBDI*, 1980, pp. 203-264. *CPJI*, Avis du 3 mars 1928, *Affaire de la compétence des tribunaux de Dantzig*, (Série B, n° 15).

¹⁵⁶ CJCE, 9 mars 1978, *Arrêt Simmenthal* : « tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, à l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire » ; lire aussi, CJUE, 10 juin 2010, *Melki et Abdeli*.

¹⁵⁷ Le juge camerounais a donc commis une erreur de droit en considérant cette exigence comme une condition préalable. CA, Littoral, arrêt n° 1006 du 20 juillet 1982, *Ministère Public et Douanes c. KAMTE Honoré et autres*. Il se posait le problème de la législation applicable, notamment entre la législation communautaire et l'avis du Ministre qui est d'ordre interne.

s'intègre automatiquement dans l'ordre juridique interne des Etats, sans avoir besoin d'y être reçu par un texte exprès. La jurisprudence de la Cour de justice CEMAC de 2012 (*avis, n° 001/2012-13 portant demande d'interprétation du Directeur Général de l'ISTA*) est à ce titre, illustrative¹⁵⁸.

Il était question pour la Cour de statuer sur la légalité d'incorporation à la solde de base fixée par le règlement n° 10111-UEC-107-22 du 19 décembre 2011, l'ancienneté déjà acquise par les premiers responsables des institutions spécialisées de l'UEAC et leurs adjoints dans l'exercice de leurs fonctions. En se basant sur les dispositions de l'article 21 al. 2 de l'additif au traité qui pose « *le principe de l'effet immédiat* » des règlements et leur caractère obligatoire, le juge dira pour droit que : « *l'ancienneté acquise par les premiers responsables des institutions spécialisées et leurs adjoints dans l'exercice de leurs fonctions constitue un droit définitivement acquis auquel le nouveau règlement ne saurait porter atteinte* »¹⁵⁹. Le juge se présente à travers cette décision comme le vigile des acquis communautaires.

En outre, sous le prisme de l'effet direct des règlements communautaires, la substitution de la loi n° 65-6 du 20 avril 1965, objet de la décision de la Cour constitutionnelle béninoise de 2020, par le règlement communautaire n° 05/CM/UEMOA du 25 septembre 2014 viendrait confirmer la prise en compte par les Cours de justice des Communautés d'intégration africaine, notamment, les Cours de la CEMAC et de l'UEMOA, de la théorie de l'invocabilité de substitution¹⁶⁰ des normes communautaires¹⁶¹ pour une pleine effectivité du droit communautaire en Afrique.

Comme on le voit, il se dégage une convergence des jurisprudences des Cours de justice communautaires dans le sens d'une meilleure sauvegarde des principes

¹⁵⁸ CJ-CEMAC, *Avis, n° 001/2012-13*. En effet, par courrier daté du 24 septembre 2012, le Directeur Général de l'ISTA saisissait la Cour d'une demande d'avis sur les modalités d'application du règlement n° 10/11/UEAC/17-CM-02 et plus surtout sur l'interprétation et l'application que pose la détermination du salaire de base du Directeur Général Adjoint de l'ISTA, tous en fin de mandat suivant le principe de rotation de postes décidé par la Conférence des Chefs d'Etat tenue à Brazzaville en 2012.

¹⁵⁹ CEMAC, Cour de justice, *Avis du 05 novembre 2012, 001/2012-13*.

¹⁶⁰ Consacrée par le juge administratif français (CE, 30 octobre 2009, *Mme Perreux*), la théorie de l'invocabilité des directives impose deux conditions : elle doit être précise et inconditionnelle. Cependant, les termes de l'article 92 du règlement querellé sont assez clairs : le règlement n° 05/CM/UEMOA du 25 septembre 2014 « *abroge et remplace toutes dispositions antérieures contraires* ».

¹⁶¹ La situation de l'invocabilité de substitution des normes communautaires « se résume en une alternative ; soit elles sont dotées de l'effet direct et sont alors en toute hypothèse invocables ; soit elles sont dépourvues d'effet directe et elles ne peuvent jamais être invoquées devant le juge administratif ». GAUTIER (Marie), « Les directives communautaires », in GONOD (Pascale), et al. *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, p. 486 et s.

généraux de droit et d'une consolidation des acquis communautaires¹⁶². Par ailleurs, les instruments juridiques de législation de l'UEMOA et de la CEMAC, ainsi que les activités de leurs Cours de justice sont de plus en plus opérants; ils sont dotés de l'effet direct et de primauté sur le droit interne des Etats membres¹⁶³ et participent au renforcement des normes primaires et dérivées du droit africain de l'intégration.

II- L'AMBIVALENCE DES CONTRIBUTIONS AU PROCESSUS NORMATIF DERIVE

Peut-on concevoir une intégration sans le juge ? Cette interrogation de François-Vivien Guiot¹⁶⁴ suggère que les Cours de justice sont incontournables dans tout processus d'intégration juridique. La diversité des domaines dans lesquels elles interviennent les fait converger vers une finalité commune¹⁶⁵, celle de la juridictionnalisation du processus d'intégration. Il convient d'analyser leurs jurisprudences en mettant en exergue, l'audace et la timidité, l'activisme et l'autolimitation qui transparaissent. De cette dissonance, se dégage une contribution *consolidante* des Cours aux droits socio-économiques d'une part (A) et, d'autre part, une contribution *déconsolidante*¹⁶⁶ aux droits fondamentaux (B).

A. La contribution consolidante dans les domaines socio-économiques

L'audace interprétative des Cours de justice est perceptible dans les jurisprudences relatives aux domaines socio-économiques. Il s'agit de la densification

¹⁶² Pour une convergence des jurisprudences des Cours constitutionnelles européennes dans le sens d'une meilleure défense des droits fondamentaux ; V. FAVOREU (Louis), « Rapport introductif », in *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux, nouveau bilan, 1981-1991*, AIJC, 1991, p. 70, cité par DRAGO (Guillaume), *Contentieux constitutionnel français*, op. cit. p. 71.

¹⁶³ CJ-UEMOA, Avis n° 1/96 du 10 décembre 1996, Demande d'avis de la BECEAO sur le projet d'agrément unique pour les banques et les établissements financiers.

¹⁶⁴ GUIOT (François-Vivien), « L'intégration sans le juge ? » op. cit. p. 23.

¹⁶⁵ Sur la diversité des juridictions d'intégration, Lire SANOU (Dramane), *La juridictionnalisation des organisations régionales d'intégration en Afrique*, op. cit. p. 53 et s ; KEMFOUET KENGNY (Emile-Derlin), *Les juridictions des organisations d'intégration économiques en Afrique*, LGDJ, 2018, p. 37 et s.

¹⁶⁶ Ces formules sont empruntées au Professeur FALL (Ismaila Madior). En effet, prenant pour angle d'attaque la dynamique démocratique au Sénégal, l'analyse du contenu des révisions constitutionnelles a conduit le Professeur à recourir à « cette classification aux relents manichéens » distinguant révisions consolidantes et révisions déconsolidantes de la démocratie ; *Les révisions constitutionnelles au Sénégal. Révisions consolidantes et révisions déconsolidantes de la démocratie sénégalaise*, Dakar, CREDILA, 2012, 218 p. Il s'agit ici de la contribution des Cours de justice dont les motivations réelles sont rattachables à la démocratisation de la fonction publique communautaire et à celle du droit bancaire et douanier d'une part et de la contribution régressive de ces Cours aux domaines relatifs aux droits fondamentaux, notamment la libre circulation des personnes et l'exigence environnementale.

jurisprudentielle¹⁶⁷ contribuant à la consolidation du droit de la fonction publique communautaire d'une part (1), et à la rationalisation du droit douanier et bancaire d'autre part (2).

1. La consolidation du droit de la fonction publique communautaire

Il faut dire de prime abord que les matières abordées ici sont certes consacrées par les traités, mais leur contenu est réglementé par les normes dérivées¹⁶⁸, les directives¹⁶⁹ et les règlements communautaires jugés plus « *incisifs* » par la doctrine¹⁷⁰. La Cour de justice s'est attachée à renforcer leurs effets en consolidant du même coup le droit matériel qui en découle.

Le terrain de prédilection de la dynamique activiste des Communautés étudiées est précisément celui du contentieux du licenciement au regard de la densité des affaires y relatives portées devant les juridictions. C'est probablement l'un des rares domaines où le taux de saisine des Cours de justice s'est exceptionnellement accru en quantité et en qualité.

A ce titre, un examen minutieux des jurisprudences rendues par la Cour de justice de l'UEMOA montre une forte concentration des décisions sur le contentieux de la fonction publique communautaire¹⁷¹. Ce dernier recouvre non seulement les litiges entre l'union et les fonctionnaires proprement dits, mais également les agents temporaires et auxiliaires qui sont liés à l'Union par un contrat ainsi que les anciens fonctionnaires et anciens agents et les candidats à des concours de recrutement.

En effet, la grande majorité des arrêts et avis rendus par la Cour, entre 1996- date du début de fonctionnement de la juridiction- et fin 2008 porte sur des différends entre des employés de l'organisation internationale et la Commission¹⁷². Sur trente-quatre décisions rendues par la Cour, dix-neuf mettent en cause des règles de la fonction publique, et ne se rapportent donc pas spécifiquement à des problèmes de droit de l'intégration.

¹⁶⁷ Sur la notion, lire THIBIERGE (Catherine), « La densification normative. Découverte d'un processus », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 835 ; MBALLA OWONA (Robert), « La densification normative dans le droit de la commande publique des Etats d'Afrique subsaharienne francophone », *RBD*, n° 59, 1^{er} semestre 2020, pp. 33-67.

¹⁶⁸ Par exemple, pour comprendre le droit bancaire, il faut recourir aux textes édités par la COBAC et l'UMA.

¹⁶⁹ Directive n° 02/19-UEAC-639-CM-33 harmonisant la protection des consommateurs au sein de la CEMAC.

Les directive paraissent moins incisives et traduisent un pouvoir plus limité des organes communautaires.

¹⁷⁰ Selon la formule de PESCATORE (Pierre), *L'ordre juridique des Communautés Européennes, étude des sources droit communautaire*, Liège, Presse Universitaire, 2^{ème} éd. 1973, p. 119.

¹⁷¹ Affaires dans lesquelles la Commission et la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement sont parties.

¹⁷² Les statistiques sont dressées par SALL (Alioune) dans l'ouvrage *La justice de l'intégration op. cit*, pp. 22 et s.

Cette tendance à être saisi plus des affaires relevant de la fonction publique prend de l'ampleur car entre 2005 et 2008, sur neuf décisions rendues, seules trois mettent en cause des normes posées en matière d'intégration¹⁷³. Le même constat peut être fait en zone CEMAC.

De manière générale, sur un total de 119 affaires portées devant la Cour, les institutions, les organes, les institutions spécialisées et agences d'exécution sont impliqués dans presque 105. Le contentieux de la fonction publique communautaire représente quant à lui plus de la moitié du contentieux avec 61 affaires contentieuses initiées par les fonctionnaires et autres agents de la CEMAC sur 119, tandis que les situations concernant les fonctionnaires de la Communauté ont été à l'origine de 13 avis consultatifs sur les 32 répertoriés, soit 74 affaires contentieuses et consultatives sur les 151 répertoriées¹⁷⁴.

La politique jurisprudentielle de la Cour de justice de l'UEMOA en matière de contrôle des sanctions infligées aux fonctionnaires de l'Union est perceptible dans les affaires « *Dieng Ababacar c. Commission de l'UEMOA* »¹⁷⁵, « *M. Kossi Mawuli Agokla et Commission de l'UEMOA* »¹⁷⁶ et « *Sacko Abdourahmane c. Commission de l'UEMOA* »¹⁷⁷.

Dans l'affaire *Kossi M. AGOKLA*, la Cour reviendra sur les conditions de recevabilité des recours en matière de licenciement qu'elle qualifie d'ordre public: « *le recours n'est valablement formé devant la Cour que si le Comité consultatif paritaire a été préalablement saisi d'une réclamation de l'intéressé* ». Il en est de même des conclusions des recours des fonctionnaires qui doivent avoir le même objet que celles exposées dans la réclamation administrative préalable et contenir des chefs de

¹⁷³ Les cinq affaires relatives au contentieux de la fonction publique sont relatives à l'« affaire Yai » rendues entre 2005 et 2008, l'affaire « *Compagnie Air France et syndicat des Agents de voyage et de tourisme du Sénégal* » (arrêt du 12 janv. 2005), l'affaire « *GDEIRI-SA c. Commission de l'UEMOA* » (arrêt du 12 janv. 2005), l'affaire « *M. Mamadou Lalou et Centre Africain d'Etudes Supérieures en Gestion (CESAG)* » (arrêt du 23 nov. 2005), l'avis relatif à la possibilité pour les Etats membres de conclure individuellement les accords d'investissement avec les pays tiers (Avis du 19 oct. 2007). SALL (A.), *La justice de l'intégration op. cit.* p. 23.

¹⁷⁴ MOUANGUE KOBILA (James), *La jurisprudence de la Cour de justice de la CEMAC, op. cit.*

¹⁷⁵ CJ-UEMOA, Arrêt du 29 mai 1998, entre Monsieur Dieng Ababacar et la Commission de l'UEMO et Arrêt du 26 janvier 2000 entre Dieng Babacar et Commission de l'UEMOA. Après le procès sur la légalité, M. Dieng saisissait à nouveau la Cour pour réparation du préjudice moral et matériel que lui aurait causé la première décision de licenciement, datant de 1997.

¹⁷⁶ CJ-UEMOA, Arrêt du 18 décembre 2002 entre M. Kossi Mwuli AGOKLA et la Commission de l'UEMOA.

¹⁷⁷ CJ-UEMOA, affaire n° 02/98, Sacko Abdourahmane c. Commission de l'UEMOA, « *Droit de la fonction public communautaire-recours en annulation, en réintégration et en indemnisation* ».

contestation reposant sur la même cause que celle de la réclamation »¹⁷⁸. Les mêmes causes produiront les mêmes effets dans l'affaire opposant *la Banque Ouest Africaine de Développement (BOAD) à Youssouf Soumahoro* pour licenciement abusif et dans laquelle la Cour donnera une suite favorable au recours préjudiciel introduit par la Cour d'appel de Lomé¹⁷⁹.

Dans l'affaire *Sacko Abdourahmane c. Commission de l'UEMOA* relative au droit de la fonction publique communautaire, le juge était appelé à se prononcer sur la légalité d'une mesure de licenciement prise par le Président de la Commission à l'encontre de M. Sacko¹⁸⁰.

Cependant, il ressort de ces affaires, la tendance pour la Cour à se référer à sa propre jurisprudence (*Aff. Laubhouet c. Commission*), même si on peut regretter sa réticence à se prononcer sur le bien-fondé de la mesure de licenciement sous le prétexte que le juge n'a pas compétence à apprécier l'opportunité d'une décision ressortant du pouvoir exclusif de l'administration. En montrant cette dépendance, on s'aperçoit qu'une certaine image du sacro-saint principe de séparation des pouvoirs, celle notamment d'une séparation radicale entre les opérations de justifications et les opérations d'application des règles s'obscurcit¹⁸¹.

Dans la même veine, l'« affaire Eugene YAÏ » est une manifestation flagrante de la soumission manifeste du droit communautaire à la politique. Elle met en relief la violation des articles 19 et 27 alinéa 2 du traité UEMOA rappelant ainsi le principe de l'irrévocabilité du mandat des Commissaires sauf en cas de faute lourde ou d'incapacité¹⁸². A la question de savoir si les conditions de révocation de M. YAÏ

¹⁷⁸ CJ-UEMOA, affaire Kossi M. AGOKLA c. Commission de l'UEMOA, « Recours en appréciation de légalité d'une décision de la Commission et en paiement de somme d'argent à titre de réparation ».

¹⁷⁹ CJ-UEMOA, arrêt n° 13 RP 001.36 du 30 avril 2014, Banque Ouest Africaine de Développement (BOAD) c. Youssouf SOUMAHORO. Recours préjudiciel introduit par la Cour d'appel de Lomé (TOGO).

¹⁸⁰ Recruté par décision datée du 19 février 1996 en qualité de cadre supérieur, plus tard nommé chef de la Division de la communication et de la Documentation, M. Sacko sera notifié le 27 février 1997 par lettre du Président de la commission, de la cessation de ses fonctions pour compter du 28 février 1997. Ce dernier relève pour sa défense le fait que le Comité Consultatif de Recrutement et d'Avancement (CCRA) n'a pas été consulté préalablement à son licenciement, omission qui est de nature à entraîner la nullité de la décision en cause.

¹⁸¹ COPPENS (Philippe), *Normes et fonction de juger*, op. cit.

¹⁸² Les faits sont relativement simples. M. Eugène YAÏ de nationalité ivoirienne, avait été désigné par son Etat comme Commissaire à l'UEMOA. Alors que son mandat n'était pas encore terminé, il faisait l'objet d'une mesure équivalente à une éviction puisque, sur autorisation de la Conférence des chefs d'Etat et de Gouvernement, le Président en exercice de celle-ci prit un « Acte additionnel » portant nomination d'un autre Commissaire de nationalité ivoirienne, M. Jérôme Bro GREBE. M. YAÏ saisit la Cour de justice de l'UEMOA, aux fins d'annulation de l'Acte additionnel querellé en s'appuyant sur les textes qui régissent le statut des Commissaires, notamment les articles 19, 27 (2) et 30 et leur violation par la Conférence des chefs d'Etat et de Gouvernement. Lire PRISO-ESSAWE (Samuel-Jacques), « L'immovibilité de

étaient réunies, le juge répondait par la négation car, ni les conditions de forme, ni celles relatives au fond, n'ont été respectées. En dépit de la motivation pertinente du juge débouchant sur l'annulation de l'acte additionnel¹⁸³, M. YAÏa été démis de ses fonctions de Commissaire à l'UEMOA. L'attitude de la Cour a été suffisamment critiquée car elle aurait pu, même par des voies « diplomatiques »¹⁸⁴ rappeler à la Conférence des chefs d'Etat ses obligations à respecter les règles de l'Organisation.

Cette passivité de la Cour de justice à laisser prévaloir la volonté politique sur le droit communautaire¹⁸⁵ est une violation du principe de la légalité qui voudrait que même la politique soit justiciable du droit. C'est le sens même des notions d'« excès » et de « détournement » de pouvoir bien perceptible dans la pratique d'intégration et de la saisine réciproque entre le droit et la politique, objet de la controverse longtemps entretenue par la doctrine constitutionnaliste¹⁸⁶.

La seconde curiosité est le fait pour le juge communautaire de se comporter comme un juge ordinaire en dépit du caractère spécifique du contentieux de l'intégration. C'est ainsi que dans la jurisprudence *Dieng Ababacar contre la Commission de l'UEMOA*, il s'inspirera de la règle *nemo auditur*¹⁸⁷ pour construire sa décision en disant : « [qu'elle] ne saurait faire droit à la demande d'un fonctionnaire qui a concouru personnellement à la réalisation de son préjudice »¹⁸⁸. Par ces propos qui se rapprochent de la maxime « nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude », le juge communautaire démontrait qu'il n'est pas un juge aérien mais qu'il se sert des mêmes matériaux que les Cours et Tribunaux pour dire le droit.

En zone CEMAC, l'affaire *Nanda Paul-Gilles contre la Banque de Développement des Etats de l'Afrique Centrale (BDEAC) du 08 novembre 2012* peut être analysée en ce qu'elle porte en dehors du contentieux de la fonction publique communautaire qu'elle soulève, sur le recours en indemnité et en annulation de la décision de licenciement prise par le président de la BDEAC¹⁸⁹.

l'Exécutif dans les Communautés économiques d'Afrique francophone : de la maîtrise politique au respect du droit », *Rec. Penant* Juillet-Septembre 2008, n° 864, pp. 317-339.

¹⁸³ Sur la notion, lire YOUNGBARE (Robert), « La nature juridique de l'acte additionnelle dans le système juridique de l'UEMOA », *Rec. Penant* Juillet-Septembre 2008, n° 864, pp. 340-357.

¹⁸⁴ SALL (Alioune), *La justice de l'intégration op. cit.* p. 61.

¹⁸⁵ Ordonnance du 2 juin 2005.

¹⁸⁶ Lire avec intérêt LAVROFF (Dmitri Georges), « Le droit saisi par la politique : l'instabilité de la norme constitutionnelle sous la V^e République », *Politeia*, 2014, n° 25, p. 23 à 46. Acontrario, FAVOREU (Louis), *La politique saisie par le droit, alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1988, 153 p.

¹⁸⁷ *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, qui littéralement veut dire : « personne n'est entendue (par un juge) lorsqu'elle allègue sa propre turpitude ».

¹⁸⁸ CJ-UEMOA, aff. n° 01/2000, *Dieng Ababacar c. Commission de l'UEMOA*, (Fonctionnaire - Recours en indemnisation- Rejet).

¹⁸⁹ Sieur Ad. Paul-Gilles, Analyste principal de projets en service à la BDEAC depuis 1980 faisait l'objet d'un licenciement pour faute lourde, sanction disciplinaire prise par le Président suivant décision C-048/DRA/54.

La prolifération du contentieux de la fonction publique s'explique par la volonté d'accroître la « productivité » de la Cour, la sécurité de ses agents et de sauvegarder les acquis communautaires¹⁹⁰. On peut citer *l'affaire NZEPA Serge c. la BDEAC du 28 février 2013*¹⁹¹ dont la particularité est la constance pour la Cour de ne pas admettre dans une affaire un avocat qui n'est pas inscrit dans un barreau d'un des Etats membres de la CEMAC. La Cour est restée fidèle à sa jurisprudence *Nanda Paul-Gilles c. la BDEAC* rendue en 2012.

Cependant, en dépit de la contribution de ces décisions à la consolidation du droit de la fonction publique communautaire, les mêmes reproches faits à la Cour de la CEDEAO¹⁹² peuvent être servis aux Cours de justice de la CEMAC et de l'UEMOA, le fait de devenir une juridiction préposée au contentieux de la fonction publique, au lieu d'être l'organe judiciaire d'une organisation d'intégration sous-régionale, chargé de veiller au respect des normes dégagées par celle-ci. Les contentieux douaniers et bancaires viennent enfoncer le clou.

2. La rationalisation du droit douanier et bancaire

La première décision d'une juridiction est toujours déterminante pour sa réputation et sa crédibilité¹⁹³. C'est certainement en matière bancaire et dans le cadre d'un avis consultatif que la Cour de justice de l'UEMOA rendra sa toute première décision¹⁹⁴. Le juge communautaire contribue à la rationalisation¹⁹⁵ des domaines douaniers et bancaires.

¹⁹⁰ CEMAC, Cour de justice, Chambre judiciaire, 09 juin 2005, 002/CJ/CEMAC/CJ/05, *Affaire OKOMBI Gilbert c. CEMAC, Recours en contentieux de la fonction publique communautaire*. Le requérant excipe la violation de la théorie des droits acquis découlant du principe de non rétroactivité.

¹⁹¹ CEMAC, Cour de justice, 28 février 2013, 005/ADD/2012-13. Le requérant est un, avocat, ancien Chef de la Division des affaires juridiques et du contentieux et juriste principal à la BDEAC- ville de Brazzaville- Congo.

¹⁹² Le prétoire de la Cour de justice de la CEDEAO n'a pas jusqu'aujourd'hui été inquiété par une affaire dans laquelle un instrument adopté dans le cadre de la CEDEAO et se rattachant à l'objectif d'intégration ait été cité. Les requêtes adressées à la Cour portent systématiquement, depuis quelques années comme le souligne le Professeur SALL (Alioune), sur la violation prétendue de « droits de l'homme », titre de compétence introduit en 2005 par un Protocole additionnel à celui de 1991, relatif à la Cour. *La justice de l'intégration*, op. cit. p. 26.

¹⁹³ KEMFOUET KENGNY (Emile-Derlin), « L'irruption du droit de l'environnement dans la jurisprudence des Cours de justice de la EAC et de la CEDEAO », *RADE*, n° 5, 2020, p. 182.

¹⁹⁴ Avis n° 1/96 du 10 décembre 1996, « *Demande d'avis de la BECEAO sur le projet d'agrément unique pour les banques et les établissements financiers* ». Par une audace remarquable, la Cour a saisi cette occasion pour « dire à la face du monde que l'intégration a désormais un juge, et que l'accès à celui-ci est dorénavant ouvert ». SALL (Alioune), *La justice de l'intégration* ... op. cit. p. 91.

¹⁹⁵ La relance de l'intégration régionale africaine a particulièrement empruntée le chemin de la rationalisation depuis l'adoption de la Charte constitutive de l'Union africaine. FAU-NOUGARET (Mathieu), *La concurrence des organisations régionales*, op. cit.

En effet, l'UEMOA et la CEMAC partagent une intégration économique ambitieuse et quasi-similaire, définie comme le support juridique d'une communauté qui a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et d'une union économique et monétaire, de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté¹⁹⁶. Il s'agit d'un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques et qui suppose un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les pays membres, des obstacles fiscaux et douaniers à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux et en définitive, un régime assurant le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun¹⁹⁷.

Dans leurs offices contentieux, les Cours de justice considérées sont appelées à réguler le processus d'intégration, à trancher les litiges nés de l'interprétation et de l'application des divers traités et organes dérivés, et à asseoir l'unification législative¹⁹⁸.

A ce titre, la Cour de justice CEMAC a été saisie pour la première fois d'un recours en annulation de la décision de la Commission Bancaire d'Afrique Centrale (COBAC) n°D-2000/22 du 17 octobre 2000 ayant démis d'office le requérant de ses fonctions de Directeur Général et de Président du Conseil d'Administration de la société Amity Bank Cameroun PLC.

Une autre jurisprudence impliquant la COBAC est l'arrêt *Tasha Lowel Lawrence* du 13 décembre 2001 (*Amity bank Cameroun, intervenante*), sur la demande de sursis à exécution de la décision de la COBAC¹⁹⁹. Cette dernière aurait permis à la Cour de connaître une véritable activité contentieuse²⁰⁰ et de se rapprocher qualitativement et même quantitativement de la Cour de justice des Communautés européennes dont le premier arrêt date de 1954. Par ailleurs, s'il est formel que les arrêts des Cours de justice africaines sont définitifs et sans appels, l'arrêt *Tascha* a le mérite de démontrer que le recours en révision peut encore être exercé à l'encontre d'une décision contradictoire devenue définitive : « *lorsqu'il a été statué sur pièces reconnues ou déclarées fausses ou lorsqu'une partie a succombé faute de représenter une pièce décisive retenue par l'adversaire* »²⁰¹.

¹⁹⁶ ANABA MBO (Alexandre), « Quel droit pour la CEMAC ? », *Publication de l'Association Miroir du droit*, janvier, février, mars 2010, p. 107.

¹⁹⁷ NOURISSAT (Cyril), « *Droit communautaire des affaires* », Paris, Dalloz 2003, p. 5

¹⁹⁸ FIPA NGUEPJO (Jacques), *Le rôle des juridictions supranationales de la CEMAC et de l'OHADA dans l'intégration des droits communautaires par les Etats membres*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Panthéon-Assas, 2011, 488 p.

¹⁹⁹ *Décision du 3 juillet 2003*.

²⁰⁰ En six ans, cette justiciable totalise environs 12 affaires devant le Cour de justice CEMAC. Pour le détail des différentes procédures, lire MOUANGUE KOBILA (James), *La jurisprudence de la Cour de justice de la CEMAC*, op. cit.

²⁰¹ Article 96 du règlement de la Cour, Arrêt n° 003/CJ/CEMAC/ CJ/04 du 16 déc. 2004, recours en révision de TASHA L. Lawrence c. arrêt n° 003/CJ/CEMAC/CJ/03 et société AMITY BANK Cameroon plc.

Par ailleurs, la Cour de justice CEMAC se veut plus innovante lorsqu'elle se réfère à sa jurisprudence consultative²⁰² pour statuer en matière contentieuse, comme dans *l'affaire société Price Waterhouse SARL (Autorité monétaire du Cameroun, intervenante)*²⁰³ et dans son arrêt n° 006/ 2013-14 du 26 juin 2014²⁰⁴.

A l'analyse, l'essentiel du contentieux concerne les structures financières et fiscales qui sont largement en tête des organes dont les actes sont constatés par les Cours de justice. Pour ce qui est de la CEMAC, sur un total de 151 affaires recensées, 83 portent sur les structures comme la COBAC²⁰⁵, la BEAC²⁰⁶, la BDEAC²⁰⁷ et l'Ecole inter-Etat des douanes dont le personnel enseignant est issu des administrations des douanes des Etats membres²⁰⁸.

En zone UEMOA, on notera *les affaires Jean Yves SINZOGAN contre la Commission de l'UEMOA* portant recours en paiement d'incidence financière²⁰⁹ d'une part et contre la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest (BECEAO) portant recours en annulation d'une décision de licenciement d'autre part²¹⁰.

Dans l'avis n° 01/2017, la Cour s'est érigée en gardienne des institutions financières de l'Union. En effet, sur la demande d'avis du Conseil Régional de l'Epargne Publique et des Marchés Financiers (CREPMF) sur le dispositif de prise de sanction pécuniaire sur le marché financier régional de l'UEMOA, la Cour dira que le Conseil régional est incompétent pour saisir la juridiction d'une demande d'avis portant modification de son acte constitutif²¹¹.

²⁰² Il est des cas où la Cour se réfère à sa propre jurisprudence contentieuse et consultative comme dans l'affaire MBOA Marcel c/Banque des Etats de l'Afrique centrale (BEAC), Arrêt n° 009/CJ/CEMAC/CJ/09 du 13 novembre 2009 en ce qui concerne la jurisprudence contentieuse ou comme dans les avis du 5 juin 2013, du 26 juin 2013, du 24 février 2015 et du 4 avril 2017, en ce qui concerne sa jurisprudence consultative.

²⁰³ Appel contre la Décision de la COBAC n° D-2010/126 portant retrait de l'agrément de la requérante en qualité de commissaire aux comptes titulaire de SCB-Crédit Lyonnais Cameroun.

²⁰⁴ Dans cet arrêt, la Cour dira pour droit que « comme l'atteste l'avis n° 001/2009 de la Cour, la cessation d'activité d'un commissaire aux comptes ne peut constituer un obstacle à des poursuites et à des sanctions dirigées à son encontre ».

²⁰⁵ On note trente-cinq affaires contentieuses et quatre avis consultatifs.

²⁰⁶ On note dix-sept affaires contentieuses et deux avis consultatifs.

²⁰⁷ On note treize affaires contentieuses et deux avis consultatifs.

²⁰⁸ On enregistre huit affaires contentieuses et deux avis consultatifs.

²⁰⁹ Cour de justice de l'UEMOA, arrêt n° 02/2017 du 28 mars 2017. Sieur Jean Yves SINZOGAN c. la Commission de l'UEMOA.

²¹⁰ Cour de justice de l'UEMOA, arrêt n° 03/2017 du 28 mars 2017, Sieur Jean Yves SINZOGAN c. La BCEAO.

²¹¹ Cour de justice de l'UEMOA, avis n° 1/2°17, CREPMF c. Marché financière régional de l'UMOA. Le président du CREPMF saisissait la Cour pour l'opérationnalisation des sanctions pécuniaires non pénales susceptibles d'être appliquées sur le marché financier régional de l'Union. Il sera débouté par la Cour.

L'un des rares contentieux concernant la télécommunication est l'affaire opposant *la Société Nigérienne de Télécommunication (SONITEL) à la Société Sahélienne de Communication (SAHEL COM)*²¹². Les Cours de justice contribuent donc par leur dynamisme à la recherche de la prospérité des affaires et à l'enracinement d'un cadre d'investissement sécurisé dans les Communautés étudiées. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre ces propos d'une doctrine française : « *si l'injustice a trouvé un moyen d'embrouiller les affaires, il faut que la justice ait un art de le débrouiller* »²¹³. Le juge communautaire n'est cependant pas exclusivement un juge de l'intégration économique et monétaire, il est aussi, avec autorité²¹⁴ et encore avec quelques difficultés²¹⁵, un juge protecteur des droits fondamentaux.

B. La contribution déconsolidante dans les questions liées aux droits fondamentaux

La thématique de l'activisme et de l'autolimitation du juge, de l'audace interprétative et du « *self-restraint* »²¹⁶ sont des classiques de la littérature juridique²¹⁷. Les Cours de justice de la CEMAC et de l'UEMOA n'échappent pas à cette constance puisqu'elles sont d'abord destinées à la réalisation des libertés économiques. Cependant, si en s'arrimant aux acquis communautaires européens, les organisations d'intégration économiques africaines ont affirmé l'attachement des Etats membres au respect des droits fondamentaux²¹⁸, il faut dire que leurs contributions en la matière est encore très embryonnaire²¹⁹. L'analyse de leur pratique jurisprudentielle laisse entrevoir quelques difficultés dans la mise en œuvre de la liberté de circulation (1) et dans la protection de l'environnement (2).

²¹² Cour de justice de l'UEMOA, arrêt n° 01/2010 du 16 juin 2010, SONITEL c. SAHEL COM, recours en annulation.

²¹³ FREDERIC II (De Prusse), Préface au Code Frédéric, *Exposition abrégée du plan du roi pour la réformation de la justice*, §XV, repris par GUINCHARD (Serge), MONTAGNIER (Gabriel) et autres, *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 10^{ème} éd. 2009, p. 2.

²¹⁴ SALL (Alioune), *Le contentieux de la violation des droits de l'homme devant la Cour de justice de la CEDEAO*, op. cit.

²¹⁵ C'est le Cas des Cours de justice de la CEMAC et de l'UEMOA sous étude.

²¹⁶ Le « *self restraint* » des Cours de justice sont analysés ici comme un manque d'audace jurisprudentielle.

²¹⁷ SALL (Alioune), *Le contentieux de la violation des droits de l'homme devant la Cour de justice de la CEDEAO*, op. cit. p. 183.

²¹⁸ La juridictionnalisation des droits de l'homme ne relève donc plus de la seule compétence des Cours régionales et internationales africaines, mais elle concerne aussi les juridictions sous-régionales d'intégration. V. DOUMBE-BILLE (Stéphane), « La juridictionnalisation des droits de l'homme en Afrique », in *L'Homme dans la société internationale, Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Tavernier*, sous la coordination de J. F. AKANDJI (Kombe), Bruylant, 2013, pp. 693-706.

²¹⁹ Les dispositions de l'article 3 du traité de l'UEMOA proclamant que « *l'union respecte les droits fondamentaux* » sont les seules bases juridiques de leur défense.

1. *L'insuffisante imprégnation du principe de libre circulation*

La libre circulation est une problématique déjà ancienne dans les ordres juridiques communautaires européens²²⁰ et africains²²¹ mais qui connaît un passage d'un droit de nature économique vers un droit fondamental. Elle est aujourd'hui au cœur des interactions qui existent entre droit de l'homme et libertés communautaires²²². C'est par ailleurs l'un des domaines où le juge de l'UEMOA et particulièrement celui de la CEMAC semble céder aux sirènes du « *self restraint* » car les multiples expulsions des non nationaux par des Etats membres ont plongé ce dernier dans une situation difficile l'obligeant à faire une conciliation nécessaire entre une liberté fondamentale consacrée par le traité²²³ et une liberté constitutionnelle sur laquelle l'Etat conserve encore toute sa souveraineté.

En effet, la liberté de circulation constitue dans le contexte actuel de globalisation, un instrument essentiel par lequel se matérialisent les politiques d'intégration régionale²²⁴ à travers le monde²²⁵. Si dans les ordres constitutionnels des Etats le principe de la libre circulation a reçu au gré de l'évolution de la jurisprudence, une valeur constitutionnelle²²⁶, il faut dire que dans la pratique communautaire des Etats

²²⁰ On s'inspire en partie de l'arrêt rendu par la CJUE dans l'affaire *Schmidberger*, 12 juin 2003, affaire C-112/00.

²²¹ Le contentieux y relatif a été porté pour une première fois devant la CJ-CEDEAO dans l'affaire *Afolabi* en raison de la violation de ses droits, le droit de la libre circulation de sa personne et de ses marchandises. *Afolabi Olajidé c. la République fédérale du Nigeria*, Arrêt ECW/CCJ/JUD/8/A2 du 14/12/ 2012 : *socio-Economic Right and Accountability Project (SERAP) c. République fédérale du Nigeria*. Cette affaire est à l'origine des réformes intervenues en 2005, notamment l'ouverture de la Cour aux victimes de violations des droits de l'homme.

²²² KADDOUS (Christine), Droits de l'homme et libertés de circulation : complémentarité ou contradiction ?, *Mélanges en l'honneur de Georges VANDERSANDEN, Promenade au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 563-591.

²²³ L'article 2 (c) de la Convention de l'UEAC de 2009, comme l'article 2 (c) de la Convention de 1996, pose alors clairement que l'Union économique entend « créer un marché commun fondé sur la libre circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes ».

²²⁴ V. Art. 12 al. 1 à 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981. (1) « Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un Etat, sous réserve de se conformer aux règles établies par la loi ». (4) « L'étranger légalement admis sur le territoire d'un Etat partie à la présente Charte ne pourra être expulsé qu'en vertu d'une décision conforme à la loi ».

²²⁵ ZOGO NKADA (Simon Pierre Désiré.), « La libre circulation des personnes : réflexion sur l'expérience de la CEMAC et de la CEDEAO », *RIDE*, 2011-1, pp. 113-136.

²²⁶ C.C., 12 juillet 1979, *Ouvrages d'art C.C.F.*, p. 90. La conséquence immédiate de cette consécration prétorienne est que l'Etat ne saurait, sauf pour des raisons d'ordre public, refuser de délivrer un passeport à un citoyen. (C.E., 8 avril 1987, *Pelletier*, *AJDA*, 1987, p. 327). En Afrique, lire le Préambule de la Constitution camerounaise du 18 jan. 1996, « Tout homme a le droit de se fixer en tout lieu et de se déplacer librement, sous réserve des prescriptions légales relatives à l'ordre, à la sécurité et à la tranquillité publique » ; Art. 25 de la Constitution béninoise de 1990, et 14 de la Constitution de la République du Sénégal du 7 janvier 2001.

africains, il demeure une véritable arlésienne²²⁷. Pourtant la doctrine l'appréhende bien comme le pilier de la construction de l'intégration²²⁸; comme le « principe fondamental de l'ordre juridique communautaire »²²⁹, ou encore comme l'un des « objectifs essentiels des Traités » communautaires²³⁰.

La pratique ne reflète pas ces volontés et fait souvent état que ce soit pour la CEMAC ou l'UEMOA: « *des processus ratés, des espoirs déçus au rang desquels il faut inscrire la libre circulation des personnes et le droit d'établissement, se heurtant le plus souvent au symbolique attaché aux frontières et à la préférence nationale* »²³¹.

La problématique de la libre circulation des marchandises et des facteurs de production²³² est l'une des activités principales des organisations économiques d'intégration²³³. Cependant, elle tarde à s'implanter dans les ordres juridiques des communautés étudiées du fait du refus des Etats membres d'élargir la règle du « *traitement national* » à tous les ressortissants communautaires, refus qui explique encore le traitement discriminatoire dont sont victimes les ressortissants des autres

²²⁷ Le point de départ de cette restriction est déduit des Traités fondateurs. Si la libre circulation des personnes connaît une certaine avancée au sein de l'UE et de la CEDEAO, c'est en partie parce que leurs Traités respectivement dans les articles 45 à 55 et 27 énoncent explicitement le principe dans les objectifs à atteindre dans le processus d'intégration. Le Traité CEMAC en revanche se limite dans ses objectifs initiaux à « *la libre circulation des biens, des services et des outils de production entre Etats* ». V. F. Isaac ZO'O, *Approche comparative de la liberté de circulation des personnes au sein de la CEMAC et de l'UEMOA*, Mémoire pour l'obtention du Diplôme d'Etude Approfondie (DEA), Université de Douala, 2003-2004, 139 p.

²²⁸ BAILLEUX (Antoine), *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire : Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles : Presses de l'Université de Saint-Louis, 2009, 605 p.

²²⁹ DRUESNE (Gérard), « Puissance publique et liberté : les limites de circulation des personnes dans la Communauté économique européenne », in *Service public et Libertés, Mélanges offerts au Professeur Robert Edouard CHARLIER*, Paris, éd. de l'Univ. et de l'enseignement moderne, 1981, p. 711 cité par PEKASSA NDAM (Gérard Martin), « La notion d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'union européenne », *op. cit.*, p. 367.

²³⁰ BACLET-HAINQUE (Rosy), « L'Europe des emplois dans l'administration publique », *AJDA* 1990, p. 224. L'auteur fait ainsi allusion au Traité de Rome du 25 mars 1957.

²³¹ AHADZI-NONOU (Koffi), *La Citoyenneté régionale face aux enjeux de la libre circulation des personnes et le droit d'établissement dans l'espace CEDEAO*, Institut de l'Afrique de l'Ouest. Analyse Critiques et Stratégiques d'Action, 2013, p. 2.

²³² Cf. Article 77 du Traité UEMOA), Article 27 du Traité UDEAC et Article 2 (c) de la Convention instituant l'Union Economique de l'Afrique Centrale (UEAC): « (...) *L'union Economique entend (...) créer un marché commun fondé sur la libre circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes (...)* ».

²³³ En Afrique centrale, l'Union des Etats de l'Afrique Centrale (UEAC) qui regroupait l'ex-Zaire, la RCA et le Tchad en 1968, dans l'optique d'harmoniser les tarifs douaniers, de permettre la libre circulation des personnes et des biens dans les Etats membres, n'a pas pu faire long feu.

Etats membres à l'intérieur des frontières nationales dans la plupart des Etats des Communautés²³⁴.

Quelques tentatives de résolutions dégagées d'une décision de la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement²³⁵, ont été étouffées du fait de l'absence de contrainte de ces résolutions aux organisations d'intégration protégées par le principe de l'autonomie, mais aussi de la fragilité de *l'affectio integrationis*, ce lien qui consolide l'esprit communautaire²³⁶.

Par ailleurs, l'échec de la décision sur la libre circulation des personnes et sur le passeport africain, prise à l'échelle continentale²³⁷ s'est justifié par l'insuffisante culture de l'intégration et surtout par l'absence de volonté politique des Etats²³⁸. On en veut pour preuve la non application par certains Etats de l'Acte additionnel n° 01/ 13-CEMAC -07OU-CCE-SE du 25 juin 2013 portant suppression du visa pour tous les ressortissants de la CEMAC circulant dans l'espace communautaire, depuis le 1^{er} janvier 2014²³⁹.

En outre, les politiques de deux poids deux mesures observées dans les espaces d'intégration étudiés se justifient par la divergence des «*situations purement internes*»²⁴⁰ qu'offre chaque Communauté²⁴¹. En zone CEMAC les réformes institutionnelles opérées portaient sur la mise en circulation d'un passeport communautaire biométrique et d'un «*visa CEMAC*»²⁴² tant dis que la CEEAC n'envisageait que la mise en circulation d'un «*carnet*» susceptible de faciliter les déplacements intracommunautaires dans son espace géographique²⁴³.

²³⁴ GNIMPIEBA TONNANG (Edouard), «*Commentaires*», in KALIEU ELONGO (Yvette Rachel), (dir.) *Traité révisé de la communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale*, op. cit. pp. 19-22.

²³⁵ Déclaration adoptée à la 18^{ème} session ordinaire de la Conférence de l'UA, Assembly/AU/Dec. 1 (VVIII).

²³⁶ POUGOUE (Paul-Gérard), «*OHADA et intégration économique*», *Mélanges en l'honneur de Georges Walter NGANGO, Dynamiques de développement, débats théoriques et enjeux politiques à l'aube du 21^e siècle*, Paris, Montchrestien, 2005, pp. 575-587, (spéc. p. 58).

²³⁷ 27^{ème} session ordinaire de la Conférence de l'Union Africaine, Kigali, juillet 2016.

²³⁸ ONDOUA (Alain), «*Existe-t-il un droit national de l'intégration communautaire ?*», op. cit. p. 40. A. SALL, *Les mutations de l'intégration*, op. cit. p. 10.

²³⁹ ZOGO NKADA, (Simon Pierre), op. cit ; GNIMPIEBA TONNANG, (Edouard), «*La libre circulation des personnes et des services en Afrique centrale : entre consécutions textuelles, vides jurisprudentiels et hésitations politiques*», *Perspectives internationales et européennes*, n° 3, juillet-août-septembre 2006, pp. 241-257.

²⁴⁰ Pour plus amples précisions sur la notion de «*situations purement internes*», V. PAPADOPOULOU (Rebecca-Emmanuela), «*Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant ?*», *RDE* n° 1.2 2002 – octobre-décembre 2002, pp. 95-129.

²⁴¹ La notion de «*situations purement internes*» a connu une interprétation restrictive de la part du juge communautaire européen dans les *Affaires jointes* C-321/94 et C-324/94 du 15 fév. 1997, Rec., p. I-2443, Pt. 44.

²⁴² Cette mise en circulation étant prévue pour le mois de Janvier 2010.

²⁴³ MOUANGUE KOBILA (James), «*La concurrence des droits communautaire ...*» op. cit. p. 49.

Au plan régional, le principe de libre circulation des personnes est aujourd'hui conditionné par l'exigence de réciprocité imposée par l'insécurité sanitaire qu'occasionne la pandémie à Covid-19 et la fermeture des frontières²⁴⁴. L'étude suggère une solution basée sur l'élaboration des règles communes uniformément appliquées²⁴⁵ et assorties des mesures de contraintes.²⁴⁶ Une telle exigence vaut *mutatis mutandis* pour la protection de l'environnement encore lacunaire dans les espaces communautaires étudiés.

2. L'inconsistance de la politique environnementale

L'environnement n'est pas une abstraction mais un espace de vie²⁴⁷. Par cette affirmation, la Cour internationale de justice illustre et rappelle le lien indéfectible entre l'environnement et les droits de l'homme²⁴⁸. Cette préoccupation interpelle les juges nationaux²⁴⁹ et communautaires²⁵⁰ à une protection plus efficace de l'environnement.

²⁴⁴ Il est fait référence ici à la Déclaration-fermeture des frontières élaborée par les pays membre de l'espace Schengen du 29 juin 2020 qui interdit à certains Etats, notamment africains l'entrée sur leur territoire pour une période déterminée. En revanche, en vertu du sacro-saint principe de réciprocité, les ressortissants des pays de l'espace Schengen se verraient aussi interdits d'entrée dans les territoires africains. On peut noter la riposte du Gabon et de la Guinée Conakry du 21 juillet 2020. Cf. correspondance du Commissaire spécial de l'aéroport de Conakry au Chef d'Escalade, où on peut lire : « ... les passagers détenteurs des passeports de l'espace Schengen ne seront pas admis à nos frontières quelques soient les pays de provenance. Tandis que ceux détenteurs des cartes de séjour guinéens seront admis ».

²⁴⁵ SIMON (Denys), « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *op. cit.* p. 220.

²⁴⁶ MOUNGUE KOBILA (James), « Bilan de la libre circulation des personnes en Afrique », l'Afrique est-elle partie ? Bilan et perspectives de l'intégration africaine, *Revue Interventions économiques*, Hors-série, mars 2017, p. 67. L'Union africaine doit revoir sa politique qui est restée celle d'une coordination continentale souple.

²⁴⁷ « L'environnement n'est pas 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 à venir »²⁴⁷. Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. CIJ, avis consultatif du 8 juillet 1996, CIJ Recueil 1996, p. 226, § 36.

²⁴⁸ RICHARD (Pascal), « La clarification du lien entre droits de l'homme et protection de l'environnement et ses conséquences par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans son avis consultatif du 15 novembre 2017 », *Journal du Centre de Droit International (CDI)*, 2018, pp. 15-18.

²⁴⁹ Décision CE, ass., 10 juillet 2020, Association les amis de la terre, France et autres, n° 428409. Par cette décision l'Etat français s'est vu lourdement condamné pour ses failles à réduire la pollution de l'air. Dix millions d'euros par semestre de retard, l'astreinte la plus élevée qu'aura à payer l'Etat pour le contraindre à exécuter une décision de 2017 en matière d'environnement.

²⁵⁰ AGBODJAN (Séwa Agou), *La juridictionnalisation des droits de l'homme à la faveur d'une intégration économique, l'expérience de la CEDEAO*, Thèse de Doctorat, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2018. p. 312.

L'analyse de la jurisprudence des Cours de justice de l'UEMOA et de la CEMAC laisse entrevoir une curieuse absence de décisions touchant directement ou indirectement à l'environnement²⁵¹. Il est question ici de scruter les instruments communautaires y relatif, et d'envisager un droit processuel applicable devant les Cours envisagées. A l'analyse, deux causes sont mises en relief à savoir l'inconsistance du droit matériel et la réticence des citoyens à porter leur contentieux relatif à l'environnement devant le juge communautaire²⁵².

La comparaison avec les progrès réalisés dans le domaine de protection des droits fondamentaux par les juridictions comme la CJUE et les autres Cours communautaires africaines, notamment la Cour de justice EAC²⁵³ et la Cour de justice CEDEAO²⁵⁴ où le droit de l'environnement a pu, grâce à l'ingéniosité des juges, se faire une place dans la jurisprudence communautaire est encore discutable²⁵⁵. Autrement dit, si la prise en compte du droit de l'environnement dans la jurisprudence communautaire africaine est en construction, elle demeure encore une utopie pour ce qui est des juridictions CEMAC et UEMOA.

En revanche, la protection de l'environnement s'inscrit « *dans la logique des efforts d'intégration régionale africaine* » adoptée par les législateurs communautaires UEMOA²⁵⁶ et CEMAC²⁵⁷ et inspirée des instruments internationaux, notamment de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de la Charte africaine des droits de

²⁵¹ YAMEOGO (Hamidou), « Problématique de la protection de l'environnement par la Cour de justice de l'UEMOA », *RADE*, n° 5, 2020, pp. 77-85.

²⁵² KEMFOUET KENGNY (Emile-Derlin), « L'irruption du droit de l'environnement dans la jurisprudence des Cours de justice de la EAC et de la CEDEAO », *RADE*, n° 5, 2020, pp. 65-76 ; BILGO (Palakwindé Ted Rodrigue), « La protection du droit à un environnement sain devant la Cour de la CEDEAO » *RADE*, n° 5, 2020, pp. 87-96.

²⁵³ L'importance accordée à la norme environnementale par le juge d'Arusha a créée une sorte de prééminence du droit de l'environnement sur les aspirations de développement économique. En effet, l'interdiction faite à la Tanzanie de mettre en œuvre son projet de construction d'autoroute par le juge mettait en contradiction les préoccupations économiques et les impératifs de protection de l'environnement. *Affaires (ANAW) précitée*, §82. Le juge communautaire tire sa motivation des articles 9 al. 1. (e) et 23 à 47 du Traité EAC.

²⁵⁴ La violation de la norme environnementale est pour la Cour un fait générateur de la responsabilité étatique et source de réparation en nature. Elle ajoutera que les dispositions de l'article 24 de la CADHP imposent à l'Etat une obligation duale, à la fois de comportement (*obligation of attitude*) et une obligation de résultat.

²⁵⁵ On fait référence au contentieux de l'environnement devant la Cour de justice EAC et devant la Cour de justice de la CEDEAO, respectivement à travers les *affaires Africa Network for Animal Welfare (ANAW) vs. The Attorney General of the United Republic of Tanzania (Ref. 9 of 2010, 29 august 2011, et SERAP vs. Federal Republic of Nigeria, 10 december 2010)*.

²⁵⁶ Préambule du Traité modifié de l'UEMOA de 2003.

²⁵⁷ Préambule du Traité révisé de la CEMAC de 2009. « Conscient de la nécessité de développer ensemble toutes les ressources humaines et naturelles de leurs Etats, et de mettre celles-ci au service du bien-être général de leur peuples dans tous les domaines ».

l'homme et des peuples²⁵⁸. Dans le même sens, selon les termes du préambule du traité révisé de 2009 de la CEMAC, les Etats membres « [réaffirment] leur attachement au respect des principes de démocratie, des droits de l'homme, de l'Etat de droit, de la bonne gouvernance (...) et des questions de genre »²⁵⁹. La législation la plus récente est la Directive harmonisant la protection des consommateurs au sein de la CEMAC adoptée en 2019²⁶⁰.

Le droit de l'environnement de l'UEMOA quant à lui, est structuré autour des règles de droit primaire²⁶¹ et du droit dérivé²⁶². Mais le contentieux de l'environnement est quasi inexistant. Le véritable problème n'est donc pas essentiellement d'ordre normatif²⁶³ mais s'inscrit aussi dans l'absence d'audace de la part des juges communautaires qui en raison de leur frilosité, hésitent de s'ingérer aux questions mettant en prise le partage de souveraineté. La protection des droits fondamentaux est une condition à respecter dans la réalisation des objectifs et non un objectif propre et isolé de l'Union.

Les juges d'intégration se doivent donc de suivre ces voies tracées par les instruments internationaux²⁶⁴ et même communautaires pour faire entrer l'environnement dans leur jurisprudence. L'extension des juridictions d'intégration aux problématiques liées à l'environnement devrait diluer la spécificité du *contentieux* qui en découle²⁶⁵ et partant celle de l'ordre juridique communautaire²⁶⁶.

²⁵⁸ L'article 3 du Traité du 10 janv. 1994 instituant l'UEMOA dispose expressément : L'Union respecte dans son action les droits fondamentaux énoncés dans la DUDH et dans la Charte africaine des droits de l'homme.

²⁵⁹ V. Préambule du Traité révisé de la CEMAC de 2009. V. également l'Art. 47 (a) de la Convention de l'UEAC de 2009 qui promeut « la démocratie, la dignité humaine, la justice sociale et le pluralisme, dans le respect de la diversité au sein des sociétés des Etats membres ».

²⁶⁰ Adoptée à Ndjamena le 08 avril 2019, la Directive n° 02/19-UEAC-639-CM-33 harmonisant la protection des consommateurs au sein de la CEMAC consacre en son article 3 (V) « le droit à un environnement sain ».

²⁶¹ Art. 4 et 79 du traité UEMOA), droit additionnel (chap. IV du protocole additionnel n° 2 relatif aux politiques sectorielles de l'UEMOA.

²⁶² Acte additionnel de 2008 portant adoption de la politique commune d'amélioration de l'environnement dans l'UEMOA.

²⁶³ Si l'article 3 du traité de l'UEMOA soumet l'organisme au respect des droits fondamentaux, il ne faut pas oublier que la protection desdits droits ne figure pas en tant que telle parmi les objectifs d'intégration économique définis à l'article 4 du traité.

²⁶⁴ Pour la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, lire les articles 1 et 24 qui disposent respectivement que : « Les Etats membres [...] reconnaissent les droits et devoirs et libertés énoncées dans cette Charte et s'engagent à adopter les mesures législatives ou autres pour les appliquer » et que « Tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement ».

²⁶⁵ KAMTO (Maurice), « Les Cours de justice des Communautés ... », *op. cit.* p. 107.

²⁶⁶ Dans son avis du 22 mars 1999 relatif à l'interprétation de l'article 84 du Traité UEMOA, la Cour a reconnu la spécificité de l'ordre juridique communautaire. (Avis n° 002/2000 du 22 mars 1999). Le juge communautaire est comme les autres juges ordinaires, le garant de la protection de l'environnement.

Comme on le voit, l'analyse de la jurisprudence des Cours de justice étudiées reste fortement marquée par une asymétrie entre le contentieux socio-économique en plein essor et celui des droits fondamentaux encore en construction.

A ce titre, l'étude suggère l'adoption d'un protocole additionnel portant sur les droits fondamentaux qui érigerait un tableau de valeur indiquant les critères autour desquels la CEMAC et l'UEMOA seront définitivement structurées²⁶⁷. Cette solution dont la principale limite est la résurgence de la concurrence jurisprudentielle, conséquence de la multiplicité des juridictions aux champs de compétence qui se chevauchent parfois, trouve sa motivation dans la pratique du *forum shopping*²⁶⁸ et de façon conventionnelle, dans la coopération et le dialogue inter-juridictionnel.

Enfin, les systèmes judiciaires de la CEMAC et de l'UEMOA²⁶⁹ offrent déjà des garanties non moins satisfaisantes à savoir, l'accès du prétoire du juge communautaire aux organismes à fonctions juridictionnelles²⁷⁰, et aux citoyens en zone CEMAC²⁷¹, qui est la marque suffisante de la démocratisation du service public communautaire²⁷². Pour la doctrine, la protection des droits fondamentaux au sein de l'UEMOA s'inscrit dans la continuité du système de protection des droits de l'homme à l'échelle régionale et internationale.

²⁶⁷ V. Discours du Juge rapporteur de la CJ-UEMOA, DIOUF (Mahawa), lors de la rentrée judiciaire de la Cour sous le thème : « *La cour de justice de l'UEMOA et la protection des droits de l'homme dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine* », Ouagadougou, le 20 novembre 2019, 23 p.

²⁶⁸ ATANGANA AMOUGOU (Jean-Louis), « Multiplication des juridictions internationales ... », *op. cit.* p. 135 et s. La prolifération des juridictions communautaires peut susciter le développement de la pratique de *forum shopping*, au détriment de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples aux conditions d'accès plus restrictives. Ce trop-plein de juges défenseurs des droits fondamentaux nous rapproche du « *cherry-picking* », cette possibilité qu'offre le droit comparé, même de manière non intentionnelle, que celles qui conviennent le mieux pour soutenir un argument, en laissant les autres de côté.

²⁶⁹ Dans cet ordre communautaire, le problème vient de l'exclusion par le législateur communautaire du champ de compétence de la Cour, au profit des juridictions nationales, des litiges nés de l'interprétation ou de l'application des contrats entre l'Union et toute autre partie. D'où l'autolimitation de la Cour au contentieux contractuel. V. *Aff. Agence WELLINDE Voyages c. Commission de l'UEMOA*, Arrêt n° 04/2019 du 15 mai 2019.

²⁷⁰ Art. 12 du Protocole additionnel n° 1 relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA ; Art. 17, § 1 de la Convention relative à la Cour de justice de la CEMAC.

²⁷¹ ZANKIA (Zulandice), « Le justiciable et l'accès à la Cour de justice de la CEMAC », in *Le droit dans tous ses états*, Actes du troisième Symposium Juridique de Libreville des 23-24 novembre 2017, Palabres actuelles, *Revue de la Fondation Raponda-Walker*, n° 8- 2018, pp. 445- 476.

²⁷² RIVERO (Jean), « Sanction juridictionnelle et règle de droit », in *Mélanges ULLIOT DE LA MORANDIERE*, Dalloz, 1964, p. 457. Selon l'auteur : « *La justice est un service public dont la raison d'être est l'usager* ».

CONCLUSION

La justice de l'intégration est désormais dite en Afrique par les Cours de justice « *pour le meilleur et pour le pire* »²⁷³. Sans prétendre faire le bilan²⁷⁴ de la juridictionnalisation du processus d'intégration en Afrique francophone, il faut dire que depuis le renouvellement du champ des organisations africaines d'intégration, amorcé au début des années 90, on assiste à une montée en puissance des Cours de justice au regard du *flux*, du *reflux* et même de l'*influx*²⁷⁵ jurisprudentiel décliné. Cette évolution est d'abord celle du régionalisme africain, et d'une heureuse relation que ces Cours entretiennent avec la doctrine²⁷⁶. Mais les problèmes lancinants, notamment l'effectivité de la libre circulation des personnes, le contentieux des libertés communautaires²⁷⁷, l'immigration, la sécurité, la lutte contre le terrorisme et les exigences environnementales sont restés des obstacles dirimants à la consolidation et la rationalisation du droit matériel et institutionnel de l'intégration²⁷⁸.

En revanche, la thèse de la bonne gouvernance²⁷⁹ apparaît comme un indice²⁸⁰ significatif du renforcement de la démocratie communautaire. Elle est incarnée ici par la Cour de justice en tant que gardien de veille du processus d'intégration et transparaît

²⁷³ La formule est empruntée à Stéphane BOLLE et rappelle l'audace et la timidité des Cours de justice communautaires. V., « La Constitution en Afrique. Pour le meilleur et pour le pire », in *Mélanges Dominique Rousseau, à paraître* ; reprise par l'auteur, « Les Cours constitutives d'Afrique », in AÏVO (Joël-Frédéric) (dir.), *L'amphithéâtre et le prétoire. Au service des droits de l'homme et de la démocratie, Mélanges en l'honneur du Président Robert DOSSOU*, Paris, l'Harmattan, 2020, 1086 p.

²⁷⁴ POUILLEUTE (Antoine), « Bilan et perspectives de l'intégration sous-régionale en Afrique », *Afrique Contemporaine*, n° 133, 1^{er} trimestre 2000, pp. 63-75.

²⁷⁵ Ces expressions sont empruntées à GUIOT (François-Vivien), « L'intégration sans le juge ? », *op. cit.* p. 51. Lire aussi DOSSOU (Robert), « Flux et reflux dans le nouveau constitutionalisme africain », *Revue du Conseil Constitutionnel d'Algérie*, n° 4, 2014, pp. 337 et s.

²⁷⁶ La doctrine intégrationniste inspirée du modèle français s'est très tôt développée en Afrique noire francophone. V. GNIMPIEBA T. (Edouard), *Droit matériel et intégration sous régionale ...op. cit.* pp. 14 et s.

²⁷⁷ Un seul arrêt, celui de la CJ-UEMOA, du 20 juin 2001, *Société des Ciments de Togo c. Com. De l'UEMOA*.

²⁷⁸ ONDO OSSA (Albert), « La problématique de l'intégration en Afrique subsaharienne : le cas de l'Afrique centrale » ; actes du séminaire sous-régional du 2 au 6 novembre 2004 à Libreville (Gabon) sur la sensibilisation au droit communautaire dans la zone CEMAC, p. 95.

²⁷⁹ En Afrique, la gouvernance régionale et même communautaire connaît une implantation progressive car il existe une Charte Africaine de la Démocratie, des Elections et de la Gouvernance (2007). En zone CEMAC, il existe plusieurs directives parmi lesquelles la Directive n° 06/11- UEAC- 190- CM- 22 du 19 déc. 2011, relative au Code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques. A ceci s'ajoute le préambule du traité révisé de la CEMAC dans lequel les Etats membres « [réaffirment] leur attachement au respect (...) de la bonne gouvernance ». La Convention de l'UEAC de 2009 a une section 8 intitulée « La bonne gouvernance, les droits de l'homme, le dialogue social et les questions de genre ».

²⁸⁰ DEBLOCK (Christian), « L'indice d'intégration régionale en Afrique », in *L'Afrique est-elle partie ? Bilan et perspective de l'intégration africaine, Transformation, Revue Intervention Economiques*, Mars 2017, p. 11.

au fil des décisions rendues, comme une « *voix du droit* »²⁸¹ pour l'émergence d'une véritable « *opinio integrationis* » dans les sous-régions CEMAC et UEMOA.

Dès lors, on ne pourra apprécier les « *virtualités bénéfiques* »²⁸² et même *l'effet de vogue et de mode* décliné dès l'entame de cette réflexion, que si ces juridictions traduisent à travers leurs jurisprudences l'unité d'interprétation du droit communautaire dans chacun des ordres juridiques²⁸³. Il est temps pour les Cours de sortir de leur camisole d'autolimitation et de reconquérir leur audace²⁸⁴, de mettre leur « *génie* » créateur au service de l'intégration et non de la politique²⁸⁵ afin de limiter les effets néfastes des « *décisions-compromis* »²⁸⁶.

S'il faille emprunter à la doctrine, nous dirons que les progrès accomplis sont les gages des progrès futurs; les Cours étudiées en raison de leur « *jeunesse* »²⁸⁷, n'ont pas encore dit leur dernier mot²⁸⁸ et l'avenir reste ouvert : faisons confiance au libéralisme²⁸⁹ des juges d'intégration africains²⁹⁰, prenons-les au sérieux²⁹¹. Car c'est au fil des saisines et du temps que les juges forgent leur démarche et esquissent une « *politique jurisprudentielle* »²⁹². La jurisprudence des Cours de justice

²⁸¹ SAURUGGER (Sabine), TERPAN (Fabien), « La cour de justice au cœur de la gouvernance européenne », *Pouvoirs*, 2014/2 n° 149, pp. 59 à 75.

²⁸² SALL (Alioune), *La justice de l'intégration*, op. cit., p. 77.

²⁸³ Voir sur ce point, pour des considérations similaires au niveau universel, DUPUY (Pierre-Marie), "Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international", in *Harmonie et contradiction en droit international, Actes du Colloque de Tunis* (11-13 avril 1996) sous la direction de Rafaa Ben ACHOUR et Slim LAGHMANI, Paris, Pedone, 1996, pp. 37 et s cité par KAMTO (Maurice), op. cit. p. 150.

²⁸⁴ Elles n'ont aucune raison de fléchir, même si leurs arrêts les plus audacieux causent souvent des retours de flamme plus sévères. V. Décision du tribunal de la SADC (condamnant la réforme foncière au Zimbabwe), qui lui avait valu sa suppression puis sa réforme profonde (T. SADC, 28 nov. 2008, *Nike Campbell (Pvt) Ltd & al vs The Republic of Zimbabwe*), 2^e esp. ILM 2009, n° 534, pp. 538-539.

²⁸⁵ COURTUY (Guillaume), DEVIN (Guillaume), *La construction européenne*, Paris, La Découverte, 2005, p. 66.

²⁸⁶ KAMTO (Maurice), Préface, KEMFOUET KENGNY (Emile-Derlin), *Les juridictions des organisations* op. cit. p. 9.

²⁸⁷ Les Cours de justice étudiées, pour reprendre SOREL (Jean-Marc), restent encore, à l'aune de ses homologues d'autres parties du monde, des Cours « *jeunes* », dont la marge dévolution est importante. SOREL (Jean-Marc), cité par SALL (Alioune), *La justice de l'intégration*, op. cit. p. 68.

²⁸⁸ Sur la formule, lire KRAMER (Larry), « Au nom du peuple. Qui a le dernier mot en matière constitutionnelle ? », *RDP* 2005, p. 1027.

²⁸⁹ ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), « La confiance du public dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE*, Paris, Lexis Nexis, 2018, pp. 11-20.

²⁹⁰ RIVERO (Jean), op. cit. p. 334.

²⁹¹ BURGOGUE-LARSEN (Laurence), « Prendre les droits communautaires au sérieux », op. cit. p. 563. Lire utilement, DWORKIN (Ronald), *Prendre les droits au sérieux*, Léviathan, PUF, 1^{ère} éd. 1995, 511 p.

²⁹² L'expression « *politique jurisprudentielle* » a été systématisée par WEIL (Prosper) et désigne un ensemble de décisions de principe s'inscrivant dans une perspective commune, sous-

communautaire contribue à faire du droit communautaire africain un droit dynamique, un véritable « *droit vivant* », susceptible de provoquer des évolutions sociales significatives.

Ces différentes propositions n'épuisent pas les problématiques de l'intégration régionale et sous-régionale africaine, mais entendent contribuer à l'enracinement par la Cour de justice d'un Etat de droit communautaire²⁹³ en Afrique et, au-delà, au renforcement de la contribution du droit régional africain à l'évolution du droit international. Les juridictions communautaires ont un rôle et même une chance de contribuer à la construction, mieux à la démocratisation de la justice d'intégration en Afrique²⁹⁴.

Serge François SOBZE

*Maître-assistant de droit public
Université de Douala (CAMEROUN)*

tendues par des objectifs convergents. V. WEIL (Prosper), « Le Conseil d'Etat statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique », *Annales de la faculté de droit d'Aix*, 1959, p. 281 ; Dans la même veine, WALINE (Marcel), « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *op. cit.* pp. 629 et s ; BOULOUIS (Jean), « A propos de la fonction normative de la jurisprudence : remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des communautés européennes », in *Mélanges en l'honneur de Marcel WALINE, Le juge et le droit public*, Paris, RGDJ, 1974, Tome I, p. 149.

²⁹³ MALINVERNI (Giorgio), « L'expérience de la commission européenne pour la démocratie par le droit », *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 1995 pp. 386-394.

²⁹⁴ PESCATORE (Pierre), « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe », *RIDC*, 1974, pp. 5-9 (spec. p. 6).

Abonnement

Burkina : 5 000 F CFA
Afrique : 15 000 F CFA
Reste du monde : 39 Euros

Non compris les frais de port

Numéro : 2 500 F CFA

Bulletin d'abonnement
(Deux numéros par an)

M

Organisme (nom et adresse)

Désire souscrire à un abonnement annuel à la Revue Burkinabè de Droit

Mode de règlement : ☐ Espèce, ☐ Chèque, ☐ Virement bancaire

Référence

Nombre d'exemplaires par numéro

Signature

Renseignement – Abonnements

Revue Burkinabè de Droit
09 BP 1293 Ouagadougou 09
E-mail : rbd@univ-ouaga2.bf
Tél. : (+226) 62 61 65 01