



**TROISIEME SESSION DE FORMATION DES MAGISTRATS
DES JURIDICTIONS MEMBRES DE L'ASSOCIATION AFRICAINE
DES HAUTES JURIDICTIONS FRANCOPHONES (AA-HJF)**

++++++ □□□ ++++++

Les Actes de la Session

République du Bénin, ERSUMA-Porto-Novo, du 22 au 24 Septembre 2008

SOMMAIRE		
N° D'ORDRE	RUBRIQUES	PAGES
1	I- CEREMONIE D'OUVERTURE	4
2	ALLOCUTION DU PRESIDENT DE LA COUR SUPREME DU BENIN, PRESIDENT DU BUREAU DU CONSEIL D'ADMINISTRATION DE L'AA-HJF	5
3	MESSAGE DU REPRESENTANT DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DE LA FRANCOPHONIE	10
4	DISCOURS D'OUVERTURE DES TRAVAUX DE LA SESSION PAR LE GARDE DES SCEAUX, MINISTRE DE LA JUSTICE, REPRESENTANT LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE, CHEF DE L'ETAT, CHEF DU GOUVERNEMENT	12
5	II- TRAVAUX DE LA SESSION	14
6	A- TRAVAUX EN PLENIERE	15
7	L'ŒUVRE PRETORIENNE DES HAUTES JURIDICTIONS par M. Gbaza BOBY , Conseiller à la Chambre Administrative de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire	16
8	LE MINISTERE PUBLIC PRES LES HAUTES JURIDICTIONS par M. Pierre EHOUMI , Magistrat à la retraite, Ancien membre de la Cour Constitutionnelle du Bénin	20
9	L'AVOCAT GENERAL DANS LES JURIDICTIONS COMMUNAUTAIRES : CAS DE L'UEMOA par Mme Seynabou Ndiaye DIAKHATE , Avocat Général près la Cour de Justice de l'UEMOA	26
10	B- TRAVAUX EN ATELIER	30
11	1- JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES	31
12	LE CONTENTIEUX DE LA REPARATION EN DROIT ADMINISTRATIF par M. Pierre FANACHI , Magistrat honoraire du Conseil d'Etat de France.	32
13	LE CONTENTIEUX DES TRAVAUX PUBLICS par M. Pierre FANACHI , Magistrat honoraire du Conseil d'Etat de France.	42
14	LES DROITS ACQUIS par M. Samson DOSSOUMON , Président de Section à la Chambre Administrative de la Cour Suprême du Bénin	54
15	Rapport séquentiel - Juridictions administratives	61
16	2- JURIDICTIONS DE CASSATION	65
17	LA PROTECTION JUDICIAIRE DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE par M. Dorothée SOSSA , Professeur Agrégé et Doyen de la FADESP – Université d'Abomey Calavi (Bénin), Avocat à la Cour	66
18	CYBERCRIMINALITE EN DROIT BENINOIS, par M. Désiré H. AIHOU , Professeur-Assistant UAC (Bénin), Avocat à la Cour	78
19	LE POUVOIR SOUVERAIN D'APPRECIATION DES FAITS PAR LE JUGE DU FOND par M. Jean-Baptiste MONSI , Procureur Général près la Cour Suprême du Bénin	94
20	Rapport séquentiel - Juridictions de cassation	99

21	3- JURIDICTIONS FINANCIERES	101
22	EVALUATION DE LA SITUATION PATRIMONIALE DE L'ETAT AU REGARD DES SYSTEMES COMPTABLES EN VIGUEUR DANS LES PAYS DE L'ESPACE AA-HJF (Panel) par M. Rémy KOSSOUHO , Administrateur du Trésor à la retraite et M. Chitou Marouf ALABI , Conseiller de la Chambre des Comptes de la Cour Suprême du Bénin à la retraite	102
23	LE CONTROLE DU RESPECT DES GRANDS PRINCIPES BUDGETAIRES DANS L'EXECUTION DES LOIS DE FINANCES (Panel) par M. Kokou KOUDJRA , Vérificateur à la Cour des Comptes de l'UEMOA et Mme Germaine YERBANGA , Conseiller à la Cour des Comptes du Burkina-Faso	123
24	L'APPLICATION DES SYSTEMES COMPTABLES DANS LES ORGANISMES PUBLICS DES PAYS DE L'ESPACE AA-HJF : EXIGENCES, LIMITES ET INTERETS par M. Jean ALOTONOU , Ancien membre de la Cour des Comptes de l'UEMOA	144
25	Rapport séquentiel - Juridictions financières	155
26	4- JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES	164
27	LA GESTION DU CONTENTIEUX DES ELECTIONS PAR LES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES ET LES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES (Panel) par M. Oumarou YAYE , Vice-Président de la Cour Constitutionnelle du Niger et M. Mama-Sani ABOUDOU SALAMI , Vice-Président de la Cour Constitutionnelle du Togo	165
28	LES RAPPORTS ENTRE LES COURS CONSTITUTIONNELLES ET LES CENA (Panel) par le Professeur Théodore HOLO , Membre de la Cour Constitutionnelle du Bénin et Mme Marcelline GBEHA-AFOUDA , Vice-Présidente de la Cour Constitutionnelle du Bénin	172
29	L'ELABORATION D'UN BUDGET DES ELECTIONS PAR LES COURS CONSTITUTIONNELLES par M. Mama-Sani ABOUDOU SALAMI , Vice-Président de la Cour Constitutionnelle du Togo	185
30	L'OBSERVATION DES ELECTIONS DANS L'ESPACE AA-HJF par M. Christian TRIMUA , Enseignant à l'Université de Kara au Togo	187
31	Rapport séquentiel - Juridictions constitutionnelles	195
32	III – CEREMONIE DE CLOTURE	197
33	RAPPORT GENERAL	198
34	MOTIONS ET RECOMMANDATIONS	201
35	Annexes	207
36	- Programme de la Session	208
37	- Liste des participants	218

I- CEREMONIE D'OUVERTURE

ALLOCUTION DU PRESIDENT DE LA COUR SUPREME DU BENIN, PRESIDENT DU BUREAU DU CONSEIL D'ADMINISTRATION DE L'AA-HJF

- Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, de la Législation et des Droits de l'Homme, Représentant son Excellence Monsieur le Président de la République, Chef de l'Etat, Chef du Gouvernement, Président du Conseil Supérieur de la Magistrature.

De prime abord, je voudrais vous exprimer les sentiments de reconnaissance qui nous animent, nous Responsables de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones en vous sachant à nos côtés en ces instants forts de la vie de notre Institution.

Votre présence parmi nous ce matin, est l'expression renouvelée de l'attachement du Président de la République à la construction de la démocratie et de l'Etat de droit qui passe par une Justice forte, prévisible et indépendante.

Mais votre présence qui nous honore à plus d'un titre, traduit tout aussi et surtout, la marque et le témoignage de l'intérêt que porte le Premier Magistrat de la République, aux initiatives de regroupement institutionnel à même de favoriser l'intégration multidimensionnelle des Etats Africains dans le contexte de l'irrésistible mouvement de la globalisation.

Vous me permettez donc, Monsieur le Garde des Sceaux, de vous prier de bien vouloir transmettre à son Excellence Monsieur le Président de la République, le Docteur Boni YAYI, les sentiments de profonde gratitude et les sincères remerciements qu'au nom des membres du Bureau du Conseil d'Administration de notre Association et qu'en mon nom personnel, je voudrais lui exprimer.

A vous-même, Monsieur le Garde des Sceaux, nous disons grand merci, merci d'être des nôtres ce matin.

- Monsieur le Président de la Cour Constitutionnelle du Bénin,
- Messieurs les Présidents de la Cour Suprême de la Côte d'Ivoire, de la Cour de Cassation du Burkina-Faso, de la Cour de Justice de l'UEMOA, Vice-Présidents du Bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF,
- Monsieur le Directeur Général de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature,
- Messieurs les Experts,
- Mesdames et Messieurs les Membres des Hautes Juridictions Africaines ici représentées,
- Mesdames et Messieurs les participants à la présente session de formation,
- Mesdames et Messieurs les membres de la grande famille judiciaire du Bénin,
- Honorables Invités,
- Mesdames et Messieurs,

Je voudrais à présent souhaiter à vous tous ici présents, la bienvenue à l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature de Porto-Novo qui nous accueille dans le cadre de la tenue de la

troisième session de formation des Magistrats de notre réseau, l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones.

Les membres du Bureau du Conseil d'Administration ici présents, se réjouissent de vous savoir aussi nombreux, cette année encore, à cette cérémonie qui traduit incontestablement la détermination de notre Association à poursuivre le chantier de recyclage ou de remise à niveau des magistrats de ses juridictions qu'il a ouvert ici même au Bénin il y a deux ans.

Qu'il me soit permis de saluer la sollicitude dont nous entoure l'Organisation Internationale de la Francophonie qui a apporté une contribution appréciable à l'organisation de la session de formation dont les travaux s'ouvrent ce jour.

Le message à nous adressé par le Délégué à la paix, à la démocratie et aux droits de l'homme de cette institution dont lecture nous sera donnée dans quelques instants par le Secrétaire Général de notre Association, nous rassure de sa disponibilité à continuer de nous accompagner dans notre volonté d'unir notre Continent, l'Afrique, par le droit et la Justice.

- ~ Monsieur le Garde des Sceaux, Représentant son Excellence Monsieur le Président de la République,
- ~ Honorables Invités,
- ~ Mesdames et Messieurs,

La rencontre qui nous réunit en ces instants, s'inscrit dans le cadre de la poursuite de la mise en œuvre du plan commun de formation des animateurs de toutes les juridictions membres de notre Association, plan de formation que l'Assemblée Générale de l'Organisation, a adopté lors de ses huitièmes Assises tenues à Lomé le 6 juin 2006.

Ce plan quinquennal conçu autour de la vision qu'en 2010, notre Association sera composée de juridictions nationales et communautaires animées par des Magistrats plus compétents et capables de contribuer de façon plus significative à la promotion de l'Etat de droit et au rayonnement de la démocratie dans nos différents pays, est articulé autour de trois axes principaux qu'il me plait de rappeler et qui sont :

- le renforcement du capital humain des hautes juridictions membres du réseau ;
- l'amélioration des performances des hautes juridictions ;
- la contribution à la promotion de l'Etat de droit et au rayonnement de la Démocratie.

Le succès franc qu'ont connu les deux premières sessions de mise en œuvre effective de ce plan nous encourage à nous investir pour la poursuite de l'œuvre ainsi entamée.

En effet, plus de cent Magistrats venus de toutes les juridictions du réseau, qu'il s'agisse des Cours Suprêmes, des Cours de Cassation, des Conseils d'Etat, des Cours des Comptes, des Cours ou Conseils Constitutionnels ou des Juridictions Communautaires des espaces UEMOA et OHADA, ont échangé entre eux sur des thématiques de portée générale et plus spécifiques touchant à l'office quotidien des juges des juridictions dont les décisions, insusceptibles de recours, s'imposent à tous les pouvoirs publics et à tous les citoyens.

Ces échanges qui ont constitué de véritables occasions de partage des expériences de nos différentes juridictions, ont été nourris à la lumière de la grande expertise de nos collègues membres

des juridictions sœurs françaises, des experts du Fond Monétaire International et des experts africains que nous avons conviés à ces rendez-vous.

Qu'il me soit donc permis de saluer une fois encore leur savoir et leur savoir faire et de leur réitérer nos sincères sentiments de gratitude.

C'est avec beaucoup de joie et de satisfaction que nous retrouvons à cette troisième session, certains formateurs qui nous avaient appuyés lors des deux précédents exercices et nous rassurent ainsi de leur fidélité.

Permettez Mesdames et Messieurs, qu'à cette étape de mes propos, je me réjouisse avec vous, de la présence parmi nous de Maître Robert DOSSOU, non plus en tant que l'un des traditionnels experts de notre réseau mais en tant que premier responsable de l'une de nos juridictions membres, la Cour Constitutionnelle du Bénin.

Maître, Bienvenue dans notre Maison.

~ Monsieur le Représentant du Chef de l'Etat,

~ Mesdames et Messieurs les participants,

L'évaluation critique que nous avons faite de ces expériences, nous a amené à procéder au plan technique et pédagogique à des réajustements jugés nécessaires.

C'est en tout cas à l'aune des riches enseignements tirés de ces expériences que le Comité scientifique mis en place, a préparé la présente session qui, ainsi que vous l'avez constaté à travers le programme élaboré, a pris l'option de poursuivre avec l'approche plus pratique des échanges en atelier selon les divers ordres de juridiction réunis au sein de l'Association.

Ainsi, dès cet après-midi même, tous les participants se retrouveront dans des ateliers spécifiques à leur ordre de juridiction pour des échanges sur des questions de préoccupation majeure. Auparavant, nous suivrons ensemble, tous ordres de juridiction confondus, trois communications se rapportant aux thématiques communes à toutes nos juridictions, à savoir :

- l'œuvre prétorienne des hautes juridictions ;
- le ministère public près les hautes juridictions ;
- l'Avocat général dans les juridictions communautaires.

~ Monsieur le Garde des Sceaux,

~ Honorables Invités,

~ Mesdames et Messieurs,

Après avoir réfléchi lors de l'atelier qui les avait regroupées l'année dernière sur le thème portant sur « la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme », les juridictions de cassation auront l'opportunité cette année, d'échanger au sein de leur atelier sur des thèmes d'actualité qu'il s'agisse de la « cybercriminalité » ou du « droit de l'internet et la protection des droits humains ».

La pertinence de ces thèmes réside dans le fait que le développement fulgurant des Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication, tout en apportant à l'humanité des

progrès certains dans tous les domaines d'activité, s'accompagnent hélas, de la prolifération de crimes et délits sur ce réseau mondial difficile à réglementer. Par ailleurs, les atteintes à la vie privée et aux libertés des citoyens induites par le réseau des réseaux, nous interpellent et imposent aujourd'hui de mener des réflexions sur les voies et moyens devant conduire à une meilleure protection des droits humains.

~ Mesdames et Messieurs les participants,

~ Honorables Invités,

~ Mesdames et Messieurs,

Des thèmes tout aussi pertinents, ont été inscrits à l'agenda des autres ateliers qui seront également animés aussi bien par nos collègues venues des juridictions françaises que par d'éminents experts africains.

Nous aurons donc, Mesdames et Messieurs les participants, trois jours d'intenses échanges entre gens de métier sur des questions de préoccupation quotidienne relatives par exemple, au pouvoir souverain d'appréciation des faits par le juge du fond, à la gestion du contentieux des élections par les juridictions constitutionnelles et les juridictions administratives, aux rapports entre les Cours constitutionnelles et les Commissions Electorales Nationales, au contentieux de la réparation en droit administratif ou encore à l'application des systèmes comptables dans les organismes publics des pays de l'espace géographique de notre réseau.

Je voudrais souhaiter, au regard de l'approche résolument pratique de la présente session de formation, que chaque participant apporte du sien à la réussite de ce rendez-vous du donner et du recevoir qui devra être perçu comme une occasion de partage de nos expériences.

Les membres du Bureau du Conseil d'Administration de notre Association ici présents, voudraient compter sur la disponibilité et l'engagement de tous.

~ Honorables Invités,

~ Mesdames et Messieurs,

~ Mesdames et Messieurs les participants,

Le répertoire des thématiques retenues au plan de formation de notre réseau adopté à Lomé en juin 2006, est pratiquement épuisé avec les trois sessions de formation que nous avons réussi le pari d'organiser.

Il importe à présent que chaque juridiction, au regard des besoins réels de formation continue de ses membres, fasse parvenir au Secrétariat Général de notre Association, des thèmes de préoccupation et de pertinence avérée.

Il nous faut en effet rendre utiles et bénéfiques, nos sessions de formation afin de parvenir à l'atteinte des objectifs que nous nous sommes assignés en tant qu'animateurs d'un creuset d'intégration juridique et judiciaire de nos Etats.

A l'issue même de la session dont les travaux s'ouvrent ce jour, chaque atelier devra faire des propositions de thèmes pour la session de l'année 2009.

~ Monsieur le Garde des Sceaux,

~ Mesdames et Messieurs,

Au mois de novembre 2008, l'Association tiendra ses 10^{èmes} assises statutaires à N'Djaména au Tchad.

Lesdites assises qui coïncident ainsi avec la commémoration du 10^{ème} anniversaire du réseau donneront l'occasion d'un bilan critique de nos actions et du niveau auquel nous sommes parvenus au regard des objectifs que nous nous sommes assignés à la création de l'Association le 10 novembre 1998.

Je voudrais d'ores et déjà compter sur la participation de toutes les juridictions à cette rencontre de N'Djaména qui devra impulser une dynamique nouvelle à notre cadre de coopération et d'échanges.

Je ne saurais terminer mes propos sans réitérer nos profonds sentiments de gratitude au Président de la République, Chef de l'Etat et à tout son gouvernement pour le soutien que l'Etat Béninois nous a apporté dans l'organisation de nos assises.

Nous renouvelons à l'Organisation Internationale de la Francophonie, nos remerciements les plus infinis.

A tous les experts qui nous font l'amitié de leur soutien, nous témoignons toute notre reconnaissance.

L'Afrique dans le contexte de la mondialisation, doit réussir le pari de la rénovation et de la modernisation de ses systèmes juridiques et judiciaires avec des animateurs plus aptes à s'adapter à l'évolution des normes juridiques tant nationales qu'internationales.

L'intégration juridique et judiciaire à laquelle s'atèle notre réseau devra nous amener à atteindre ces nobles objectifs.

- Vive la coopération Judiciaire
- Vive l'AA-HJF

Je vous remercie.

MESSAGE DE MONSIEUR HUGO SADA, DELEGUE A LA PAIX, A LA DEMOCRATIE ET AUX DROITS DE L'HOMME DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DE LA FRANCOPHONIE (OIF)

(Message lu par M. **Victor D. ADOSSOU**, Secrétaire Général de l'AA-HJF)

- ~ Excellence, Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, de la Législation et des Droits de l'Homme du Bénin, représentant le Président de la République du Bénin, Chef de l'Etat, Chef du gouvernement,
- ~ Monsieur le Président de la Cour Suprême du Bénin, Président du Bureau du Conseil d'Administration de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AA-HJF),
- ~ Mesdames et Messieurs les Présidents et membres des Hautes Juridictions francophones,
- ~ Mesdames et Messieurs,

Permettez-moi, tout d'abord, de vous faire part de mes regrets de ne pouvoir participer, personnellement, à l'ouverture de la troisième session de formation organisée par l'Association Africaine des Hautes Juridictions francophones (AAHJF), avec le concours de l'Organisation internationale de la Francophonie (OIF) et la collaboration de l'Ecole régionale supérieure de la magistrature de l'OHADA.

Permettez-moi également de féliciter les autorités béninoises ainsi que la Cour suprême du Bénin et de souligner l'engagement de son Président, Monsieur Saliou ABOUDOU, qui relève avec succès, pour la troisième année consécutive, le défi de tenir à Porto-Novo, une nouvelle session régionale de formation des hauts magistrats africains.

La préparation du XII^{ème} Sommet des Chefs d'Etat et de gouvernement francophones, qui se tiendra à Québec du 17 au 19 octobre 2008, mobilise aujourd'hui très fortement nos équipes et rend difficile notre présence à l'ouverture de la session de formation de l'AAHJF. Les orientations qui seront adoptées à Québec ne manqueront pas d'insuffler une nouvelle dynamique aux actions conduites par la Francophonie en faveur de la promotion de la paix, de la démocratie et des droits de l'Homme. Soyez ainsi assurés que nous vous transmettrons les éléments utiles à l'approfondissement de vos projets conduits aux fins de la consolidation de l'Etat de droit et de l'intégration juridique et judiciaire en Afrique.

Je voudrais saisir l'occasion de ce message pour vous transmettre les très sincères encouragements de Son Excellence Monsieur Abdou DIOUF, Secrétaire général de la Francophonie, et vous confirmer la disponibilité de l'Organisation internationale de la Francophonie d'œuvrer, en liaison étroite avec l'AAHJF, au renforcement des capacités des institutions judiciaires et à l'approfondissement de la qualité de la justice dans les pays francophones, à travers, notamment, l'enrichissement permanent de la formation initiale et continue des magistrats.

Les Ministres de la Justice, réunis à Paris en février 2008, dans le cadre de la IV^{ème} Conférence des Ministres francophones de la Justice, ont donné une nouvelle impulsion à l'action de la Francophonie dans ce secteur. Trois domaines principaux d'engagements ont été distingués : l'organisation et l'administration d'une justice indépendante et de qualité ; la prévention de la fragilisation de l'Etat et la préparation des sorties de crise ; la promotion d'une justice et d'un droit facteurs d'attractivité économique et de développement.

La Déclaration de Paris, adoptée le 14 février 2008 à l'issue de la Conférence, a également identifié cinq axes principaux d'intervention pour la Francophonie : la formation initiale et continue des

professionnels du droit, la diffusion et la circulation de l'information juridique, la valorisation de l'expertise francophone, le développement d'un partenariat rénové de l'OIF avec les autres acteurs internationaux intervenant dans le domaine du droit et de la justice, enfin la mise en œuvre effective, dans le secteur de la justice, de l'observation permanente des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés.

La Déclaration de Paris a par ailleurs posé les jalons d'une action renforcée de l'OIF en faveur de la diversité des systèmes juridiques et du dialogue des cultures juridiques. La promotion du pluralisme juridique s'inscrit en effet aujourd'hui dans un contexte international concurrentiel ; il importe que l'AAHJF puisse être un acteur majeur du débat relatif à l'efficacité économique des droits.

Dans ce contexte, je suis heureux de porter à votre attention l'importance de l'exercice de programmation et de planification qui sera conduit par l'OIF, en liaison avec ses partenaires privilégiés, tout au long de l'année 2009.

L'année 2009 sera en effet marquée par l'élaboration de la nouvelle programmation quadriennale de la Francophonie qui régira les exercices 2010 à 2013. La coopération dans les domaines du droit et de la justice figure d'ores et déjà parmi les quatre axes d'intervention prioritaires de cette programmation. Je souhaite vivement que ce travail, à la fois prospectif et opérationnel, puisse être mené en étroite collaboration avec l'Association Africaine des Hautes Juridictions francophones.

Vous me permettrez également de porter à votre attention la création, depuis votre dernière session de formation, de deux nouveaux réseaux institutionnels.

Le réseau francophone de diffusion du droit (RF2D) tout d'abord, dont la réunion constitutive s'est tenue en décembre 2007 à Ouagadougou, qui réunit les structures nationales chargées de la gestion et de la diffusion du droit, avec lequel il importe que l'AAHJF puisse nouer des relations de travail sur l'ensemble des problématiques de diffusion du droit.

La création récente, par ailleurs, à Québec le 8 septembre dernier, du réseau international francophone de formation policière – Francopol, dont l'objectif est de développer les recherches et l'échange de pratiques sur la formation policière, en adoptant une démarche destinée à valoriser les composantes relatives aux droits de l'Homme et à la déontologie au sein de ces formations.

J'espère vivement que la création de ces nouveaux espaces de concertation, qui témoigne de la vitalité de la coopération francophone, permettra d'enrichir les programmes de l'Association Africaine des Hautes Juridictions francophones.

Dans l'attente de vous retrouver à l'occasion des assises annuelles de l'Association en novembre prochain, appelées à célébrer aussi le dixième anniversaire de la création de l'AAHJF, je souhaite plein succès à la troisième session régionale de formation de l'Association Africaine des Hautes Juridictions francophones.

**DISCOURS D'OUVERTURE DES TRAVAUX PAR LE GARDE DES SCEAUX,
MINISTRE DE LA JUSTICE, REPRESENTANT LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE,
CHEF DE L'ETAT, CHEF DU GOUVERNEMENT**

- ~ Monsieur le Président de la Cour Suprême du Bénin, Président du bureau du Conseil d'Administration de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AA-HJF),
- ~ Monsieur le Président de la Cour de Cassation du Burkina-Faso,
- ~ Monsieur le Président de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire,
- ~ Monsieur le Président de la Cour de Justice de l'UEMOA, Vice-présidents du bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF,
- ~ Monsieur le Directeur Général de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA),
- ~ Mesdames et Messieurs les Présidents et membres des Hautes Juridictions Africaines Francophones,
- ~ Messieurs les Experts,
- ~ Mesdames et Messieurs les hauts Magistrats participant à la présente session de formation,
- ~ Honorables invités,
- ~ Mesdames, Messieurs,

L'honneur m'échoit de procéder ce jour, au nom du Premier Magistrat du Bénin, à l'ouverture de la troisième session de formation des juges des juridictions membres de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones.

Je voudrais donc en son nom souhaiter la bienvenue en terre hospitalière du Bénin à tous nos hôtes venus d'horizons divers enrichir les réflexions et les débats au cours de la session de formation qui s'ouvre ce matin.

Je voudrais par ailleurs exprimer mes sincères remerciements à Monsieur le Président de la Cour Suprême du Bénin qui a toujours manifesté sa sollicitude à l'égard des magistrats des juridictions du fond du Bénin en les associant chaque fois aux travaux des sessions de formation des juges des juridictions membres de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones.

Je voudrais également lui dire et à travers lui, au comité scientifique en charge la préparation de la session, mes vives félicitations pour la richesse et la pertinence des différents thèmes qui feront l'objet de communications et de débats tant au cours des travaux en plénière que dans les travaux en atelier.

Mesdames, Messieurs,

La transformation et la diversification depuis quelques années de nos législations nationales sous la pression de plus en plus forte des exigences de l'Etat de droit et de la globalisation, la judiciarisation de plus en plus croissante des affaires, rendent permanent le besoin de formation ou de recyclage de ceux qui ont à charge d'animer l'institution judiciaire, qui, tout le monde en convient, reste le socle de l'état démocratique.

C'est pourquoi, je me réjouis et me félicite de l'initiative constante de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones d'assurer la formation continue des Magistrats de ses juridictions membres, et de l'occasion qu'elle offre aux magistrats des Tribunaux de Première Instance et des Cours d'Appel de nos pays d'acquérir ou de parfaire leurs connaissances relativement à certaines problématiques de préoccupation majeure.

Le Gouvernement de la République du Bénin et son Chef ont apprécié à sa juste portée, la session organisée par votre réseau, il y a exactement un an à l'hôtel Alédjo de Cotonou autour de la problématique de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme et qui a regroupé, outre les membres du réseau, des juges d'instruction, des Procureurs de la République et des juges des chambres d'accusation de la quasi-totalité des pays de notre sous-région.

La formation des ressources humaines de qualité et la formation continue, il convient de le souligner, sont au cœur des préoccupations du Président de la République, Chef de l'Etat, Chef du Gouvernement, le Docteur Boni YAYI.

La justice, on ne le dira jamais assez, est appelée à jouer dans nos pays respectifs un rôle d'avant-garde dans le processus d'édification et de renforcement de l'Etat de droit et de la démocratie. De ce point de vue, il est heureux que des questions d'une brûlante actualité, touchant notamment à l'évaluation de la situation patrimoniale de l'Etat, au contrôle du respect des grands principes budgétaires, à la gestion du contentieux des élections, aux rapports entre les Cours Constitutionnelles et les Commissions Electorales Nationales, à la cybercriminalité, au contentieux de la réparation en droit administratif et j'en oublie, soient abordées au cours de cette session de formation.

Je reste convaincu que grâce à l'expertise avérée des différents communicateurs, aux contributions pertinentes des participants, et aux échanges enrichissants, les aspects fondamentaux des thèmes seront abordés malgré la durée limitée de vos travaux.

Je m'en voudrais de terminer mon propos sans remercier l'Organisation Internationale de la Francophonie pour sa constante sollicitude et son appui à l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones.

A tous les Experts et aux Magistrats du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation de France qui accompagnent le réseau AA-HJF dans sa marche vers l'intégration juridique et judiciaire des Etats Africains, je voudrais au nom de la Haute Autorité, redire toute la reconnaissance de l'Etat béninois.

C'est sur ces mots que je déclare ouverts, les travaux de la troisième session de formation des Magistrats des Juridictions membres de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones.

Vive la Coopération juridique et judiciaire africaine.

Vive le réseau AA-HJF

Je vous remercie.

II- TRAVAUX DE LA SESSION

A- TRAVAUX EN PLENIERE

L'ŒUVRE PRETORIENNE DES HAUTES JURIDICTIONS

par M. **Gbaza BOBY**,

Conseiller à la Chambre Administrative de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire

INTRODUCTION

Messieurs les présidents des hautes juridictions d'Afrique francophone ;

Mesdames et messieurs les hauts magistrats ;

Chers collègues ;

Je voudrais vous saluer avec déférence.

En apprenant ma désignation par le comité scientifique du présent séminaire à l'effet de présenter la communication sur l'œuvre prétorienne des hautes juridictions, je me suis demandé si je serais à la hauteur pour magnifier suffisamment ce travail colossal de qualité accompli par ces Hautes Juridictions.

J'ai fini simplement par comprendre qu'il ne s'agit nullement de dispenser un enseignement aux hauts magistrats que vous êtes, ici réunis.

Ma modeste contribution sera plutôt d'ouvrir les débats sur un sujet aussi vaste que passionnant.

Est prétorien, ce qui procède, en l'absence de texte et à l'initiative d'une autorité, d'une élaboration autonome (et surtout audacieuse) par opposition à ce qui résulte de l'application pure et simple de la loi ; se dit (au souvenir du prêteur romain) d'une jurisprudence qui retient une solution au-delà de la loi, ou dans le silence de la loi.

Le rôle des hautes juridictions est de dire le droit en réalisant l'unité d'interprétation de la loi et en précisant la portée des dispositions légales générales. Les normes ainsi dégagées prennent place dans l'ordonnement juridique sous le terme de la jurisprudence et constituent une source du droit à côté de la loi et de la doctrine.

Comment, alors que le principe de la séparation du pouvoir politique et de l'autorité judiciaire interdit, en principe, au juge de créer le droit, la jurisprudence s'est-elle imposée comme l'une de ses sources ?

La réponse à cette question appelle une réflexion sur la justification de ce rôle créateur de la jurisprudence ainsi que sa portée.

I - LA JUSTIFICATION

La justification de la jurisprudence en tant que source du droit nous confronte à un dilemme résultant de la juxtaposition de deux principes apparemment contradictoires : l'interdiction pour le juge de légiférer et l'obligation pour celui-ci de juger.

En effet, l'article 5 du code civil français applicable en Côte d'Ivoire « défend aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises » alors que l'article 4 du même code dispose que « Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

D'une manière absolue, le législateur adopte des règles générales abstraites applicables à tous, alors que le juge est chargé d'appliquer la loi au cas d'espèce, et à cette occasion il peut constater que celle-ci a des lacunes, ou qu'elle est silencieuse et inapte à apporter une réponse idoine à la question

posée, ou qu'elle est obscure et incomplète. Or, il faut juger, comme le prescrit l'article 4, et cette obligation de juger impose un devoir d'interprétation. Déjà le 21 janvier 1801, Portalis qui fut l'un des rédacteurs du code civil français déclarait de façon prémonitoire: « l'office de la loi est de fixer par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de les rendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application... ».

Par ailleurs, les besoins variés de la société en mouvement perpétuel, l'étendue des rapports de plus en plus complexes entre les hommes et l'impossibilité du législateur de tout prévoir alors que les lois votées demeurent telles qu'elles ont été écrites, tout cela justifie aussi le pouvoir créateur des hautes juridictions.

Initialement vouées à un rôle de sentinelle de la loi, les Hautes Juridictions ont accompli une œuvre immense de production et d'adaptation de normes juridiques dans tous les domaines. Si en effet, les lois issues du code civil français du 19^{ème} siècle dont nous avons hérité en Côte d'Ivoire sont encore d'actualité, c'est parce que la jurisprudence a su en faire évoluer l'interprétation en fonction des données nouvelles.

A cet égard l'interprétation de l'article 1384 du code civil est l'un des exemples patents avec l'arrêt Jand'heur. Un véhicule conduit par un préposé ayant causé des dommages à la mineure Jand'heur, sa mère actionna la société propriétaire du véhicule pour obtenir réparation sur le fondement de l'article 1384 du code civil relatif à la responsabilité du fait des choses inanimées. La juridiction saisie de cette action se prononça pour l'application de ce texte. La Cour d'Appel de Besançon infirmait cette décision au motif que le camion fautif étant au moment de l'accident actionné par conducteur, c'était l'article 1382 et non 1384 du Code Civil qui devait s'appliquer. La Cour de Cassation décidait dans son arrêt du 13 février 1930 que la présomption de responsabilité établie par l'article 1384 à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose inanimée qui a causé un dommage à autrui ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputables, et que pour l'application de cette présomption il n'y a pas lieu de distinguer suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme ; il n'est pas nécessaire que cette chose ait un vice inhérent à sa nature susceptible de causer le dommage, l'article 1384 rattachant la responsabilité à la garde de la chose, non à la chose elle-même. Ce qu'il faut noter c'est que les principes dégagés par cet arrêt en 1930 demeurent en vigueur aujourd'hui.

Un autre exemple : un homme dont l'épouse était atteinte d'une stérilité irréversible, avait donné son sperme à une autre femme qui, inséminée artificiellement, avait porté et mis au monde l'enfant conçu. A sa naissance, l'enfant avait été déclaré comme étant né du père, sans indication de filiation maternelle. L'épouse avait ensuite engagé une procédure d'adoption plénière de l'enfant. L'assemblée plénière a jugé le 31 mai 1991 que la convention par laquelle une femme s'engage, fut-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance, contrevient à deux grands principes : l'indisponibilité du corps humain et l'indisponibilité de l'état des personnes. Elle en a déduit que l'adoption plénière ne pouvait être prononcée.

En droit international privé, matière de source essentiellement jurisprudentielle, les juges suprêmes, par des efforts constants d'adaptation du droit aux besoins des citoyens, ont élaboré des règles de conflit international, la loi n'étant même qu'appelée à jouer un rôle somme toute, secondaire.

En droit administratif, le rôle secondaire de la loi est encore plus affirmé. En effet, contrairement au droit civil, le droit administratif n'est pas un droit entièrement codifié mais un droit progressivement élaboré par le juge. La jurisprudence est en effet créatrice de normes juridiques et base principale du droit administratif. Dans le système Français, la jurisprudence est la base principale du droit administratif. Selon le Doyen DEGNI SEGUY, le droit administratif jurisprudentiel revêt une importance à la fois quantitative et qualitative. Quantitativement l'abondance de la production normative jurisprudentielle contraste avec la rareté ou la pauvreté du droit législatif. C'est la jurisprudence qui

donne sa substance au droit administratif. On pourrait à la limite poser : sans jurisprudence administrative, pas de droit administratif.

La connaissance de la jurisprudence administrative et par voie de conséquence, des arrêts qui la portent paraît donc indispensable, étant au droit administratif ce que le code civil est au droit civil. Georges VEDEL le souligne fort bien par le constat suivant : « Là où le Professeur de droit civil commence par citer un ou plusieurs articles du code civil, le Professeur de droit administratif cite des arrêts du Tribunal des Conflits ou du Conseil d'Etat. Pour un étudiant, en droit, la responsabilité civile, ce sont les articles, 1382 et 1384 ; mais la responsabilité de la puissance publique, c'est pour lui l'arrêt BLANCO et sa foisonnante descendance ».

Arrêt BLANCO : Tribunal des Conflits 8 février 1873.

S'agissant de cet arrêt, les faits étaient les suivants :

A la suite des dommages causés à un enfant par un wagonnet de la manufacture des tabacs exploitée en régie par l'Etat, le père de la victime avait saisi les tribunaux judiciaires pour obtenir réparation. Le Tribunal des Conflits saisi à propos de la détermination de la compétence a décidé que « la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; que cette responsabilité n'est ni générale ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ; que dès lors l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître ». Le Tribunal des Conflits a donc écarté la compétence judiciaire et l'application du droit civil alors qu'en l'espèce il s'agissait d'une manufacture des tabacs qui a une grande ressemblance avec une industrie privée et de faits d'imprudence reprochés à de simples ouvriers qui sont en dehors de la hiérarchie administrative.

Pendant longtemps, l'arrêt BLANCO a été considéré comme la pierre angulaire du droit administratif. Cependant, avec l'évolution de la jurisprudence, désormais, pour retenir la compétence du juge administratif pour statuer sur la réparation des dommages, il faut que ces dommages résultent à la fois de l'accomplissement d'un service public et de l'exercice d'une prérogative de puissance publique.

Même le droit pénal, dont les règles pourtant sont d'interprétation restrictives n'a pas échappé à l'œuvre prétorienne, en refusant à certaines occasions de cantonner le juge dans un rôle passif d'application pure et simple de la loi. Ainsi, la jurisprudence va devancer le Législateur en consacrant la théorie de l'état de nécessité admise par le Juge MAGNAUT qui avait le 4 mars 1889 relaxé une femme qui, n'ayant pas mangé depuis trente six heures, avait volé un pain pour se nourrir ainsi que son enfant.

Après avoir montré comment la jurisprudence participe à l'élaboration de la règle de droit, nous allons apprécier sa portée.

II - LA VALEUR DE L'ŒUVRE PRETORIENNE

Apprécier la valeur de l'œuvre prétorienne, c'est analyser les forces et les faiblesses de la jurisprudence.

A - LES FORCES

La solution jurisprudentielle tire sa force de l'organisation hiérarchisée du système judiciaire. En effet ce système donne un pouvoir de contrôle des juridictions inférieures à la juridiction suprême pour jouer un rôle de régulateur afin d'avoir une jurisprudence harmonisée quant à l'application et l'interprétation de la loi. Seule une jurisprudence harmonisée établit une égalité des citoyens devant la loi.

L'adoption des solutions des juridictions suprêmes par les juridictions inférieures se fera généralement quasi spontanément pour éviter une cassation ultérieure considérée comme probable en l'état de la jurisprudence.

Dans certains cas, la loi elle-même impose le respect des décisions de la haute juridiction. Ce fut le cas de la loi organique sur la Cour Suprême ivoirienne issue de la rédaction de 1961 qui imposait aux juridictions inférieures de se conformer à la décision de la Cour Suprême en cas de cassation.

Mais la jurisprudence a aussi ses faiblesses.

B - LES FAIBLESSES

La règle prétorienne a un caractère tout à fait relatif. On ne peut pas la retenir comme une loi, de sorte qu'elle puisse s'imposer de façon générale.

Elle peut faire l'objet de revirements et cela constitue une source d'insécurité juridique.

CONCLUSION

Je voudrais conclure par trois remarques :

La première est que les propos tenus au cours de ce bref exposé ont été illustrés par des présidents des juridictions françaises alors que beaucoup d'entre nous auraient souhaité y voir des solutions typiquement africaines. Je le déplore aussi. Mais voyez-vous, le droit est avant tout une science universelle, et du fait même d'une absence de rupture avec l'ordre juridique de l'Etat Colonial, le droit français continue de s'appliquer dans une large mesure.

En Côte d'Ivoire, c'est tout le code civil d'avant l'indépendance, à l'exception du droit de la famille et des successions qui continue de s'appliquer de sorte que la jurisprudence française continue d'exercer son influence. Cette situation qui n'est pas particulière à la Côte d'Ivoire réduit sans doute le rôle créateur des juridictions africaines dans la recherche de solutions originales. Il semble que le développement d'une jurisprudence africaine passe sans doute par l'élaboration de nouvelles législations et peut être, pourquoi pas, une législation communautaire.

La deuxième remarque est relative aux difficultés d'accès aux décisions rendues par les juridictions africaines. Sans doute que des efforts d'innovation sont faits, mais comment le savoir si ces décisions ne sont pas publiées ?

Enfin la troisième raison qui fait obstacle au développement d'une jurisprudence africaine est liée à nos mentalités.

Le juge ne peut donner réponse à un problème que si la question lui est posée. Comment faire s'il n'est pas saisi, si le justiciable continue de craindre (selon lui) des représailles pour avoir attiré par exemple l'administration en justice ? Peut-on faire œuvre prétorienne sans que vous soit donnée la possibilité de juger un cas d'espèce ? Cela explique à mon avis le peu de recours pour excès de pouvoirs dont sont saisies les cours suprêmes africaines.

LE MINISTERE PUBLIC PRES LES HAUTES JURIDICTIONS

par M. **Pierre EHOUMI**,

Magistrat à la retraite, Ancien membre de la Cour Constitutionnelle du Bénin

Le thème dont j'ai le redoutable privilège d'entretenir votre aréopage maintenant est intitulé : « le Ministère public près les hautes juridictions ».

Je vais m'efforcer d'assumer cette charge le mieux que je le puisse en souhaitant que vous ne soyez pas trop regardants sur ce que, je n'en doute guère, vous saviez déjà et d'être encore plus compréhensifs à propos de ce que vous souhaitiez entendre mais qui n'a pas été dit.

Si je me reporte aux termes de référence, toutes les hautes juridictions rendent des décisions qui s'imposent à tous alors qu'elles n'ont pas toutes de Ministère public, cet organe étant celui dont « la mission traditionnelle est d'apporter sa part d'éclairage à la juridiction du siège pour une prise de décision respectueuse, autant que possible, des règles de droit ». Et de se demander alors si sa présence est réellement opportune là où il est déjà et « les raisons pour lesquelles il ne pourrait pas être assis là où il n'existe pas ».

Peut-être devrait-on alors soupçonner qu'au niveau des hautes juridictions béninoises ou d'ailleurs il y aurait des détracteurs du Ministère public puisque la question de son opportunité réelle se trouve posée. Peut-être aussi que le malheureux animateur que je serais alors est déjà piégé puisque, pour traiter du thème ci-dessus cité, il lui faudrait, sondant l'insondable, dire pourquoi certaines hautes juridictions, et en l'occurrence la Cour Constitutionnelle béninoise, (la seule haute juridiction qui n'en n'ait pas) n'ont pas de Ministère public.

Quoi qu'il en soit, qu'il me soit concédé d'avance que ce qui va bientôt être exposé est sans parti pris.

Et d'abord me paraît-il nécessaire de s'entendre sur une même compréhension du sujet, et relever d'ores et déjà que celui-ci est circonscrit aux seules juridictions de haut niveau.

Ces juridictions étant au Bénin : la Cour Constitutionnelle, la Cour Suprême, la Haute Cour de Justice, et connaissant mes limites, mon propos à regret ne pourra pas s'étendre aux hautes juridictions des autres pays africains participant malgré l'attente légitime de leurs représentants dont les voix font autorité en la matière et dont les contributions permettront d'enrichir les débats.

Ensuite, s'accorder sur ce que l'organe du Ministère Public auprès de celles-ci est le Parquet Général dont le chef est le Procureur Général, lequel est entouré d'Avocats Généraux, ses auxiliaires et collaborateurs indispensables.

Cela dit, que l'on souffre au besoin de voir exclure d'emblée du champ de mon propos – parce que cela n'est pas l'essentiel – la peinture en quelque sorte du Parquet Général ; et pour autant que, comme je l'évoquais, il pourrait être nécessaire de dissiper des malentendus possibles, me consacrer à l'activité réelle du Parquet Général en matière juridictionnelle, tout en survolant quelque peu son histoire, celle-ci pouvant comme toute histoire contribuer à mieux appréhender ce qu'il est et ce qu'il fait de nos jours.

Il vous est proposé que cette première partie soit intitulée : les raisons d'un Ministère public près les hautes juridictions.

La deuxième partie s'énoncera : l'absence d'un Ministère public auprès de certaines hautes juridictions.

Cette articulation de mon propos m'a paru la plus indiquée pour permettre les échanges les plus fructueux entre tous les animateurs des hautes juridictions.

I – Les raisons d'un Ministère public près les hautes juridictions

Je voudrais dès à présent me demander si la question mérite encore d'être posée puisque la Loi n°2004-07 du 23 octobre 2007 portant composition, organisation, fonctionnement et attributions de la Cour Suprême, abrogeant l'ancienne Ordonnance n°21/PR du 26 avril 1966 a non seulement "confirmé" en quelque sorte l'existence d'un parquet général près la Cour Suprême, mais encore précisé ses attributions jadis inexistantes en matière de comptes de l'Etat et des collectivités territoriales ou autres.

Faut-il le rappeler, la Cour Suprême du Bénin « est la plus haute juridiction de l'Etat en matière administrative, judiciaire et des comptes de l'Etat » (article 131 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990), (article 1^{er} de la loi de 2007 précitée).

Mais pendant que le législateur béninois procédait comme il vient d'être dit, il n'a cependant pas institué de Ministère public près la Cour Constitutionnelle, bien que, comme on peut le penser, la question de l'opportunité ou non d'une telle institution se fût déjà posée, depuis au moins l'année 2004, soit avant même que les nouveaux pouvoirs (exécutif et législatif) soit connus et installés.

Mais trêve d'observations. Qu'est-ce que le Ministère public lorsqu'on se trouve au niveau d'une haute juridiction ? Que fait-il ?

Le Ministère public près les hautes juridictions peut se définir aujourd'hui, à l'exclusion de certaines hautes juridictions comme la Haute Cour de Justice du Bénin, comme un ensemble de magistrats dont la fonction, à ce niveau de juridiction, est de veiller et de sauvegarder la puissance du droit, sa primauté envers et contre quiconque, envers et contre tous.

Il nous vient du système juridictionnel français, que notre pays, malgré l'indépendance, a adopté, mais non hérité.

C'était à l'origine – et ce n'est pas un moindre hommage au barreau – des avocats, défendant comme de nos jours les intérêts des particuliers lorsque, malgré les seigneurs, l'esprit juridique s'étant développé, eurent pour rôle de défendre les intérêts du Roi qui en choisissait les plus célèbres dont, sous le règne finissant du puissant roi Louis 14, (le fameux Roi – Soleil,) d'Aguesseau – et soit dit en passant dont la promotion de magistrats béninois de 1967, à laquelle j'appartiens, porte le nom. Me Emile DURIER, avocat du barreau de Paris, rapporte dans son discours prononcé le 05 janvier 1854 sur l'origine et le caractère du Ministère Public en France, certaines anecdotes qu'il me paraît convenable de citer en raison de l'indépendance légale du Ministère Public non encore totalement acquise mais en voie de l'être si l'on sait qu'actuellement le Conseil Supérieur de la Magistrature, autrefois compétent pour se prononcer sur les nominations et affectations des seuls magistrats du siège, l'est aussi désormais pour tous les magistrats du Parquet.

Voici la première anecdote :

Le roi Français 1^{er} s'étant plaint de M. de Ruzé son avocat général à M. de MESMES, celui-ci lui répondit : c'est l'avocat de la couronne, non sujet à vos passions mais à son devoir ». Et Me Durier de poursuivre que « du jour où les avocats généraux tinrent un pareil langage, où ils osèrent mettre au dessus de la volonté de leurs seigneurs la justice et l'intérêt public, ils devinrent les gens de la nation.... Le Ministère public naquit et les magistrats qui en furent investis devinrent, suivant l'expression de l'écrivain Thomas dans l'éloge de d'Aguesseau (rapporté par le même Durier dans son discours) les représentants de la patrie ».

Permettez-moi encore de rapporter une deuxième anecdote, puisque la précédente a conduit à la mémoire de d'Aguesseau. Ce sera la dernière, qu'on se rassure.

« Sur la fin du règne de Louis XIV, d'Aguesseau refusa constamment de donner ses conclusions pour une déclaration qu'il regardait comme contraire aux libertés de l'Eglise gallicane. Il fut

mandé à la Cour, et Paris, surpris de cet ordre, craignit pour lui plus qu'une disgrâce. D'Aguesseau paraît devant le roi, lui parle avec respect, mais avec la fermeté d'un vrai magistrat et revint tranquillement à Paris où l'on était plus inquiet pour lui que lui-même » (op. cit.).

Ces évocations historiques, choisies à dessein, montrent à quel point les membres du Parquet Général, contrairement à ce qu'on pourrait croire, sont, même encore aujourd'hui, de véritables et intrépides combattants de la cause de la loi et cela malgré les risques qu'ils pourraient courir puisque leur hiérarchie culmine au Ministère de la Justice dont le Chef est l'autorité qui propose leur nomination.

Il est cependant symptomatique que malgré cette subordination, la loi n°2004-20 du 17 août 2007 portant règles de procédure applicables devant les formations juridictionnelles de la Cour Suprême en son article 45 n'ait maintenu formellement d'instruction du ministre en direction du procureur général que pour le pourvoi dans l'intérêt de la loi formé contre les décisions de justice contraires à la loi, laissant au Procureur Général lui-même le soin de se pourvoir d'office dans l'intérêt de la loi contre celles en dernier ressort sujettes à cassation mais que les parties n'ont pas formalisé dans les délais.

N'est-ce pas déjà là aussi la reconnaissance par le pouvoir du rôle technique éminent que joue le Ministère public près la Cour Suprême ?

Je voudrais aussi ajouter que la Loi n°2004-07 du 23 octobre 2007 portant composition, organisation, fonctionnement et attributions de la Cour Suprême, en son article 31 dispose :

« Toutes les procédures et les affaires à caractère contentieux soumises à la Cour Suprême sont obligatoirement communiquées au Ministère public.

Une loi fixe, en tant que de besoin, les modalités d'organisation et de fonctionnement du parquet général... ». Soulignons que ce 2^e alinéa de l'article est tout à fait nouveau.

Il en résulte que le Ministère Public est désormais un organe indispensable et incontournable de la Cour Suprême.

Quel est donc son rôle ou si l'on préfère que fait-il ?

Outre diverses autres attributions qu'il exerce en cas de recours abusif, huis clos, de fixation d'audiences, de prise à partie, d'assistance judiciaire, de règlement de juges, de suspicion légitime, d'erreur matérielle, de révision, des avis qu'il peut donner en matière de comptes aux magistrats du siège, des rapports d'autres organes de contrôle des comptes qui lui sont adressés, des pouvoirs de réclamation dont il est investi et (cf. dispositions des lois de 2007 précitées : articles : 26, 28, 9, 10, 24, 39, 64, 69, 82, 83, 84, 88 et 92) l'activité essentielle du Parquet général est de produire des conclusions écrites qui portent sur le droit, car il en est l'avocat – défenseur et puisque la loi exprime la volonté générale, seul l'intérêt général est sa préoccupation.

Ces conclusions sont produites devant toutes les chambres de la Cour Suprême (administrative, judiciaire et des comptes : articles 2 et 91 de la loi 2004 – 20).

A cet effet, le dossier est transmis au parquet général après la rédaction du rapport du Conseiller Rapporteur et l'élaboration du projet de décision de celui-ci (articles 16 et 91 de la même loi).

L'élaboration des conclusions exige du Ministère public un travail minutieux car il lui revient de vérifier l'application ou l'interprétation correcte de la loi dans tous les domaines où elle doit être respectée.

Et à vrai dire, cette vérification doit s'appuyer sur le principe d'égalité de tous devant la loi (article 26 de la Constitution).

Dès lors, il doit avoir une connaissance très approfondie des textes identifiés avec justesse dans la cause.

Cela signifie qu'il doit maîtriser à un haut degré l'esprit et la lettre de la loi, en connaître le sens et l'évolution et au besoin s'investir dans la recherche de la genèse de la loi afin d'en comprendre le contexte. Des contacts peuvent être nécessaires avec l'extérieur à cet effet, (toutes choses non recommandables aux magistrats du siège) puisque le Procureur Général est aussi à l'écoute dans son rôle de gardien de la loi.

Maîtrise de la loi dans toutes ses nuances possibles et contours, mais aussi maîtrise des arrêts déjà rendus par la Cour Suprême dans des domaines identiques ou différents, il a aussi la possibilité dans ses conclusions de rappeler aux magistrats du siège les décisions qu'ils avaient prises déjà dans d'autres situations afin qu'il soit évité de faire "deux poids, deux mesures", marque évidente de partialité de nature à porter une atteinte grave à la crédibilité et à l'autorité des décisions de la Cour. La pureté du droit, donc du raisonnement, et par suite de la motivation doit apparaître de manière lumineuse.

La justice rendue à la Cour Suprême doit être, si l'on peut la fixer en image, Thémis toujours triomphant.

Cela, c'est d'abord l'affaire du Ministère public.

A cet égard, les activités que déploient les membres du parquet général ne sont pas – je voudrais le dire sans aucune volonté irrespectueuse – à la portée de ceux du siège dont fait partie le rapporteur.

Un rapport et les conclusions du Parquet Général sont deux choses bien différentes même si elles concourent toutes à faire dire le droit, à maintenir son application uniforme et son harmonie.

Dans ces conditions et s'il y en a, les handicaps de tous genres dont souffrirait le parquet général devraient être supprimés. Il me paraît nécessaire à cet égard que soit enfin voté le statut des magistrats de la Cour Suprême semble-t-il en souffrance à l'Assemblée Nationale depuis déjà quelques années et que ce statut prenne en compte les exigences d'un Parquet général conforme à sa haute mission d'intérêt général.

Si le peuple béninois veut un Etat de droit, les sacrifices nécessaires doivent être consentis par les autorités ou institutions compétentes à cet effet.

Il me reste à parler du Ministère public près la Haute Cour de Justice et terminer mon propos par la Cour Constitutionnelle qui n'en a pas.

Mais d'ores et déjà, je voudrais dire que ce sont deux juridictions politiques. La première est répressive parce que nul n'est au-dessus de la loi, la deuxième exerce pour l'essentiel un contrôle de constitutionnalité.

En ce qui concerne la Haute Cour de Justice, d'ailleurs installée seulement en 2001, puisque jusqu'à présent elle n'a pas exercé ses attributions juridictionnelles, il est difficile de saisir tous les contours concrets du rôle du Ministère public.

La Constitution et la loi organique du 10 août 1999 prévoient seulement que c'est au Procureur général qu'est notifiée la mise en accusation lorsqu'elle est votée par l'Assemblée Nationale, que la date d'audience est publiée par lui et qu'à l'audience « l'accusation est soutenue par un Ministère public composé de trois magistrats choisis par l'Assemblée Générale de la Cour Suprême parmi les membres inamovibles, le plus ancien dans le grade le plus élevé faisant office de Procureur Général, les deux autres fonctionnant comme Avocats généraux ».

Cependant en raison du niveau professionnel des membres du Ministère public, et du fait que la procédure suivie à l'audience est celle de la Cour d'Assises sous réserve des dispositions contraires, l'on peut penser que la qualification des faits reprochés, soit au Président de la République, soit aux membres du gouvernement et leurs complices sera rigoureuse et stricte, que les prérogatives du

Ministère public seront pleinement exercées surtout en matière de preuve et que le réquisitoire sera d'une densité juridique parfaite.

Devant soutenir l'accusation, il me paraît cependant plus indiqué en raison de son indépendance parfaite avérée, que le Ministère Public puisse au préalable participer à la mise en accusation.

II – L'absence d'un Ministère public auprès de certaines hautes juridictions

Mon propos va bientôt se terminer par la Cour Constitutionnelle du Bénin, laquelle selon l'article 114 de la Constitution « est la plus haute juridiction de l'Etat en matière constitutionnelle ».

Son existence s'explique à mon sens par la volonté du peuple béninois de voir la plénitude de l'Etat de droit réalisée. Les diverses compétences, soit du législateur, soit du Gouvernement, ne peuvent être exercées que dans le respect de la Constitution, norme qui leur est supérieure parce qu'elle a été adoptée par référendum par le peuple béninois tout entier, auquel, seul, appartient la souveraineté nationale.

Tous les organes de l'Etat, tous les citoyens béninois, mais aussi les étrangers doivent respecter la Constitution.

Dès lors, les actes pris par les uns ou les autres et même des comportements doivent être conformes à la Constitution. Un tel contentieux est d'abord en amont de tout litige entre particuliers ou entre particuliers et l'Etat, ou entre autres sujets quelconques de droit.

Il faut bien se rendre compte par ailleurs que dans l'ordre juridique interne dont la clef de voûte est la Constitution, c'est la politique qui est soumise au droit et que toute la hiérarchie des normes découle des dispositions de la Constitution.

Dans ces conditions, qu'irait chercher un Ministère public à ce niveau où l'Exécutif et le législatif ont désigné les membres de la Cour Constitutionnelle et qu'en serait l'intérêt ?

J'avoue personnellement mais humblement ne pas comprendre.

En revanche il me paraît normal que les décisions de la Haute juridiction ne soient susceptibles d'aucun recours et s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles militaires et juridictionnelles.

Le contrôle de constitutionnalité est en effet un contrôle absolu par sa nature, et la Cour Constitutionnelle n'appartient pas au Pouvoir judiciaire.

Quant au contrôle de légalité qu'exerce la Cour Suprême, il l'est parce qu'il s'agit de la plus haute juridiction de l'organisation judiciaire, et donc du pouvoir judiciaire.

On peut cependant déplorer que les décisions de celle-ci s'imposent au pouvoir législatif à moins qu'elle ne contrôle que l'application des lois déjà déclarées conformes à la Constitution et qu'on admette qu'elle exerce aussi un contrôle de constitutionnalité secondaire.

De même il est à regretter que la Cour Constitutionnelle soit appelée « la plus haute juridiction de l'Etat en matière constitutionnelle » alors que l'on n'a pas voulu créer un nouvel ordre de juridictions en la matière à cause des avantages certains d'une juridiction unique.

Pour faire reste de droit et ne pas allonger inconsidérément mon propos, la procédure qui conduit à la décision de la Cour Constitutionnelle est assez similaire à celle de la Cour Suprême : saisine et communication de l'acte attaqué et de la requête à tous les membres, affectation à un conseiller rapporteur ayant des pouvoirs d'investigations, rapport et projet de décision remis à tous les membres, délibéré, décision finale.

A toutes les étapes successives énumérées ci-dessus, les services compétents du Secrétariat général sont à la disposition des membres pour fournir toutes informations, notes juridiques, et documents et études nécessaires à la prise de décision.

L'AVOCAT GENERAL DANS LES JURIDICTIONS COMMUNAUTAIRES : CAS DE L'UEMOA

par Mme **Seynabou Ndiaye DIAKHATE**,
Avocat Général près la Cour de Justice de l'UEMOA

La Cour de justice occupe une place importante au rang des institutions de l'UEMOA (Union Economique et Monétaire Ouest Africaine) en tant que gardienne de la charte constitutionnelle de l'Union.

La Cour de Justice veille à l'interprétation uniforme du droit communautaire et à son application et juge, notamment, les manquements des Etats à leurs "obligations communautaires".

Elle arbitre aussi les conflits entre les Etats membres ou entre l'Union et ses agents.

Elle siège à Ouagadougou au Burkina Faso.

L'article 1^{er} du **Protocole additionnel** N°1 relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA stipule « la Cour de Justice veille au respect du droit quant à l'interprétation et à l'application du Traité de l'Union ».

L'alinéa 1^{er} de l'article 2 précise que la Cour de justice est composée de membres nommés pour un mandat de six (6) ans renouvelables, par la conférence des Chefs d'Etats et de Gouvernement. Les membres de la Cour de justice sont choisis parmi les personnalités offrant toutes les garanties d'indépendance et de compétences juridiques, nécessaires à l'exercice des plus hautes fonctions juridictionnelles.

Selon les dispositions de l'article 21 du Protocole Additionnel N°1, les statuts de la Cour sont établis par un acte additionnel de la conférence des Chef d'Etats et de Gouvernement.

Le statut des juges de la cour ne pose pas de difficulté particulière, par contre celui de l'avocat général est moins évident compte tenu de son rôle au niveau de la cour.

Je voudrais dans un premier point (I) évoquer le statut de l'avocat général avant de parler de son rôle (II).

Mais au préalable une brève description de la procédure devant la cour de justice me paraît nécessaire.

L'acte additionnel n°10/096 portant statuts de la Cour de justice de l'UEMOA en ses articles 30 et suivants et l'article 26 du Règlement N°01/96/CM portant règlement de procédures de la Cour de justice de l'UEMOA décrivent la procédure. Elle comporte deux phases : l'une écrite et l'autre orale.

La procédure écrite est ouverte par l'introduction d'une requête reçue au greffe ou d'un compromis adressé au Président de la cour suivie de la désignation d'un juge rapporteur.

La requête est communiquée aux parties et aux organes de l'UEMOA lorsque dont les décisions sont contestées.

Elle doit être accompagnée de l'acte dont l'annulation est demandée.

A l'exception des Etats membres et des organes de l'UEMOA toute partie requérante est tenue de déposer au greffe de la cour un cautionnement (article 26 du règlement de procédures).

Le premier avocat général est ensuite saisi pour ses conclusions. Il peut attribuer le dossier à un avocat général.

La phase orale comprend la lecture du rapport par le juge rapporteur, l'audition des agents, des avocats, des conclusions de l'avocat général et éventuellement des témoins et des experts.

La Cour peut ordonner des mesures d'instruction d'office ou à la demande d'une partie, l'avocat général préalablement entendu (Article 33 de l'acte additionnel portant statuts de la Cour).

Le prononcé des conclusions de l'avocat général clôt la procédure orale (article 38 du règlement de procédures, article 15 règlement N° 01/2000/CDJ relatif au règlement administratif de la Cour de justice de l'UEMOA).

Une description détaillée de toute la procédure est reprise dans le règlement administratif de la Cour.

La Cour siège en séance plénière (5 juges) mais ne peut délibérer valablement qu'en nombre impair avec un minimum de trois juges (Article 16 de l'acte additionnel n°10/096 portant statuts de la Cour de justice de l'UEMOA). Ses audiences sont publiques.

I- Statut de l'avocat général à la Cour de Justice de l'UEMOA

Il y a lieu de rappeler qu'en Europe l'avocat général **communautaire** a vu le jour dans le système CECA (communauté européenne du charbon et de l'acier). Il figure dans le Protocole sur le statut de la cour de justice annexé au traité du 18 mai 1951.

Contrairement à la Cour de Justice des Communautés Européennes de Luxembourg, où les avocats généraux sont, à l'instar des juges, désignés par les gouvernements des Etats membres, c'est par une répartition interne des tâches que certains membres de la Cour de justice de l'UEMOA sont désignés avocats généraux.

L'article 2 du Protocole additionnel N°I relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA in fine dispose « Ils repartissent entre eux les fonctions de juges et d'avocats généraux ».

L'article 7 de l'acte additionnel n°10/096 portant statuts de la Cour de justice de l'UEMOA précise également que les membres de la cour se repartissent entre eux les fonctions de juges, de premier avocat général et d'avocats généraux.

Présentement il y a deux avocats généraux à la cour de justice, le plus âgé prend le titre de premier avocat général. (Article 9 Règlement 01/96/CM portant Règlement de procédures de la cour de justice de l'UEMOA).

Les avocats généraux prêtent le même serment que les juges.

Ils ont le même statut, bénéficient des mêmes privilèges et immunités. L'article 8 de l'acte additionnel N°10/96 parle des **membres** de la cour sans aucune distinction.

Leurs conditions de révocation sont également identiques. Ce qui constitue un gage d'impartialité et d'indépendance.

S'agissant des règles de préséance, le règlement de procédures indique que les membres de la cour prennent rang entre eux après le Président suivant l'ancienneté dans les fonctions.

A ancienneté égale, l'âge détermine le rang.

II- Rôle de l'avocat général devant la Cour de Justice de l'UEMOA

L'avocat général participe au fonctionnement administratif de la Cour. Il intervient par exemple dans le processus d'élection du Président de la cour, (il est consulté, a un droit de vote).

Il joue également un rôle dans les procédures non contentieuses (sans parties).

Par exemple lorsque la cour est saisie d'une demande d'avis et siège en formation consultative, l'avocat général peut être désigné rapporteur et participe aux délibérations de la cour comme membre (articles 21, 27 du règlement administratif).

L'avocat général est présent dans toutes les formations de la cour (assemblée plénière, chambre du conseil, assemblée générale consultative, assemblée intérieure).

Mais sa fonction **primordiale** est d'intervenir dans les procédures contentieuses.

Il présente publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées sur les affaires qui requièrent son intervention.

L'article 9 du règlement N°1/96 CM portant règlement de procédure de la cour de justice stipule « les avocats généraux sont chargés de présenter publiquement en toute impartialité et en toute indépendance des conclusions motivées sur les affaires soumises à la cour, en vue d'assister celle-ci dans l'accomplissement de sa mission ».

Les conclusions de l'avocat général correspondent donc à son **avis** sur l'affaire qu'il développe librement à l'audience. Elles doivent être motivées et il ne peut s'en remettre à la sagesse de la juridiction.

La Cour de Justice des Communautés Européennes l'a encore rappelé dans une ordonnance du 4 février 2000, affaire C-17/98, *Emesa Sugar* :

Je cite « *Le rôle de l'avocat général [devant la CJCE] consiste à présenter publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées sur les affaires soumises à la Cour, en vue de l'assister dans l'accomplissement de sa mission qui est d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité...* ».

Comme on le voit, l'avocat général n'a pas un rôle de poursuite mais est plutôt un défenseur de la loi. Contrairement au procureur de la République ou au procureur général près nos tribunaux ou nos cour d'appel nationaux, l'avocat général communautaire n'est subordonné à personne. Il n'est le porte parole d'aucune autorité.

Il participe plutôt au processus d'élaboration de la décision de la Cour entant que membre de celle-ci.

Il s'apparente au commissaire du gouvernement devant un tribunal administratif ou une Cour administrative d'appel ou au Conseil d'Etat, ainsi décrit par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Esclatine du 29 juillet 1998 : je cite « *Il a pour mission d'exposer les questions que présente à juger chaque recours contentieux et de faire connaître, en formulant en toute indépendance ses conclusions, son appréciation, qui doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction à laquelle il appartient* » ; il n'est pas une partie au litige et prononce ses conclusions après la clôture de l'instruction, ces conclusions n'étant pas soumises à une discussion contradictoire par les parties ».

Comme on le voit, la situation de l'avocat général est particulière du fait de l'indépendance et de l'objectivité qui doivent le caractériser.

D'ailleurs l'article 18 de l'acte additionnel n°10/096 portant statuts de la Cour de justice de l'UEMOA interdit à tout **membre** de la cour de participer au règlement d'une affaire dans laquelle il est antérieurement intervenu comme agent, conseil ou avocat de l'une des parties, ou sur laquelle, il a été appelé à se prononcer comme membre d'une juridiction, d'une commission d'enquête ou à tout autre titre.

Pour conclure, je voudrais évoquer une question d'une brûlante actualité : celle de la réplique aux conclusions orales de l'avocat général.

Les dispositions combinées des articles 38 du règlement de procédure et 15 in fine du règlement administratif de la cour de justice permettent de retenir que « les conclusions de l'avocat général mettent fin à la procédure orale ».

Voici les dispositions de l'article 38 du règlement de procédure « l'avocat général présente ses conclusions avant la clôture de la procédure orale ».

« Une fois l'avocat général entendu, la cour est en mesure de rendre sa décision définitive » (Article 15 in fine du règlement administratif).

Nonobstant ces dispositions, est-il possible, pour les parties, de discuter les conclusions de l'avocat général ?

En France ce débat s'est posé relativement à deux principes, celui du contradictoire et du celui du procès équitable souvent invoqués par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH).

L'article 61 du règlement de procédure de la Cour de Justice des Communautés Européennes de Luxembourg donne la faculté à la cour d'ordonner la réouverture de la procédure orale d'office ou sur proposition de l'avocat général ou à la demande des parties.

Mais cette possibilité est laissée à l'appréciation discrétionnaire de la Cour.

Dans l'arrêt Alvarez du 6 octobre 1982 la CJCE a pourtant refusé d'ordonner la réouverture de la procédure orale au Parlement qui la demandait au motif qu'admettre cette demande, reviendrait à donner aux parties la possibilité de discuter les conclusions de l'avocat général alors que celles-ci constituent le terme de la procédure orale.

La même jurisprudence a prévalu dans l'affaire Emesa Sugar (Free Zone) NV précitée.

La demande de la société tendait à déposer des observations écrites en réponse aux conclusions présentées par M. l'avocat général mais la cour l'a rejetée.

L'article 45 du règlement de procédure de la cour de justice de l'UEMOA est identique à l'article 61 évoquée ci-dessus.

Le même débat juridique pourrait de poser devant la cour de justice de l'UEMOA.

Il nous interpelle tous.

Je vous invite donc à la réflexion et vous remercie de votre aimable attention.

B- TRAVAUX EN ATELIER

JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

LE CONTENTIEUX DE LA REPARATION EN DROIT ADMINISTRATIF

par M. Pierre FANACHI

Magistrat honoraire du Conseil d'Etat de France

Principes

I. Réparation par équivalent c'est-à-dire en argent (octroi de dommages et intérêts).

- Par opposition à la réparation en nature (exemple : obligation de réparer) qui en contentieux administratif ne peut être prononcée qu'à titre facultatif.
- Une personne de droit public ⁽¹⁾ ou de droit privé ⁽²⁾ ne doit jamais être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas.
- C'est un principe général du droit : S. 19 mars 1971, Mergui, R. 235 ⁽¹⁾
S. 17 mars 1978, Sté Renaudin, R. 140 ⁽²⁾

Conditions de la réparation

I. **Un préjudice** : son exigence tient au caractère réparateur de la responsabilité civile ou administrative alors que les responsabilités pénales ou disciplinaires sont sanctionnatrices et n'impliquent pas un préjudice.

Ce préjudice doit être certain (ce qui n'implique pas qu'il soit actuel, il peut être futur).

Exemple : perte d'une chance sérieuse – 22 janvier 1986, D^{elle} Grellier, R. 700, AJ

A. Principe

Tous les préjudices ouvrent droit à réparation ; on utilise parfois le terme « d'égale réparabilité » des préjudices.

Il s'agit des préjudices **matériels** subis par les **personnes** : dommages corporels et causés aux biens : détérioration, diminution de valeur.

Et des **préjudices moraux** :

- atteinte à la réputation, à l'honneur ;
- souffrances physiques ;
- préjudice esthétique ;
- troubles dans les conditions d'existence ;
- douleur morale : du refus ⁽¹⁾ à la reconnaissance ⁽²⁾ de son caractère indemnisable (29 octobre 1954, Bondurant, R. 565 ⁽¹⁾ - Ass. 24 novembre 1961, Letisserand, R. 661 ⁽²⁾).

B. Exceptions au principe de l'égale réparabilité de tous les préjudices

a) Les dommages insusceptibles de réparation

- Dommages résultant d'une servitude d'urbanisme (art. L. 160-5);
- Dommages résultant d'opérations militaires ;

- Dommages liés à des modifications apportées à la circulation générale et résultant soit de changements effectués dans l'assiette (la consistance) ou la direction de voies publiques, soit de création de voies publiques nouvelles ;

Exemple : CE, 28 mai 1965, Tebaldini, R. 304, AJ

S., 2 juin 1972, Sté des Vedettes blanches, R. 414, AJ

- « Dommage » résultant de la naissance d'un enfant, conséquence de l'échec d'un avortement demandé ;

Ass. 02 juillet 1982, Mlle X, Rec. p 206

- Dommages résultant d'atteintes portées à des situations de pur fait ;

Exemple : suppression de vue, 14 décembre 1921, Préfet des Côtes du Nord c/ Gardel, R. 105-5.

- Dommages nés de mesures prises à caractère gracieux.

b) Exceptions tenant à la situation de la « victime »

Le droit à réparation est exclu dans trois cas :

A. La victime est dans une situation irrégulière (ou « illégitime »)

- Occupant irrégulier du domaine public ;

S. 20 juin 1980, Commune d'Ax-les-Thermes, R. 281, AJ.

- Auteur d'une infraction pénale ;

S. 14 avril 1961, Virel.

- Laboratoire pharmaceutique exploitant un médicament sans autorisation ;

28 juin 1968, Sté mutuelle d'assurances, R. 411.

- Exploitant d'un dancing ne respectant pas les prescriptions de la réglementation en matière de sécurité.

S. 7 mars 1980, SARL « Cinq sept », R. 149.

B. La victime est dans une situation juridique précaire

- Titulaire d'une autorisation d'occupation du domaine public, contraint de déplacer ses installations pour permettre l'exécution de travaux publics.

S. 06 février 1981, Compagnie française de raffinage, R. 62.

09 décembre 1983, Ville d'Hendaye, R. 506.

C. La victime a accepté un risque qui se réalisant est la cause du dommage.

S. 11 avril 1975, département de Haute-Savoie, R. 230.

D. Une catégorie particulière de victimes. Les victimes de dommages par « ricochets » (ou « préjudices réfléchis »). Ce sont les personnes qui, à la suite du décès de la victime principale d'un dommage, ne peuvent plus bénéficier de l'aide matérielle que leur apportait celle-ci.

Position initiale de la jurisprudence : exigence que la victime d'un tel dommage soit titulaire d'un droit à pension : veuve, orphelins.

Puis assouplissement de la jurisprudence exigeant seulement que la victime soit dans une situation juridiquement protégée (ce qui excluait les concubins : exemple : 11 mai 1928, Mlle Rucheton, R. 607)), exigence finalement abandonnée ;

Ass. 28 juillet 1951, Berenger, R. 473.

Ass. 03 mars 1978, Veuve Muesser, R. 116.

II. La nécessaire relation de cause à effet entre le dommage et le droit à réparation.

S. 14 février 1997, Centre hospitalier de Nice, R, AJ.

Les arrêts (jugements des T.A., arrêts des C.A.A., décisions du Conseil d'Etat) sont muets sur la méthode utilisée par le juge pour apprécier le caractère causal ou non du fait invoqué par la victime comme étant à l'origine du préjudice.

En théorie, deux méthodes sont possibles : celle de l'équivalence des conditions et celle de la causalité adéquate.

Le juge administratif est un adepte de la seconde. Il retient comme cause d'un dommage le fait qui avait une vocation particulière à le provoquer.

Exemple : 07 mars 1969, Lasailly, R. 149, AJ.

25 février 1972, Compagnie générale des travaux hydrauliques, AJ.

Le plus souvent la causalité est évidente et le juge le constate. Toutefois, il refuse de l'admettre lorsqu'un long délai s'est écoulé entre le fait, présenté par la victime comme générateur du dommage (sa cause) et la réalisation de celui-ci.

21 mars 1969, Mme Montreer, R. 186, AJ.

20 novembre 1985, Ibanez, R. 330, AJ.

Il arrive cependant qu'en dépit d'un long délai, le lien de causalité entre le fait présenté comme causal et le préjudice soit reconnu.

S. 29 avril 1987, Banque Populaire, AJ.

III. Le débiteur de l'indemnité et la détermination de la personne responsable.

1. Le débiteur de l'indemnité : la charge pécuniaire de la réparation pèse sur la personne publique pour le compte de laquelle le service ou l'agent auteur du dommage exerçait son activité au moment de la survenance du dommage.

Cas particulier : 25 septembre 1970, Commune de Batz. Responsabilité engagée par l'activité d'un collaborateur bénévole.

La difficulté dans ce domaine provient de ce qu'une seule cause n'implique pas un seul auteur et qu'un même dommage peut avoir plusieurs auteurs. La détermination de la ou des personnes responsables est donc d'une grande importance pratique avant tout pour la victime dont l'action mal dirigée serait rejetée comme irrecevable.

2. Détermination de la personne responsable

- L'Etat si l'activité est étatique ;

- La commune¹ pour les services publics ^(a), sauf si le service a été transféré à un établissement public de coopération intercommunal^(b).

(a) exemple : S.P de secours en montagne, 14 mars 1986, Commune de Val d'Isère, R. 71, AJ.

(b) S. 14 mars 1986, Communauté urbaine de Lyon, R. 71, AJ.

Pour les dommages causés dans l'exercice d'attributions relevant de la police municipale : responsabilité de la Commune.

Pour les dommages causés dans l'exercice d'attributions de polices spéciales (boissons, aliénés...) : responsabilité de l'Etat.

Cas où une collectivité locale (Commune, département, région) utilise les services de l'Etat. Il faut distinguer :

1. L'intervention du service de l'Etat est obligatoire

L'Etat n'encourt aucune responsabilité directe envers la victime.

Ass. 24 novembre 1961, Letisserand, R. 661, GAJA.

Mais si les agents de l'Etat n'ont pas obéi aux ordres qui leur étaient donnés par la collectivité locale, celle-ci peut se retourner contre l'Etat.

CE, S. 28 octobre 1960, Ministre des travaux publics c/ commune de la Ricamarie – R. 576.

2. L'intervention du service de l'Etat n'est pas obligatoire. Une convention a été conclue entre la collectivité et l'Etat et celui-ci est directement responsable (comme le serait l'entrepreneur ou l'architecte).

Exemple : 02 octobre 1968, ministre de l'Equipement c/ commune La Chapelle-Vieille Foret, R. 471

Autres exemples de coopération Etat-Collectivité

Enseignement :

- Dommages causés par un mauvais entretien des locaux : commune responsable ;
- Dommages causés par un défaut de surveillance : Etat responsable.

Tutelle :

- Dommages causés par une intervention de l'Etat se substituant légalement à la collectivité : collectivité responsable ;

- Dommages causés par une intervention de l'Etat se substituant illégalement à la collectivité ou exerçant sa tutelle illégalement : Etat responsable.

Exemple : 14 décembre 1962, Doublet, AJ.

Personnes publiques collaborant à un même service public.

La victime a alors une option. Elle peut agir contre l'une d'elles ou contre toutes recherchant alors leur condamnation solidaire.

Exemple : 1. Etat et département : s'agissant du S.P. de Vaccinations (obligatoires).

1 Le département pour les services départementaux – la région pour les services régionaux.

13 juillet 1962, Lastrajoli, R. 506, AJ.

Aujourd'hui, en raison d'une modification législative (art. L. 10 C. Santé Pb), l'Etat est seul responsable pour le S.P. des vaccinations.

2. Etat et centres de transfusions sanguines, R. 110.

Ass. 9 avril 1993, D.G.B.

Cas particuliers :

1. Cas de délégation lorsque l'exploitation d'un service public ou d'un ouvrage public a été délégué à une personne publique ou à une personne de droit privé (personne physique ou personne morale – exemple : une société).

C'est alors le délégataire qui répond des dommages causés par les fautes commises par ses agents dans l'organisation ou dans l'exercice de l'activité qui lui a été confiée par le délégant.

Toutefois, en cas d'insolvabilité du délégataire, la responsabilité de la personne publique délégante peut être recherchée à titre subsidiaire.

Pour une concession d'autoroute :

S. 20 septembre 1990, Commune de Saint-Victoret, R. 418.

Toutefois, ce système ne s'applique pas lorsque le dommage est exclusivement imputable à des fautes commises par la puissance publique (le délégant) ou s'il a son origine dans un risque créé par elle.

S. 19 décembre 1969, Etablissements Delannoy, R. 595, AJ 1970.

Cas particuliers : les dommages de travaux publics.

Ici encore une option est offerte à la victime qui peut rechercher **la responsabilité de la collectivité, maître de l'ouvrage** – ou **celle de l'entrepreneur**² (devant la juridiction administrative bien qu'il s'agisse d'une personne de droit privé, et ce, en vertu du caractère attractif de la notion de « dommages de travaux publics » - **ou encore la responsabilité solidaire du maître de l'ouvrage et de l'entrepreneur**).

S. 29 janvier 1971, Association Jeunesse et reconstruction, R. 81, AJ.

Celui d'entre eux dont la responsabilité est seule recherchée peut exercer contre l'autre ou les autres **des appels en garantie** s'il estime que le dommage leur est imputable.

N.B. : l'appel en garantie doit être formé avant la condamnation.

Après condamnation, la personne dont la responsabilité était seule recherchée mais qui, elle, estime que le dommage était imputable à une autre (selon le cas ou maître d'ouvrage ou à l'entrepreneur) ou aux autres peut exercer à leur encontre **une action récursoire**.

La responsabilité de l'entrepreneur peut être recherchée (mise en jeu), **même après l'achèvement des travaux lorsque le dommage**, survenu après cet achèvement, **est imputable au fait que l'entrepreneur** n'a pas exécuté les travaux conformément aux règles de l'art : 14 février 1958, Sté Thorrand, R. 104, AJ.

2 Mais également celle des autres constructeurs : sous-traitants, architectes, bureaux d'études, autres concepteurs.

Responsabilité de l'entrepreneur après l'achèvement des travaux

27 novembre 1987, Société provençale d'équipement, R. 383, AJ.

Mais ce régime d'option connaît des exceptions :

1° C'est d'abord le cas des **dommages des travaux publics permanents** résultant de la seule existence de l'ouvrage. Le maître d'œuvre étant alors le seul responsable.

CE, 22 janvier 1964, Etablissements Houdry, R. 39.

2° C'est encore le cas lorsque, pour l'exécution de travaux publics, un **service de l'Etat** (le plus souvent celui de l'équipement) a été **mis à disposition d'une collectivité locale** (commune, département, région). Seule la responsabilité de cette collectivité peut être recherchée. Mais, ainsi qu'il a déjà été indiqué, cette collectivité peut se retourner contre l'Etat (qu'elle appelle en garantie) si le dommage trouve son origine dans une faute de l'agent de l'Etat ayant refusé ou négligé d'exécuter un ordre du représentant de la collectivité : CE, S. 28 octobre 1960, Commune de la Ricamarie, R. 576.

Signalons pour ne rien oublier, que si la demande est, en principe, faite par la victime, elle peut également être présentée par les caisses de sécurité sociale, les employeurs et les compagnies d'assurances, en vue d'obtenir le remboursement des prestations versées à la victime. L'action peut alors être exercée soit directement en faisant valoir un droit propre, soit par voie de subrogation en exerçant l'action dont disposait la victime.

En droit français, pour éviter les tierce-oppositions, le juge a l'obligation d'appeler en cause les Caisses de sécurité sociale qui auraient peut-être négligé d'agir.

On signalera également que le droit à réparation est transmissible.

Pour les dommages causés aux biens, la transmission est de plein droit si le bien endommagé a été transmis par voie successorale ou si la transmission a fait l'objet d'une convention à titre onéreux.

S'agissant **des dommages causés aux personnes**, il faut distinguer :

- Pour les **dommages matériels** (perte de revenus) le droit à réparation de la victime décédée est transmis à ses héritiers (sauf renoncement) ;
- Pour les **préjudices moraux**, ils s'éteignent avec la victime, sauf si l'action ayant déjà été engagée se trouve pendante devant une juridiction ; les héritiers pouvant alors reprendre l'action à leur profit.

L'observation vaut pour les souffrances physiques endurées, les troubles de toute nature dans les conditions d'existence, la douleur morale.

Les causes d'exonération de la responsabilité du ou des défendeurs

- La faute de la victime
- Le fait du tiers
- La force majeure
- Le cas fortuit

1. La faute de la victime (exemple : imprudence) :

Si le dommage en procède exclusivement, le défendeur est exonéré de toute responsabilité. Si la faute de la victime n'a que partiellement contribué au dommage, la responsabilité du défendeur n'est engagée que dans la mesure où il a, par son fait, contribué au dommage.

2. Le fait du tiers dans le régime de la responsabilité pour faute

Si le fait du tiers est la cause unique du dommage, il exonère totalement le défendeur de sa responsabilité.

Si le fait du tiers a contribué, avec celui du défendeur à la survenance du dommage, il n'a qu'un effet d'exonération partielle.

Fait du tiers – régime de responsabilité sans faute

Le fait du tiers est sans conséquence sur la responsabilité du défendeur et la victime peut obtenir de ce dernier la réparation de son entier préjudice.

S. 19 janvier 1962, Barcons, R. 52.

Cas particulier des dommages de travaux publics

Le fait du tiers est également sans conséquence sur la responsabilité du ou des défendeurs (maître d'ouvrage et/ou entrepreneur) que cette responsabilité soit encourue sans faute : 08/07/1953, EDF R. 363, pour faute présumée.

S. 26 avril 1968, Ville de Cannes, R. 268 ou pour faute prouvée : 04 octobre 1967, Sesta, R. 949.

Ce régime particulièrement favorable à la victime qui peut obtenir du défendeur une réparation totale ne connaît qu'une exception : le fait du tiers n'est exonératoire que lorsqu'en application de législations particulières, le défendeur ne peut exercer d'action récursoire contre ce tiers en raison de sa part de responsabilité.

S. 15 juillet 1959, Veuve Cornut, R. 471.

3. La force majeure

Les trois éléments qui concourent à sa définition :

- L'extériorité (par rapport au défendeur) ;
- L'imprévisibilité dans sa survenance ;
- L'irrésistibilité dans ses effets.

Elle résulte le plus souvent d'événements naturels d'une violence exceptionnelle et pratiquement sans précédent.

14 mars 1986, Commune du Val d'Isère, R. 71, AJ.

La force majeure : elle a les mêmes conséquences que la faute de la victime (cf. ci-dessus).

Toutefois, les effets de la force majeure (pluies exceptionnelles) peuvent être aggravés par le fait du défendeur (défectuosité de l'ouvrage public d'évacuation des eaux).

Exemple : 12 décembre 1956, Commune de Villeneuve Loubet, R. 474.

4. Le cas fortuit

Il emprunte à la force majeure deux de ses éléments de définition : l'imprévisibilité dans sa survenance et l'irrésistibilité de ses effets. Mais, contrairement à la force majeure, il n'est pas étranger au défendeur. Ces effets sont les mêmes que ceux de la force majeure.

Régimes spéciaux de réparation limitant les obligations de la personne responsable :

1°/ Régimes instituant un plafonnement de l'indemnité allouée ou susceptible de l'être ;

2°/ Régimes déterminant de façon restrictive les conséquences réparables du fait dommageable (exemple : servitudes sur les propriétés privées) ;

3°/ Régimes instituant une indemnité forfaitaire.

Exemple : butoir du forfait de pension avec certains assouplissements : cas des jeunes gens accomplissant leur service militaire jusqu'à la suppression de celui-ci

Date d'évaluation du dommage

Le jugement allouant des dommages et intérêts reconnaît un droit à indemnité. Il a donc un caractère déclaratif et non attributif (lorsqu'un droit est créé). Le principe de la réparation intégrale impose que les dommages intérêts accordés correspondent à la valeur du préjudice à la date de réparation.

La date d'évaluation des dommages aux biens

- Evaluation à la **date de leur réalisation** ou s'ils se sont réalisés pendant une certaine durée, **évaluation à la date de laquelle** leur cause ayant pris fin et leur étendue étant connue, il pouvait être procédé aux travaux destinés à les réparer (21 mars 1947, Veuve Pascal, GAJA).

Si pour un motif d'ordre technique (26 octobre 1956, Veuve Boidron, R. 399) d'ordre juridique (21 janvier 1960, OPHLM d'Ivry) ou d'ordre financier indépendant de la volonté de la victime, celle-ci n'a **pas été en mesure** de faire procéder sans délai aux travaux de réparation, l'évaluation est reportée à la date à laquelle l'exécution desdits travaux est devenue possible. La victime doit justifier de **cette impossibilité**. Cette solution, moins favorable que la Jurisprudence judiciaire (qui, elle, fait référence à la valeur de remplacement), oblige la victime à faire l'avance des frais de réparation.

- L'indemnité ne peut excéder la valeur vénale du bien ; excéder cette valeur serait procurer un enrichissement sans cause à la victime.

La date d'évaluation des dommages aux personnes. C'est celle de la décision juridictionnelle réservée faite, toutefois, de la réévaluation des rentes (21 mars 1947, Veuve Aubry, GAJA).

Les modalités d'évaluation du dommage :

Autonomie du juge administratif par rapport à l'évaluation faite, le cas échéant, par le juge judiciaire. Le juge administratif évalue le préjudice en tenant compte des éléments qui peuvent le réduire ou le compenser.

Exemple : 25 septembre 1970, Commune de Batz.

Les éléments de déduction en cas de dommages aux personnes :

- Pension de retraite ;
- Pension d'accident du travail ;
- Allocation de conjoint survivant ;
- Indemnité versée par l'assureur ;
- Mais pas de déduction des indemnités d'aide sociale, qui sont récupérables sur succession.

Élément de déduction en cas de dommages aux biens : abattement pour vétusté.

Profits réalisés (plus-values)

Toutefois la victime peut en cours de litige majorer ses prétentions en cas d'aggravation de sa situation postérieurement au jugement de 1^{ère} instance. La preuve de l'importance du préjudice incombe au demandeur. Il en va de même de l'aggravation invoquée.

L'insuffisance de justification conduit à une indemnisation forfaitaire.

Fixation de l'indemnité principale

L'indemnité principale doit faire l'objet de conclusions chiffrées dès la demande de 1^{ère} instance. Mais le chiffrage peut être réservé en cas d'expertise. Le 1^{er} chiffrage en appel est constitutif d'une demande nouvelle et, comme tel, irrecevable.

Modalités d'indemnisation en monnaie nationale :

- Par versement d'un capital pour les majeurs ;
- Par versement d'une rente pour les mineurs.

L'allocation d'indemnités accessoires

La compensation des frais non compris dans les dépens (art. 761 CJA).

Indemnités destinées à compenser le préjudice né du **retard** au versement de l'indemnité principale : la plus usuelle : **l'allocation d'intérêts moratoires**.

- Si ces intérêts **ont été demandés** : ils sont alors alloués par le juge à compter du jour où la demande principale (de dommages et intérêts) a été reçue par l'autorité administrative.

Mais **la règle de la décision préalable** n'étant **pas applicable** en matière de travaux publics (marchés et dommages) ; en pareil cas, les intérêts moratoires sont dus à compter de la date d'enregistrement de la demande principale au greffe de la juridiction.

S. 28 novembre 1997, Ville de Douai, R.603.

- Lorsqu'ils n'ont pas été demandés, ils courent de plein droit à compter du prononcé du jugement allouant l'indemnité principale.

S. 16 janvier 1987, Ripot, R. 9, AJ.

La capitalisation des intérêts moratoires

Elle doit être demandée. Elle est satisfaite si à la date à laquelle elle est présentée, les intérêts moratoires étaient dus depuis au moins un an. La même demande doit être présentée à l'expiration de chaque période de 12 mois.

Les intérêts compensatoires (art. 1153 Code civil)

Ils sont distincts et doivent être distingués des intérêts moratoires. Ils doivent également faire l'objet d'une demande. Ils sont dus si la victime justifie d'un préjudice distinct de celui réparé par les intérêts moratoires, tel que celui résultant d'un retard anormal à verser l'indemnité principale, ce préjudice étant imputable au mauvais vouloir du débiteur.

CE, 2 mai 1962, Caucheteux et Desimonts, R. 291, AJ.

Paiement de l'indemnité (principale) et des intérêts

1. En espèce ;

2. Par voie de compensation (privilège de l'Etat) sous réserve que la créance soit liquide (c'est-à-dire non sérieusement contestée) et exigible.

Recours ouvert au débiteur de l'indemnité

Il dispose en premier lieu de voies de droit qui lui sont propres.

Les actions récursoires :

- c/ le tiers responsable ou co-responsable ;
- c/ l'entrepreneur, et plus généralement les constructeurs.

Il dispose aussi des voies de droit que le créancier aurait pu exercer. Il est alors subrogé au créancier. Mais la subrogation a une portée restrictive puisqu'elle doit résulter d'un texte et doit être décidée par le juge ; et le subrogé ne peut avoir plus de droit que le subrogeant.

La subrogation a, toutefois, connu une double extension :

- elle trouve à s'appliquer en cas de cumul de responsabilités de la puissance publique et d'un tiers (en raison d'une faute) ;

S. 20 mars 1974, Ministre de l'Equipement c/ Navarra, R. 200.

- Une compagnie d'assurance peut bénéficier d'une double subrogation : aux droits de son assuré et aux droits de la victime qu'elle a indemnisée, et ce, contre le tiers auteur ou co-auteur du dommage.

LE CONTENTIEUX DES TRAVAUX PUBLICS

par M. **Pierre FANACHI**

Magistrat honoraire du Conseil d'Etat de France

I. La notion de travail public

Le terme de travail (public) a deux sens. Il sert à désigner :

- Un ouvrage à exécuter : une opération de réalisation d'un immeuble
- et
- Un ouvrage terminé.

Seul un travail portant sur un immeuble³ et par extension sur un immeuble par destination (ascenseur, monte-charge) peut avoir le caractère de travail public.

Les définitions jurisprudentielles du travail public

• Dès 1921 : **un travail immobilier, exécuté pour le compte d'une personne publique et dans un but d'utilité générale, est un travail public** (10 juin 1921, Commune de Monségur, R. 573, GAJA) ;

• « Pour le compte » signifie que le bien appartient ou est destiné à appartenir à une personne publique (exemple : la voirie d'un lotissement destinée à entrer dans le domaine public d'une commune) ;

• S'agissant de la personne publique : peu importe le caractère de son activité : administratif ou industriel et commercial ;

• L'immeuble sur lequel sont effectués les travaux peut être mis à disposition d'une société concessionnaire, dès lors qu'il est destiné à revenir à une personne publique en fin de concession ;

• Mais les travaux immobiliers exécutés pour le compte d'une personne privée, c'est-à-dire destinés à entrer dans le patrimoine de celle-ci ne sont pas des travaux publics. Exemple : construction de logements pour le compte d'une société d'H.L.M. ;

• « Dans un but d'utilité générale » (et non pas dans un but de service public). Il n'y a plus de service public des cultes et pourtant les travaux effectués dans une église sont des travaux publics ;

• Extension de la définition 1955 : **un travail immobilier fait pour le compte d'une personne privée et dont l'exécution correspond à l'accomplissement d'une mission de service public est un travail public** (T.C., 28 mars 1955, Effinief, R. 616, GAJA).

Exemples : des travaux de déboisement, d'irrigation... des travaux effectués d'office sur des immeubles menaçant ruine, ou des immeubles insalubres.

II. L'ouvrage public

1. Définition :

• Il est **le résultat d'un travail humain** : l'Arc de triomphe mais aussi l'aménagement d'un dispositif d'évacuation des eaux pluviales.

³ Lié au sol.

Les biens restés à l'état naturel ne sont pas des ouvrages publics.

Exemples : les couloirs aériens prolongeant les pistes, les dépôts d'ordures ménagères non aménagés.

- Il s'agit toujours d'un immeuble ;

- Il doit être affecté soit à l'usage direct du public soit aux besoins d'un service public administratif ou industriel et commercial.

2. L'intangibilité des ouvrages publics : « ouvrage mal planté ne se détruit pas ».

En cas de construction sans droit d'un ouvrage public sur une propriété privée le juge ne peut qu'accorder des dommages intérêts. Justificatifs au principe de l'intangibilité : l'intérêt général mais surtout l'intérêt financier s'opposent à la démolition.

III. L'effet attractif de la notion de travail public

- Manifestation de cet effet au plan procédural : dispense de décision préalable pour lier le contentieux ; et dispense de délai de recours : cf. CE, 22 octobre 1976, Compagnie française Thomson Houston... R. 437, AJ.

A. Effet attractif de la notion de travail public et qualification de contrats

Bien qu'ils n'aient pas pour objet l'exécution de travaux publics, certains contrats sont considérés comme des contrats de travaux publics, dès lors qu'ils ne sont pas sans lien avec une telle exécution. Leur régime juridique sera celui des marchés publics.

Il s'agit :

1. Des contrats qualifiés de « complexes » qui n'ont qu'un rapport assez vague avec l'exécution des travaux publics ;

Exemple : contrats d'affermage des droits de place dans les marchés comportant l'exécution de travaux d'aménagement.

2. « Des contrats de travaux publics » ainsi qualifiés parce que leur objet présente un lien avec l'exécution de tels contrats.

Exemple : contrat de fourniture prévoyant l'exécution de travaux de manutention.

Autres exemples : - contrats d'offre de concours (à préciser ultérieurement) ;

- contrats de financement des travaux publics ;

- contrats d'assurances couvrant la responsabilité des entrepreneurs.

B. Effet attractif de la notion de travail public et la qualification de dommages de travaux publics par extension

En conséquence de cette attraction, la réparation des dommages sera assurée selon le régime juridique des dommages de travaux publics et relèvera de la compétence de la juridiction administrative.

1. Dommages se rattachant à une opération de travail : ainsi des dommages causés à l'occasion de l'épandage de décombres ; opération qui participe au caractère de travail public que constitue le déblaiement d'un immeuble sinistré.

2. Sont également qualifiés par extension de dommages de travaux publics : **les dommages résultant de l'absence d'un ouvrage public** qui aurait dû exister et éviter lesdits dommages ; exemple : inondation résultant de l'absence d'égout (dispositif d'évacuation des eaux pluviales) ;

3. **Dommages imputables aux conditions de fonctionnement** du service utilisant l'ouvrage public, ou dommages résultant « du fait d'exploitation » assimilé aux dommages causés par l'ouvrage public lui-même.

- Régime applicable à toutes les victimes s'agissant des services publics administratifs ;
- Régime applicable aux participants à un travail public et aux tiers par rapport au service, pour les services publics industriels et commerciaux.

S. 25 avril 1958, Veuve Barbaza, R. 228, AJ.

C. L'effet attractif de la notion de travail public est toutefois mis en échec s'agissant des dommages subis du fait d'un ouvrage public ou d'un fait d'exploitation par les usagers des services publics industriels et commerciaux.

De tels dommages relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire et sont soumis au droit privé. Cet échec s'explique par l'importance du contrat d'abonnement (CE, 13 mars 1959, Société Lyonnaise des Eaux, R. 189, AJ) et pour les usagers non titulaires de contrat d'abonnement, par la nature des liens privés unissant les usagers aux services publics industriels et commerciaux.

L'EXECUTION DES TRAVAUX PUBLICS

Les modalités d'exécution

1. **La régie : les travaux sont alors réalisés par le maître de l'ouvrage**, c'est-à-dire par ses agents.

Exemple : travaux d'entretien de bâtiment ou enlèvement des ordures ménagères exécutés par la commune.

2. Par des non professionnels

- Par **des associations** : exemple : S. 29 janvier 1971, Association Jeunesse et Reconstruction, R. 81, AJ ;
- Par des permissionnaires de voirie effectuant des travaux pour le compte d'une personne publique et dans l'intérêt général.

3. L'exécution par des professionnels

a) **Les contrats conclus par des personnes publiques avec des entrepreneurs** en vue de la réalisation de travaux publics

Selon les procédures variables (appel d'offres – mise en concurrence simplifiée – procédure négociée)

Pour assurer le respect des règles de publicité et de mise en concurrence, il existe une procédure contentieuse d'urgence particulière, le **référé précontractuel**.

3 septembre 1995, Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes, R. 394 AJ et 10 juin 1994, Commune de Cabourg, R. 30, AJ.

b) Les concessions de travaux publics (et le cas échéant de service public) : dans ce dernier cas outre l'établissement des ouvrages, l'entrepreneur doit en assumer l'exploitation en se rémunérant par des redevances perçues des usagers. A l'expiration de la période de concession, l'ouvrage fait retour gratuitement à la personne publique concédante.

Exemple : autoroutes, tunnels, Z.A.C...

c) Les marchés d'entreprise de travaux publics

Il s'agit de contrats confiant au co-contractant d'une personne publique la construction et/ou l'exploitation et/ou l'entretien d'un ouvrage existant. La rémunération est assurée par la personne publique.

Exemple : construction et exploitation d'une usine de traitement des ordures ménagères.

S. 26 novembre 1971, Société industrielle de fertilisants, R. 723, AJ.

d) Autres contrats conclus par le maître de l'ouvrage et relatifs aux travaux publics mais dont l'objet n'est pas d'en confier l'exécution

Exemple : contrat avec un maître d'ouvrage chargé d'une mission générale de conception et d'assistance.

e) Contrats dérivés ou périphériques

Exemple : entre un entrepreneur et des sous-traitants ; conclus entre personnes privées, ces contrats sont régis par le droit privé et les litiges qui en résultent sont soumis aux juridictions judiciaires.

20 décembre 1961, Société Autoroute de l'Esterel, R. 742, AJ (pour un litige opposant un concessionnaire à ses constructeurs).

Il est apparu anormal et inopportun que des travaux publics soient exécutés sur la base de contrats de droit privé et que le contentieux de ces contrats soit dissociés de celui des travaux.

D'où une 1^{ère} dérogation : des contrats entre personnes privées peuvent être administratifs lorsque l'une d'elle a contracté pour le compte d'une personne publique.

Exemple : contrats conclus par une société concessionnaire de travaux routiers nationaux pour le compte de l'Etat avec des entrepreneurs.

T.C., 8 juillet 1963, Société Entreprise Peyrot, R. 787, AJ.

2^{ème} dérogation : pour des contrats conclus par des concessionnaires de travaux publics pour le compte de la personne publique concédante mais pour d'autres objets que la construction de routes nationales.

S. 30 mai 1975, Société d'équipement de la région montpelliéraine, R. 326, AJ.

Les rapports entre le maître de l'ouvrage (personne publique) et les constructeurs

- Les réclamations contentieuses sont préalablement soumises au maître de l'ouvrage ;
- En cas de recherche d'une solution amiable, saisine pour avis de comités consultatifs.

I. Les responsabilités encourues

A. La responsabilité pour faute

1°/ Dans le cadre du contrat

Les fautes commises par l'une des parties, **au cours de l'exécution du contrat**, engagent sa responsabilité.

Exemple : responsabilité de l'entrepreneur envers le maître de l'ouvrage ou du maître de l'ouvrage envers l'entrepreneur.

Cette responsabilité (contractuelle) est susceptible d'être mise en jeu tant que les relations contractuelles ne sont pas parvenues à leur terme.

Ce terme résulte de la réception définitive⁴ des travaux. Celle-ci n'a d'effets que dans les rapports contractuels. Toutefois, le maître de l'ouvrage auquel la victime d'un dommage causé par cet ouvrage demande réparation ne peut plus appeler le constructeur en garantie en invoquant les fautes de ce dernier dans l'exécution de ses obligations contractuelles.

La responsabilité extracontractuelle

Exemple : la responsabilité de l'architecte du maître de l'ouvrage à l'égard de l'entrepreneur de ce dernier.

Bien qu'opposant deux personnes privées, le litige, qui est né de l'exécution d'un marché de travaux publics, relève de la compétence administrative.

B. La garantie décennale (sans faute)

C'est un régime élaboré par la jurisprudence administrative sur la base des articles 1792 et 2270 du Code civil (relatifs à la responsabilité des constructeurs).

Le juge administratif n'applique pas ces dispositions elles-mêmes mais seulement les principes qui les inspirent.

Il s'ensuit que les **constructeurs** (entrepreneurs, architectes, ingénieurs-conseils, bureaux d'études et de contrôle) **sont responsables à l'égard du maître de l'ouvrage et éventuellement des acquéreurs de ce dernier** (qui peuvent être des personnes privées – 6 janvier 1961, Société Mobil-Oil, R. 10, AJ) **des désordres les plus graves pouvant affecter les ouvrages, à l'exécution desquels ils ont travaillé, pendant dix ans à compter de la réception des travaux.**

Les traits essentiels de la responsabilité décennale selon la jurisprudence administrative :

- Elle prend la suite de la responsabilité contractuelle ;
- Il s'agit d'une responsabilité de plein droit (sans condition de faute) et les constructeurs ne peuvent s'exonérer de leur responsabilité en apportant la preuve de l'absence de faute de leur part. Les seules causes exonératoires sont : la force majeure et la faute du maître de l'ouvrage ;
- Elle a pour conséquence **la responsabilité solidaire** des constructeurs ;
- Bien qu'il s'agisse d'un régime de **responsabilité sans faute, son engagement n'est pas d'ordre public.**

2 octobre 1986, Commune de la Chapelle Vieille Foret, R. 470

⁴ Il existe deux types de réception : la réception provisoire et la réception définitive.

Toutefois le juge a l'obligation de vérifier : que les personnes, dont la responsabilité est recherchée, ont la qualité de constructeur (3 novembre 1987, Syndicat intercommunal de l'école des Clos, R. 365) et que du fait de la cessation des rapports contractuels, la responsabilité décennale pouvait être invoquée (20 novembre 1982, Souchon, R. 678).

Il appartient encore au juge de déterminer le ou les constructeurs dont la responsabilité est engagée au titre de « la décennale ».

Exemple : - architecte pour un vice de conception.

- entrepreneur pour une exécution défectueuse des travaux.

• **Délai** : peut résulter des stipulations contractuelles. Dans le silence du contrat, le point de départ du délai est la date de réception définitive, à moins d'une prise de possession des ouvrages achevés avant cette date ; dans ce cas, le point de départ du délai est la date de la prise de possession.

Le délai d'action peut être interrompu :

- par la reconnaissance de sa faute par le constructeur ;
- par l'exercice de l'action en justice contre celui-ci ;
- par la mise en œuvre d'une procédure d'urgence ;
- par l'émission d'un état exécutoire constituant le constructeur débiteur.

Lorsque le délai décennal est ainsi interrompu – et non suspendu – il court à nouveau pour une durée de 10 ans à compter de la reconnaissance de responsabilité, de la décision de justice ou de l'émission de l'état exécutoire.

Conditions de mise en œuvre de la garantie décennale :

1. Existence de **dommages apparus postérieurement à la réception** des travaux ;
2. **La manifestation** de ces vices **doit intervenir avant l'expiration du délai de garantie** ;
3. Ces **vices ou désordres** affectant l'ouvrage doivent être **graves**.

Jurisprudence initiale : - désordres de nature à **provoquer la ruine** de l'ouvrage ;

puis par extension : - désordres de nature à **compromettre la solidité** de l'immeuble ;

enfin - désordres de nature à rendre l'immeuble impropre à sa destination.

Exemple : infiltrations d'eau affectant les plafonds et les murs d'une salle de classe.

C. La garantie biennale instituée par une loi de 1967, codifiée aux articles 1792-3 et 2270 du Code civil.

Elle est relative aux désordres affectant les « menus ouvrages » et a été « accueillie » en contentieux administratif par un arrêt du Conseil d'Etat du 17 décembre 1980, Sloan, R. 478.

Les rapports entre le maître de l'ouvrage et les constructeurs (suite)

II. Les travaux hors contrat

- **Les sujétions imprévues** qui résultent des obstacles non imputables aux parties et constitutives de difficultés exceptionnelles auxquelles se heurte l'entrepreneur lors de l'exécution des travaux. CE, 5 décembre 1990, Société Rapetto.

En pareil cas, l'entrepreneur a droit à l'indemnisation intégrale de son surcroît de charge : 2 décembre 1964, Port autonome de Bordeaux, R. 936.

- **Les travaux nécessaires** tels que l'édification d'un mur de soutènement pour éviter les éboulements de terrain. L'entrepreneur en recevra le prix⁵ dès lors qu'ils étaient indispensables à l'exécution de l'ouvrage suivant les règles de l'art. (16 février 1962, SARL Osini-Lasartigues, R. 1019)

- **Les travaux utiles.** L'entrepreneur n'a droit à une indemnité au titre de l'enrichissement sans cause, que si les travaux ont été fait avec l'accord (même tacite) du maître de l'ouvrage : 14 avril 1961, Société Sud Aviation, R. 236, AJ.

Le temps qui nous est imparti ne permet pas d'examiner la sous-traitance ni les particularités du régime d'exécution des travaux publics :

Tels que le droit d'occupation de propriétés privées - l'offre de concours - la récupération des plus values.

⁵ Mais le contrat peut comporter une clause excluant ce paiement.

LES DOMMAGES DE TRAVAUX PUBLICS

Ce sont les dommages causés aux personnes et/ou aux biens résultant de l'exécution des travaux ou de l'existence ou du fonctionnement des ouvrages et qui engagent la **responsabilité extracontractuelle** du maître de l'ouvrage et du ou des constructeurs.

Compétence administrative

- Pour connaître des dommages de travaux publics et de ceux qui leur sont assimilés en raison du caractère attractif de la notion (cf. p3. B).

Compétence territoriale déterminée par le lieu du fait générateur et exceptionnellement compétence du Conseil d'Etat si le fait générateur est situé hors du ressort d'un tribunal administratif.

La compétence judiciaire est plus exceptionnelle. Il en est ainsi :

- En cas d'emprise irrégulière ;
- En cas de voie de fait ;
- En cas de poursuite pénale contre l'entrepreneur, lorsque le fait dommageable est constitutif d'un délit (la victime ayant toutefois la possibilité d'opter pour une action en dommages et intérêts devant le juge administratif ou de joindre son action à l'action publique devant la juridiction répressive) ;
- Pour les dommages causés par des véhicules participant à l'exécution de travaux publics (T.C., 14 novembre 1960, Allagnat, R. 870, AJ).
- Une question délicate est celle de savoir si le dommage a été causé par un véhicule ou par un défaut d'entretien normal de la voie publique, le juge administratif étant alors compétent : S. 12 novembre 1971, Département de la Loire, R. 679, AJ.

Enfin, on rappellera que le juge judiciaire est compétent pour statuer sur les litiges consécutifs à des dommages subis par les usagers des services publics industriels et commerciaux (cf. supra p. 3. C) et ce alors même que leur contrat comporte des clauses exorbitantes du droit commun : 13 octobre 1961, Etablissements Companon-Rey, R. 567, AJ.

La jurisprudence assimile le candidat usager et l'usager effectif.

Exemple de candidat usager : le fraudeur du métro.

En revanche, **elle distingue de l'usager, ses préposés** qui sont, eux, **des tiers** par rapport au service industriel et commercial.

Exemple : 25 avril 1958, Veuve Barbaza, R. 228, AJ (exemple concret : le réparateur appelé par l'usager).

Elle distingue également selon que le dommage provient du **branchement particulier** (qualité **d'usager**) ou de la **canalisation principale** ou d'un autre branchement particulier (qualité de **tiers**) entraînant alors la compétence administrative.

La jurisprudence distingue enfin **l'usager du service public** industriel et commercial de l'usager de l'ouvrage public assurant le service. Le dommage subi en cette qualité relève de la compétence administrative (S. 24 novembre 1967, Demoiselle Labat, R. 444, AJ).

LE CONTENTIEUX DES DOMMAGES DE TRAVAUX PUBLICS RELEVANT DE LA COMPETENCE ADMINISTRATIVE

Les dommages sont soit **accidentels** soit **permanents**. Ils résultent alors de l'existence de l'ouvrage.

Les accidents de travaux publics : la qualité de la victime : « participant » à l'exécution du travail, « usager » ou « tiers » par rapport à l'ouvrage à une réelle importance sur les conditions d'engagement de la responsabilité du maître de l'ouvrage ou de l'entrepreneur.

A. Dommages subis par les participants. C'est envers eux que le régime de responsabilité est le plus rigoureux. **Ils n'ont droit à réparation que s'ils établissent** que leurs dommages sont imputables à **une faute**.

En revanche, le collaborateur bénévole bénéficie d'un régime favorable de responsabilité sans faute (27 novembre 1970, Appert-Collin, R. 709, AJ).

On la qualité de « participant » : les entrepreneurs, leurs préposés, les agents de l'administration lorsqu'ils prennent part à l'exécution des travaux, les architectes...

B. Dommages subis par les usagers. Le régime de responsabilité qui leur est applicable est celui de **la faute « présumée »**, ce qui signifie que le maître de l'ouvrage ou l'entrepreneur ne s'exonérera de sa responsabilité que s'il établit qu'aucune faute ne lui est imputable.

En d'autres termes, l'usager de l'ouvrage invoque un défaut de conception, d'aménagement ou d'entretien normal et ce n'est que si le maître de l'ouvrage ou l'entrepreneur prouve qu'un tel défaut ne peut lui être reproché que le juge écartera la faute. N.B. : donner des exemples de « défauts d'entretien normal ».

Ce régime de la faute présumée est écarté, au profit d'un régime **de responsabilité sans faute si l'ouvrage public** à l'origine du dommage, est particulièrement ou exceptionnellement dangereux.

Exemple : routes faisant l'objet d'éboulements constants.

6 juillet 1973, Dalleau, R. 482, AJ

N.B. : Préciser

1. que la notion d'usager d'un service public industriel et commercial est un critère de compétence juridictionnelle alors que la notion d'usager d'un ouvrage public est un critère de détermination d'un régime juridique.

2. que la jurisprudence qui initialement, assimilait les usagers irréguliers à des « tiers » faisant ainsi bénéficier les seconds du régime très favorable de la responsabilité sans faute, a finalement été abandonnée (S. 30 octobre 1964, Piquet, R. 506, AJ) et que les usagers irréguliers sont aujourd'hui assimilés aux usagers.

C. Les dommages subis par les tiers. Les tiers, ceux qui n'utilisent pas l'ouvrage, qui ne s'en servent pas, bénéficient d'un régime de **responsabilité sans faute**. Ils n'ont à établir que l'existence d'un dommage et le lien de causalité entre ce dommage et les travaux d'exécution ou l'ouvrage. Mais dès lors que le dommage et le lien de causalité seront établis, la responsabilité du maître de l'ouvrage et/ou de l'entrepreneur sera retenue.

D. Dommages « permanents » de travaux publics. Pour eux, la responsabilité est fondée sur l'égalité de tous devant les charges publiques (régime de responsabilité sans faute).

Pour être indemnisable le préjudice doit être :

- réel (ou certain) ;
- spécial quant au nombre de victimes ;
- anormal, c'est-à-dire grave : il doit ainsi excéder les troubles, les inconvénients, les sujétions résultant normalement du voisinage d'un ouvrage public.

Concrètement, un ouvrage public est susceptible d'engendrer :

- **des préjudices commerciaux** (pertes de recettes, diminution du chiffre d'affaires)

Exemple : exécution des travaux de construction du métro Lyonnais

10 mai 1985, Société Lyon Parc Auto, RDP 1986, p. 917.

- **des troubles de jouissance**, provoqués par des bruits, des fumées, des poussières, des odeurs...

Ass. 22 octobre 1971, Epoux Blandin, R. 631n AJ

S. 9 novembre 1984, Société Tunnel sous le Mont Blanc, AJ.

- **une dépréciation de la valeur des immeubles voisins.**

Ass. 22 octobre 1971, Epoux Blandin précité.

Ouvrent également droit, le cas échéant, à indemnité :

- les allongements de parcours (pour un cas de rejet : S. 2 avril 1965, Boudy, R. 222, AJ) ;
- la privation du droit d'accès à une voie publique.

En revanche, les modifications apportées à l'assiette ou dans la direction des voies publiques, ou résultantes de la création de voies nouvelles n'ouvrent pas droit à réparation (28 mai 1965, Tebaldini, R. 304, AJ).

Solution réaffirmée par 2 juin 1972, Société Les Vedettes Blanches, R. 414, AJ.

Les personnes responsables

Possibilités d'action ouverte à la victime du dommage

1°/ **Si les travaux ont été exécutés par un entrepreneur**, la victime a une option : agir contre le maître d'ouvrage ou contre l'entrepreneur⁶ ou agir solidairement contre l'une ou l'autre : l'avantage étant alors d'obtenir un paiement total.

On soulignera que la responsabilité de l'entrepreneur peut être recherchée, même si le dommage est survenu après l'achèvement des travaux⁷.

S. 14 février 1958, Société Thorrand, R. 104, AJ

et S. 27 novembre 1987, Société provençale d'équipement, R. 383, AJ.

6 La victime peut également agir contre les autres constructeurs : sous-traitants, architectes, concepteurs. T.C., 14 novembre 1960, Caisse régionale Rhône-Alpes, R. 864, AJ.

7 La réception des travaux n'a d'effets qu'à l'égard des parties au contrat.

2°/ **Si les travaux ont été exécutés ou l'exploitation de l'ouvrage confiée à une société concessionnaire**, la victime ne peut, en principe, agir contre la personne publique, maître d'ouvrage, concédante, mais a une option : agir contre le concessionnaire ou les constructeurs.

3°/ Lorsqu'un dommage permanent n'est dû qu'à la seule présence de l'ouvrage public, la victime ne peut rechercher que la responsabilité du maître de l'ouvrage (22 janvier 1964, Etablissements Houdry, R.32).

4°/ Cas où une collectivité est propriétaire de l'ouvrage et une autre, chargée de son entretien : la victime retrouve une option contre l'une ou l'autre, ou contre l'une et l'autre de ces collectivités.

Les causes d'exonération de responsabilité

1°/ Quelle que soit le régime de responsabilité :

- pour faute
- pour faute présumée
- sans faute, le fait du tiers ne peut être utilement invoqué.

2°/ La faute de la victime est invocable, quel que soit le régime de responsabilité.

3°/ Il en est de même de la force majeure.

La responsabilité définitive

Lorsque la réparation a été réclamée au seul maître de l'ouvrage, celui-ci peut en cours d'instance, et avant toute condamnation, appeler en garantie l'entrepreneur. Cet appel en garantie peut être fondée sur :

- Les conventions conclues entre eux :

12 octobre 1973, Seita, R. 565, AJ ;

- Sur un manquement de l'entrepreneur à ses obligations contractuelles, à condition que les relations contractuelles n'aient pas pris fin : 7 octobre 1966, Ville de Bordeaux, R. 526 ;

- Sur une faute extra contractuelle : travaux exécutés en méconnaissance des règles de l'art : 12 juin 1970, Roba, R. 394 ;

- Sur les travaux à l'origine du dommage à condition que le maître d'ouvrage n'ait commis aucune faute.

Après condamnation, le maître de l'ouvrage dispose d'une action récursoire contre l'entrepreneur.

Naturellement, si la réclamation de la victime est dirigée contre le seul entrepreneur, celui-ci pourra soit exercer en cours d'instance un appel en garantie contre le maître de l'ouvrage, soit après condamnation exercer à l'encontre de celui-ci une action récursoire.

Appel en garantie et action récursoire supposent et imposent la compétence de la juridiction saisie au principal pour en connaître.

Exemple : entrepreneur c/ architecte.

Cas particulier alors que le travail public à l'origine du dommage a été exécuté par une collectivité locale avec le concours de l'Etat.

Cette collectivité peut se retourner contre l'Etat en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution par celui-ci de la convention conclue entre eux : 14 mars 1997, Hôpital départemental des petits prés.

LES DROITS ACQUIS

par M. **Samson DOSSOUMON**

Président de Section à la Chambre Administrative de la Cour Suprême du Bénin.

La logique de l'action administrative porte en elle-même une exigence d'adaptation permanente, donc de mouvement, voire de remise en cause.

Par contre, les acteurs à différents niveaux dans la vie juridique, sociale, culturelle et économique, ressentent le besoin de la stabilité des situations administratives favorables dont ils bénéficient. Par ailleurs, sans sécurité en général et plus particulièrement, sans sécurité juridique, aucun développement humain, social, culturel, économique et financier ne saurait s'enraciner dans un terrain porteur et prometteur. Prévisibilité des normes et stabilité des situations constituent les deux pôles essentiels de la sécurité juridique qui devient de plus en plus une "conditionnalité" pour tout partenariat et toute aide internationale. Sécurité juridique et efficacité économique vont de pair.

En ce qui concerne la prévisibilité, il n'est pas inutile de rappeler quelques-uns de ses supports et manifestations. D'abord l'article 2 du Code Civil qui dispose : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ». Ensuite l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789 qui dispose : « Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit », c'est le principe de la légalité des délits et des peines en matière pénale (nullum crimen, nulla poena sine lege). Enfin, le principe général de droit dit principe de non rétroactivité des actes administratifs et qui s'énonce ainsi : « les actes administratifs ne disposent que pour l'avenir ».

Pour ce qui concerne le phénomène général de la stabilité, on peut établir une distinction entre les normes et les situations juridiques et préciser que, si les premières relèvent de la mutabilité, les secondes répondent à une exigence de stabilité, voire d'intangibilité. Tout ce qui est porteur de règle générale est susceptible d'évolution, d'adaptation tandis que toute situation concrète générée par des normes aspire à la stabilité, d'où la nécessité de rechercher un équilibre constant entre le mouvement et la stabilité.

Au total, lois, actes réglementaires et règles jurisprudentielles relèvent d'une certaine mutabilité alors que leurs effets à savoir leur mise en application concrète à travers l'autorité de la chose décidée ou de la chose jugée manifestent une intangibilité, relative pour la première, absolue pour la seconde.

Evidemment, dans un système qui ne fonctionne pas selon la règle du précédent (stare decisis), règle en vigueur dans le droit anglo-saxon, le phénomène des revirements jurisprudentiels pose le problème de la concurrence du principe de mutabilité et de sécurité juridique, surtout sous son aspect prévisibilité.

A ce sujet, il faut noter que le "Rapport Public 2006" du Conseil d'Etat français dont le thème est : « Sécurité juridique et complexité du droit » a suggéré une orientation qui mérite d'être prise en considération. En prenant appui sur les développements faits par messieurs Guy CANIVET et Nicolas MOLFESSIS dans "La semaine juridique" du 15 décembre 2004, à travers le titre : "Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir" ? Deux idées essentielles ont été mises en exergue. Il s'agit d'une part de « mettre en place une déontologie du revirement pour que le pouvoir (du juge) ne s'exerce pas sans bornes et sans règles », d'autre part « uniquement pour les arrêts qui emportent des conséquences négatives sur la sécurité juridique ou ceux dont l'impact économique et social est trop important ... de moduler dans le temps les effets des revirements de jurisprudence ». Ainsi, ces revirements ne vaudront que pour l'avenir.

Comme on peut s'en apercevoir, la sécurité juridique, qui veut que le droit soit prévisible et que les situations juridiques restent relativement stables, s'avère d'une importance capitale et lorsqu'elle entre en concurrence avec d'autres exigences ou d'autres principes, l'équilibre s'établit en sa faveur. C'est dans ce même cadre que s'inscrit la concurrence entre la sécurité juridique dans son aspect stabilité des actes individuels et le principe de la légalité. Le problème qui s'en déduit, et dont la solution laisse fortement penser que la sécurité juridique est non seulement une composante de la légalité mais encore le deuxième pilier de l'Etat de droit après le principe de la légalité, est le suivant : Au nom de la sécurité juridique, les illégalités peuvent-elles ou doivent-elles être couvertes ?

C'est cela la problématique des droits acquis dont la résolution a été donnée par la jurisprudence relative au retrait des actes individuels illégaux ayant créé des droits subjectifs. C'est le décryptage de cette jurisprudence d'abord à partir des arrêts fondateurs, ensuite, à travers leur évolution, qui nous permettra d'appréhender et d'approfondir les éléments pratiques des droits acquis en contentieux administratif.

I- Le décryptage des arrêts fondateurs

Le principe de l'intangibilité des effets individuels de l'acte administratif, communément appelé "les droits acquis" ou encore le principe du droit acquis au maintien des situations individuelles devenues définitives, est entré, de manière explicite, dans la jurisprudence administrative béninoise, avec **l'arrêt du 22 juin 1973, Bernard GUIMARES C/ la Fonction Publique**.

Et c'est à juste titre que le juge administratif béninois dans **l'arrêt du 27 juillet 1995, BALLEY Elisabeth, née DJOSSOU C/ Ministre de l'Education Nationale** a pu procéder à l'annulation d'une décision administrative par les motifs suivants :

« Considérant que, selon une jurisprudence constante de la Cour inspirée de l'arrêt du Conseil d'Etat français du 03 novembre 1922, Dame Cachet : d'une manière générale, s'il appartient aux Ministres, lorsqu'une décision administrative ayant créé des droits est entachée d'une illégalité de nature à en entraîner l'annulation par voie contentieuse, de prononcer eux-mêmes d'office cette annulation, ils ne peuvent le faire que tant que les délais du recours contentieux ne sont pas expirés... ».

L'arrêt Dame Cachet du 3 novembre 1922 est donc l'arrêt de principe où le conseil d'Etat Français a non seulement posé la condition du délai de recours contentieux non expiré mais encore précisé : « que, dans le cas où un recours contentieux a été formé, le Ministre peut encore, même après l'expiration de ces délais et tant que le Conseil d'Etat n'a pas statué, annuler lui-même l'acte attaqué, dans la mesure où il a fait l'objet dudit recours et en vue d'y donner satisfaction, mais qu'il ne saurait le faire que dans les limites où l'annulation a été demandée par le requérant et sans pouvoir porter atteinte aux droits définitivement acquis par la partie de la décision qui n'a, dans les délais, été ni attaquée, ni rapportée ».

Le premier élément important à souligner concerne la nature de l'acte administratif : il doit s'agir **d'un acte individuel illégal ayant créé des droits**. Ensuite, le retrait ne sera possible que dans le délai du recours contentieux. Enfin, si le juge est déjà saisi, le retrait est encore possible tant qu'il n'a pas statué.

De ces éléments, deux points méritent d'être retenus à savoir la question liée à la création de droits et celle relative à l'écoulement du temps, deux points à propos desquels Constantin YANNAKOPOULOS, dans son livre "La notion de droits acquis en droit administratif français" a posé les questions suivantes : « Les droits acquis sont-ils exclusivement l'effet de l'édition d'un acte administratif appelé acte créateur de droits ou doit-on prendre aussi en considération des éléments extérieurs à l'acte administratif ? Quels sont précisément les facteurs extérieurs à l'acte qui influencent

la création des droits acquis ? » La réponse à ces différentes interrogations est la suivante : "il faut dissocier le phénomène de la création des droits acquis de l'acte administratif dit créateur de droits".

A la vérité, tous les actes administratifs ont des effets de droits mais tous ne créent pas des droits au maintien d'une situation acquise qui a évolué dans le temps, ce qu'en droit administratif français, on appelle droit acquis.

Un acte « créateur de droits » n'est pas toujours, ni nécessairement un acte « créateur de droits acquis ».

Dans les Grands arrêts de la jurisprudence administrative, on peut lire dans les observations sous CE Ass, 26 octobre 2001 TERNON, ce qui suit : « Sont créateurs de droits les actes qui donnent aux intéressés une situation sur laquelle il n'est pas possible, en principe, à l'administration, de revenir : ces droits sont acquis aux bénéficiaires et ne peuvent en principe être remis en cause. Ils ne peuvent résulter que d'actes individuels... d'autres actes ne sont pas créateurs de droits, en ce sens que les intéressés n'ont pas droit à leur maintien ». Dans cette dernière catégorie, on met les actes à simple effet de droit. Il est difficile d'identifier les actes individuels non créateurs de droits en dehors des exemples offerts par la jurisprudence et qui nous permettent de citer les autorisations de police, les nominations à des emplois à la discrétion du gouvernement, les actes obtenus par fraude, les actes simplement déclaratifs.

Tous ces actes ont des effets de droit tant qu'ils sont en vigueur mais peuvent être remis en cause, plus ou moins radicalement selon le cas. Font partie aussi des actes non créateurs de droits les actes inexistantes qui n'ont aucun effet de droit en raison de la gravité des vices dont ils sont atteints. Le Commissaire du Gouvernement J. FOURNIER dans ses conclusions sur CE 3 mars 1967, Ministre de la Construction C/ Société Berth-Manning et Société des abrasifs NORTON résume la situation en ces termes : « La liste est maintenant bien connue des décisions administratives pour lesquelles votre jurisprudence écarte, parce qu'elles n'ont pas créé des droits, l'application de la théorie du retrait : ce sont les décisions négatives, les décisions assorties de réserves ou de conditions suspensives, celles qui sont obtenues par fraude, celles enfin qui sont à ce point dépourvues de valeur juridique qu'elles peuvent être considérées comme inexistantes ». Le caractère illégal d'un acte n'interdit pas qu'on le qualifie de créateur de droit mais comme l'écrit le Commissaire du Gouvernement RIVET dans ses conclusions sur CE, 5 décembre 1930, SARRAIL, pour réfuter l'idée admise d'une échelle dans la gravité des irrégularités : « Il nous semble difficile d'admettre que, suivant la gravité de l'illégalité qui l'entache une décision peut, selon le cas, ne pas créer de droits ou en créer ». Malgré ce point de vue, en droit administratif des pays de la mouvance juridique française, les actes frauduleux et les actes inexistantes, eu égard à la gravité significative de leur irrégularité ne sont pas créateurs de droits. Ce ne sont pas des non actes et ils ne manquent pas de produire des effets de droits. Ce qui leur manque, c'est le caractère définitif et ceux qui en tirent bénéfice n'auront jamais un droit au maintien des situations individuelles qu'ils engendrent. C'est ce qu'il faut comprendre lorsque dans l'arrêt CE, 3 février 1956, Sieur de Fontbonne, le Conseil d'Etat dit des décisions inexistantes qu'elles sont « entachées d'un vice tel qu'elles doivent être regardées comme nulles et non avenues, et ne sauraient, en conséquence, faire naître, aucun droit au profit des intéressés ». Expliquant le vice fondamental de l'acte inexistant LAFERRIERE dit que « l'acte inexistant résulte d'une usurpation de pouvoir, c'est-à-dire, du fait soit d'usurper un droit de décision quand on n'en possède aucun, soit d'exercer une attribution étrangère à l'autorité administrative en empiétant sur l'autorité législative, judiciaire ou gouvernementale ». Comparant les deux notions d'acte inexistant et d'acte frauduleux le Commissaire du Gouvernement Galabert dans ses conclusions sur CE 18 novembre 1966 Ministre des Travaux Publics C/ Sieur Silvani, soutient ce qui suit : « La fraude et l'inexistence n'ont pas les liens étroits que l'on est tenté de voir entre elles, et la fraude n'est pas une variété d'inexistence... Le fondement des deux notions est très différent ; l'appel à la notion de fraude a pour objet d'empêcher un administré de se prévaloir de droits mal acquis alors que la notion d'inexistence tend à réprimer des empiètements ou des illégalités particulièrement graves et flagrantes commises par l'autorité administrative. Cela dit,

fraude et inexistence ont en commun d'être ce que l'on a appelé des « notions fonctionnelles », c'est-à-dire des notions auxquelles le juge fait appel parce qu'elles lui permettent seules d'écarter l'application de certaines règles de procédure et notamment de certaines conditions de délai dont l'observation aboutirait à des résultats trop contraires à l'équité et à la bonne administration ».

Au total, le décryptage de l'arrêt de principe CE 3 novembre 1922, Dame Cachet nous a permis de dégager et d'appréhender trois éléments de base. D'abord la notion de droits acquis ne concerne que les actes individuels illégaux. Ensuite le retrait de tels actes n'est possible que dans certaines conditions. Enfin, nous avons clarifié la notion d'actes créateurs de droit.

Cette jurisprudence a-t-elle connue une évolution ? Et dans quel sens cette évolution est-elle allée, voilà les questions dont nous nous préoccuperons à présent.

II – L'EVOLUTION JURISPRUDENTIELLE DE L'ARRET DE PRINCIPE DAME CACHET.

La question centrale dans la jurisprudence relative au retrait rétroactif des actes individuels illégaux ayant créé des droits est la question du délai. Et toute l'évolution jurisprudentielle s'est cristallisée autour de la question de savoir si le délai de retrait doit correspondre au délai du recours contentieux.

Les arrêts successifs qui ont porté le mouvement de l'évolution jurisprudentielle sont dans l'ordre : Ville de Bagnex, Eve, Madame de Laubier et Ternon.

L'arrêt CE 6 mai 1966, Ville de Bagnex a posé l'hypothèse où des tiers sont concernés par l'acte initial dont le bénéficiaire réclame le caractère définitif.

L'hypothèse est celle du permis de construire qui doit être à la fois notifié au destinataire et affiché à l'intention des tiers. Si la notification a été faite au bénéficiaire sans l'affichage, doit-on, à cause des tiers laisser courir indéfiniment le délai de recours donc le délai de retrait ? Le juge administratif, en l'occurrence le Conseil d'Etat français répond à la question en ces termes : « Considérant que, même si la notification de cette décision à la personne au profit de laquelle des droits sont susceptibles de naître a entraîné l'expiration du délai du recours, en ce qui concerne cette personne, le défaut de publication de ladite décision empêche le délai dont il s'agit de courir à l'égard des tiers, lesquels conservent la possibilité de former un recours gracieux ou contentieux ; que la décision ne pouvant, dès lors, être réputée avoir acquis un caractère définitif, l'administration peut légalement en ce cas, et même si aucun recours n'a en fait été exercé par un tiers intéressé, rapporter d'office à tout moment la décision entachée d'illégalité ». Cette solution jurisprudentielle rejoint l'arrêt de principe Dame Cachet dans la logique d'alignement des délais du retrait et du recours mais elle pousse cette logique jusqu'à rendre possible le retrait à tout moment. Ce faisant, elle remet juridiquement et pratiquement en cause la sécurité juridique et affaiblit la protection des situations administratives dont la pertinence dépend de la promptitude. C'est pour cette raison qu'elle a été vigoureusement critiquée et que le Conseil d'Etat, à l'occasion des problèmes relatifs aux décisions implicites a apporté des correctifs à travers l'arrêt CE 14 novembre 1969, Sieur Eve, en redonnant la priorité à la sécurité juridique.

Les décisions implicites ne font pas en principe l'objet de publicité et le risque est grand de laisser courir indéfiniment la possibilité de retrait. Dans l'arrêt du 14 novembre 1969, Sieur Eve, le Conseil d'Etat ramène de l'ordre dans l'évolution jurisprudentielle qui commençait à s'éloigner de la sécurité juridique. Il donna sa solution en ces termes : « Considérant qu'à la suite de la décision implicite d'acceptation résultant du silence gardé par le préfet pendant plus de deux mois sur la demande d'autorisation, l'autorité administrative se trouve dessaisie et il ne lui est plus possible même dans le délai du recours contentieux de revenir sur ladite décision ». Cette solution dissocie le délai du retrait et le délai du recours contentieux et rend le délai du retrait plus court que le délai du recours contentieux.

En effet, le dessaisissement de l'administration s'opère au jour de la formation de la décision tacite, c'est-à-dire après l'expiration du délai imparti à l'administration, alors même que le délai du recours contentieux continue de courir. Evidemment la portée de cette jurisprudence se limite aux décisions implicites dont une des caractéristiques est de ne pas faire l'objet de publicité. Ainsi donc, lorsqu'une décision relève d'une procédure de publicité on doit revenir à l'arrêt Ville de BAGNEUX.

Un autre aspect de cette évolution jurisprudentielle se retrouve dans l'arrêt C : E, Ass, 24 octobre 1997 Madame de Laubier. Dans le souci d'améliorer les relations entre l'administration et les usagers, des textes édictés à cette fin comportaient une disposition liant l'opposabilité des délais de recours à la mention par l'administration d'un certain nombre d'éléments dans la notification de la décision. C'est le cas pour prendre l'exemple du Bénin, de l'article 32 alinéa 6 de la loi n° 2004-20 du 17 août 2007 portant règles, de procédures applicables devant les formations juridictionnelles de la Cour suprême qui dispose : « Les délais de recours contre une décision déférée à toute juridiction administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours dans la notification de la décision ». Ce fut aussi le cas en France, de l'article R. 104 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel dont s'est prévalu l'administration pour retirer au delà du délai de recours contentieux, un acte administratif individuel illégal. Et voici la réponse apportée par le Conseil d'Etat à ce problème : « Considérant que l'arrêté du 26 février 1988 a été notifié à Mme Laubier le 29 février de la même année, que cette décision ne comportait aucune mention des voies et délais de recours possibles ; que le délai de recours contre cet arrêté n'ayant ainsi pas commencé à courir à l'encontre de l'intéressée, le ministre soutient, en invoquant les dispositions de l'article R. 104 précité, qu'il pouvait le retirer pour illégalité sans conditions de délai. Considérant que les dispositions précitées ont pour objet de permettre aux personnes auxquelles une décision a été notifiée de former un recours contentieux au delà du délai de recours de droit commun de deux mois, si les deux indications susmentionnées n'ont pas été précisées dans la notification de sa décision par l'auteur de l'acte ; que toutefois, ce dernier ne saurait, dans ce cas invoquer le bénéfice de ces dispositions pour retirer de sa propre initiative, une décision individuelle créatrice de droits au-delà d'un délai de deux de mois après sa notification alors même que cette décision serait illégale ». La logique du Conseil d'Etat paraît être celle-ci : c'est au bénéfice des justiciables que cette disposition a été édictée. Elle ne doit pas se retourner contre les justiciables. Aussi l'administration ne saurait-elle à juste titre vouloir en tirer profit au détriment de ceux au profit desquels elle a été édictée. Elle ne saurait donc être approuvée par le juge lorsqu'elle l'évoque pour remettre en cause un avantage individuel acquis par un justiciable. Dans cette jurisprudence aussi, c'est la sécurité juridique, le refus de faire planer indéfiniment l'épée de Damoclès sur un avantage acquis qui prend le pas sur le principe de la légalité. De même, à y regarder de près, c'est encore l'alignement des deux délais de recours et de retrait qui prévaut.

Après l'arrêt de principe CE, 3 novembre 1922, Dame Cachet, et après les jurisprudences Ville de Bagneux, Sieur EVE, et Madame de Laubier, nous parvenons à présent à un point culminant de cette riche évolution jurisprudentielle. Avant d'évoquer l'arrêt qui en est le ressort, je voudrais partager avec vous un détail anodin peut-être mais indicateur si ce n'est d'un revirement jurisprudentiel, tout au moins d'un changement d'orientation.

De quoi s'agit-il ? Le lecteur attentif observera que dans la quatorzième édition (2003) des Grands Arrêts de la Jurisprudence administrative, l'arrêt de principe du 3 novembre 1922 Dame Cachet qui a été jusque-là publié a été omis. Donc lorsque vous consultez l'index "Retrait des actes administratifs", vous êtes renvoyé à l'arrêt CE, Ass, 26 octobre 2001 TERNON.

Le principe posé par l'arrêt TERNON s'énonce ainsi : « Considérant que, sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale que dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision ».

Monsieur Eric TERNON, agent contractuel de la Région Languedoc Roussillon a été titularisé par un arrêté du Président du Conseil Régional du 30 décembre 1983, ce qui lui confère la qualité de fonctionnaire territorial. Le 26 février 1984, il demande à l'administration de retirer l'arrêté de titularisation du 30 décembre 1983. En mars 1985, alors que sa demande de retrait n'a pas encore été accueillie par l'administration régionale, il renonce à sa demande de retrait et entreprend des démarches pour faire valoir les droits qu'il estime tenir du caractère définitif de l'arrêté de titularisation du 30 décembre 1983. Par lettre du 25 mars 1988, le Président du Conseil Régional refuse de l'intégrer en qualité de fonctionnaire territorial. Il confirme cette lettre par un arrêté du 25 octobre 1995 portant retrait de l'arrêté du 30 décembre 1983 relatif à la titularisation de Monsieur Eric TERNON.

Le Président du Conseil Régional de Languedoc Roussillon en a-t-il le droit ? ou bien le principe du droit acquis au maintien des situations individuelles devenues définitives couvre-t-il la titularisation faite par l'arrêté du 30 décembre 1983 au profit de Monsieur Eric TERNON ?

L'analyse de la réponse apportée par le Conseil d'Etat français à ces questions permet de dire que l'arrêt TERNON constitue une rupture, même si elle n'est pas radicale. Comme on peut le lire dans les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative : « l'arrêt TERNON rompt avec la jurisprudence dame Cachet en procédant au découplage du retrait et du recours ». Le premier élément de rupture concerne le point de départ. Le délai du retrait se compute à partir de la date d'adoption de la décision, c'est-à-dire la date de sa signature, avant même d'avoir été notifié au bénéficiaire tandis que le délai du recours part de la publicité dont la décision doit faire l'objet. Le deuxième élément de rupture a trait à la durée : le retrait est possible dans les quatre mois (à compter de la signature de la décision) tandis que le recours contentieux reste enfermé dans le délai de droit commun de deux mois (à compter de la publicité). Il convient de retenir que, malgré ses signes de rupture, l'arrêt TERNON n'a pas une portée générale. En effet, elle ne concerne que les décisions individuelles explicites créatrices de droits : les décisions implicites ne seront pas réglées en référence à cette jurisprudence. Par ailleurs, elle ne joue pas dans les cas où la demande de retrait est présentée par le bénéficiaire. Enfin l'arrêt réserve la possibilité pour le législateur comme pour le titulaire du pouvoir réglementaire d'adopter des solutions différentes.

CONCLUSION

Nous sommes à la fin de notre exposé sur les droits acquis et il nous faudra conclure.

Nous devons d'abord exprimer notre regret de n'avoir pu, faute de centralisation documentaire sur les jurisprudences administratives africaines, effectuer un travail de droit comparé africain sur les droits acquis, après avoir présenté l'évolution jurisprudentielle en France. Les débats et échanges pendant la présente session de formation des membres des juridictions AA-HJF pourraient, à partir des expériences des uns et des autres, être une occasion pour enclencher un enrichissant travail de comparaison. C'est dans ce sens que je me permets de lancer encore une fois ma préoccupation sur la question de la réception du droit administratif français par les juridictions administratives francophones.

Les juristes publicistes africains ont appris et enseigné que le droit administratif français est une œuvre presque essentiellement prétorienne, fruit des constructions juridiques pertinentes et des audaces modulées et progressives des juges. Le prétoire africain est-il en matière administrative un lieu d'élaboration et de création jurisprudentielle ou n'est-il qu'un relais où se reprennent les constructions jurisprudentielles françaises ? En appliquant ces interrogations au principe de la stabilité juridique des situations administratives individuelles illégales ayant créé des droits, la jurisprudence des droits acquis des juridictions francophones fait-elle ou non route commune avec la jurisprudence française dans son principe et dans son évolution ? La question ne mérite-t-elle pas d'être posée ?

A ce propos, la théorie des droits acquis a pu un jour susciter la question suivante : « Si l'autorité administrative, par erreur, reclasse un agent de liaison de la catégorie D en A1-12 et ne s'aperçoit de son erreur matérielle que bien plus tard, après le délai du recours contentieux, pourra-t-on oser dire qu'il y a droits acquis ? ». Cette interrogation, à la limite de la caricature, montre la complexité de la concurrence entre l'exigence de la sécurité juridique et le principe de la légalité. Mais on peut appliquer aussi aux droits acquis, pour approfondir la réflexion et partager les responsabilités, l'adage *Nemo Auditur quia propriam turpitudinem allegans*. En effet l'administration publique qui doit être le lieu par excellence de la performance et de l'efficacité économique ne peut se permettre de prendre des décisions illégales, et même si cela arrivait, l'administration devrait pouvoir s'en apercevoir au plus tôt et faire en sorte qu'une telle décision ne crée des situations individuelles définitives.

Dans tous les cas et en ce qui concerne la théorie des droits acquis, ne pas laisser planer sur la tête des administrés une éternelle épée de Damoclès paraît une exigence évidente. Cependant l'équilibre sera toujours à inventer entre la stabilité juridique et la prime ponctuelle à l'illégalité que constitue le non retrait d'un acte individuel illégal créateur de droits subjectifs. Cet équilibre introuvable relèvera peut-être toujours d'une espèce de casuistique.

RAPPORT SEQUENTIEL DES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

Le programme des ateliers relatifs aux juridictions administratives s'est déroulé du lundi 22 septembre au mardi 23 septembre 2008 à l'École Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) à Porto-Novo au Bénin.

Lesdits ateliers ont eu pour conférenciers Messieurs Pierre FANACHI de la France et Samson DOSSOUMON du Bénin.

Les modérateurs des différents ateliers ont été Messieurs Grégoire ALAYE, Président de la Chambre Administrative de la Cour suprême du Bénin, Boby GBAZA, Conseiller à la Chambre Administrative de la Cour suprême de Côte d'Ivoire et Pierre FANACHI, Conseiller d'État Français.

La première communication présentée a porté sur « **Le contentieux de la réparation en droit administratif** ». Elle a été l'occasion pour Monsieur FANACHI de rappeler les principes généraux applicables au contentieux de la réparation notamment celui de la réparation en équivalent sous forme pécuniaire, le principe d'ordre public selon lequel une personne morale de droit public ne peut être condamnée à payer ce qu'elle ne doit pas, ce qui implique l'obligation faite au juge de déterminer la personne publique responsable et enfin celui de l'égale réparabilité de tous les préjudices qu'ils soient corporels, matériels ou moraux.

Toutefois, pour qu'il y ait réparation les conditions ont été examinées relativement d'abord au préjudice qui doit être certain ou futur à l'exclusion de certains dommages insusceptibles de réparation, être déterminés par la loi ou la jurisprudence ainsi que dans certaines hypothèses tenant compte de la situation de la victime.

Ensuite, au lien de cause à effet entre le dommage et le droit à réparation qui s'apprécie selon la théorie de la causalité adéquate par opposition à celle de l'équivalence de condition principalement. En effet cette théorie retient que tout fait sans lequel le dommage ne se serait pas produit soit la cause du dommage.

Enfin, une troisième condition de la réparation est celle relative à la détermination de la personne publique pour le compte de laquelle le service ou l'agent exerçait son activité au moment de la survenance du dommage afin de pouvoir lui imputer la charge de la réparation.

Pour la dernière condition diverses distributions ont été faites notamment selon que l'intervention de l'Etat est obligatoire ou facultative, lorsqu'il apporte son concours à la collectivité locale.

Cependant, cette détermination de la personne publique responsable est régie par des règles particulières en matière de travaux publics où la victime peut assigner solidairement le maître de l'ouvrage ou/et l'entrepreneur à la condamnation par la voie de l'appel en garantie à l'entrepreneur ; ce dernier peut solliciter du maître de l'ouvrage la condamnation par la voie de l'appel en garantie ou l'action récursoire contre les responsables réels du dommage après sa propre condamnation.

Toutefois, l'action peut être envisagée par la victime du dommage qui est demanderesse à l'action en réparation mais aussi les Caisses de Sécurité Sociale et les Compagnies d'Assurances.

Le conférencier s'est aussi appesanti sur les causes d'exonération de la responsabilité de la personne publique selon que le dommage est consécutif à la faute de la victime, au fait du tiers, à la force majeure et au cas fortuit ainsi que sur les régimes spéciaux de réparation limitant les obligations de la personne publique responsable.

Enfin, relativement à l'évaluation du dommage, il a explicité le principe de la réparation intégrale qui impose que les dommages intérêts accordés à la victime correspondent à la valeur du

préjudice à la date de réparation. Il a ensuite insisté sur les distinctions selon qu'il s'agisse de la date d'évaluation des dommages aux biens ou de la date d'évaluation des dommages aux personnes.

Par ailleurs le conférencier a souligné que le juge administratif est autonome par rapport aux évaluations faites par des tiers et peut procéder à des déductions du montant de la réparation notamment en matière de dommage aux biens.

Le dédommagement se fait en principe en capital sauf pour les mineurs où il peut consister en une rente. La victime peut en outre percevoir des intérêts moratoires ou compensatoires.

Les questions et contributions des participants à l'atelier portant sur le thème précité ont surtout porté sur les délais pour agir en justice, sur la détermination du lien de causalité entre le dommage et le droit à réparation ainsi que l'hypothèse où l'administration refuse de s'exécuter alors qu'elle a été condamnée à payer des dommages intérêts à la victime.

Relativement au délai pour agir en justice, le conférencier a suggéré de provoquer une décision préalable de l'administration pour que la victime ne se voit pas opposer la prescription quadriennale car les règles de la comptabilité publique sont opposables au demandeur par l'administration et d'assigner l'administration devant le juge dans le délai de deux (02) mois (variable) suivant la décision de rejet afin d'éviter d'être sanctionné par l'irrecevabilité.

La seconde communication présentée a porté sur « **Le contentieux des travaux publics** » et a permis à Monsieur FANACHI d'entretenir les participants sur la notion de travail public et des principes qui gouvernent la notion d'ouvrage public notamment celui de l'intangibilité des ouvrages publics et celui du caractère attractif de la notion de travail public, ce dernier entraînant une dispense de la règle de la décision préalable pour lier le contentieux.

Il a ensuite procédé à une étude exhaustive du contentieux des marchés publics et du contentieux des dommages de travaux publics et fait observer dans ce cadre une distinction selon que les victimes sont « usagers », « participants » ou « tiers » par rapport à l'ouvrage public, un régime juridique de responsabilités différentes étant applicable dans chacun de ces cas.

L'effet attractif de la notion de travail public permet l'assimilation de certains contrats n'ayant pas pour objet l'exécution de travaux publics et ce, afin de les soumettre au régime juridique des marchés publics.

Cependant, pour les dommages subis du fait d'un ouvrage public ou d'un fait d'exploitation par les usagers des services publics industriels et commerciaux, le principe de l'effet attractif ne s'applique pas et le litige demeure régié par le droit privé et soumis au juge judiciaire.

Ensuite dans une seconde partie, le conférencier a exposé sur les modalités d'exécution des travaux publics. Cette réalisation se fait en régie, par des non professionnels.

Dans le dernier cas, l'exécution résulte du contrat administratif ou du droit privé (exemple entre l'entrepreneur et le sous traitant).

Toutefois, ces contrats peuvent être administratifs lorsque l'une de deux personnes privées au contrat a contracté pour le compte d'une personne publique.

Rapport maître d'ouvrage – entrepreneur

Une distinction a été faite entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle. La première suppose une faute commise par l'une des parties au contrat avant la

réception définitive des travaux. Dans ce cas, cette faute engage sa responsabilité envers l'autre partie et n'a d'effet qu'entre les parties au contrat.

Après réception définitive des travaux, les constructeurs demeurent responsables à l'égard du maître de l'ouvrage des désordres les plus graves pouvant affecter les ouvrages à l'exécution desquels ils ont travaillé et ce pendant dix ans (garantie décennale). Ce régime s'applique aux entrepreneurs, architectes, ingénieurs conseil, bureaux d'études et de contrôle et institue un régime de responsabilité sans faute dans lequel les constructeurs ne peuvent s'exonérer de leur responsabilité qu'en cas de force majeure ou de faute du maître de l'ouvrage.

Il appartient au juge de déterminer qui est « constructeurs ». Pour mettre en œuvre la responsabilité de constructeurs sur le fondement de la garantie décennale les dommages doivent être après la réception des travaux et avant l'expiration du délai de dix ans ; ces vices doivent selon la jurisprudence être de nature « à provoquer la ruine de l'ouvrage », à en compromettre la solidité ou encore à rendre l'ouvrage impropre à sa destination.

En revanche, les menus des autres sont soumis au régime de la garantie biennale.

Concernant les dommages des travaux publics, la distinction a été faite selon que la victime est usager, participant ou tiers. Les modalités de mise en œuvre de responsabilité diffèrent selon la qualité de la victime :

- les participants à l'ouvrage public doivent prouver que les dommages résultent d'une faute ;
- l'usager ne doit prouver que le lien de causalité entre le dommage et le travail public. Le régime juridique est celui de la faute présumée ;
- pour les tiers, il s'agit de responsabilité sans faute assimilable à la responsabilité pour risque.

Enfin les dommages permanents des travaux publics ne sont indemnisés que si le préjudice est réel ou certain, spécial quant au nombre de victimes et anormal c'est-à-dire excéder le trouble, inconvénient et suggestion résultant normalement d'un ouvrage public.

Relativement à ce thème, les préoccupations des participants à l'atelier ont porté sur la signification du caractère attractif de la notion de travail public, sur les difficultés qui pourraient surgir au cas où le plaideur saisirait à tort une juridiction pour exercer son droit à réparation, sur le régime juridique du dommage causé par un véhicule de l'administration, sur la notion de dommage permanent ainsi que sur les rapports entre l'assureur de la victime du dommage et le maître de l'ouvrage.

En ce qui concerne le caractère attractif de la notion de travail public, le but est d'assimiler certains marchés ou dommages au régime juridique des dommages des marchés et dommages des travaux publics plus favorables.

Relativement à l'erreur de saisine d'une juridiction, il convient de distinguer si la juridiction saisie aussitôt appartient au même ordre de juridiction que celle qui devait l'être ou non ; si la juridiction qui devait être saisie est du même ordre, le juge rend une ordonnance de renvoi d'incompétence.

Concernant la notion de dommages permanents, le régime juridique est celui de la responsabilité sans faute pour rupture de l'égalité devant les charges publiques.

La troisième communication présentée par Monsieur Samson DOSSOUMON, Conseiller à la Chambre administrative de la Cour suprême du Bénin a porté sur « **Les droits acquis** ». Partant de deux décisions de la Cour suprême du Bénin, le Conférencier a rappelé ce principe qui a pour objet d'assurer la stabilité des situations juridiques favorables aux bénéficiaires bien qu'entachées d'illégalité ;

autrement dit, au nom de la sécurité juridique les irrégularités peuvent-elles être couvertes ? Il y a lieu de prime abord, de préciser que le principe des droits acquis ne s'applique pas aux actes réglementaires car nul n'a le droit au maintien d'un règlement. Les droits acquis ne sont opératoires qu'en ce qui concerne les actes administratifs à caractère individuel ou collectifs créateurs de droits.

La jurisprudence du Conseil d'État Français a précisé le délai au-delà duquel l'acte administratif individuel même irrégulier crée des droits et ne peut plus être rapporté par l'administration. Depuis l'arrêt du 26 décembre 2001 Therond le délai du recours et le délai du retrait ont été dissociés. Le délai retrait des décisions explicites court à compter de la date de signature de la décision, il est de quatre mois alors que le délai du recours contentieux est de deux mois après notification de l'acte. Par conséquent, l'acte ne peut plus être retiré à l'expiration du délai de recours contentieux.

Les interventions des participants ont porté sur le cas où une personne bénéficie d'avantages irréguliers et où la théorie des droits acquis ne permet pas de le retirer.

Sur ces différents points, le conférencier en insistant sur le principe selon lequel « *dura Lex, sed Lex* » a proposé d'analyser la situation des droits acquis à des causes d'irrecevabilité. Il a par ailleurs invité à procéder à une distinction entre erreur et fraude dans la mesure où les manœuvres frauduleuses doivent être établies devant le juge et qu'il n'est pas toujours certain que le bénéficiaire de l'acte en soit l'instigateur.

Les participants à l'atelier ont souligné l'intérêt qui s'attache dans le cadre de la conciliation de la sécurité et des droits acquis au bénéfice d'une décision illégale à la destruction entre l'illégalité résultant d'une erreur et celle résultant d'une illégalité manifeste fruit d'un détournement de pouvoir par favoritisme. Ils ont souhaité que le recours du juge administratif parvienne à élaborer un régime juridique compatible avec l'édifice du droit public mais permettant de mettre un terme à des décisions individuelles illégales et particulièrement choquantes.

JURIDICTIONS DE CASSATION

LA PROTECTION JUDICIAIRE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

par **M. Dorothée SOSSA**

Professeur Agrégé et Doyen de la FADESP – Université d'Abomey Calavi (Bénin)
Avocat à la Cour

Protéger c'est prémunir une personne ou un bien d'un risque, garantir sa sécurité, son intégrité. La protection judiciaire est celle qui s'opère par des voies de droit et plus précisément par la voie judiciaire, par le recours aux juridictions de l'ordre judiciaire. La protection peut, en outre, être administrative et relever donc de la fonction de l'Etat qui, sous l'autorité du pouvoir exécutif tient dans l'exécution des conventions internationales et des lois, le fonctionnement continu des services publics. Ces services en matière de protection de la propriété intellectuelle sont, au Bénin, l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI) et le Bureau Béninois des Droits d'Auteur (BUBEDRA) qui s'occupent plus spécialement des droits d'auteur et droits voisins⁸.

La protection des droits de propriété intellectuelle trouve essentiellement sa source dans les traités internationaux. Elle a d'abord généré les conventions dites d'Union source d'un droit unioniste. Nous pouvons rappeler et citer à ce titre la Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 et la Convention d'Union de Berne sur la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 mars 1886. D'autres conventions ont dérivé plus tard de ces conventions

8 - Il faut en effet rappeler que la propriété intellectuelle comprend deux aspects à savoir la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle. La propriété littéraire et artistique composée du droit d'auteur (qui protège les « œuvres de l'esprit », des droits voisins du droit d'auteur (qui s'entendent de ceux des auxiliaires de la création littéraire et artistique à savoir notamment : artistes-interprètes, producteurs de musique, de films et de bases de données, entreprises de communication audiovisuelle ...). Aujourd'hui, la contrefaçon, appelée vulgairement « piraterie » est aussi constituée par le téléchargement illégal. La propriété industrielle comprend, de son côté, le droit des créations industrielles que sont : - les brevets d'invention qui protègent les créations techniques ; les marques de produits ou de services qui sont l'ensemble des signes distinctifs d'un produit (nom, logo, emblème...), i.e. les représentations tendant à singulariser aux yeux du public la notoriété ou la représentation d'une entreprise ; les dessins et modèles industriels qui sont des créations ornementales qu'on trouve notamment dans le domaine de la mode, l'ameublement et le jouet. La contrefaçon de dessins et modèles n'imité pas le nom ou le logo du produit mais son apparence, caractérisée en particulier par ses lignes, ses contours, sa forme, sa texture ou ses matériaux. Dans la pratique, le dessin concerne une création bidimensionnelle et le modèle une création tridimensionnelle. – En matière de dessins et modèles ou de marques, la contrefaçon est constituée, selon la jurisprudence, dès lors que les produits procurent une impression visuelle d'ensemble similaire ou qu'« existent une possibilité de confusion pour un acheteur d'attention moyenne qui n'a pas en même temps les deux produits sous les yeux ». Elle s'apparente alors à une tromperie, le but du contrefacteur étant de créer une confusion entre le produit original et le produit contrefaisant et de s'approprier ainsi la notoriété et les efforts créatifs des titulaires de droits afin de profiter indûment des investissements réalisés. Les marques, les dessins et modèles sont les droits de propriété industrielle les plus fréquemment violés. Les schémas de configuration (topographie) des circuits intégrés (ou produits semi-conducteurs ou puces électroniques permettant de renfermer diverses informations), les obtentions végétales i.e. les nouvelles variétés de plantes, les indications géographiques (ou appellations d'origine) qui attestent du lien entre un produit et son origine géographique appellent aussi protection. L'appellation de propriété intellectuelle accolée aux droits concernés a été discutée. On s'est demandé si cette dénomination est bien appropriée pour les désigner (Voir sur ce point, entre autres, Jean-Luc Piotraut, *Droit de propriété intellectuelle*, Paris, Ellipses, Collection Référence droit, 2004, p. 9). Sans entrer ici dans ce débat, il nous suffit de relever que les contempteurs en sont restés pour leur compte et que, aujourd'hui, sur le plan normatif nous assistons à une consécration universelle de l'expression critiquée à travers, par exemple, l'annexe de l'accord de Marrakech relative aux aspects des droits de propriété intellectuelle touchant le commerce (ADPIC). En tout état de cause il s'agit ici de droit exclusif sur un sujet immatériel, qui se ramène à un monopole d'exploitation. On pourrait en rapprocher, comme l'a fait le législateur OAPI, certains éléments incorporels du fonds de commerce (notamment les noms commerciaux qui relèvent de la propriété commerciale) ou encore le droit de la concurrence déloyale et du parasitisme. Mais on n'a pas affaire avec ces institutions avec des titres de propriété intellectuelle d'où leur place dans cette matière est plutôt problématique.

d'Union originaires tant en matière de propriété littéraire et artistique qu'en matière de propriété industrielle.

S'agissant de la propriété littéraire et artistique, il y a le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) du 20 décembre 1996, la Convention de Rome sur la protection des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion du 26 octobre 1961 et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) du 20 décembre 1996.

En ce qui concerne la propriété industrielle, nous pouvons mentionner le Traité de coopération en matière de brevets (PCT) signé à Washington le 19 juin 1970, le Traité sur le droit des brevets (PLT) adopté dans le cadre de l'OMPI les 11 mai et 2 juin 2000 et la Convention de Paris du 2 décembre 1961 pour la protection des obtentions végétales.

A ces instruments, nous devons encore ajouter, d'une part, la Convention universelle de Genève sur le droit d'auteur du 6 septembre 1952 signée dans le cadre de l'UNESCO à l'initiative des Etats-Unis pour concurrencer l'Union de Berne qu'ils trouvaient trop contraignant et à laquelle ils n'adhéreront qu'en 1989 et, d'autre part, l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, y compris le commerce de marchandises (ADPIC), annexé à la Convention de Marrakech du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du Commerce.

Pour ce qui est plus spécifiquement de l'Afrique, rompant avec l'application du droit français en la matière, douze Etats africains issus de la colonisation française ont le 13 septembre 1962, créé avec l'Accord dit de Libreville l'Office Africain et Malgache de Propriété Industrielle (OAMPI) pour l'adoption d'une législation uniforme de protection de la propriété industrielle et la mise en place d'une structure commune de propriété industrielle.

Avec l'accord de Bangui du 2 mars 1977, qui va intégrer tous les aspects de la propriété intellectuelle, l'OAMPI cédera la place à l'OAPI⁹.

Il importe de relever que, par rapport à la propriété littéraire et artistique, les Etats membres ont, outre l'annexe VIII de l'Accord de Bangui pris des lois internes. Au Bénin le texte actuellement en vigueur sur ce point est la loi N° 2005-30 du 05 avril 2006 relative à la protection du droit d'auteur et des droits voisins en République du Bénin¹⁰.

En réalité, le droit OAPI est le premier droit véritablement communautaire entre les pays actuellement membres de l'OHADA. Ce droit ne manquait pas d'ambitions, puisque, au-delà de la propriété intellectuelle au sens strict, il embrasse les noms commerciaux et la concurrence déloyale.

9 - Ce Traité comprend 48 articles, 10 annexes, à savoir: -les brevets d'invention (Annexe I) ; - les modèles d'utilité (Annexe II) ; -les marques de produits ou de services (Annexe III) ; -les dessins et modèles industriels (Annexe IV) ; -Les noms commerciaux (Annexe V) ; -Les indications géographiques (Annexe VII) ; -La propriété littéraire et artistique (Annexe VIII) ; -Les schémas de configuration (topographie) des circuits intégrés (Annexe IX) ; -La protection des obtentions végétales (Annexes X) (Voir le site www.oapi.wipo.net).

10 - Deux dispositions de l'Accord de Bangui méritent d'être soulignées par rapport à la portée des textes internes. Il s'agit de ses articles 17 et 18. L'article 17 portant sur dispositions divergentes dispose qu': « En cas de divergences entre les dispositions contenues dans le présent Accord ou dans ses annexes et les règles contenues dans les conventions internationales aux quelles les Etats membres sont parties, ces dernières prévalent ». Quant à l'article 18 il prévoit que « Les décisions judiciaires définitives rendues sur la validité des titres dans l'un des Etats membres en application des dispositions du texte des annexes I à X au présent Accord font autorité dans tous les Etats membres, exceptées celles fondées sur l'ordre public et les bonnes mœurs. »

Cela dit, nous devons relever que la protection de ces droits repose sur la sanction de la contrefaçon. Celle-ci s'entend de la reproduction (à l'identique, d'où on parle de copie servile, ou sous une forme rapprochée) ou encore l'utilisation (totale ou partielle) non autorisées d'un titre de propriété intellectuelle protégé. Dépassant le domaine des produits de luxe¹¹ où pendant longtemps, elle s'était illustrée mais qui ne compte plus aujourd'hui que pour 9% de ses entrées, la contrefaçon n'épargne plus aucune filière des biens de consommation. Elle présente de graves conséquences d'ordre économique, fiscal et sanitaire. Sur le plan économique, elle est nuisible aux entreprises victimes. Elle entraîne selon l'OCDE¹² des suppressions d'emploi et suivant la CCI les Etats y perdent en recettes fiscales 7,6 milliards d'Euros pour l'habillement, 3 milliards d'Euros pour les parfums et cosmétiques et 1,5 milliard d'Euros pour les médicaments¹³. Elle décourage la recherche développement. D'un autre côté et dans bien des cas, les produits contrefaits atteignent la santé des consommateurs¹⁴. Depuis les années 1990, elle est passée du stade artisanal à un phénomène planétaire empruntant même ses circuits à la criminalité organisée¹⁵.

Pour combattre la contrefaçon, il s'impose de faire respecter le droit exclusif conféré au propriétaire par la propriété intellectuelle. On y parvient grâce au concours de l'administration publique et de la Justice. Sur le plan administratif, l'OAPI intervient notamment, aux moyens de décisions unilatérales dans le contrôle de la cession et concession des droits de la propriété intellectuelle, la déchéance automatique et le système de licence de plein droit en matière de brevet. Ainsi, par exemple, les actes de cession du droit, de concession d'exploitation et de mise en gage de brevet, du modèle d'utilité de la marque, du nom commercial et des dessins et modèles sont opposables aux tiers dès lors qu'ils ont été inscrits dans un délai de douze mois au registre spécial prévu pour chaque titre auprès de l'OAPI. Cette organisation interafricaine concourt, en outre, à rendre effectif le droit du titulaire à travers la licence de plein droit prévue pour les brevets ; elle consiste à porter cette inscription dans le brevet pour inviter toute personne intéressée à prendre une licence du titre.

Mais il s'agit pour nous de considérer ici la protection judiciaire que nous pourrions aborder relativement à la protection littéraire et artistique, d'une part (I), et à la propriété industrielle, d'autre part (II).

*

I – LA PROTECTION JUDICIAIRE DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

Il s'agit ici de considérer la défense des droits d'auteur et celle des droits voisins.

*

11 - Notamment, joaillerie, bijouterie, horlogerie, haute couture, parfums et produits cosmétiques, maroquinerie. Voir, entre autres, sur ce point le *Rapport* de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale présenté sous le N° 420 au Sénat français en sa séance du 26 juillet 2007, p. 10.

12 - Ibid. ; voir aussi site www.ocde.org et les liens.

13 - Voir, notamment, ICC Counterfeiting Intelligence Bureau, *Countering Counterfeiting – A Guide to Protecting and Enforcing Intellectual Property Rights*, April 1997. ICC Publication N° 574 ISBN No 92.842.1231.X

14 - Jouets inflammables, appareils domestiques de mauvaises qualités et dangereux, allergies occasionnées par des parfums ou par des cosmétiques contrefaisants, bijoux d'imitation fabriqués avec des matériaux radioactifs, lunettes de soleil contrefaisantes provoquant des lésions oculaires, des médicaments sans aucun principe actif etc.. Voir *Rapport* au Sénat français cité plus haut, p. 12.

15 - Ibid.

A – DEFENSE DES DROITS D'AUTEUR

Toute atteinte aux droits exclusifs de l'auteur peut être poursuivie et sanctionnée pour contrefaçon. Dès lors les questions qui se posent ici sont de savoir : Quelles sont les formes de la contrefaçon ? Comment s'apprécie-t-elle ? Quelles sont les sanctions qu'elle implique ?

1 – LES FORMES DE LA CONTREFAÇON

Le plus souvent, la contrefaçon de droits d'auteur consistera en la reproduction ou représentation non autorisée de l'œuvre. Il importe, en conséquence, de préciser les formes, l'appréciation et les sanctions de la contrefaçon.

1.1 La reproduction ou la représentation non autorisée de l'œuvre

La matière trouve son siège dans les articles 108, 109 de la loi n° 2005-30 du 10 avril 2006 relative à la protection du droit d'auteur et des droits voisins en République du Bénin.

D'autres formes de contrefaçon ont fait l'objet de l'article 110, 2^e alinéa de la même loi qui se rapporte au débit, à l'exportation et à l'importation d'ouvrages contrefaisants.

Certaines questions controversées relativement à la violation du droit moral de l'auteur et à la violation du droit de destination de l'œuvre appellent spécialement ici l'attention. Ainsi, s'agissant de la violation du droit moral de l'auteur, la loi est muette sur la question de savoir si la contrefaçon peut être constituée par la seule atteinte aux attributs d'ordre intellectuel et moral conférés à l'œuvre. Pour sa part, la doctrine semble hostile à cette idée. Mais la jurisprudence fournit quelques décisions apparemment favorables. Ont ainsi été qualifiées de contrefaçon, une atteinte au droit de divulgation et une autre à l'intégrité de l'œuvre¹⁶.

En outre, en ce qui concerne la violation du « droit de destination » de l'œuvre, notion controversée, certaines décisions judiciaires n'ont pas hésité, malgré l'absence de dispositions législatives expresses, à la qualifier de contrefaçon au sens large. Cela a été le cas face à l'usage d'une œuvre de l'esprit à une fin autre que celle autorisée par l'auteur¹⁷.

La détermination des formes de la contrefaçon ne suffit pour régler le problème. Il faut encore une appréciation autorisée des faits.

2 – L'APPRECIATION DE LA CONTREFAÇON

Il s'agit ici d'évoquer le pouvoir et les modalités de l'appréciation

2.1 – Le pouvoir d'appréciation

C'est au juge qu'il revient d'évaluer les thèses des parties en litige. En d'autres termes cette appréciation est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. Il convient de relever ici que dans le cadre des procédures portées devant les juridictions de l'ordre judiciaire, il s'est posé la

16 - Paris, 17 février 1988, Pons et autres c. consorts de Staël ; TGI Paris, 15 octobre 1992, Jérôme Lindon et SACD c. Compagnie Brut de Béton et Bruno Boussagnol ; Paris, 17 février 1988, Pons et autres c. consorts de Staël ; TGI Paris, 15 octobre 1992, Jérôme Lindon et SACD c. Compagnie Brut de Béton et Bruno Boussagnol. N.B., toutes les décisions judiciaires françaises citées peuvent être consultées suivant les références données dans J.L. Piotraut et P.-J. Déchrisé, *Jugements et arrêts fondamentaux de la propriété intellectuelle*, Paris, Lavoisier, Collection Technique et Documentation, 2002.

17 - Cass. Crim., 28 janvier 1888 ; Cass. Crim., 2 décembre 1964, Gayout et autres.

question de l'étendue des pouvoirs de la juridiction de cassation quant à l'appréciation de la contrefaçon de droits d'auteur. Par un arrêt du 16 juin 1955, la Chambre criminelle a rappelé le principe de l'appréciation souveraine des juges du fond pour prononcer ou, au contraire, rejeter la qualification de contrefaçon¹⁸. Naturellement cette appréciation se fait sous le contrôle de la Juridiction de cassation.

2.2 – Les modalités d'appréciation

Pour apprécier la contrefaçon, le principe, commun à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, est qu'il faut se fonder sur les ressemblances et non sur les dissemblances. Cette prise en considération des ressemblances est ainsi vérifiée dans différents domaines de la création littéraire et artistique.

Pour la Cour de cassation, les juges du fond sont tenus, dans un litige de contrefaçon d'œuvre littéraire, de confronter les deux œuvres en litige, de façon à vérifier si, par leur composition ou leur expression, elles ne présentaient pas des ressemblances telles que la seconde s'apparente à une reproduction ou, à tout le moins, une adaptation de la première¹⁹.

2.3 – La constatation des faits (article 89) et la saisie -contrefaçon (article 90)

L'article 89 de la loi traite de la constatation des faits, qui incombe à un « agent assermenté l'organisme de gestion collective ou tout autre agent habilité à cet effet », tandis que l'article 90 de la même loi vise la procédure.

Ce texte traite de la saisie-contrefaçon qui constitue une procédure rapide et non contradictoire qui permet à la victime d'une contrefaçon ou à ses ayants droit soit de faire placer provisoirement sous main de justice tout ou partie du matériel, des supports et des recettes liées à l'infraction, soit de faire suspendre des représentations ou exécutions publiques non autorisées.

3 – LES SANCTIONS DE LA CONTREFAÇON

Elles sont d'ordre civil et d'ordre pénal.

3.1 - Les sanctions civiles

Elles consistent en une indemnisation de la victime ou en une réparation en nature. Le succès de l'action dépend en principe de la preuve de la matérialité de l'atteinte au droit. La bonne foi est généralement inopérante dans les procédures de contrefaçon. La cour de cassation a pu ainsi juger que « la mauvaise foi des personnes qui ont participé à une contrefaçon n'est pas une condition de l'action civile exercée par l'auteur en vue d'obtenir la réparation de la perte pécuniaire que lui a causé l'usurpation de son droit de propriété intellectuelle »²⁰. Il appartient donc au revendeur ou à l'importateur d'un produit de se renseigner sur l'existence de droits de propriété littéraire ou artistique susceptibles d'être détenus par des tiers sur ce produit.

L'indemnisation de la victime : elle prend souvent la forme d'une allocation de dommages et intérêts. Mais elle peut aussi consister en la remise des recettes confisquées.

Allocation de dommages et intérêts : c'est en principe en vertu des règles de la responsabilité civile délictuelle (art. 1382 et 1383 du Code civil) que sera prononcée l'éventuelle condamnation du contrefacteur au versement de dommages et intérêts à la victime. S'agissant de

18 - Cass. Crim., 16 juin 1955, Levai.

19 - Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1992, Trust Company Bank et consorts Mitchell c. Regine Deforges et Editions Ramsay.

20 - Cass. Civ 1^{re}, 6 juin 1990, Sté Textiles Maurice et autre c. Sté Goutarel.

dommages intérêts compensatoires, il convient de respecter le principe de la réparation intégrale, suivant lequel l'indemnité doit normalement correspondre au strict préjudice subi.

Remise des recettes confisquées : l'art. 115 autorise le juge à la prononcer dès la confiscation de tout ou partie des recettes procurées par l'infraction. Dans une telle hypothèse la remise des recettes confisquées « à la victime ou à ses ayants droit pour les indemniser de leur préjudice », à charge, le cas échéant, pour le responsable de verser un complément d'indemnité tiré de ses propres deniers.

La notion de « recettes » visée par le législateur (article 97 de la loi de 2006) a donné lieu à une interprétation jurisprudentielle ; elle doit s'entendre du profit retiré de la contrefaçon, lequel se distingue, en particulier, du chiffre d'affaires. L'incertitude demeure, en revanche, quand il convient de savoir si la remise des recettes est possible même lorsque celles-ci dépassent le montant du préjudice subi par la victime.

La réparation en nature : elle est complémentaire de l'indemnisation de la victime, la réparation en nature est, susceptible de revêtir des formes très variées. On rencontrera des condamnations, par exemple, à la cessation de l'infraction²¹, le cas échéant sous astreinte²², à la destruction de stocks de contrefaçons, à l'achèvement d'une construction²³ à l'apposition de mentions sur le (ou les) ouvrages contrefaisants, ou encore des injonctions de procéder à des formalités (comme rectification de dépôt légal).

3.2 - Les sanctions pénales

Aux termes des articles 110 et suivants de la loi N° 2005-30 du 05 avril 2006, la contrefaçon des droits de propriété littéraire et artistique est susceptible d'entraîner des poursuites pénales. Elle s'apparente toutefois à un délit intentionnel, dont la répression est subordonnée à un agissement volontaire de son auteur c'est-à-dire à l'établissement d'un dol général.

Or aux termes d'une jurisprudence déjà ancienne, la mauvaise foi est présumée à l'égard de celui qui commet un acte matériel de contrefaçon. Mais, contrairement à ce qui est retenu en matière civile, il s'agit seulement d'une présomption simple : le prévenu a la possibilité de convaincre le juge du fond de sa bonne foi, question dont l'appréciation échappe, au contrôle de la Cour de cassation²⁴.

Les peines encourues se déclinent en peines principales et celles complémentaires.

Les peines principales tiennent dans l'emprisonnement de trois mois à deux ans ou une amende de cinq cent mille (500.000) à dix millions (10.000.000) de francs (article 110 de la loi). Ces peines sont portées au double en cas de récidive (article 114 de la loi). Quant aux peines complémentaires elles se traduisent par : la confiscation et la destruction des objets et du matériel de contrefaçon (article 115 de la loi), la fermeture d'établissement (en cas de récidive : article 114 de la loi), la publication du jugement (article 115 de la loi).

B - LA DEFENSE DES DROITS VOISINS

La violation du droit moral des artistes-interprètes ne constitue pas en soi, à la différence de celle des droits d'auteur, une contrefaçon. Pour le surplus, les questions de forme et d'appréciation de la contrefaçon n'appellent pas de développements différents de ceux relatifs aux droits d'auteur : la

21 - Paris 13 mars 1986, Sté Sygma, Sté Gamma et Katherine Adamov c. Javacheff Christo.

22 - TGI Paris, 14 août 1986, Sté Editions musicales Pouchenel et autres c. Ecole centrale de Paris et autres ; Sté Art Music France et autres c. Ecole nationale supérieure des télécommunications et autres.

23 - Cass. Civ. 1^{re}, 8 janvier 1980, Dubuffet c. Régie nationale des usines Renault.

24 - Cass. Crim., 1^{er} février 1912, Mornat c. Garraud.

défense des droits voisins relève largement de dispositions communes à l'ensemble de la propriété littéraire et artistique.

**

II - LA PROTECTION JUDICIAIRE DE LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE

Nous évoquerons la protection des brevets, celle des marques de produits ou de services puis celle des dessins ou modèles.

A – LA PROTECTION DES BREVETS

Le droit des brevets régit tout à la fois les formes de la contrefaçon, l'action en contrefaçon et les sanctions de la contrefaçon.

1 – LES FORMES DE LA CONTREFAÇON

Elles sont définies par l'article 58, Annexe I à l'accord de Bangui. Il s'agit de la reproduction non autorisée d'une invention brevetée et de l'exploitation non autorisée

1.1 – La reproduction non autorisée d'une invention brevetée :

Il s'agit ici d'aborder les modalités de la reproduction visée et la manière dont s'apprécie la contrefaçon.

- Modalités de la reproduction

Reproduction partielle d'invention brevetée : l'article précité dispose que : « L'étendue de la protection conférée par le brevet est déterminée par la teneur des revendications ». A cet effet, il importe de se poser la question de savoir s'il convenait, ou non, de sanctionner la reproduction d'un élément séparé de l'invention lorsque la revendication concernée est complexe et divisible. La Chambre commerciale de la Cour de cassation l'a admis dans un arrêt où elle a censuré une cour d'appel qui s'était abstenue de rechercher si la reproduction en partie d'une des caractéristiques de l'invention brevetée ne constituait pas une contrefaçon partielle²⁵.

La reproduction sous une forme équivalente de l'invention brevetée : La qualification de contrefaçon n'est nullement subordonnée à une reproduction de l'invention brevetée au strict identique. C'est ainsi qu'est également sanctionnée en jurisprudence la contrefaçon « par équivalence » en cas d'identité de fonctions (ou de résultats) entre le moyen litigieux et le moyen breveté, nonobstant une différence de formes²⁶. Et tel est aussi le cas dès lors qu'un produit « est obtenu directement par un procédé équivalent au procédé objet du brevet »²⁷.

- Appréciation de la contrefaçon :

Comme les autres branches de la propriété intellectuelle, la matière des brevets laisse place à l'adage classique, selon lequel « l'appréciation de la contrefaçon se fonde sur les ressemblances et non

25 - Cass. Com., 28 avril 1987, Sté Equipements Automobiles Marchal c. Sté Paul Journée.

26 - Cass. Com., 15 juillet 1987, Sté Guima c. Sté Les Bennes Marrel.

27 - Cass. Com., 13 décembre 1988, Sté Sanofi animale santé et autre c. Sté de droit américain Pfizer Inc. et autre.

sur les différences ». La qualification de la contrefaçon est admise dès lors que sont constatées des ressemblances sur les caractéristiques essentielles de l'invention, en dépit d'éventuelles différences, mêmes constitutives, le cas échéant, de perfectionnement²⁸.

1.2 – L'exploitation non autorisée

Il est prohibé, à défaut de consentement du propriétaire du brevet, un certain nombre d'actes d'exploitation de l'invention protégée. La notion d'exploitation non autorisée est entendue de manière très large puisque sont visées par le législateur :

- l'utilisation, ou la détention à cette fin, d'un produit ou procédé breveté ;
- l'offre, la mise dans le commerce ou la détention à ces fins d'un produit ou procédé breveté, ou encore d'un produit obtenu directement par un procédé breveté ;
- l'importation, en vue de son offre ou de sa mise dans le commerce, d'un produit ou procédé breveté, ou encore d'un produit obtenu directement par un procédé breveté.

C'est en vue d'éviter des poursuites pour l'exploitation non autorisée d'une invention brevetée que la loi déroge au principe général de l'irrecevabilité des actions préventives en admettant l'action en déclaration de « non contrefaçon » : « toute personne qui justifie d'une exploitation industrielle sur le territoire d'un Etat membre de la CE ou de préparatifs effectifs et sérieux à cet effet » peut demander au titulaire d'un brevet de prendre parti sur l'opposabilité de son titre à l'égard de cette exploitation. A défaut de réponse dans les trois mois, il est possible de saisir le juge pour qu'il se prononce sur l'opposabilité du brevet considéré à l'exploitation en cause.

1.3 – La fourniture des moyens de contrefaire un brevet

Une autre forme de contrefaçon consiste dans la fourniture des moyens de contrefaire un brevet, laquelle est elle-même susceptible de revêtir deux modalités.

La première est l'offre d'utilisation d'un procédé breveté faite en connaissance de cause, soit parce que l'auteur « sait » qu'il s'agit d'un procédé breveté, soit parce que les « circonstances rendent évident que l'utilisation du procédé est interdite ».

La seconde est la livraison ou l'offre de livraison des moyens de mise en œuvre se rapportant à un élément essentiel d'une invention brevetée. Mais la prohibition n'est alors encourue qu'à une double condition : d'abord l'auteur de ces faits sait ou ne peut ignorer « que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en œuvre », ensuite, sauf s'il y a incitation à la commission de la contrefaçon, que les moyens considérés ne sont pas des produits courants du commerce.

2 – L'ACTION EN CONTREFAÇON

Elle requiert l'observation de certaines conditions de l'action puis le rôle de la bonne foi.

2.1 - Les conditions de l'action en contrefaçon de brevet

L'action doit être introduite avant l'expiration du délai de prescription qui est ici de « trois ans à compter des faits qui sont en cause » (article 110 de la loi).

La qualité pour agir : propriétaire de brevet, titulaire originaire ou cessionnaire inscrit. La Cour de cassation a inféré de cette formule l'irrecevabilité de l'action exercée par le créancier du brevet, à

²⁸ - Cass. Com., 29 mai 1980, Mayer c. Jarrault et autres.

l'encontre de la volonté de ce dernier, que ce soit au titre de l'action oblique de l'art. 1166 du Code civil ou que ce soit au titre de l'action paulienne de l'article 1167 du même code (dans l'hypothèse d'un désistement d'action du breveté)²⁹.

En cas de brevet détenu en copropriété et sauf stipulation contraire du brevet de copropriété, « chacun des copropriétaires peut agir en contrefaçon à son seul profit. Le copropriétaire qui agit en contrefaçon doit notifier l'assignation délivrée aux autres copropriétaires : il est sursis à statuer sur l'action tant qu'il n'est pas justifié de cette notification ».

Les prérogatives des licenciés : dès lors qu'ils sont inscrits à l'OAPI, ils sont fondés à intervenir à l'instance déjà engagée. En revanche, à la différence du licencié d'un dessin ou modèle, le licencié de brevet est, dans certaines conditions, recevable à agir lui-même en contrefaçon. Il en est ainsi en cas d'inertie du propriétaire du brevet, vainement mis en demeure d'agir en contrefaçon.

Le cumul avec l'action en concurrence déloyale : il est possible d'associer une action en contrefaçon de brevet et une action en concurrence déloyale, lorsque chacune d'elles se fonde sur des faits distincts. La Cour de cassation a ainsi exigé des juges du fond qu'ils fassent ressortir précisément « une faute constitutive de concurrence déloyale distincte de la participation au fait de contrefaçon » de brevet³⁰.

La jurisprudence s'est même prononcée en faveur de l'admission de l'action en concurrence déloyale pour la première fois en cour d'appel dès lors que, « virtuellement comprise dans la demande initiale » fondée sur la contrefaçon, elle tend « aux mêmes fins » qu'elle, à savoir « l'interdiction de fabrication et de commercialisation » des reproductions serviles commises par le défendeur³¹.

2.2 - Le rôle de la bonne foi :

Par principe, la bonne foi du contrefacteur est indifférente à sa condamnation dans le cadre des procédures civiles. Cependant, la mauvaise foi est parfois exigée en matière de brevets.

Exigence de la bonne foi pour l'exploitation d'un produit breveté par un autre fabricant : cela concerne les distributeurs, utilisateurs ou détenteurs en vue de l'utilisation qui ne sont pas les fabricants du produit contrefait.

Exigence de la mauvaise foi pour la fourniture de moyens de contrefaire un brevet

3 – LES SANCTIONS DE LA CONTREFAÇON DE BREVET

Elles s'analysent à travers les constatations des faits, les sanctions civiles et les sanctions pénales.

3.1 – Constatation des faits

Elles se traduisent par la saisie-contrefaçon et la retenue douanière.

3.2 – Sanctions civiles

Elles s'expriment par les mesures provisoires et les mesures définitives.

Les mesures provisoires :

29 - Cass. Com., 9 juillet 1958, Sté Dognin c. Sté « La gaine Scandale » et autre.

30 - Cass. Com., 23 mai 1973, Sté Comocafé, Sté Machines Conti c. Arosio.

31 - Cass. Com., 24 novembre 1987, Sté Sococa c. Sté Comia Fao.

- interdiction provisoire par le juge des référés de la poursuite des actes argués de contrefaçon.
- ou subordination de la poursuite de ces actes à la constitution d'une caution.

Les mesures définitives :

- interdiction de continuer la contrefaçon,
- confiscation au profit de la victime des objets, dispositifs et moyens contrefaisants.
- allocation de dommages et intérêts (Art. 1382 et 1383 du Code civil).

3.3 – Les sanctions pénales

Elles se traduisent par : la répression de la contrefaçon *stricto sensu*, et la répression des infractions voisines (usurpation de la qualité de breveté, violation de la mise au secret par la défense nationale, violation de l'obligation de dépôt, violation de secrets de fabrique non brevetés).

B - LA PROTECTION DES MARQUES DE PRODUITS ET DE SERVICE

L'Article 47, de l'Annexe III de l'Accord de Bangui prévoit que : « 1) *Les actions civiles relatives aux marques portées devant les tribunaux civils et jugées comme matières sommaires.* – 2) *En cas d'action intentée par la voie correctionnelle, si le prévenu soulève pour sa défense des questions relatives à la propriété de la marque, le tribunal compétent statue sur l'exception* ».

La loi fait courir, en principe, la protection de son titulaire à compter de la publication de l'enregistrement de la marque. C'est à partir de ce moment que la marque est définitivement opposable aux tiers. Il en découle qu'il fournit au juge le fondement de la sanction des atteintes.

S'agissant des formes de la contrefaçon, outre celles issues du dépassement par un licencié de l'une des limites de sa licence, les atteintes aux droits de la marque résultent de la violation des interdictions prévues par la loi.

De manière générale, la contrefaçon, au sens large, d'une marque est susceptible de procéder d'une reproduction, d'une imitation ou d'un usage illicites, sans préjudice des autres atteintes à la marque, de caractère spécifique.

1 - L'ACTION EN CONTREFAÇON

Outre les conditions générales de toute procédure civile, l'action en contrefaçon de marque est assujettie à certaines conditions spécifiques notamment la qualité pour agir et le cumul possible avec l'action en concurrence déloyale.

La qualité pour agir : « propriétaire de la marque qu'il soit titulaire originaire ou cessionnaire inscrit ». En effet, tout licencié inscrit est recevable à intervenir dans l'instance en contrefaçon du titulaire de la marque afin d'obtenir la réparation du préjudice qui lui est propre mais l'acceptation de son admission à agir à titre principal est subordonnée au consentement du titulaire de la marque ou, au licencié exclusif en cas d'inertie du propriétaire vainement mis en demeure d'agir.

Le cumul possible avec l'action en concurrence déloyale : admis si chacune d'elle est fondée sur des faits distincts. La concurrence déloyale doit être fondée non sur la reproduction, l'imitation ou l'usage illicite, mais, par exemple sur des pratiques complémentaires de dénigrement, de prix ou de produits d'appels, etc.

2 - LA SANCTION DE LA CONTREFAÇON

La loi institue une procédure de saisie-contrefaçon, de saisie par officier de police judiciaire et de retenue douanière.

La saisie-contrefaçon : l'article 90 habilite le titulaire d'une marque ainsi que les licenciés exclusifs, ont le droit à faire procéder par huissier sur ordonnance du Président du Tribunal compétent à la description détaillée et à la saisie réelle, des produits contrefaits.

La saisie par l'Officier de police judiciaire : cette saisie est prévue par l'article 95.

La retenue douanière : l'Administration douanière peut retenir pendant 10 jours, à la demande du propriétaire ou licencié exclusif d'une marque enregistrée, les marchandises contrefaisantes.

Ces sanctions sont de deux ordres : elles sont de nature civile ou pénale.

Les sanctions civiles déterminent la responsabilité civile de l'auteur de la contrefaçon et se traduisent par des mesures provisoires ou définitives. Les mesures provisoires tiennent dans l'interdiction provisoire de poursuivre les actes argués de contrefaçon tandis que les mesures définitives consistent en l'interdiction de continuer la contrefaçon et l'allocation de dommages et intérêts.

Sanctions pénales se déclinent en peines principales et en peines complémentaires. Les peines principales sont l'emprisonnement de trois mois à deux ans et/ou une amende de cinq cent mille (500.000) à dix millions (10.000.000) de francs alors que les peines complémentaires sont la confiscation des produits et matériels contrefaisants (dont le juge peut ordonner la remise à la victime), la fermeture d'établissement et la publication du jugement.

C - LA PROTECTION DES DESSINS ET MODELES

Toute atteinte aux droits conférés par le dessin ou modèle protégé est constitutive d'une contrefaçon. D'où cette protection mérite l'analyse de l'action en contrefaçon et des sanctions.

1 - L'ACTION EN CONTREFAÇON

Est irrecevable l'action intentée par le licencié même exclusif³². Le juge du fond est souverain dans l'appréciation des ressemblances et différences existant entre le dessin et le modèle déposés et celui argué de contrefaçon³³.

1.1 - Le cumul avec l'action en concurrence déloyale

L'action en contrefaçon se double ici d'une action en concurrence déloyale dont le régime est distinct. La jurisprudence a admis le cumul dès lors que chacune des deux actions se fondait sur des faits distincts, par exemple la vente de produits contrefaisants accompagnée de manœuvre de dénigrement ou de désorganisation du marché (dû à la vente à prix cassé des produits contrefaisants).

1.2 - Le rôle de la bonne foi

En règle générale, la bonne foi du contrefacteur est dépourvue d'effet dans les procédures civiles de contrefaçon. De façon exceptionnelle, toutefois elle est prise en compte en matière de dessins et modèles.

32 - Cass. Com., 12 juillet 1993, Sté SCP France et autre, Bull. civ. IV, n° 294.

33 - Cass. Com., 5 février 1958, Bonnemaïson c. Cassière.

2 - LES SANCTIONS DE LA CONTREFAÇON

Ces sanctions nécessitent la constatation de l'infraction et s'expriment par la saisie-contrefaçon et la retenue douanière. Elles sont d'ordre civil et d'ordre pénal.

Les sanctions civiles : ce sont l'allocation de dommages et intérêts et la remise des objets contrefaisants confisqués à la partie lésée. Quant aux **sanctions pénales** elles consistent en une amende de 1 million à 6 millions de francs de francs (article 24 de l'annexe IV de l'Accord de Bangui relatif aux dessins et modèles industriels).

*

**

CONCLUSION

La découverte du droit de la propriété intellectuelle et de ses différentes branches et sous-branches est, de nos jours, du plus grand intérêt et d'une importance cardinale du fait du développement constant des richesses immatérielles. Cette branche du droit commercial concerne même désormais l'essentiel de la richesse mondiale. Sa maîtrise appelle plus que l'instant et les présentations hâtives d'une conférence. D'authentiques, riches et complètes sessions de formation devront y être consacrées à l'attention des praticiens du droit pour le plus grand profit de la Justice et des justiciables. Les considérations qui viennent donc d'être faites sur la propriété littéraire et artistique, d'une part, et le droit de la propriété industrielle, d'autre part, dans leur relation avec la réalisation judiciaire doivent donc être prises pour ce qu'elles sont : un aperçu général.

CYBERCRIMINALITE EN DROIT BENINOIS

par **M. Désiré H. AIHOU**
Professeur-Assistant UAC (Bénin)
Avocat à la Cour

INTRODUCTION

« Il n'y a rien de si utile qui à certains égards ne cause du mal »³⁴. C'était en partie l'avis de Pierre BAYLE lorsqu'il exprimait le trouble dont il était saisi face à l'essor de l'imprimerie au début du 18^e siècle. Depuis cette époque, le débat autour des dangers du progrès s'est exacerbé³⁵ et l'attitude se renouvelle à l'occasion de l'avènement des nouvelles technologies de l'informatique et de la Communication (NTIC).

Incontestablement, les techniques de l'information et de la cCommunication facilitent de manière positive le développement économique et social des nations. Grâce à la technique de mise en réseau des outils de traitement de l'information avec leurs multiples commodités, les NTIC offrent partout dans le monde, à tous les citoyens qui y ont accès, des avantages considérables. Toutefois, celles-ci inaugurent l'ère d'une nouvelle génération d'actes infractionnels.

L'Internet³⁶, ainsi qu'il est convenu d'appeler le plus grand réseau planétaire de mise en œuvre des nouvelles technologies de l'Informatique et de la cCommunication, offre d'énormes moyens et ouvre son vaste espace à des délinquants d'un type nouveau. Désormais la délinquance est assistée par l'ordinateur et véhiculée par les canaux du réseau planétaire. La cybercriminalité y trouve refuge.

La cybercriminalité « [est devenue] l'une des nouvelles formes de criminalité et de délinquance, dont les conséquences peuvent être particulièrement graves pour notre sécurité collective, et pour notre économie et, bien sûr pour les citoyens qui peuvent être personnellement atteints, dans leur personne, dans leur dignité et dans leur patrimoine »³⁷. Elle est née du développement exponentiel des réseaux de création et de diffusion d'informations et d'images³⁸.

Impossible pour autant de proposer, de la notion, une définition univoque. A vrai dire, la difficulté liée à la conceptualisation du terme tient de l'absence d'une définition légale au Bénin et dans la plupart des droits africains au sud du Sahara. Cela suffit à alimenter la spéculation, à conduire vers

34 BAYLE (P.) : Dictionnaire historique et critique, dissertation sur les libellées diffamatoires, vol. 4, 1702, p. 591.

35 Voir l'ouvrage : Les dégâts du progrès. Voir également « "Filipino arrested in love Bug case" (ST. PETERSBURG -times online), disponible sur <http://www.sptimes.com> (consulté le 18 septembre 2008).

36 Le mot « Internet » est composé du préfixe « Inter » qui indique un lien ou une relation et du mot « Net » qui signifie en anglais « réseau ». Internet indique un lien entre deux plusieurs réseaux informatiques. C'est le plus grand réseau informatique du monde que certains qualifient de « le-réseau des réseaux ». Il regroupe une multitude de réseaux locaux, gouvernementaux, régionaux, et commerciaux. Tous ces réseaux communiquent entre eux par le biais du même protocole de communication, TCP/IP (Transmission Control Protocol Over Internet).

37 BRETON (T.) : "Rapport remis à Monsieur le Ministre de l'Intérieur français, de la Sécurité intérieure et des Libertés Locales", le 29 juin 2004 voir sur le site <http://www.telecom.gouv.fr/> (consulté le 19 septembre 2008).

38 Cf. REVERY (P.-M.) : La matière pénale à l'épreuve des nouvelles technologies, thèse, Université Toulouse I, 2005, p. 79. En effet, l'expression est née il n'y a pas longtemps. C'est dans les années 90 que le groupe des pays les plus industrialisés du monde, le « G8 » a employé pour la première fois l'expression cybercriminalité pour rendre compte de multiples dégâts enregistrés à l'occasion de l'utilisation des technologies de l'informatique et de la communication.

Commenté [u1]: Byle ou Bayle? Il y a lieu de vérifier la bonne orthographe, entendu qu'il est écrit Byle dans le texte de la communication et Bayle dans les notes de bas de page.

Commenté [u2]: Je doute que ce soit de l'informatique mais plutôt de l'information.

Commenté [u3]: S'il s'agit d'un sigle et que la première lettre de communication est majuscule, les premières lettres des autres mots du sigle doivent l'être également pour raison d'harmonisation.

Commenté [u4]: Je proposerais "assistée par ordinateur" et non « par l'ordinateur ».

Mis en forme : Police par défaut

Mis en forme : Non souligné

des dérives terminologiques³⁹. Certains l'assimilent à la fraude informatique⁴⁰ pendant que d'autres la confondent aux infractions de la télécommunication⁴¹.

La confusion entre cybercriminalité et les autres délits faisant appel à l'ordinateur est bien symptomatique des problèmes conceptuels posés par cette nouvelle forme de délinquance. -C'est pourquoi le Professeur A. LUCAS a senti la nécessité de rappeler que même si « *la technique informatique est au cœur de l'agissement incriminable* », il faut encore prendre soin « *d'isoler le « noyau dur* » de la « *périphérie* »⁴².

Il est à peine nécessaire de rappeler que les expressions pour appréhender le phénomène de la cybercriminalité sont nombreuses et cela pose le problème d'une recherche étymologique avant même de rentrer dans les grandes questions de droit que suscite le terme.

La cybercriminalité, est un mot composé de "cyber" et de "criminalité".

La "criminalité" est un terme familier aux juristes. Au sens large, elle désigne l'ensemble d'agissements antisociaux tombant sous le coup de la loi pénale dans une limite géographique déterminée. Stricto sensu, la criminalité est un ensemble d'agissements antisociaux punis de peines criminelles (à l'exclusion des peines correctionnelles et de police).

En somme, la criminalité est un ensemble d'actes criminels et délictueux commis dans une société déterminée à une époque donnée. C'est le sens qu'on donne à la notion dans la présente étude.

Quant au préfixe "cyber", il désigne un espace virtuel⁴³, immatériel, celui que le romancier américain William Gibson a imaginé en 1984 en créant le « cyberspace »⁴⁴. Le cyberspace est un espace déterritorialisé obtenu par la connexion des ordinateurs, des téléphones cellulaires et tous autres appareils susceptibles de discuter entre eux suivant un protocole⁴⁵ de reconnaissance et de communication⁴⁶. Mais en remontant l'histoire, le mot cyber découle de la cybernétique, une sorte de science du comportement, inventée par Wiener Norbert⁴⁷. Etymologiquement, la cybernétique vient du

39 CHAWKI (M.) « Essai sur la notion de cybercriminalité » article publié sous <http://www.iehei.org> (consulté le 29 octobre 2008).

40 Cf. ALTERMAN (H.) et BLOCH (A.) : « La fraude Informatique », Gaz. Pal., 3 sept. 1988, p. 530 ; WALL (D.) : Crime and the Internet, New York, Routledge, 2001, p. 3.

41 C'est dans cette logique que l'OCDE définit le terme comme « tout comportement illégal ou contraire à l'éthique ou non autorisé, qui concerne un traitement automatique de données et/ou de transmissions de données » ; Cf. ALTERMAN (H.) et BLOCH (A.), op. cit.

42 LUCAS (A.) : Le Droit de l'Informatique, Paris, PUF, 1987, n° 413.

43 Le philosophe Pierre LEVY définit le virtuel comme « une entité déterritorialisée, capable d'engendrer plusieurs manifestations concrètes en différents moments et lieux déterminés, sans être pour autant elle-même attachée à un endroit ou à un temps particuliers ». Voir sur la nature de cyberspace sous <http://www.archipress.org/levy/index.html/> (consulté le 28 octobre 2008).

44 FUENTES-CAMACHO (T.) : Les dimensions internationales du droit du cyberspace, Paris, Economica, 2000.

45 Notamment le protocole TCP/IP (Transmission Control Protocol Over Internet Protocol) obtenu par l'utilisation de lignes téléphoniques, des câbles ou des satellites.

46 TRUDEL (P.) Quel droit pour le cyber-presse ? La régulation de l'information sur Internet, Paris, L'Égipresse, 1996.

47 WIENER Norbert était un mathématicien américain, théoricien et chercheur en mathématiques appliquées, connu, entre autres pour être le fondateur de la cybernétique. Il expose ses théories sur la cybernétique dans un livre intitulé : Cybernetics or contrôle and communication in the Animal and the Machine, Hermann et Cie Editeurs, Paris, The technology Press, Camb.

Mis en forme : Anglais (Royaume-Uni)

Mis en forme : Police par défaut

mot grec *Kubernêsis*, qui désigne « l'action de manœuvrer un vaisseau, de gouverner. On en a déduit que la cybernétique est par essence une science du contrôle et de l'information, visant à la connaissance et au pilotage des systèmes »⁴⁸.

Il faut donc écarter l'idée erronée qui élève au rang de cybercriminalité toutes les infractions commises par l'entremise de l'ordinateur. La cybercriminalité est une infraction tenant aux services de nature ou d'origine informatique pouvant être fournis à travers un réseau de télécommunication. La cybercriminalité est une infraction de la télématique⁴⁹ et non simplement de l'informatique.

De toute évidence, la cybercriminalité n'est pas un phénomène marginal. Avec le caractère universel de la technologie de l'Internet⁵⁰, aucun Etat ne peut prétendre être hors d'atteinte de ses actes. C'est pourquoi la Communauté internationale s'est trouvée obligée de s'impliquer dans la recherche d'une solution consolidée de ses conséquences juridiques⁵¹. Il reste que l'élan international n'a pas encore résolu l'énigme de la cybercriminalité.

Le mot a la commodité de poser la problématique des conditions normatives et répressives des infractions en ligne et de traduire l'applicabilité adaptative du droit pénal aux technologies de la télématique.

Dans une perspective empirique, la déclinaison de cette problématique s'inscrit sous l'angle de la mise en œuvre de la responsabilité d'un auteur d'acte immoral et antisocial sur un réseau informatique. La répression des infractions par Internet ressortirait-elle d'une pure utopie ou serait-elle une aspiration raisonnable entrant dans le champ d'investigation du droit positif ? En d'autres termes, le droit pénal classique, qu'il soit général ou spécial, possède-t-il un dispositif pour apprivoiser les infractions en ligne et la collecte de preuve numérique ou bien nécessite-t-il un redéploiement et une réadaptation de ses mécanismes de qualification et de répression ?

48 Saint-Jean (P.) "Loin d'être hors contrôle, le concept de cybernétique se régule en France dans un domaine non centralisé mais distribué en réseau : Information, Système et cybernétique Sciences et Technologies de l'information", mars 2003, ridge, Mass, John Wiley & Sons Inc, New York, 1948.

49 La télématique apparaît alors comme la résultante du couple informatique et télécommunication. Cf. Mémento-Guide Alain BENSOUSSAN : L'informatique et le droit, Paris, Hermès, 1994, tome 1, p.

50 A ce sujet voir LARRIEU (J.) : L'internationalité et Internet, Paris, Lamy Droit des Affaires, février 2002 ; CHATILLON (G.) (dir) : Le droit International de l'Internet, Bruxelles, Bruylant, 2002 ; UNESCO : Les dimensions internationales du droit du cyberspace, Paris, Economica, 2000 ;

51 C'est d'abord l'Organisation pour la Coopération et le Développement Economique (OCDE) qui a tenté d'appréhender le phénomène en précisant qu'il s'agit de « tout comportement illégal ou contraire à l'éthique ou non autorisé, qui concerne un traitement automatique de données et/ou de transmissions de données », voir, ALTERMAN (H.) et BLOCH (A) op. cit. p. 530. Ensuite l'Organisation des Nations Unies affirme que la cybercriminalité recouvre « tout fait illégal commis au moyen d'un système ou d'un réseau informatique ou en relation avec un système informatique. Cf Actes du Dixième Congrès des Nations Unies, à Vienne, sous le titre « la prévention du crime et le traitement des délinquants », [10-17 avril 2000], disponible sur le site <http://www.uncjin.org/>. Cependant les nombreuses mesures recommandées —par l'Organisation internationale procèdent d'un système normatif incitatif et non coercitif Cf. KALINA (L.) : "Lutte contre la cybercriminalité : vers la construction d'un modèle juridique normalisé", Acte de Séminaire ADIE-Coopération française « Informatique et liberté, quel cadre juridique pour le Sénégal ? » disponible sur le site <http://www.adie.sn/>.

Mais la démarche du Conseil de l'Europe se veut plus contraignante. Cette organisation a perçu la nécessité d'une coopération internationale tant pour la conceptualisation que pour lutter contre la cybercriminalité. La Convention qui en découle et mise en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2004 vise à mettre en place une « politique commune destinée à protéger la société contre le cyber-crime, notamment par l'adoption d'une législation appropriée et la stimulation de la coopération internationale ». Voir Préambule de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité sous <http://convention.coe.int/Treaty/fr/>.

Une telle problématique renferme tout le questionnement de l'ancrage juridique de la cybercriminalité en droit positif et laisse apparaître de nouveaux enjeux relatifs à la protection des personnes et de leurs biens, à la réglementation des échanges en ligne, et à la technique de collecte et de l'acceptation de la preuve numérique.

Il reste, cependant à trouver le « seuil de juridicité »⁵² de la cybercriminalité (I) par lequel le droit pourra investir pleinement tous les domaines des infractions qui y sont commises. A défaut d'une reconnaissance évidente, la justiciabilité de la cybercriminalité sera difficile (II).

I- LE SEUIL DE JURIDICITE INTROUVABLE

Le problème de la juridicité de la cybercriminalité suppose tout d'abord admis que l'infraction est reconnue en droit positif. Le droit positif béninois n'en n'a pas fait place. Le législateur a simplement oublié de réglementer la matière (A), faisant ainsi de la cybercriminalité une infraction virtuelle (B).

A- Une réglementation oubliée

Toute société humaine pose des interdits fondamentaux accompagnés de peines susceptibles de sanctionner tout acte d'indiscipline sociale. C'est ainsi qu'est né, dès le XIX^e siècle, le concept de la politique criminelle célébrée comme « l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise la réponse au phénomène criminel »⁵³. L'illégalité pénale est donc essentiellement politique. C'est elle qui détermine la mission du droit pénal ; lequel définit au préalable les infractions et les sanctions applicables au délinquant pour rétablir l'ordre social troublé par le délit. Il en découle l'exigence légaliste enseignée par la doctrine classique comme le premier fondement de l'antijuridicité⁵⁴. Il n'y a nulle infraction, nulle peine, sans loi⁵⁵.

La force même de l'interdit légal et l'efficacité de la peine afférente tiennent d'une meilleure conceptualisation de l'infraction (a). C'est le seul référentiel qui facilite la délimitation du domaine de l'infraction (b).

a) Une conceptualisation à inventer

Ni le législateur béninois, ni la doctrine juridique autochtone n'ont encore élaboré de théorie de la cybercriminalité qui s'impose d'autorité en droit béninois. L'absence d'un corpus législatif et réglementaire traduit donc le rejet du phénomène au plan interne. Cependant, il serait difficile de déclarer de façon péremptoire la cybercriminalité *sui generis*.

A la différence d'autres phénomènes criminels qui se développent au plan horizontal, ne produisant d'effets qu'à l'intérieur d'un Etat, la cybercriminalité se déploie au plan vertical, tout se passant des frontières étatiques. Mais la possibilité d'avoir recours au droit pénal pour asseoir un traitement du phénomène est fortement tributaire de sa conceptualisation. Un acte ou une omission n'engendre de responsabilité pénale que s'il a été constitué en infraction par le législateur qui lui prévoit

Mis en forme : Police :Non Italique

Commenté [u5]: Il manque vraisemblablement un mot ici; soit « hors » ou « en dehors » des frontières ...

⁵² Selon l'expression de J. CARBONNIER in Sociologie juridique, Collection U, éd. A. Collin, Paris 1972, p. 121.

⁵³ FEUERBACH Cité par Desportes (F.) et LEGUNEHEC (F.) : Le nouveau droit pénal, Tome 1, Droit pénal général, Paris, Economica 1994, p. 6.

⁵⁴ Il en découle le principe de la légalité des délits et des peines si cher à Césaire BECCARIA. BECCARIA (C.) : Des délits et des peines, Paris Flammarion, 1990. C'est la réédition de son essai « Des délits et des peines, qu'il a d'abord publié de façon anonyme en 1764.

⁵⁵ C'est ce qu'exprime la célèbre maxime *nullum crimen, nulla pena sine lege*.

une sanction. Certains législateurs ont donc tenté d'appréhender le phénomène dans une législation appropriée.

Ainsi, aux Etats Unis, le département de justice (*United States Department of Justice*) considère la cybercriminalité comme « une violation du droit pénal impliquant la connaissance de la technologie de l'information pour sa perpétration, son investigation, ou ses procédures pénales ». La même logique a animé l'esprit des experts français pour lesquels la cybercriminalité implique « l'ensemble des infractions pénales susceptibles de se commettre sur les réseaux de télécommunications en général et plus particulièrement sur les réseaux partageant le protocole TCP-IP, appelés communément l'Internet »⁵⁶.

Ces différentes tentatives prouvent à suffire que la cybercriminalité n'est pas un phénomène limité à quelques individus ou à des activités singulières produisant leurs effets à l'intérieur de quelques nations. La planète entière est affectée par le phénomène obligeant l'Organisation des Nations Unies à s'impliquer dans la recherche de sa définition. Elle recouvre selon cette organisation « tout comportement illégal faisant intervenir des opérations électroniques qui visent la sécurité des systèmes informatiques et des données qu'ils traitent »⁵⁷. La dimension internationale de la cybercriminalité n'a pas échappé non plus au Conseil de l'Europe, lequel a proposé une Convention pour l'harmonisation des législations internes de ses Etats membres. Celle-ci vise à mettre en place une « politique commune destinée à protéger la société contre le cybercrime, notamment par l'adoption d'une législation appropriée et la stimulation de la coopération internationale ». A cette fin, les Etats se sont engagés à harmoniser leurs législations nationales pour incriminer « [les infractions contre la confidentialité, l'intégrité, et la disponibilité des données et systèmes], les infractions informatiques (« falsification informatique », la « fraude informatique »), les infractions se rapportant au contenu que sont les « infractions liées aux atteintes à la propriété intellectuelle » et les « actes de production, diffusion, possession de pornographie enfantine »⁵⁸.

Il y a donc une pléthore de définitions de la cybercriminalité. Certaines d'entre elles sont conçues suivant une acception large intégrant toute sorte d'infractions susceptibles d'être perpétrées par internet ou sur internet. Par contre d'autres couvrent un champ plus restreint et ne prennent en considération que les atteintes à l'intégrité des systèmes informatiques. La tendance est confirmée dans les lois française⁵⁹ et sénégalaise⁶⁰ qui distinguent les infractions susceptibles de porter atteinte à la confidentialité et à l'intégrité des systèmes informatiques de celles qui consistent à s'introduire sans autorisation dans un système informatique d'autrui, et à intercepter frauduleusement, par des moyens techniques, de données informatisées lors de leur transmission non publique, ou tout acte accompli dans l'intention d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système informatique. C'est sans doute pour appréhender tous les domaines de la cybercriminalité que le Code pénal de Californie en a donné une définition large. Elle couvre tous les agissements qui consistent à « accéder, ou ~~à~~ à permettre intentionnellement l'accès, à tout système ou réseau informatique afin : a) de concevoir ou réaliser tout plan ou artifice pour frauder ou extorquer ; b) d'acquérir de l'argent, des biens, ou des services, dans le

Commenté [u6]: Un verbe dans cette position? J'aurais plutôt opté pour un nom ; ex : à volonté ; ou à suffisance ; peut-être ...

Commenté [u7]: Reprendre la note de base de page ici;

56 Voir Discours du Ministre français de l'Intérieur disponible sur le site <<http://www.intérieur.gouv.fr/>> (consulté le 28 novembre/41/2008).

57 Cf Actes du Dixième Congrès des Nations Unies, à Vienne, sous le titre « la prévention du crime et le traitement des délinquants », [10-17 avril 2000], disponible sur le site <http://www.uncjin.org/>; Cf. QUEMENER (M.) et FERRY (J.) : Cybercriminalité : défi mondial et réponses, Economica, 2007.

58 Voir Préambule —de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité ~~surous~~ <http://convention.coe.int/Treaty/fr/>.

59 Voir Loi n° 88-19, du 5 janvier 1988, relatives à la fraude informatique, J.O. 6 janv. 1988, p. 231 dite loi Godfrain.

60 Voir Loi n° 2008-11 portant sur la cybercriminalité promulguée le 25 janv^{ier} 2008.

Mis en forme : Police par défaut

but de frauder ; c) d'altérer, détruire, ou endommager tout système, réseau, programme, ou données informatiques »⁶¹.

La substance des différentes définitions est même consacrée par les dictionnaires, lesquels affirment que la cybercriminalité est « l'ensemble des infractions pénales commises sur les réseaux de télécommunication, en particulier Internet »⁶².

La cybercriminalité s'est donc imposée comme une expression pouvant être saisie par le droit pour traduire la juridicité des infractions perpétrées exclusivement dans un environnement numérique à l'aide de la télématique. Cette réalité admise en droit étranger ne préjuge cependant pas de l'acceptation de la cybercriminalité en droit autochtone. Sa légitimation devrait être confirmée par la loi.

Le législateur doit déterminer l'élément légal et décrire lui-même, d'une manière claire et intelligible, les traits distinctifs qui confèrent à un acte son caractère typiquement illégal⁶³ et susceptible d'être qualifié de cybercriminalité.

b) Un domaine à circonscrire

Mis en forme : Police :Non Italique

La cybercriminalité traduit une réalité complexe, caractérisée par une double activité illégale ; celle qui consiste à utiliser les systèmes et les réseaux informatiques comme moyen de perpétration d'une infraction et celle qui affecte directement les systèmes informatiques ou leurs contenus comme la cible de l'infraction. Dans cette optique, M. CHAWKI⁶⁴ distingue la criminalité qui est en relation directe avec le réseau de télécommunication, c'est-à-dire celle qui ne peut être perpétrée en l'absence du réseau de télécommunication, et la criminalité en relation indirecte avec le réseau de télécommunication, c'est-à-dire que le réseau se comprend comme un outil ou un moyen pour commettre l'infraction. Ainsi tous les actes répréhensibles commis contre ou par un système informatique à l'aide de la télématique sont constitutifs de cybercriminalité qu'il s'agit d'acte d'escroquerie, d'abus de confiance ou de dégradation volontaire du système d'autrui par l'injection de virus ou par violation du dispositif de sécurité.

La cybercriminalité présente cependant ses propres particularités. L'infraction est commise dans un environnement exclusivement numérique au moyen des N.T.I.C. Or, les nouvelles technologies dont il s'agit ne sont pas encore accessibles à tous. Au-delà des difficultés matérielles qu'elles posent, l'accès aux N.T.I.C. nécessite une initiation préalable. Cela caractérise le délinquant informatique que les auteurs présentent comme ne bénéficiant pas de l'image stéréotypée du délinquant classique. Il est respectable et souvent respecté par son statut social, son niveau culturel⁶⁵. La doctrine en fait une représentation idyllique. Elle affirme que cette délinquance « se compose de délinquants spécialisés, jeunes par hypothèse, considérés comme employés modèles occupant un poste de confiance dans la direction d'une entreprise. Généralement motivés par le caractère du jeu et du défi qu'apporte l'idée de tromper l'ordinateur »⁶⁶. P. ROSE distingue ainsi l'utilisateur qui recherche le profit d'un capital financier ; les destructeurs qui compensent une frustration professionnelle ou personnelle et qui ne commettent l'infraction que dans le but de nuire aux entreprises ou aux organismes ; l'entrepreneur qui

61 Code pénal de l'Etat de Californie (USA) section 502.

62 Cf Dictionnaire le Petit Larousse édition 2009.

63 Cf GRAVEN (P.) : op cit., p. 23

64 CHAWKI (M.) "Essai sur la notion de cybercriminalité", op. cit. p. 22-23.

65 Ibid 16.

66 JERRAI (S.) : La fraude informatique, thèse, Université de Montpellier 1986, p. 18.

visent l'activité ludique et le défi des agressifs qui compensent une frustration personnelle ou professionnelle⁶⁷.

La tendance se confirme et le langage technique se forge autour de la cybercriminalité. On distingue le *hacker*, c'est-à-dire celui qui prend du plaisir à pénétrer à l'intérieur d'un système informatique ou d'un ordinateur pour étendre ses connaissances, pour relever un défi intellectuel. Il est différent du pirate qui, lui, exploite les failles dans une procédure d'accès pour casser le dispositif de sécurité d'un système informatique. La doctrine en déduit que le piratage est « *le fait de dupliquer un programme, qui, à la différence du vol, est beaucoup plus subtil dans la mesure où il suppose une certaine habileté technique, et ouvre au pirate la maîtrise de la création logicielle d'un tiers sans que pour autant, ce tiers soit nécessairement dépossédé de sa création, même si le piratage peut indubitablement lui faire perdre une large part des bénéfices qui peuvent être attachés à l'exploitation de celle-ci* »⁶⁸.

Commenté [u8]: Reprendre la note de bas de page pour une mise en forme adéquate du numéro de note de bas de page.

De toute évidence, le hacker ou le pirate ne peut être confondu avec le Crasher, le Cracker, ou le Phreaker. Alors que la première expression désigne celui qui pénètre dans un système pour le détruire, le cracker, lui, le détruit ou y injecte des données susceptibles de perturber son fonctionnement. Quant au Phreaker, il est un utilisateur frauduleux d'un système télématique.

Le délinquant cybernétique agit donc suivant de nouvelles motivations. Toutefois, la taxinomie des agissements est généralement entreprise en ordre dispersé et d'une manière sporadique sans aucune organisation scientifique unitaire en criminologie. Aucun critère intelligible d'appréhension du délinquant cybernétique et éventuellement son traitement n'est mis en évidence. Comme le souligne à juste titre le Professeur A. LUCAS, la connaissance de la délinquance informatique demeure très difficile, à cause de son hétérogénéité.

Le juge ne peut donc rester indifférent à l'œuvre de classification des délinquants cybernétiques. Comme dans toutes les autres branches du droit, les dispositions du droit pénal autorisent l'interprétation, quoique restrictive. Que la recherche interprétative procède d'un silence ou d'une insuffisance, elle tend à découvrir le sens juste de la loi sans se limiter à la qualification générique du législateur. Le juge soutire ainsi de l'esprit de la loi toutes les infractions qui y sont virtuellement reconnues.

B- Une reconnaissance virtuelle

La reconnaissance de la cybercriminalité repose sur les mécanismes cognitifs classiques pour être déductif (a) ou inductif (b), voire être l'un et l'autre suivant la nature de l'élément infractionnel considéré.

Le mécanisme inductif consiste à rechercher et découvrir la règle générale de droit à partir d'exemples particuliers. Quant au mécanisme déductif, il consiste à tirer des éléments constitutifs de l'infraction à partir des règles générales de droit existantes, mais construites pour d'autres infractions.

a) Reconnaissance déductive

Mis en forme : Police : Non Italique

L'on sait que plusieurs actes constitutifs de la cybercriminalité décrivent des caractéristiques typiquement comparables à celles des infractions répertoriées et enregistrées dans le Code pénal. Il s'agit des caractéristiques qui fournissent au juge l'essence de sa conviction pour déterminer si et à quel titre un état de fait concret relève du droit pénal. Le juge ne peut alors statuer sur la typicité de la cybercriminalité sans statuer au préalable sur le fondement de l'infraction. L'agissement indexé devra

67 ROSE (P.): La criminalité Informatique, Paris, Collection Que-sais-je ? PUF (1987).

68 CASILE (J-F.): Le Code Pénal à l'épreuve de la délinquance informatique, Thèse, Aix-Marseille, 2002, p. 24.

alors réunir toutes les caractéristiques d'un comportement légalement interdit ainsi que les conditions de culpabilité de son auteur. Ces deux exigences cumulatives sont articulées, et non pas simplement juxtaposées, tendant à la reconnaissance d'une infraction sans considération d'une qualification générique que le législateur lui aurait attribuée. Autrement dit, le juge entre en condamnation dès que les éléments constitutifs d'une infraction sont réunis, peu importe si les moyens utilisés pour sa commission relèvent d'une technologie nouvelle⁶⁹.

Comment alors les nombreuses manœuvres découlant des manipulations informatiques tendant à la duperie et à l'altération de biens d'autrui pourraient échapper à l'office du juge pénal ? Le juge n'oubliera certainement pas de qualifier l'escroquerie, l'abus de confiance ou autres infractions de droit commun, quand bien même celles-ci ont été commises par l'utilisation des technologies de l'informatique et de la communication. Ce raisonnement, à l'apparence divinatoire, est aujourd'hui soutenu par une jurisprudence naissante et croissante.

Le délit d'escroquerie a pu être retenu contre des gérants d'une société prestataire de services télématiques, qui ont utilisé sciemment une ligne téléphonique interne à l'administration des Télécommunications, non taxée à l'arrivée et qui leur a permis, par le système de renvoi temporaire automatique, d'interroger gratuitement leur propre compte serveur, dans le but de percevoir de ladite administration des redevances indues⁷⁰. L'usage de faux code d'accès aux opérations de virement de compte à compte est une manœuvre frauduleuse susceptible de justifier une escroquerie⁷¹.

Dans la même optique, le délit d'abus de confiance a été retenu à l'encontre d'un commis d'une entreprise de change, chargé, au sein de celle-ci, du contrôle des comptes des clients et qui a détourné les fonds de ses clients afin de les investir à son profit, à l'aide de moyens informatiques⁷².

L'émergence des techniques de diffusion d'informations et d'images sur le réseau Internet a également facilité le délit de contrefaçon ou de diffusion d'œuvres protégées par le droit de la propriété intellectuelle⁷³, la diffamation⁷⁴, les violations de la vie privée⁷⁵ et du secret des correspondances⁷⁶.

La cybercriminalité est donc consommée rien que par l'utilisation des nouvelles technologies comme moyen de perpétration de l'infraction. Celles-ci ne changent en rien les éléments traditionnels de constitution de l'infraction. Nombreuses sont cependant les manifestations de la cybercriminalité qui pourraient surprendre la religion du juge s'il n'use pas de son pouvoir d'interprétation inductive pour appréhender le phénomène.

b) Reconnaissance inductive

Il est évident que le législateur occuperait l'essentiel de son temps à légiférer en matière pénale si les juges, se refusaient à réprimer dès que les caractéristiques d'une incrimination ne figurent

69 Habituellement d'ailleurs, les moyens mis en œuvre dans la commission de l'infraction ne sont pris en considération que s'ils constituent une circonstance aggravante ou atténuante.

70 Cass. crim., 13 déc. 1990, Gaz. Pal., 6^{au} 8 octobre 1991.

71 TGI Paris, 11^e Ch., 20 janvier 1988, Gaz. Pal., 18 février 1989, p. 162.

72 TGI Paris, 11^e Ch., 12 oct. 1988, Expertises 1989, p. 32.

73 TGI Paris, Ordonnance de référé, 6 nov. 2008, publié sur <http://www.foruminternet.org> (cConsulté le 28 novembre /11/2008).

74 Cass. crim., 6 mai 2003, Bull. crim. n° 94, p. 359 ; Cf JASSERME (A.) : La Diffamation sur Internet : Aspects spécifiques au Réseau, Mémoire de DESS, Université Paris II, 2001

75 Cass. crim., 20 janv. 2009, publié sur <http://www.foruminternet.org> (cConsulté le 5 mars/03/ 2009).

76 TGI Privas, 3 sept. 1997, Expertise, n° 213, p. 79, note Professeur J. FRASSINET

pas en toutes lettres dans la loi. Il n'est techniquement pas possible que les textes réglementent jusqu'au moindre détail, le principe de la légalité⁷⁷. Or, le juge saisi des faits qui ne sont pas expressément réprimés, ne peut les déclarer pénalement indifférents en vertu de la règle *In dubio pro libertate*⁷⁸ sans avoir examiné si les dispositions existantes permettent de combler la lacune. L'interprétation téléologique de la loi pourrait mener le juge à un résultat différent de celui attendu sans que l'on puisse lui reprocher d'avoir violé le principe de la stricte application de la loi⁷⁹. C'est ainsi que la Cour de cassation⁸⁰ a décidé que l'électricité était une chose susceptible de vol au sens de l'article 379 du Code pénal⁸¹. Les disques phonographiques étaient considérés comme des imprimés au sens de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse en France⁸².

Le juge prend donc le relais du législateur pour préciser les détails volontairement ou inconsciemment omis dans la loi. Il dispose pour cela d'un pouvoir d'interprétation de la loi en vertu duquel il doit rechercher si l'esprit de la loi, à défaut de sa lettre, se rapporte à la matière à juger et lui permet de compléter le texte et de conclure que l'acte en cause est implicitement, mais certainement réprimé, au même titre que s'il était incriminé formellement.

C'est le débat qu'a soulevé le vol d'information sur un réseau électronique. Une partie de la doctrine a estimé que la qualification de vol ne peut être retenue à propos d'information car, il ne peut y avoir dans ce cas déplacement matériel, ni dépossession du propriétaire compte tenu du caractère d'ubiquité de l'information qui fait que celle-ci peut appartenir à plusieurs personnes⁸³. Le caractère ubiquitaire de l'information dans un réseau électronique ne semble pas constituer un obstacle pour certains auteurs qui affirment qu'une information est bien susceptible de vol⁸⁴. Cette voie a été empruntée par la jurisprudence française. La Cour de cassation a qualifié de vol la reproduction de documents par photocopie⁸⁵. Avec plus de précision, le Tribunal correctionnel de Montbéliard a

77 Cf GRAVN (P.) : op cit., p. 22

78 Selon laquelle « nul ne peut être condamné pour un acte dont le caractère punissable ne résulte pas des termes de la loi ».

79 Cass. crim., 21 janvier 1969, Bull. crim. , n° 38 (3^è arrêt).

80 Cass. crim. 3 août 1912, S, 1913, I, p. 337 note Roux.

81 Selon lequel « quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est coupable de vol ». Mais avec la réforme apportée au Code pénal français la soustraction frauduleuse de l'électricité est désormais un délit autonome. Cf loi française n° 92-685 du 22 juillet portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens , J.O. du 23 juillet 1992.

82 L'article 23 de ce texte dispose « Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique, auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre ladite action, si la provocation a été suivie d'effet.

Cette disposition sera également applicable lorsque la provocation n'aura été suivie que d'une tentative de crime prévue par l'article 2 du code pénal ».

83 Cf. DEVEZE (J.) : "Le vol des biens informatiques", JCP (E) 1986, II, 14712 ; HUET (J.) : " La modification du droit sous l'influence de l'informatique : aspect de droit privé", JCP, 1983, I, 3095 ; GOUTAL (J.-) : "La protection pénale des logiciels", Expertises 1986, p.8

84 LUCAS de LEYSSAC (P.) : "Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une atteinte juridique aux biens ?", Dalloz 1985, Chr. 44 ; CORLAY : "Réflexion sur les récentes controverses relatives au domaine et à la définition ", Dalloz 1984, Chr. 3160.

85 Cass. crim., 8 janv. 1979, Dalloz 1979. 509 ; Cass. Crim., 29 avril 1986, Dalloz 1987, 131, note M. P. Lucas de Leyssac.

consacré le principe du vol d'informations en condamnant le salarié, auteur d'un programme informatique, qui, après son départ de l'entreprise, avait recopié le programme dont il était l'auteur⁸⁶.

Les technologies de l'informatique ne sont donc pas réfractaires à l'application du droit pénal tant qu'il est possible d'identifier les éléments constitutifs de l'infraction. Il n'est pas nécessaire que le législateur anticipe le développement technologique au point d'appréhender toutes les méthodes modernes de commission d'une infraction. C'est la conclusion qu'a tirée la Cour d'appel de Versailles dans une récente affaire de casino sur Internet⁸⁷. En répondant au grief formulé contre le jugement du Tribunal de Grande Instance de Nanterre⁸⁸ de n'avoir pas observé le principe de l'interprétation stricte du droit pénal et d'avoir assimilé un cybercasino à une « maison de jeux » au sens de l'article 410 du Code pénal, la Cour d'appel affirme que le législateur n'était pas en mesure d'anticiper le développement de l'~~internet~~Internet à compter des années 1990 et ne pouvait pas prévoir un délit spécifique à ce mode de transmission dans la loi sur les jeux de hasard. Il ne peut en être autrement car le juge doit rechercher le sens juste de la loi. Il reste que l'œuvre du juge pénal est périlleuse lorsque le domaine de l'infraction ainsi que ses caractéristiques ne sont pas entièrement circonscrits. Cela pourrait rendre difficile la justiciabilité de l'infraction.

II- UNE JUSTICIABILITE DIFFICILE

Par suite de ses caractères novateurs la cybercriminalité pose des difficultés d'imputation (A) et d'ordre juridictionnel (B)

A- Des difficultés d'imputation

La problématique de l'intégrité des preuves électroniques (a) renforcée par la possibilité d'un recours facile à l'anonymat (b) seront les principales difficultés auxquelles le juge pénal sera confronté.

a) L'intégrité des preuves électroniques

En droit pénal, « nul n'est punissable qu'en raison de son fait personnel »⁸⁹. Le principe de la responsabilité personnelle caractérise la rigueur qui domine le processus de recherche de la vérité dans un procès pénal. Aucune infraction ne peut donc être imputée à une personne déterminée qu'en raison des preuves tangibles et loyales établies contre elle. Certes, en droit pénal, la preuve est régie par les principes de liberté et de légalité. Il est cependant indispensable de rapporter au débat judiciaire des preuves qui possèdent la garantie de demeurer intact dans le temps⁹⁰.

La question est importante sur le fond et correspond à un réel besoin de la pratique. A quoi peut servir l'admissibilité de la preuve électronique si la conservation y afférente n'est pas résolue. La conservation doit non seulement résoudre le problème de la durabilité de la preuve mais également celui de son accessibilité ultérieure. Or la cybercriminalité est généralement caractérisée par l'immatérialité des actes criminels, traduits souvent par la diffusion d'informations numériques, lesquelles possèdent la particularité de pouvoir être effacées ou modifiées à tout moment et de n'importe quel endroit.

86 Trb. Corr. Montbéliard, 26 mai 1978, AJPI 1983, 533.

87 Sous <http://www.droit-technologie.org/upload/actuality/odc>.

88 TGI Nanterre, 15^{ème} Chambre, 15 mars 2007, n° 0601845194

89 Cass. crim, 3 mars 1859, B. n° 69 ; 28 févr. 1956, II, 9304

90 BRETON (J.-M.) Intégrité de l'information, in Une société sans papier ? sous la direction de Mme Gallouédec-Genuys, La Documentation française, Paris, 1990, p. 225 et s. ; HASSLER (T.) : "Preuve et documents stockés sur disque optique, RJ com. 1996, p. 265 et s.

Certes, la difficulté n'est pas singulière au droit pénal. La certitude de l'écrit numérique est aussi fondamentale en droit des affaires au point de conduire différents législateurs à se prononcer formellement sur la question⁹¹. Ces écrits doivent être intègres et fidèles⁹². C'est dans ce sens que la loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique a intégré la fonction d'intégrité dans la notion de forme originale. Son article 8 dispose « *lorsque la loi exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, un message de données satisfait à cette exigence : a) s'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autre ...* »

Il reste que la preuve électronique doit aussi être caractérisée par son intelligibilité. Ceci signifie que, même sous la forme informationnelle, le contenu de la preuve doit être lisible et compréhensible par l'homme. Le juge ne peut évidemment forger sa conviction sur une preuve qu'il ne comprend pas.

Le respect de ces exigences doit conduire l'accusation à prendre très tôt ses dispositions, dès la naissance des faits infractionnels, pour s'assurer de l'authenticité des données, les collecter, et les conserver pour en tirer une force probante. Certaines législations lui donnent les moyens d'investigations en instituant des perquisitions à distance⁹³ ou des réquisitions télématiques⁹⁴. Les officiers ou les Agents de police judiciaire peuvent accéder directement à des fichiers informatiques et saisir à distance, par la voie informatique ou télématique, les renseignements nécessaires à l'enquête. De toute évidence, il est possible de présenter des captures d'écran comme moyen de preuve⁹⁵.

Le droit béninois n'exclut pas la possibilité d'exhiber une preuve électronique dans un procès pénal. Le code béninois de procédure pénale reconnaît que si la nature du crime est telle que la preuve en puisse être acquise immédiatement, l'officier de police judiciaire se transporte sur les lieux et procède à une perquisition dont il dresse procès verbal. Il peut ainsi saisir tous documents ou autres objets en possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime⁹⁶. La loi n'exclut pas la possibilité de recueillir des preuves à partir d'informations contenues sur un disque dur, une carte SIM ou une carte mémoire d'appareils électroniques, sur CD ou DVD⁹⁷. Tous objets ou documents saisis sont immédiatement placés sous scellés pour s'assurer de leur intégrité. Il reste cependant à déjouer les pièges de l'anonymat pour identifier effectivement la personne à laquelle ces faits seront imputables.

a)b) Le recours facile à l'anonymat

Le principe de la responsabilité personnelle recommande que le juge ait la plus grande certitude que l'acte juridique en cause émane de celui auquel on l'oppose⁹⁸. L'identification et l'authentification de l'auteur deviennent ainsi des éléments essentiels de la culpabilité.

Cependant l'imputabilité de l'acte infractionnel à son auteur doit être fondamentalement dissociée d'un identifiant personnel. Chacun de nous possède une carte bancaire, un téléphone portable, ou autres matériels numériques avec un procédé d'identification, pas directement de l'auteur, mais donnant accès à l'information recherchée. C'est pourquoi la jurisprudence exigeait que l'écrit sous

91 Cf. la loi luxembourgeoise du 14 août 2000 sur le commerce électronique

92 CAPRIOLI (E. A.) : "Traçabilité et droit de la preuve électronique", Droit et Patrimoine, mai 2001,

93 Voir articles 57-1, 76-3, 97-1 du Code français de procédure pénale

94 Voir articles 60-2, 77-1-1, 151-1- du Code français de procédure pénale

95 TGI Paris, 3^{ème} chambre, 4^{ème} section, 2 avril 2009

96 Cf article 43 du Code béninois de procédure pénale

97 Par l'exemple du droit français voir articles 57-1, al.3 et 97 du Code de procédure pénale

98 CATALA (P.) et GUTIR (P-Y) : "L'audace technologique de la Cour de cassation", JCP 1998, éd. E, p. 884-885

Mis en forme : Retrait : Gauche : 0 cm, Première ligne : 1,5 cm, Numéros + Niveau : 1 + Style de numérotation : a, b, c, ... + Commencer à : 1 + Alignement : Gauche + Alignement : 1,89 cm + Retrait : 2,52 cm

Mise en forme : Puces et numéros

forme électronique ne peut être admis comme preuve, sans que l'imputabilité de son contenu à un auteur désigné ait été vérifiée ou ne soit pas contestée⁹⁹.

Mais l'identification de l'auteur d'acte sur un réseau informatique se révèle souvent difficile. Dans le cyberspace, l'auteur n'est pas toujours identifiable. Internet offre de multitudes possibilités aux usagers pour masquer leur identité, celle du destinataire et même le contenu d'un message objet de l'exercice d'activités illégales. La dissimulation de l'identité peut même prendre une forme dangereuse, celle de la substitution d'identité ou de fausse identité, toute chose de nature à dérouter l'accusation.

La traçabilité des sites illégaux peut être rendue difficile grâce à l'intervention de « rerouteurs anonymes »¹⁰⁰ qui reçoivent les informations des internautes et les renvoient vers les destinataires finaux, après avoir anonymisé l'émetteur. Les rerouteurs simulent des émissions depuis l'étranger alors que leur source est en réalité située sur le territoire national.

C'est pourquoi certaines législations ont institué la responsabilité des intermédiaires, hébergeurs, et fournisseurs d'accès, dans la chaîne de transmission des informations illicites. La France est intervenue dans ce domaine avec la loi du 1^{er} août 2000 en reformant la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication qui encadre la responsabilité et les obligations des fournisseurs d'accès à Internet et des fournisseurs d'hébergement¹⁰¹. Ceux-ci doivent identifier leurs clients avec l'obligation de conserver et de communiquer ses données identifiantes sur réquisition de l'autorité judiciaire. Toujours en France, la loi sur la sécurité quotidienne du 15 novembre 2000 impose aux opérateurs de télécommunications la conservation des données de connexion des internautes pendant une durée de un an avec pour finalité de mettre à la disposition des autorités judiciaires des informations nécessaires à une enquête¹⁰². L'arsenal juridique se renforce progressivement pour mieux traquer les auteurs de criminalité informatique ou informatisée¹⁰³ ou à défaut les fournisseurs d'accès¹⁰⁴, d'infrastructures¹⁰⁵, ou d'hébergement¹⁰⁶.

Cependant, il convient de préciser que même en cas de découverte du délinquant cybernétique, le prononcé d'une peine ne s'ensuit pas automatiquement. La sanction judiciaire suppose que les conditions de la poursuite soient remplies, qu'une plainte ait été déposée lorsque la loi l'exige et que l'action publique ne soit pas prescrite. La répression n'est donc possible qu'après résolution des difficultés d'ordre juridictionnel.

99 Ass. Com., 2 décembre 1997, D. 1998, p. 192, note Didier Martin.

100 Surrogate servers

101 Voir article 6 LCEN

102 Article 29 de la loi sur la sécurité quotidienne, modifiant l'article L.32-3 du Code des Postes et télécommunications.

103 Du point de vue technique, il est impossible de dépister l'origine des informations infractionnelles et d'identifier les auteurs, même anonymes. Certains Etats, comme la France, ont institué des unités spécialisées qui ont pour missions de prendre en charge l'aspect technique des investigations judiciaires. Elles peuvent opérer des patrouilles sur le réseau électronique pour débusquer les utilisateurs indéliçats. A partir des disques durs d'ordinateurs, des téléphones, et de leur carte SIM, de CD ou DVD, de carte mémoire d'appareil, de cartes bancaires ou encore de clefs USB, les unités spécialisées pourront extraire les éléments de reconnaissance du délinquant. Elles disposent de toutes les compétences capables de décrypter, restaurer ou de reconstituer tous types de fichiers. Malgré tout, il arrive que l'auteur de l'acte infractionnel soit hors d'atteinte.

104 Voir décision citée par BREBAN (Y.) : « La responsabilité des acteurs de l'Internet », Gaz. Pal. (Gazette du droit des technologies avancées), 25-26 octobre 1996, p.23.

105 Voir décisions citées VANDEMEULEBROEKE (O.) : « Le droit pénal et la procédure pénale confrontés à Internet », dans Internet sous le regard du droit, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1997, p. 233.

106 Cass. crim. 15 nov. 1990, GP. 91, p. 179, note Doucet.

B- Des difficultés d'ordre juridictionnel

C'est bien le vieux débat de l'application de la loi pénale qui s'invite dans les querelles de l'application du droit de la cybercriminalité. La question est encore dominée en droit pénal par le principe « de la solidarité ou de l'unité des compétences législative et juridictionnelle »¹⁰⁷ en vertu duquel toutes les dispositions reconnaissant l'applicabilité de la loi pénale nationale à une situation juridique signifient implicitement que les juridictions nationales sont compétentes pour l'appliquer. Or, par principe, la loi pénale n'est éligible que sur le territoire national et consacrée aux infractions commises sur ce territoire. Sa mise en œuvre est donc tributaire de la localisation de l'infraction ou de son auteur (a). Ceci étant, la problématique de l'étendue des pouvoirs du juge national dans la répression de la cybercriminalité reste entièrement posée (b).

a) Difficultés de localisation de l'infraction

La question de la location physique d'un fait infractionnel dans un espace géographique ne présentait pas de difficultés particulières, la compétence des tribunaux correctionnels est affirmée lorsque les éléments constitutifs de l'infraction sont commis sur le territoire national, ou encore lorsque le prévenu y réside ou s'il y a été arrêté¹⁰⁸. La jurisprudence a donné une interprétation assez large de la notion de localisation en admettant qu'un tribunal national a juridiction non seulement quand les éléments constitutifs de l'infraction ont été commis sur le territoire national, mais également lorsque l'infraction y a développé ses effets¹⁰⁹.

On distingue ainsi la doctrine de l'ubiquité et la doctrine des effets d'où découlent les principes de la territorialité subjective et objective. Le principe de la territorialité subjective vise à rendre compétentes les juridictions nationales à l'égard des infractions dont un des éléments constitutifs est survenu sur le territoire national, alors que le principe de la territorialité objective donne juridiction aux tribunaux nationaux dès que les conséquences préjudiciables de l'infraction se produisent sur le territoire de l'Etat.

En tout état de cause, la loi pénale n'a pas vocation à assurer une répression universelle.¹¹⁰ Même s'il arrive que la jurisprudence assimile les infractions totalement commises à l'étranger à celles perpétrées sur le territoire national,¹¹¹ la compétence législative et même juridictionnelle s'applique à un environnement doté de coordonnées spatio-temporelles stables.

Comment définit-on alors le lieu de l'infraction sur ~~internet~~Internet ? Le cyberspace ne s'accommode pas des paramètres d'un espace physique. Ses éléments sont nomades et dispersés et la pertinence de leur position géographique est fortement discutable¹¹². « Les lieux et les rôles s'y redéfinissent et se redistribuent en fonction des contraintes et circonstances n'obéissant pas à un modèle prévisible »¹¹³. Autrement dit, le cyberspace ne contient aucune référence géographique, laquelle est normalement essentielle à la localisation de l'infraction. Les usagers eux-mêmes sont

107 DESPORTES (F) et LE GUNHEC (F.) : Le nouveau droit pénal, op. cit. p. 277.

108 Cf. article 342 du Code béninois de procédure pénale.

109 Crim., 2 févr. 1977, Bull., n° 41 ; 7 oct. 1985, RIDA, 1986, n° 130, 136.

110 Même si certaines législations prétendent avoir une compétence universelle.

111 Ainsi, la loi française a été appliquée à un recel de choses à l'étranger faisant suite à une escroquerie commise en France voir Crim. 9 déc. 1933, Bull., n° 237, S. 1936, 1, 313, note Légal. Dans la même logique, un crime commis aux Pays-Bas a été soumis à la loi française parce qu'il a été découvert un lien avec une association de malfaiteurs formée en France voir Crim., 23 avr. 1981, Bull., n° 116, R.S.C 609, obs. Vitu.

112 LEVY (P.) : Qu'est-ce que le virtuel ?, Paris, La Découverte, 1995, p. 17.

113 TRUDEL (P.) et autres, Droit du cyberspace, Montréal, Les Editions Thémis 199, p. 1-18.

souvent incapables de remarquer, dans leurs pérégrinations virtuelles, le fait qu'ils franchissent des frontières.

A la différence des autres infractions, les actes constitutifs de la cybercriminalité sont généralement immatériels et consommés dans un environnement électronique. Et l'ubiquité qui les caractérise rend également problématique toute localisation. Le réseau Internet est ouvert à la planète entière facilitant de fait l'apparition du contenu infractionnel et même de ses incidents à plusieurs endroits à la fois. Il n'est donc pas facile d'identifier l'acte permettant de localiser la cyber-infraction.

Pour surmonter la difficulté, la jurisprudence a développé deux critères de rattachement territorial : celui de l'accessibilité et celui de l'activité dirigée.

Les juridictions françaises¹¹⁴ affirmaient leur compétence, en matière de diffusion de contenus illicites sur ~~internet~~Internet, sur la simple possibilité d'y avoir accès sur le territoire français.

Il suffisait que les données incriminées soient accessibles sur le territoire français pour que l'infraction soit considérée comme perpétrée en France ; ce qui —emporte l'élection de la loi et la compétence des juridictions françaises¹¹⁵. Mais ce critère de *l'accessibilité locale* porte la faiblesse de donner une compétence systématique à toutes les juridictions des Etats dont les citoyens peuvent accéder aux données avec le risque virtuel de conflit de juridiction. En raison de la portée universelle du web et du fait qu'aujourd'hui la quasi-totalité des sites comporte une extension par service ou par pays, il est difficile d'envisager des cas où une juridiction saisie serait incompétente.

C'est sans doute pourquoi, on observe un glissement de la jurisprudence la plus récente vers un autre lien de rattachement territorial. Dans une affaire relative à un casino ouvert sur internet, la Cour d'appel de Versailles¹¹⁶ en France a préféré le critère de « *l'activité dirigée* » à celui- de l'accessibilité locale. Répondant à l'exception d'incompétence des juridictions françaises plaidée par les appelants, au motif que la seule accessibilité locale est insuffisante pour fonder la compétence d'une juridiction, la Cour d'Appel de Versailles a développé le critère de l'activité dirigée. « *Il résulte de sa composition comptant une extension du nom du serveur par service, mais également par pays (-fr) que le site était dirigé spécialement vers les internautes français et non vers tous les internautes francophones. Au regard de l'ensemble de ces éléments, les juridictions françaises apparaissent compétentes, ... dans le ressort duquel un des éléments constitutifs peut être accompli par tout internaute par la mise à disposition et l'accès à un site illégal intentionnellement dirigé vers la France* »¹¹⁷.

On ne saurait rester indifférent à une telle évolution de la jurisprudence. Quoi que l'on dise, la cybercriminalité n'obéit plus au principe d'ancrage territorial des infractions classiques. Les comportements délictuels revêtent un caractère transnational tenant au caractère virtuel du lieu dans lequel se déroulent des événements, des faits et des actes infractionnels. C'est pourquoi, les tribunaux devront bien évaluer les critères de rattachement pour éviter qu'ils ne produisent auprès des individus des effets déraisonnables ou inéquitables. A cet égard, le Conseil de l'Europe indiquait, « *on ne peut pas dire que les conditions de l'ubiquité et des effets soient intrinsèquement déraisonnables, notamment dans les cas où il est très difficile de déterminer le lieu où l'infraction proprement dite a été commise, par exemple parce que celle-ci suppose le recours à des communications. Il semble toutefois*

114 TGI Nanterre, 15 mars 2007, n° 0601845194

115 Il a été jugé que la simple visualisation en France des informations illicites constitue une violation de la loi française mais implique également que l'infraction peut être localisée en France. Cf. jurisprudence Yahoo, TG Paris, Ordonnance de référé, 20 novembre 2000 paru sur www.foruminternet.org/.../jurisprudence/tribunal-de-grande-instance-de-paris-ordonnance-de-refere-20-novembre-20. Voir également TGI Nanterre, 15 mars 2007, n° 0601845194

116 CA Paris, 6 juin ; 2007 : JCP (G) 2007, II, 10051

117 Idem.

que, dans la mesure où ces doctrines permettent de recourir à des juridictions, qui assimilent des actes commis en dehors du territoire à des actes commis dans les limites de celui-ci, leur application doit être soumise à la condition de prévisibilité consacrée par le droit international public. »¹¹⁸ L'accusé ne saurait invoquer l'ignorance de la loi dès lors que celle-ci repose sur les conditions de précision, de publication et la non-rétroactivité. L'accusé «est donc censé connaître la loi, quels que soient sa nationalité, son statut, ou le lieu où l'infraction été commise »¹¹⁹. Le principe de la prévisibilité vient ainsi atténuer les difficultés de localisation de l'infraction. Mais l'Etat qui revendique sa compétence devrait être en mesure d'exercer son pouvoir contraignant sur la personne de l'accusé pour assurer une bonne exécution de la décision de justice.

b) L'exécution des décisions de justice

La question de l'exécution des décisions de justice prononcées dans un pays et applicables à un autre Etat, concernant un contenu illicite sur Internet reste une nouvelle difficulté relative à la cybercriminalité. Il y a bien l'exequatur qui permet de faire exécuter des décisions de justice à l'étranger. De nombreux Etats sont parties à diverses conventions bilatérales et multilatérales dans le domaine de l'extradition et comptent sur le rapatriement du prévenu sur leur territoire national pour faire exécuter pleinement la décision rendue par leurs institutions judiciaires. Mais concrètement, l'application de ces conventions se révèle souvent peu efficace. L'extradition est soumise à une procédure longue, aux aléas des relations diplomatiques et se résume souvent à un « acte de collaboration entre deux Etats se témoignant leur solidarité dans la lutte contre la délinquance internationale »¹²⁰.

Commenté [u9]: Verifier la note de bas de page et la mettre en bonne forme.

L'extradition est généralement soumise au principe de « double incrimination » qui implique que le fait pour lequel un mandat a été émis soit punissable dans l'Etat qui émet le mandat, mais aussi dans l'Etat à qui on demande la remise de la personne. L'exigence de cette condition est un obstacle à la mise en mouvement de l'action pénale, voire l'application de la décision de justice relative à la cybercriminalité.

S'il est vrai que les actes de cybercriminalité sont réglementés et sanctionnés d'une mesure de sûreté privative de liberté dans certains Etats, dans d'autres, par contre, le phénomène est largement ignoré ou complètement affranchi de toute sanction pénale. La plupart des individus qui en sont les auteurs ignorent que leurs agissements pourraient constituer des infractions pénales. L'exécution des décisions de justice au-delà des frontières nationales est ainsi devenue un casse-tête. Dans ce contexte, comment un pays peut-il faire sanctionner un contenu contraire à sa propre définition d'acte infractionnel, quand ce même contenu n'est pas contraire aux principes du pays sur le réseau duquel il est émis ? Faut-il, cependant permettre à certains délinquants, plus avertis, de s'accommoder des barrières invisibles, mais assez rigides, des systèmes juridiques étatiques pour échapper à toutes sanctions ?

Ainsi le Conseil de l'Europe a-t-il trouvé un remède pour éviter que les décisions de justice rendues en matière de cybercriminalité ne soient paralysées du fait que le prévenu réside à l'étranger. C'est l'une des raisons de l'institutionnalisation du mandat d'arrêt européen, aux conditions de la décision-cadre¹²¹ et sans contrôle de la double incrimination du fait infractionnel. Pour autant, la solution n'a pas un caractère universel. Hors des frontières de l'Europe, toute circulation, sans formalités, de décision de justice paraît illusoire. Le salut réside nécessairement dans le renforcement du cadre des conventions internationales, à l'image de la convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité

118 Conseil de l'Europe, Compétence extraterritoriale en matière pénale, Comité européen pour les problèmes criminels, Strasbourg, 1990, p. 25-26.

119 Ibidem p. 24.

120 Définition d'Alain Fournier dans Rép. de droit pénal et de proc. pénale, Dalloz.

121 La décision-cadre adoptée par le Conseil le 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remises entre Etats-membres

Mis en forme : Retrait : Gauche : 0 cm, Suspendu : 0,63 cm

conçue dans la perspective d'une harmonisation des législations et des moyens de lutte contre la cyber-infraction.

CONCLUSION

Internet est devenu un haut lieu de commission d'activités infractionnelles en toute confidentialité.

Cette délinquance a gagné en importance au cours des dernières années. Pourtant, le débat sur la cybercriminalité ne date pas d'hier. Il est évident que les questions de la cyber-infraction ont surpris de nombreux législateurs, ils ne pouvaient pas anticiper le phénomène. Mais certains ont su rapidement adapter leurs législations pour appréhender toutes les formes d'activités délictueuses organisées par moyen télématique. Celui du Bénin recherche encore ses repères d'autant qu'il n'existe pas au Bénin une législation spécifique sur la cybercriminalité. Des doutes subsistent toujours quant à sa conceptualisation et ses manifestations, même si certains auteurs ont tenté de préciser les contours de la problématique.

Tout acte de délinquance commis dans un environnement numérique au moyen de technique de communication peut être qualifié de cybercriminalité. Celle-ci peut être regroupée en deux grandes catégories : la cybercriminalité-moyen et la cybercriminalité-action. La simple utilisation de moyens électroniques dans la commission des infractions usuelles suffit pour attribuer à l'infraction la qualification de cybercriminalité. C'est le cas par exemple de l'escroquerie, de l'abus de confiance, de la diffamation etc. Les infractions action sont plus délicates à apprécier. Ce sont des agissements condamnables qui n'ont pas encore été qualifiés d'infraction par le législateur. Ce sont les cas de destruction du système d'autrui pas virus, de téléchargement non autorisé, d'intrusion dans sans autorisation dans le système d'autrui etc. Ces actes n'échappent cependant pas à tout contrôle du droit et à la surveillance du juge. Le juge peut les réprimer dès lors qu'ils rentrent dans la sphère de juridicité de la loi pénale. Mais le législateur doit très vite formaliser cette reconnaissance virtuelle pour renforcer la sécurité des transactions et la dignité des personnes dans le cyberspace.

En effet, dans un monde libéralisé, où les marchés commerciaux sont désormais ouverts, où les entreprises n'ont de national que leur siège, et les modes de vie sont mondialisés, les règles de sécurité et de discipline du comportement ne peuvent continuer d'être limitées à la seule sphère étatique. Les politiques étatiques risquent de se heurter l'une et l'autre si elles ne sont pas dominées par une action concertée à l'échelle internationale¹²². La mondialisation de l'économie ~~et~~ des marchés doit être nécessairement accompagnée de celle du droit pénal pour vaincre la délinquance technologique.

122 DUFOUR (S.) : Accords commerciaux et droit des travailleurs, Les éditions Revue de droit, Université de Sherbrooke, 1998, p.392.

LE POUVOIR SOUVERAIN D'APPRECIATION DES FAITS PAR LE JUGE DU FOND

par M. **Jean-Baptiste MONSI**
Procureur Général près la Cour Suprême du Bénin

1. En préliminaire, nous voudrions nous permettre de faire une observation d'ordre lexical. Il conviendrait, de notre point de vue, de dire «juge du fond», plutôt que «juge de fond ». Juge du fond, c'est-à-dire, juge chargé de connaître du fond d'une affaire, par opposition au juge du droit, le juge de cassation.

2. Le restaurant LA VERDURE à Cotonou s'est pourvu en cassation contre un arrêt confirmatif de la Cour d'appel de Cotonou relativement au licenciement d'un employé, Pascal HOUNKPATIN.

«Le demandeur au pourvoi reproche à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré le licenciement de Pascal HOUNKPATIN abusif, alors que, selon le moyen, l'employé a commis plusieurs fautes lourdes, notamment la violation du secret professionnel, l'insubordination, l'irrévérence, les injures, le vol, le service de mets exhalant l'odeur de pétrole, justifiant et rendant légitime son licenciement sur le fondement des articles 36 alinéa 2 du code du travail de 1967 et 23 alinéa 8 de la convention collective qui édictent qu'en cas de faute lourde le licenciement peut intervenir sans préavis ».

Le demandeur au pourvoi en conclut que la Cour d'appel a violé la loi.

3. La Cour suprême en sa chambre judiciaire a rejeté le pourvoi du restaurant LA VERDURE au motif que « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des faits de la cause que la Cour d'appel, par décision motivée, a retenu que l'employeur n'a pas rapporté la preuve des griefs allégués à l'appui du licenciement de Pascal HOUNKPATIN» (arrêt n° 053/CJ-S du 24 décembre 2004, affaire Restaurant La VERDURE représenté par PETERS Jean-Marcel C/ HOUNKPATIN Pascal).

4. Dans une autre instance en cassation où les demandeurs au pourvoi... reprochent à l'arrêt de la Cour d'appel de Cotonou d'avoir réduit à des montants dérisoires les diverses sommes que le premier juge leur a allouées, la Cour suprême en sa chambre judiciaire a rejeté le pourvoi en motivant également : « C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'apprécier le montant des indemnités et des dommages et intérêts que la Cour d'appel, par décision motivée, a estimé que les sommes allouées par le premier juge étaient exagérées en leur quantum ». (Arrêt n° 054/CJ-S du 24 décembre 2004 affaire OCBN c/ Emile GBENOU, Jonas E. LAOUROU et autres).

5. Dans de nombreux autres arrêts, la juridiction de cassation béninoise a affirmé, par la formule : «C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des faits ... », son refus de remettre en cause la matérialité des faits établie par la juridiction du fond : arrêts n°s 012/CJ-S et 015/CJ-S du 25 janvier 2002, n° 32/CJ-P du 05 août 2005, 34/CJ-P du 23 juin 2006 par exemples.

6. Par ce refus, la juridiction de cassation qui est un organe juridictionnel de contrôle affirme qu'elle ne contrôle pas la constatation des faits effectuée par le juge du fond. Le pouvoir souverain d'appréciation des faits par le juge du fond, fait donc obstacle à ce que la juridiction de cassation contrôle la matérialité des faits établie par le juge du fond.

7. Cette absence de contrôle se justifie par la « mission institutionnelle » de la juridiction de cassation qui est chargée de veiller à l'unité d'interprétation de la loi, d'assurer une application uniforme de la loi. Elle n'a donc reçu compétence que pour les questions de droit et n'est pas compétente pour connaître du fond des affaires. Cette absence de contrôle répond à la distinction du fait et du droit.

8. Le pouvoir souverain d'appréciation des faits par le juge du fond se distingue de deux autres pouvoirs du juge du fond, lesquels impliquent également une absence de contrôle de la juridiction de cassation : ce sont le pouvoir d'administration judiciaire et le pouvoir discrétionnaire.

9. Le pouvoir d'administration judiciaire s'exerce relativement aux mesures d'administration judiciaire, par exemple, une décision de jonction ou de disjonction d'instance, une ordonnance de radiation.

Ces mesures ne peuvent donc faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Un tel pourvoi encourt l'irrecevabilité. Dans l'hypothèse où l'une de ces mesures est attaquée par le pourvoi en même temps que des dispositions de l'arrêt ou du jugement en dernier ressort, le moyen qui concerne cette mesure encourt l'irrecevabilité.

10. Le pouvoir discrétionnaire dispense le juge du fond de «justifier sa décision par une motivation » ; par exemple le pouvoir conféré au juge d'accorder des délais de grâce au débiteur : article 1244 du code civil.

Cependant, si le juge a justifié sa décision nonobstant le pouvoir qui lui est conféré, la Cour régulatrice du droit ne contrôlera pas la motivation et écartera le moyen invoqué par la formule : «Mais attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire que la Cour d'appel a ... ; qu'il s'ensuit que le moyen ne peut être accueilli » ou « Mais attendu que la Cour d'appel n'a fait qu'user du pouvoir discrétionnaire que l'article X ... confère au juge du fond, de sorte que sa décision échappe au contrôle de la Cour suprême ».

11. La démarcation faite entre le pouvoir souverain et d'autres pouvoirs induisant également une absence de contrôle, il conviendrait maintenant d'examiner brièvement, d'une part, les caractères, les contours, la portée du pouvoir souverain du juge du fond, d'autre part, les dérogations à ce pouvoir.

12. Nous développerons donc successivement :

I- **Le contenu du pouvoir souverain du juge du fond pour apprécier les faits.**

II- **Les limites du pouvoir souverain du juge du fond pour apprécier les faits.**

I- LE CONTENU DU POUVOIR SOUVERAIN DU JUGE DU FOND POUR APPRECIER LES FAITS

13. La souveraineté du juge du fond pour apprécier les faits ne signifie point que cette appréciation soit définitive ou qu'elle soit discrétionnaire.

L'appréciation des faits n'est pas définitive en ce que, si pour une raison ou une autre, la décision est annulée, la juridiction de renvoi jugera à nouveau en fait et en droit.

L'appréciation des faits n'est pas discrétionnaire puisqu'elle doit être motivée ; elle est soumise à l'exigence de motivation.

14. Le pouvoir souverain du juge du fond pour apprécier les faits signifie plutôt «l'incompétence de la Cour suprême pour apprécier les preuves et réviser les constatations de fait », de la décision attaquée.

Il en découle que la Cour suprême ne peut examiner de nouvelles preuves (A) ni réexaminer les preuves qui ont été soumises au juge du fond (B).

A- La Cour suprême ne peut examiner de nouvelles preuves

15. L'incompétence de la Cour pour examiner de nouvelles preuves, fondée sur la mission régulatrice du droit qui n'amène la Cour à connaître les faits de la cause qu'à travers l'arrêt déféré, revêt deux aspects : l'incompétence pour ordonner des mesures d'instruction et l'incompétence pour examiner de nouvelles pièces.

16. S'agissant de l'incompétence pour ordonner une mesure d'instruction, il faut relever quelque atténuation. Ainsi le Procureur général près la Cour suprême « peut verser aux débats un extrait de l'état civil établissant que le demandeur au pourvoi est décédé. ». (Cass. 1^{ère} Civ. 30 octobre 1961 – Bull. Civ. I n° 490).

La Cour peut ordonner « l'apport de la minute de l'arrêt attaqué si les contestations s'élèvent sur la teneur de la décision ».

17. S'agissant de l'incompétence pour examiner de nouvelles pièces, la Cour peut examiner « les pièces nouvelles que lui soumettent les parties pour démontrer les erreurs commises par le juge du fond dans la constatation des faits » (Cass. soc. 17 avril 1986 – Bull. civ. I n° 156 – Cass. 1^{ère} Civ. 25 avril 1989 – Bull. civ. I n° 164).

B- La Cour suprême ne peut réexaminer les preuves soumises au juge du fond

18. La constatation des faits et l'appréciation des preuves s'effectuent au moyen d'une variété de pouvoirs ou s'exerce la souveraineté du juge du fond.

19. Ainsi le juge du fond est souverain pour ordonner ou refuser une mesure d'instruction.

« C'est un principe constant que les juges du fond déterminent librement les éléments de faits qui leur sont nécessaires pour former leur conviction et apprécient souverainement l'utilité des mesures d'instruction sollicitées par les parties ».

20. De même, le juge du fond est souverain pour apprécier la force probante des preuves autres que la preuve littérale.

Du moment où le juge du fond a fondé sa décision sur « des éléments de preuve légalement autorisés et qu'il n'a pas méconnu la force probante spéciale attachée par la loi à certains actes ou faits », il apprécie souverainement la valeur attachée aux éléments de preuve qui lui sont soumis.

21. Le juge du fond est également souverain pour constater les faits qui sont parmi les éléments du débat alors même que les parties ne les auraient pas invoqués dans leurs conclusions pour soutenir leurs prétentions.

22. Même dans le domaine de la preuve littérale à laquelle la loi accorde une « valeur privilégiée », il est des cas où le pouvoir souverain du juge du fond retrouve sa vigueur.

S'agissant par exemple des actes authentiques, « l'appréciation de la forme de l'acte soulève des questions de pur fait relevant de la souveraineté du juge du fond » : la reconnaissance de l'authenticité d'un paragraphe apposé par un huissier sur un exploit dont la validité est contestée, en raison de l'absence dans ce paragraphe de la lettre initiale du nom patronymique de l'huissier (Cass. requ. 03 mars 1931 DH ; 1931 p. 193.).

23. La constatation des faits et l'appréciation des preuves effectuées par le juge du fond au moyen de ces pourvois, la Cour suprême ne peut « réexaminer les pièces qui ont été produites devant le juge du fond et réviser les appréciations de fait » de l'arrêt déferé devant elle. Elle ne peut pas le faire car elle n'a pas compétence pour connaître du fond des affaires, elle n'a qu'une mission de régulatrice du droit.

Tout moyen tendant à discuter des faits souverainement appréciés doit être écarté et le pourvoi rejeté. Ainsi, la Cour suprême, pour écarter les moyens des demandeurs au pourvoi énonce dans son arrêt n° 060/CJ-P du 24 décembre 2004 : « Mais attendu que sous les griefs de violation de la loi... les demandeurs au pourvoi tentent en réalité de remettre en cause les faits souverainement constatés par les juges du fond ; qu'il s'ensuit que ces moyens ne peuvent être accueillis ».

II- LES LIMITES DU POURVOI SOUVERAIN DU JUGE DU FOND POUR APPRECIER LES FAITS

24. Le principe du pouvoir souverain du juge du fond pour apprécier les faits connaît quelques atténuations : cas où la preuve est réglementée (A), cas de contrôle de motifs de droit et de faits et de contrôle direct des faits (B).

A- Cas de réglementation de la preuve

25. La liberté du juge pour apprécier l'opportunité des mesures d'instruction se trouve limitée par les cas dans lesquels la preuve est réglementée : la mesure sollicitée est imposée par la loi, par exemple, l'article 1678 du code civil impose de recourir à une expertise confiée à trois experts pour déterminer s'il y a lieu de prononcer la révision pour lésion ; le législateur interdit au juge d'ordonner une mesure d'instruction, par exemple, l'article 146 alinéa 2 du nouveau code de procédure civile (en France) édicte « qu'en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie ».

26. « Si le juge du fond est souverain pour repousser ou admettre une offre de preuve en s'appuyant sur des considérations de pur fait, tirées de l'inutilité ou de l'opportunité de la mesure » sa décision, en revanche ressortit au contrôle de la juridiction de cassation lorsque pour « rejeter la preuve des faits articulés comme non pertinente, il se fonde sur des motifs de droit erronés » que la règle méconnue soit une règle de preuve ou une règle de fond.

27. Le pouvoir souverain du juge du fond pour se prononcer sur la pertinence des éléments offerts en preuve, s'efface lorsqu'il s'agit de faits qui s'ils étaient établis « justifieraient inéluctablement la prétention de la partie qui les articule ».

B- Contrôles de motifs et contrôle direct des faits

28. La juridiction de cassation contrôle les motifs de droit relatif à la constatation des faits.

Ainsi elle contrôle les règles de droit relatives à l'administration de la preuve. A cet égard la Cour suprême dans l'arrêt n° 34/CJ-P du 23 juin 2006 énonce : « Mais attendu que les juges du fond ont le pouvoir d'apprécier souverainement les faits de la cause, notamment la valeur des preuves versées aux débats, la sincérité des aveux ou de leur rétractation ; que l'exercice de ce pouvoir souverain à **pour limites l'obligation de respecter, entre autres, les règles de preuve, le principe du contradictoire** ;

Que c'est dans l'exercice de ce pouvoir souverain dont le demandeur au pourvoi n'a pas fait constater qu'ils avaient **outrepassé les limites rappelées plus haut**, que les juges d'appel, par décision motivée, ont estimé qu'il existe un doute que le cyclomoteur ait été effectivement remis aux prévenus ».

De même, la juridiction de cassation « censure les décisions qui se fondent sur des modes de preuve prohibés par la loi, tels que la « connaissance personnelle du juge » (Cass. soc. Juin 1986, Bull. civ. N°343).

29. La juridiction de cassation contrôle les motifs de fait.

Le juge du fond doit motiver suffisamment sa décision en fait sans dénaturer aucun document du procès. Cette obligation de motivation suffisante est nécessaire pour que le juge de cassation « puisse connaître les faits par la lecture de la décision attaquée » afin de contrôler l'application de la loi, particulièrement celui de la qualification juridique des faits.

30. La juridiction de cassation peut exercer un contrôle direct des faits.

La juridiction de cassation, en principe, « ne peut apprécier le pourvoi que dans l'état où la cause se présentait devant la cour d'appel ». Il en découle qu'elle « ne peut prendre en considération des faits postérieurs à l'arrêt attaqué » ou « connaître de faits antérieurs qu'à travers l'arrêt » déféré.

Cependant, ce principe connaît des dérogations tirées des faits procéduraux.

S'agissant de la procédure de cassation, la juridiction de cassation « connaît de tous les faits qui ont une incidence sur la recevabilité » du pourvoi. C'est ainsi, par exemple, qu'elle « tient compte du décès du demandeur ou du défendeur survenu après le prononcé de l'arrêt attaqué et avant le dépôt du pourvoi ou au cours de l'instance en cassation, avant l'ouverture des débats ». La juridiction de cassation peut vérifier l'événement de force majeure invoqué par un demandeur pour justifier un pourvoi tardif.

Quant aux actes de procédure échangés devant les juges du fond, la juridiction de cassation les examine directement pour vérifier si « les conclusions contenaient de véritables moyens appelant réponse ou si les moyens de cassation invoqués par le demandeur au pourvoi ont bien été présentés devant la cour d'appel et ne sont pas entachés de nouveauté.

RAPPORT SEQUENTIEL DES JURIDICTIONS DE CASSATION

Les travaux de cet atelier ont porté sur les quatre communications thématiques ci-après :

1- "La protection judiciaire de la propriété intellectuelle" présentée par Monsieur Dorothée SOSSA, Professeur Agrégé, Doyen de la FADESP Université d'Abomey-Calavi (BÉNIN) avec comme modérateur, Monsieur Tia KONÉ, Président de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire, Vice-Président du Conseil d'Administration de l'AA-HJF ;

2- "La cybercriminalité"

3- "Le droit de l'~~internet~~Internet et la protection des droits humains" présentées par Monsieur Désiré H. AÏHOU, Professeur Assistant à la Faculté du Droit et des Sciences Politiques (FADESP), Avocat près la Cour d'Appel de Cotonou avec comme modérateur, Monsieur Abraham ZINZINDOHOUE, Président de la Cour de Justice de l'UEMOA, Vice-Président du Conseil d'Administration de l'AA-HJF ;

4- "Le pouvoir souverain d'appréciation des faits par le juge de fond" présentée par Monsieur Jean Baptiste MONSI, Procureur Général près la Cour Suprême du Bénin avec comme modérateur Monsieur Cheick OUEDRAOGO, Président de la Cour de Cassation du Burkina Faso, Vice-Président du Conseil d'Administration de l'AA-HJF ;

Dans la première communication relative à la protection judiciaire de la propriété intellectuelle, le conférencier a reprecisé les notions de propriété intellectuelle, des droits d'auteurs et des droits voisins au regard des textes de base de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (O.A.P.I.) auxquels devraient avoir recours les juges judiciaires africains pour assurer la protection desdits droits et garantir aux inventeurs et créateurs d'œuvres artistiques ou scientifiques africains, une juste rémunération des fruits de leurs travaux.

Les débats ont révélé l'intérêt des participants à cet aspect de la législation panafricaine insuffisamment ou pas du tout intégrée dans les législations nationales de certains pays. Ils ont déploré le fait que la majeure partie des inventions et autres droits protégés par l'O.A.P.I., appartiennent aux créateurs non résidents en Afrique, ce qui limite le contentieux dans cette branche.

S'agissant de la deuxième communication relative à **la cybercriminalité**, les développements ont porté sur la problématique de ce thème, le degré de juridicité y relatif dans l'espace AA-HJF ainsi que sur la place du juge dans la connaissance des délits commis par le biais des Nouvelles Technologies de l'Informatique et de la Communication.

Bien qu'aucune définition harmonisée et uniforme n'existe encore, on peut admettre aujourd'hui que la cybercriminalité qui est un droit récent, recouvre tous les comportements illégaux faisant intervenir les Technologies de l'Informatique. Mais, en général, il s'agit des infractions traditionnelles du code pénal commis en faisant usage de ces nouvelles formes de technologie et qui sont l'apanage, la plupart du temps, de sujets jeunes, intellectuels et peu violents à la recherche du profit ou animés de l'intention de suivre ou de compenser une frustration.

Ce domaine souffre du manque chronique de législation en Afrique, raison pour laquelle, les participants ont souhaité que les autorités compétentes puissent rechercher les financements nécessaires pour engager les procédures législatives tant au plan national qu'international, en vue de faire face à cette forme de criminalité. Ils ont également émis le vœu de mettre en place une formation au profit des Magistrats et autres praticiens du droit dans l'espace AA-HJF.

Abordant l'~~internet~~Internet et les droits humains, le communicateur a fait ressortir notamment qu'en tant qu'outil de communication et de diffusion de l'information et de la connaissance, l'~~internet~~Internet intervient, bien souvent, dans la violation des Droits Humains.

Il peut être utilisé, en effet, pour espionner l'être humain dans sa vie privée et pour diffuser des images tronquées ou obscènes notamment pour les enfants.

Sur la quatrième et la dernière communication ayant pour thème **"le pouvoir souverain d'appréciation des faits par le juge du fond"**, l'exposant a mis l'accent sur les caractères, les contours et la portée du pouvoir souverain du juge du fond dans l'appréciation des faits qui lui sont soumis ainsi que les limites de ce pouvoir.

L'appréciation des faits n'est pas définitive ni discrétionnaire puisqu'elle doit être motivée. Le pouvoir souverain du juge suppose l'incompétence de la Cour suprême ou de la Cour de cassation à examiner autrement les faits, en acceptant de nouvelles pièces.

La réglementation et les modes d'administration de la preuve, le contrôle des motifs ou le contrôle direct, constituent les limites légales apportées à ce pouvoir.

Cette communication, d'un grand niveau professionnel, a permis de savoir que dans des pays comme la Côte d'Ivoire et le Tchad, les lois organiques permettent à la Cour de Cassation ou à la Cour Suprême d'exercer le droit d'évocation sur les décisions des juridictions de fond.

Ce droit d'évocation appartient également à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (La CCJA) de l'OHADA.

Certaines réflexions émises au cours des débats ont suggéré la possibilité d'explorer des révisions législatives pouvant permettre aux juridictions suprêmes, pourtant reconnues comme des juridictions investies du contrôle d'une bonne application du droit ou de la loi, de se saisir des affaires sur le fond notamment en cas de dénaturation des faits.

JURIDICTIONS FINANCIERES

L'EVALUATION DE LA SITUATION PATRIMONIALE DE L'ETAT AU REGARD DES SYSTEMES COMPTABLES EN VIGUEUR DANS LES PAYS DE L'ESPACE AA-HJF (Panel)

par M. Rémy KOSSOUHO

Administrateur du Trésor à la retraite et

M. Chitou Marouf ALABI

Conseiller de la Chambre des Comptes de la Cour Suprême du Bénin à la retraite

INTRODUCTION

Les pays de l'espace AA-HJF, avant leur colonisation étaient pour la plupart constitués de royaumes qui au sens du droit moderne n'étaient pas des Etats. Le royaume appartenait au roi et le patrimoine du royaume était celui du roi. Aucun système comptable n'existait pour retracer la situation de ce patrimoine.

A la colonisation, la situation n'a fondamentalement pas changée. Les royaumes étaient unifiés et transformés en territoire sans personnalité juridique distincte de celle du pays colonisateur (la France ou la Belgique...).

Ces Territoires dits d'outre-mer, ne sont devenus de véritables Etats qu'à leur accession à la souveraineté internationale à partir des années 60 pour le plus grand nombre des pays de l'espace. A partir de cet instant, lesdits Etats ont acquis la personnalité juridique et ont été dotés de l'autonomie financière. Les Etats de cette espace devaient alors prendre en charge la gestion du patrimoine qui leur était retourné par le colonisateur.

Ce patrimoine de départ s'est considérablement accru sans que l'on ne puisse dire aujourd'hui à combien il s'évalue dans chacun de nos Etats. Cette situation qui n'était pas l'apanage de ces seuls Etats, est due au système comptable mis en place au lendemain de leur indépendance.

Avec la globalisation des outils et techniques de gestion publique, l'adoption par les administrations publiques d'une comptabilité patrimoniale inspirée des normes du secteur privé gagne progressivement nos Etats.

L'adaptation à l'Etat des normes d'information comptable et financière du secteur privé se fonde sur la rareté des ressources, une contrainte partagée tant par le secteur public que par les entreprises privées. Corollaire de ce basculement des normes comptables, le contrôle a été adapté à la mutation actuelle.

Il est notamment attendu de cette réforme qu'elle permette :

- d'améliorer la gestion des actifs de l'Etat ;
- de faciliter la décision publique en l'appuyant des états financiers fournissant une image sincère et fidèle de la situation patrimoniale et de la performance financière de l'entité publique comparable à ceux des entreprises privées ;
- de procéder à la comparaison des coûts publics-privés essentielle en cas de recours à des partenariats public-privé ;
- d'intégrer les opérations de l'Etat dans la comptabilité économique nationale ;

- de contribuer à la promotion de l'efficacité de la dépense publique.

Au regard de l'expérience des pays développés, cette réforme s'est généralement révélée selon les spécialistes de la question comme une réforme complexe et coûteuse. Qu'en sera-t-il alors des Etats africains ayant peu d'expérience dans ce domaine et confrontés à de nombreux problèmes de ressources humaines et financières ?

Dès lors, le passage à la comptabilité patrimoniale dans les pays de l'espace AA-HJF induit des préoccupations voire des inquiétudes quant à la mise en œuvre de cette réforme. La présente communication sur l' « **évaluation de la situation patrimoniale de l'Etat au regard des systèmes comptables en vigueur dans les pays de l'espace AA-HJF** » tentera de lever un coin de voile sur la marche de cette réforme.

Dans cette perspective les axes de réflexion ci-après nous paraissent fondamentaux. Ils portent sur :

- ✚ L'état de la réforme comptable dans l'espace AA-HJF ;
- ✚ Le patrimoine des Etats de l'espace AA-HJF ;
- ✚ La production et les contrôles des comptes de l'Etat dans l'espace AA-HJF.

I- L'ETAT DE LA REFORME COMPTABLE DANS L'ESPACE AA-HJF

A- Les référentiels comptables des Etats membres de l'espace AA-HJF

Le système comptable des Etats de l'espace de l'AA-HJF, de l'indépendance à nos jours, ne permet fondamentalement pas la connaissance par chaque Etat de la situation de son patrimoine de manière exhaustive. Il faut reconnaître que des efforts se font dans ces pays pour corriger cette insuffisance. Ces efforts qui ne comblent pas encore les attentes varient selon les pays.

1.- Le référentiel des Etats francophones de l'UEMOA

L'internalisation, dans la plupart des Etats de l'espace UEMOA, des directives portant cadre juridique de la comptabilité de l'Etat (Les directives portant règlement général sur la comptabilité publique, plan comptable et relative aux lois de finances), a constitué une avancée certaine dans la tenue d'une comptabilité de type patrimonial.

Le plan comptable de l'Etat est porté dans l'espace UEMOA par la Directive n° 05/ 98/ CM/UEMOA adoptée en 1998. En vertu de l'article 9 de la directive, les Etats membres prendront, au plus tard le 31 décembre 2000, les mesures nécessaires à l'application effective de l'ensemble de ses dispositions.

Aux termes de l'article 3 de la directive, le plan comptable de l'UEMOA (le PCE UEMOA) s'inspire du Système Comptable Ouest Africain (SYSCOA) et permet :

- ✚ la connaissance et le contrôle des opérations budgétaires et des opérations de trésorerie ;
- ✚ la connaissance de la situation du patrimoine ;
- ✚ la détermination des résultats annuels ;
- ✚ l'intégration des opérations dans la comptabilité économique nationale ;
- ✚ toutes autres analyses économiques et financières permettant l'établissement des ratios et tableaux de bord.

Par ailleurs ; la comptabilité de l'Etat est tenue en partie double. C'est une comptabilité de droits constatés (article 6). Le PCE UEMOA permet de dégager un résultat d'exécution budgétaire, un résultat patrimonial et un résultat au sens de la loi organique de règlement (article 7).

Enfin les comptes du PCE UEMOA sont regroupés en dix (10) classes de comptes :

- cinq classes de comptes de bilan

Classe 1 : résultats et dettes

Classe 2 : immobilisations

Classe 3 : comptes internes

Classe 4 : comptes de tiers

Classe 5 : comptes de Trésorerie

- deux classes pour la présentation économique des opérations d'exécution du budget

Classe 6 : charges par nature

Classe 7 : produits par nature

- une classe libre

Classe 8

- une classe pour la présentation budgétaire des opérations d'exécution de la loi de finances

Classe 9 : comptabilité analytique budgétaire

- une classe pour les comptes d'ordre et les résultats des lois de règlement

Classe 10 : comptes d'ordre et résultats des lois de règlement.

Ce plan comptable qui prône la connaissance de la situation patrimoniale de l'Etat, comporte des lacunes qui handicapent la tenue d'une réelle comptabilité de type patrimonial dans tous ces aspects.

Pour donner une image fidèle du patrimoine et de la situation financière, il convient de définir le périmètre de ces droits et obligations, de les identifier, de les évaluer et de les comptabiliser selon la nomenclature des actifs et des passifs. Ce que le plan comptable des Etats de UEMOA ne permet pas entièrement.

En effet, le plan comptable de l'UEMOA ne permet pas :

✚ la comptabilisation des stocks ;

✚ l'intégration au patrimoine des actifs et passifs existants.

Par ailleurs, le système de la réflexion ne rend pas aisée la tenue de la comptabilité de type patrimonial.

2.- Le référentiel des autres Etats francophones de l'espace AA-HJF

La situation au niveau de ces Etats n'est pas plus reluisante. En effet, la République démocratique du Congo, vient de sortir de la tenue en partie simple de la comptabilité de l'Etat avec la mise en place d'un plan comptable de l'Etat simplifié. Ce plan comptable ne garantit pas la tenue d'une véritable comptabilité de type patrimonial.

S'agissant de la République du Tchad et de la Guinée Conakry, ces pays sont entrain de se doter d'un plan comptable qui prévoit la tenue d'une comptabilité patrimoniale.

B- Conditions de mise en œuvre des référentiels comptables

La mise en œuvre d'un référentiel comptable passe généralement par la mise en place de l'équipe de pilotage de la réforme. Cette équipe aura la charge de conduire la réforme en exécutant les différentes actions selon les grandes étapes suivantes :

- ✚ la phase de préparation ;
- ✚ la phase d'élaboration d'un bilan d'ouverture ;
- ✚ la phase d'établissement de la situation patrimoniale.

1- La phase préparatoire

Les travaux préparatoires à entreprendre dans le cadre de la mise en œuvre de la réforme consistent à :

- ✚ Elaborer un document énonçant le cadre général de la réforme de la comptabilité de l'Etat et précisant l'étendue de ses implications, ses différentes étapes et tâches ainsi que leur planification dans le temps ;
- ✚ Achever le travail de normalisation par la déclinaison du nouveau référentiel comptable en instructions comptables ;
- ✚ Procéder à la construction d'un système d'information comptable et financier indispensable à la mise en œuvre et au bon fonctionnement de la réforme ;
- ✚ Elaborer, diffuser et promouvoir une documentation de référence du contrôle interne comportant des méthodes de contrôle et d'audit interne pour assurer la qualité des comptes publics ;
- ✚ Accompagner la mise en place de la comptabilité de plans de communication et de formation afin de faciliter l'appropriation des évolutions de réglementations, d'organisation et d'environnement informatique liées au nouveau système comptable.
- ✚ Formaliser les procédures ;

La conduite de cette phase conditionne le succès de l'opération.

2.- Etablissement du bilan d'ouverture

Le bilan d'ouverture constitue une étape majeure de la mise en œuvre de la comptabilité patrimoniale. En effet, comme une entreprise industrielle et / ou commerciale qui doit élaborer en début d'exploitation un bilan d'ouverture, faisant état de ses biens meubles et immeubles ainsi que de ses créances et dettes, l'Etat est également tenu de procéder, dans le cadre de ce nouveau départ, à une

reconstitution centralisée et organisée de son patrimoine à travers un bilan dit d'ouverture qui servira de référence aux bilans successifs de ses activités au titre des années à venir.

Pour disposer d'un bilan d'ouverture au périmètre significatif et aux données traçables, il est nécessaire de :

- ✚ Mettre en place des outils de connaissance du patrimoine : un travail approfondi devra être lancé pour identifier, recenser et classer catégorie par catégorie, les éléments du patrimoine de l'Etat pour aboutir à un outil tel que le tableau général des propriétés de l'Etat (TGPE) ;

- ✚ Définir une méthode de valorisation des éléments du patrimoine recensés et les règles comptables d'amortissement de certaines catégories d'immobilisations ;

- ✚ Procéder à la valorisation du patrimoine afin d'établir le bilan d'ouverture qui constituera la première photographie du patrimoine de l'Etat et le premier pas majeur vers une meilleure connaissance et une meilleure gestion des actifs publics.

3- Etablissement de la situation patrimoniale de l'Etat proprement dite

La situation patrimoniale de la première année d'activité (année d'entrée en vigueur de la réforme) est déterminée à partir des chiffres issus du bilan d'ouverture (balance d'entrée au premier janvier de l'année) modifiés par les valeurs dégagées par les mouvements de l'année courante (balance de sortie). La situation de la deuxième année s'appuiera sur les chiffres dégagés par la balance de sortie de la première année et ainsi de suite de manière à assurer l'enchaînement des exercices.

L'objectif de régularité, de sincérité et d'image fidèle est garanti par la qualité du système d'information comptable et financier mis en place ainsi que de l'application effective des normes et des procédures adoptées.

II.- LE PATRIMOINE DES ETATS MEMBRES DE L'ESPACE AA-HJF

A- La différence entre la situation patrimoniale de l'Etat et celle des entreprises privées

1.- La divergence des finalités public-privé

Le but de l'entreprise est le profit, elle alloue par conséquent ses ressources en fonction des profitabilités relatives de ses activités.

L'Etat, pour sa part, poursuit plusieurs objectifs parfois contradictoires qui peuvent aller au-delà de la rationalité économique ; ce qui le conduit à allouer ses ressources selon une logique politique reflétant les préférences des électeurs-contribuables.

2- L'existence de spécificités irréductibles pour les comptes publics

- Au passif du bilan de l'Etat, il n'existe pas de comptes de capitaux. Dans la situation patrimoniale de l'Etat, les comptes de la classe 1 sont consacrés aux résultats et aux dettes alors qu'en ce qui concerne les entreprises cette classe comporte également les capitaux propres.

- La classe 3 réservée à la description des opérations internes et spécifiques à l'Etat enregistre les stocks de l'entreprise.

- La classe 8 est de libre utilisation dans la comptabilité de l'Etat alors qu'elle est destinée à l'enregistrement des charges et des produits correspondant à des opérations qui ne se rapportent pas à l'activité ordinaire de l'entreprise.

- La classe 9 qui décrit l'ensemble des opérations budgétaires selon la présentation de la loi de finances est d'usage facultatif dans la comptabilité des entreprises dont elle peut toutefois enregistrer les engagements hors bilan.

- La classe 0 est une classe hors comptabilité générale de l'Etat qui retrace des informations financière dont le suivi est exigé par les textes. Elle n'existe pas en comptabilité des entreprises.

3- L'existence pour l'Etat de biens non valorisables

Le patrimoine de l'entreprise comporte des biens acquis pour la plupart par l'intermédiaire des mécanismes du marché. Par contre, l'Etat détient dans son patrimoine des biens pour lesquels il ne peut exister de valeur historique ou pour lesquels la valeur collective ne peut être appréciée par la seule valeur économique (patrimoine historique, culturel ou naturel). De tels biens qui échappent au mécanisme du marché posent un problème de valorisation.

Cependant, il est à noter tant pour les entreprises que pour l'Etat, les ressources sont limitées quel que soit le mécanisme d'allocation économique ou politique. De même la qualité et la transparence des décisions publiques dépendent des informations économiques et financières disponibles. Pour ces raisons, la nature particulière de certains biens publics et l'absence de marché ne suffit pas à ôter toute pertinence à une comptabilité patrimoniale de l'Etat bien que l'expérience a montré que sa mise en œuvre relève « d'une entreprise de longue haleine ».

B- La définition et le périmètre du patrimoine de l'Etat

1.- Définition du patrimoine

Le patrimoine comprend à la fois :

✚ Les droits : la totalité des biens, droits et créances compose l'actif

Exemples : immeubles, œuvres d'art, brevets, véhicules, ordinateurs, stocks, sommes disponibles, ...

✚ Les obligations : l'ensemble des dettes et obligations forme le passif

Exemples : emprunts, dettes de fonctionnement, ...

2.- Le périmètre du patrimoine de l'Etat

Le périmètre du patrimoine de l'Etat rassemble celui de tous les services, établissements ou institutions d'Etat non dotés de la personnalité juridique. Il correspond globalement à celui des entités ou services dont les moyens de fonctionnement sont autorisés et décrits par la loi de finances, y compris les comptes spéciaux et les budgets annexes, à l'exception des établissements publics et organismes assimilés dotés d'une personnalité juridique.

C- L'évaluation du patrimoine de l'Etat

1.- Une œuvre coûteuse et de longue haleine

Avec l'instauration pour compter du 31 décembre 2001 du nouveau corpus comptable, les pays membres de l'UEMOA ont en charge de conduire la mise en œuvre au plan technique, du processus d'élaboration de la situation patrimoniale l'Etat. Mais force est de constater que sept (7) années après, les pratiques comptables, dans la plupart des pays, sont nettement en deçà des exigences normatives découlant de la directive portant PCE. Et pour cause, le passage à la comptabilité patrimoniale ne va pas de lui-même. Il présente des difficultés énormes ; il est coûteux : il implique un investissement significatif en matière de ressources humaines tant dans les départements ministériels que dans les organismes de contrôle ; il nécessite un temps relativement long pour sa réalisation.

L'expérience des pays qui ont déjà franchi le pas est particulièrement édifiant à ce propos. Par exemple, la mise en place de la nouvelle comptabilité a duré 7 ans en grande Bretagne. Aux Etats-Unis il était prévu deux ans pour réussir le processus d'adoption aux droits constatés ; mais il en a fallu 17. En France, elle a commencé avant le début des années 70 et a évolué par innovations successives jusqu'à l'avènement de la LOLF qui a prévu pour son aboutissement, une transition de cinq ans et il est probable que malgré les efforts en cours, tout ne puisse être terminé dans ce délai. Quant aux Pays-Bas, ils y ont renoncé, notamment du fait du coût financier de la transition.

Malgré les difficultés et les risques inhérents à l'entreprise, le passage des comptes publics à une comptabilité patrimoniale n'en constitue pas moins une réponse aux exigences des citoyens et des contribuables quant au contrôle de l'efficacité de l'allocation des ressources publiques.

3. Méthode d'évaluation du patrimoine de l'Etat

Les actifs doivent être enregistrés, à leur date d'entrée, pour leur coût et leur valeur doit être réexaminée à chaque clôture.

Valeur d'inventaire : la plus faible de la valeur actuelle ou de la valeur comptable :

↳ valeur actuelle : valeur vénale ou valeur d'usage (valeur des avantages économiques futurs attendus) ;

↳ valeur comptable : valeur d'entrée corrigée s'il y a lieu des amortissements et dépréciations.

Le patrimoine de l'Etat est évalué selon l'époque de leur comptabilisation. On distingue :

✚ Évaluation initiale

✚ Dépense ultérieures

✚ Évaluation lors de la sortie du patrimoine

✚ Évaluation postérieure

2.1- Evaluation initiale

Lors de leur entrée dans le patrimoine de l'Etat, les immobilisations sont enregistrées :

✚ Coût d'acquisition pour les acquisitions à titre onéreux

- ✚ Coût de production pour les immobilisations produites en interne

- ✚ Valeur de marché pour les acquisitions à titre gratuit

2.2- Evaluation en fonction des dépenses ultérieures

Les dépenses ultérieures relatives à une immobilisation corporelle déjà comptabilisée doivent être ajoutées à la valeur comptable de l'actif lorsqu'il est probable que des avantages économiques futurs ou un potentiel de service iront à l'Etat, au-delà de l'estimation la plus récente du niveau de performance défini à l'origine de l'actif existant ou au moment où les dépenses sont engagées.

L'écart par rapport au niveau d'origine consiste en l'allongement de la durée d'utilisation, l'augmentation de la capacité d'utilisation, la diminution du coût d'utilisation ou l'amélioration substantielle de la qualité de la production.

Lorsque l'immobilisation est amortissable, le plan d'amortissement est révisé en conséquence puisque la valeur et la durée d'utilisation varient. Pour les biens non amortissables évalués en valeur vénale, l'extension du potentiel de services attendus de l'actif est retenue pour appréhender l'écart de réévaluation.

2.3.- Évaluation lors de la sortie du patrimoine

Une immobilisation corporelle doit être éliminée du bilan lors de sa sortie ou lorsque l'actif est hors d'usage de façon permanente et lorsque l'on n'attend plus d'avantages économiques ou de potentiel de service de ce bien.

2.4.- Evaluation postérieure

- ✚ Les biens dont la durée de vie est déterminable :

- ↳ Comptabilisation des amortissements

- ↳ Comptabilisation des dépréciations

- ✚ Les biens dont la durée de vie n'est pas déterminable :

- ↳ Suivi en valeur de marché pour le parc immobilier

- ↳ Coût de remplacement déprécié pour les infrastructures

III – LA PRODUCTION DES COMPTES ET LES CONTROLES DES JURIDICTIONS FINANCIERES

A.- La production des comptes et les pièces justificatives

Les comptables des Etats de l'UEMOA produisent trois sortes de comptes à la juridiction financière. Il s'agit de :

- ✚ Le compte de gestion ;

- ✚ Le compte administratif ;

- ✚ Le compte général de l'administration des finances.

1.- La production du compte de gestion

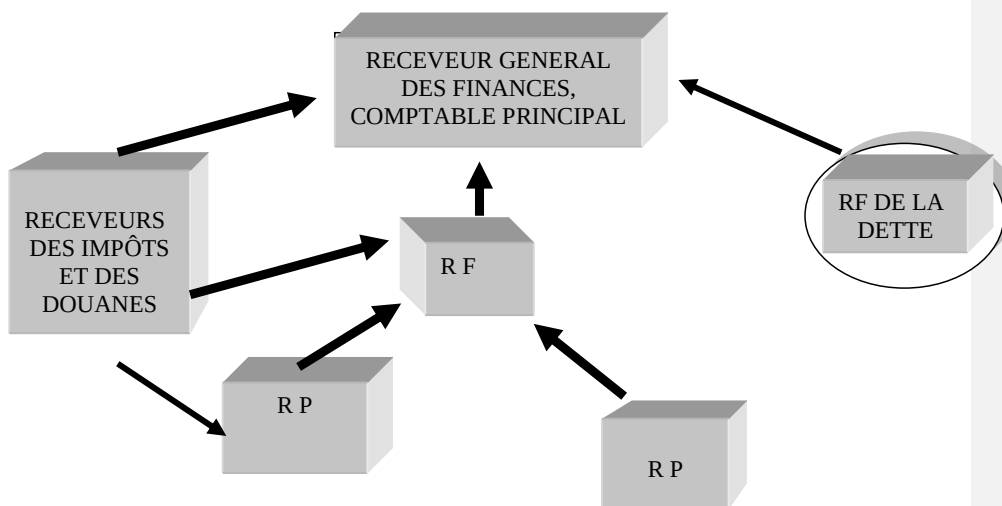
Au Bénin les comptes de gestion sont déposés à la Chambre des comptes, du moins jusqu'en 2005. Le compte de gestion 2006 est encore en cours d'élaboration par le Trésor Public. Les retards accusés sont dus entre autres :

- ✚ A la clôture tardive du budget général de l'Etat ;
- ✚ Au retard dans la centralisation des comptabilités des comptables subordonnés.

1.1.- Le processus d'élaboration du compte de gestion au Bénin

L'élaboration du compte de gestion n'est possible que si le Receveur Général des Finances a centralisé les comptabilités des comptables secondaires. Cette centralisation lui permet d'avoir l'exhaustivité au niveau des opérations de l'Etat exécutées par tous les comptables publics.

Schématiquement, cette centralisation se présente de la manière suivante :



A l'issue de cette centralisation, le receveur général des finances édite la balance provisoire au vu de laquelle les rapprochements ont lieu. On distingue deux types de rapprochement :

1. les rapprochements internes ;
2. les rapprochements externes.

Les rapprochements ci-dessus terminés, le Receveur Général des Finances édite la balance définitive des comptes. Cette balance est une balance avant détermination des résultats.

Il produit, après les derniers contrôles de cohérence, le compte de gestion sur chiffres et pièces qu'il adresse au Directeur de la centralisation des comptes pour sa mise en état d'examen et son dépôt à la chambre des comptes.

1.2.- Les documents constitutifs du compte de gestion

On distingue :

- ✚ Les pièces générales ;
- ✚ Les pièces justificatives.

1.2.1. - Les pièces générales

Les pièces générales produites sont les suivantes :

- ✚ Le compte administratif ;
- ✚ La loi de finances initiale ou rectificative ;
- ✚ La balance générale des comptes ;
- ✚ Les développements des dépenses et des recettes ;
- ✚ Les documents annexes.

Les autres documents joints au compte de gestion servent à justifier certaines écritures et notamment le patrimoine de l'Etat. Ces documents sont les suivants :

- Les états détaillés des titres de perception émis ;
- La justification des soldes comptes de la classe 1, 2, 4 et 5. Les états de développement justifiant ces soldes sont les suivants :
 - l'état du passif ;
 - l'état de l'actif ;
 - l'état de restes à recouvrer ;
 - l'état de restes à payer ;
 - les relevés des comptes de dépôt et les notes d'accord des déposants ;
 - les états de développement des soldes des comptes des comptes de la classe 4 ;
 - les relevés de comptes courants du Trésor à la BCEAO et éventuellement dans les banques primaires appuyés des états de rapprochement signés des comptables et des responsables des institutions bancaires domiciliataires desdits comptes.

A ces documents on ajoute les annexes suivantes :

- l'acte de nomination ;
- l'attestation de réalisation du cautionnement ;
- le procès-verbal de prestation de serment ;
- le procès-verbal de remise de service ;
- les réserves émises par le comptable entrant ;

- l'attestation de prise de service ;
- les procurations données aux mandataires ;
- les notes d'intérim.

1.2.2. - Les pièces justificatives

Les pièces justificatives sont celles se rapportant à l'exécution matérielle des opérations de dépenses et de recettes du budget général de l'Etat.

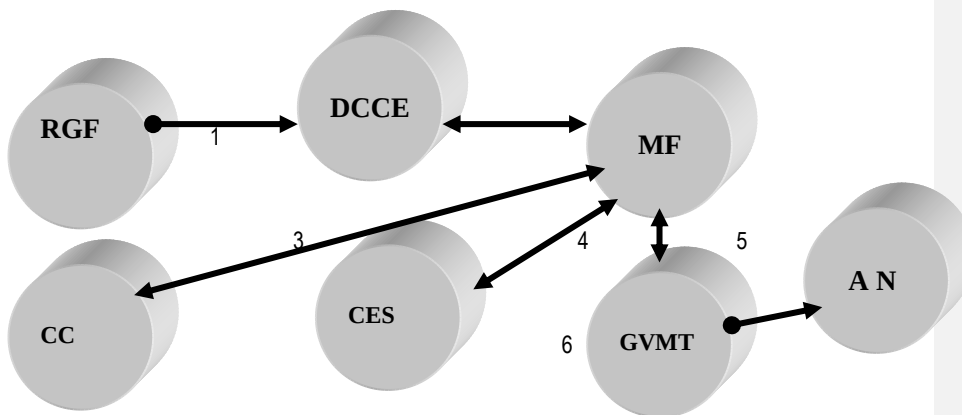
2.- Le compte général de l'administration

Le compte général est un document à caractère solennel et officiel qui présente l'exécution des lois de finances.

2.1- Le processus d'élaboration du compte général de l'administration des finances et du projet de loi de règlement

L'élaboration du compte général de l'administration des finances (CGAF) et du projet de loi de règlement (PLR) intervient après le dépôt à la Chambre des Comptes du compte de gestion. Le CGAF et le PLR sont élaborés par le Directeur de la Centralisation des Comptes de l'Etat pour le compte du Ministre chargé des finances.

Le schéma ci-dessous indique l'ordre d'intervention des différents acteurs :



1= transfert des données au DCCE en vue de l'élaboration du CGAF et PLR

2= transmission du CGAF et du PLR au Ministre chargé des finances pour signature

3 = Envoi du CGAF et le PLR à la Chambre des comptes en vue de l'élaboration du rapport d'exécution de la loi de finances et de la déclaration générale de conformité.

4 = Envoi du CGAF et le PLR au conseil économique et social pour avis

5 = Transmission en Conseil des Ministres du CGAF et du PLR pour approbation et prise du décret de transmission à l'Assemblée Nationale ;

6 = Transmission à l'Assemblée Nationale du PLR appuyé du CGAF pour vote.

Aux termes de l'article 89 du décret n° 2001 du 15 février 2001 portant règlement général sur la comptabilité publique (RGCP) internalisant la directive n°06/97/CM/UEMOA du 30 octobre 1997, le compte général de l'administration des finances comprend :

-  la balance générale des comptes ;
-  le développement des recettes budgétaires ;
-  le développement des dépenses budgétaires ;
-  le développement des opérations constatées aux comptes spéciaux du trésor ;
-  le développement des comptes de résultat.

B.- Les contrôle des comptes de l'Etat par la juridiction financière

« La juridiction des comptes assiste le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances. ». Telle est la mission assignée aux juridictions financière par l'article 71 de la directive n° 05 / 97/ CM / UEMOA du 16 décembre 1997 relative aux lois de finances.

L'assistance que la juridiction des comptes apporte au Parlement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances prend la forme de deux documents élaborés par la juridiction pour éclairer la représentation nationale : le rapport sur l'exécution des lois de finances et la déclaration générale de conformité.

Le passage à la comptabilité patrimoniale a conduit à établir des états financiers qui constituent de nouveaux éléments du compte général de l'administration des finances dont le traitement reste à couvrir par l'assistance de la juridiction.

La Chambre des comptes de la Cour suprême du Bénin a examiné les premières situations patrimoniales produites. Ce traitement est-il approprié ? La réponse à cette question nous édifiera sur la problématique de la nature des interventions des juridictions des comptes de l'espace UEMOA.

1- Regard sur les situations patrimoniales établies et leur contrôle au Bénin

Fidèle à ses engagements vis-à-vis de la communauté dont il est membre, le Bénin a respecté le délai prescrit pour la mise en conformité en établissant sa situation patrimoniale au titre de l'année 2001. Cette première situation patrimoniale a été suivie par celles de 2002 et de 2003.

Dans son rapport sur l'exécution de la loi de finances pour l'année 2001, la juridiction financière a salué les efforts déployés pour ces innovations qui permettent de fournir une information plus complète et plus compréhensible sur la situation patrimoniale de l'Etat en précisant le contenu et la valeur des différentes composantes de ce patrimoine. Elle n'en a pas moins souligné les nombreuses insuffisances qui biaisent la présentation des états financiers et entachent leur fiabilité.

Notamment ont été mis en lumière de façon récurrente sur les trois années :

- le défaut de présentation d'un rapport sur l'évaluation des postes du bilan : il n'y a pas de bilan d'entrée.

- l'incomplétude des documents présentés : de tous les éléments requis dans le cadre d'une situation patrimoniale, seul le bilan est produit.
- le non respect du principe de la séparation des exercices.
- le défaut d'explication sur l'évolution des postes du bilan.
- l'inexactitude de la situation nette présentée au bilan.
- la non prise en compte des amortissements dans la détermination du résultat patrimonial.

A ces insuffisances relevées par la chambre des comptes il y a lieu d'ajouter :

- le défaut d'une clarification conceptuelle et méthodologique préalable ;
- des constats de non exhaustivité consécutifs aux imperfections du système intégré de gestion des finances publiques (SIGFIP) qui ne permet pas de comptabiliser les investissements financés par l'extérieur et à l'augmentation considérable des dépenses exécutées par les procédures exceptionnelles ;
- des éléments du patrimoine non comptabilisés du fait du non rattachement des fonds de concours par lesquels du matériel et des équipements d'importantes valeurs sont directement mis à la disposition d'un bon nombre d'administrations sans être retracés dans le patrimoine de l'Etat ;
- l'inscription au bilan de valeurs dénuées de toute vraisemblance comme par exemple les valeurs de 165 558 730F et 554 021 596F au compte 22 « Sol et sous-sol » au titre, respectivement, des années 2001 et 2002.

La Chambre des comptes a évidemment assorti ses observations de recommandations consistant pour l'essentiel à :

- énoncer le cadre général de la réforme de la comptabilité de l'Etat, l'étendue de ses implications, l'étape qui vient d'être franchie et celles restant à aborder ;
- faire l'état des travaux préparatoires réalisés en vue de la mise en place d'une comptabilité patrimoniale (mise en place des outils de connaissance du patrimoine, définition de la méthode de valorisation du patrimoine recensé, règles d'amortissement de certaines catégories d'immobilisations, etc.) ;
- accompagner le bilan de commentaires fournissant une description plus complète des éléments du patrimoine et du rapport d'évaluation de certains éléments de l'actif immobilisé tels que les immobilisations corporelles, les sols, les sous-sols, les immeubles, les meubles et les équipements militaires.

En conclusion à ses travaux sur les comptes de 2001, la Chambre des comptes avait tout simplement déclaré qu'elle n'était pas en mesure de procéder à « un examen approfondi » des états financiers produits.

En d'autres termes, la juridiction a eu à procéder qu'à une évaluation de forme, méthode également appliquée pour les comptes de 2002 et 2003.

En quoi doit donc consister « l'examen approfondi » de la situation patrimoniale de l'Etat par la Juridiction financière ?

2- La problématique de la nature de l'intervention de la Juridiction financière

Les principaux textes constitutifs du cadre harmonisé des finances publiques à savoir : la directive n°05/95 relative au loi de finances, la directive n°06/97 relative au règlement général sur la comptabilité publique et la directive n°05/98 portant plan comptable de l'Etat n'ont prévu aucune extension du pouvoir de contrôle du juge consécutive à la production d'états financiers rendant compte de la situation patrimoniale de l'état comme si la fiabilité des informations comptables, principal objectif de la réforme a été perdu de vue.

Le passage à la comptabilité patrimoniale apparaîtrait alors comme une fin en soi, un nouveau gadget de la cybernétique financière.

Il ne peut en être ainsi ; et pour qu'il n'en soit pas ainsi, la certification des états financiers de l'Etat peut être le complément nécessaire à la mission des juridictions des comptes. La convergence inexorable vers les pratiques managériales du secteur privé et le choix de tous les pays ayant adopté cette réforme confirme cette thèse qui n'en suscite pas moins des oppositions.

Les arguments ne manquent pas aux détracteurs de cette thèse : d'aucuns n'ont pas manqué de souligner que la mission de certification dans un contexte de pays développé est très ambitieux et particulièrement coûteux et l'est davantage dans un environnement de pénurie voire de pauvreté comme en Afrique. D'autres soutiennent qu'avant de doter les juridictions financières de compétences nouvelles en relation avec la certification des comptes, il convient surtout d'asseoir les fonctions traditionnelles de contrôle de la régularité des opérations comptables et d'appréciation de la qualité de la gestion des ordonnateurs.

Faut-il pour autant en conclure que nous devons rester en marge de la marche du monde ?

Certainement pas, car cela reviendrait à ramer à contre courant. Nous devons donc nous engager résolument sur la voie du progrès en adoptant la norme internationale en vigueur quitte à avancer par touches successives. Il n'y a pas de raison que l'objectif ne soit pas atteint en cinq, dix voire quinze ans si le cap est maintenu.

3- La mission de certification

Dans le cadre du passage à la comptabilité patrimoniale, la nouvelle mission des juridictions financières consiste à certifier les états financiers issus de la comptabilité générale qui sont joints au compte général de l'administration des finances.

3.1- Définition et objet de la certification

La certification des comptes se définit comme l'opinion écrite et motivée que formule un organisme indépendant sous sa responsabilité sur la conformité des états financiers d'une entité, dans tous ses aspects significatifs, à un ensemble donné de règles comptables au premier rang desquelles figurent la régularité, la sincérité et la fidélité des comptes.

La mission de certification confiée aux juridictions financières est de collecter tous les éléments probants nécessaires pour lui permettre d'affirmer que les comptes de l'Etat sont conformes aux principes et aux normes comptables qui leur sont applicables.

Elle vise à garantir la fiabilité des informations qu'ils contiennent et à donner au Parlement, avant le vote de la loi de règlement une assurance raisonnable qu'ils sont exempts d'anomalies significatives.

3.2- Champ de la certification

Mis en forme : Français (France)

La certification à délivrer par les juridictions financière ne s'applique qu'aux états financiers issus de la comptabilité générale et notamment aux comptes de résultats et au bilan que le Parlement doit approuver ; elle ne vise donc pas à donner une assurance raisonnable sur les deux autres résultats que le parlement arrête en loi de règlement, à savoir le résultat d'exécution des lois de finances et le découvert du trésor (résultat au sens de la loi de règlement).

3.3- Méthodologie d'une certification

3.3.1- Découpage de la démarche

La démarche peut faire l'objet de deux types de découpage :

- le premier consiste à distinguer dans la démarche les grandes phases de l'audit, à savoir la prise de connaissance, d'évaluation de contrôle interne, la révision des comptes et la finalisation de la mission ;
- le second plus opérationnel conduit à découper l'intervention du certificateur par cycle de contrôle.

➤ L'approche par phase

Les quatre phases principales sont

- la prise de connaissance de l'entité contrôlée

Elle se compose d'une prise de connaissance préliminaire puis d'un examen analytique qui permet de prendre connaissances des opérations de l'exercice

- l'évaluation de contrôle interne

L'évaluation du contrôle interne permet d'évaluer les procédures et les systèmes manuels ou informatisés utilisés par l'entité. L'évaluation des systèmes et des procédures comporte :

- une description des systèmes ;
- la réalisation de tests destinés à valider la compréhension (tests de conformité ;
- réalisation des tests des points forts de contrôle interne .
- la révision des comptes

Cette phase comprend des procédures analytiques et des contrôles substantifs dont l'ampleur est définie à l'issue de l'évaluation de contrôle interne.

- La finalisation de la mission

Elle se compose de quatre parties :

- La vérification de la qualité des informations fournies dans l'annexe aux états financiers ;
- L'examen des événements postérieurs à la clôture ;
- La communication du certificateur avec la gouvernance de l'entité sur ses travaux et ses conclusions.

➤ **L'approche par cycle**

Le découpage par cycle réalise un découpage opérationnel de la mission d'audit : l'auditeur regroupe les comptes qu'il doit auditer en sous ensemble correspondant aux principales fonctionnalités de l'entité.

A titre d'illustration, le découpage adopté par la Cour des comptes française présente les cycles suivants :

- Le cycle des charges ;
- Le cycle des produits ;
- Le cycle des dettes ;
- Le cycle de la trésorerie ;
- Le cycle des engagements et des provisions ;
- Le cycle des immobilisations et des stocks ;
- Le cycle des états financiers.

Chaque cycle doit être décomposé en actions à exécuter. Dans chaque cycle de contrôle, le certificateur met en œuvre la démarche par phase qui a été précédemment exposée.

3.3.2- Etapes de la démarche appliquée au cycle immobilisations

La suite du développement montrera comment, en pratique, les grandes étapes de la démarche s'appliquent à chaque cycle. Cette pratique sera illustrée à travers l'exemple de cycles des immobilisations corporelles et incorporelles.

Les phases à retenir sont : la connaissance des opérations d'évaluation du contrôle interne et la révision des comptes du cycle immobilisation.

• **La connaissance des opérations**

Connaissance générale

Elle porte sur les opérations, l'environnement externe, l'organisation interne et les méthodes et principes comptables de l'entité contrôlée.

1- Les opérations : le certificateur recense les principaux moyens matériels d'exploitation nécessaires par l'activité ainsi que leurs caractéristiques (les bâtiments, le matériel)

2- L'environnement externe : le certificateur prend connaissance des partenaires et des modes d'approvisionnement, de l'environnement juridique, des contraintes législatives éventuelles.

3- L'organisation interne : l'organisation interne mis en place

4- Les méthodes et principes comptables : modes et taux d'amortissement, méthodes utilisées pour distinguer les charges des immobilisations etc.

Examen analytique

L'examen analytique comporte généralement les travaux suivants :

- 1- Etablissement d'un état faisant apparaître les soldes d'ouverture et de clôture, et les mouvements de l'exercice (pour les valeurs brutes et les amortissements) ;
- 2- Etablissement d'un état recensant les amortissements pratiqués en applications des textes (amortissement dérogatoires...) et, le cas échéant, des subventions d'équipement obtenues ;
- 3- Rapprochement des totaux obtenus avec les postes concernés du bilan des comptes de résultats ;
- 4- Contrôle de la cohérence de l'évolution des immobilisations avec le budget, la politique d'investissement et les axes de développement définies par la direction des entités ;
- 5- Contrôles de la cohérence des dotations aux amortissements ;
- 6- Obtention d'explication sur les variations les plus significatives.

• L'évaluation du contrôle interne

La procédure « immobilisations » recouvre généralement les trois fonctionnalités suivantes :

- La détermination et la réalisation des investissements ;
- Le suivi et la protection des immobilisations ;
- L'enregistrement des immobilisations.

Détermination et la réalisation des investissements

1- **Objectif** : le contrôle interne doit garantir que les immobilisations nécessaires à l'activité de l'entité sont correctement appréhendées, et que sont respectées les orientations et la politique budgétaire définies.

2- **Risques potentiels** : des faiblesses dans le processus de choix des investissements à engager peuvent entraîner l'acquisition d'immobilisations non nécessaires. Une provision pour dépréciation doit être constatée pour tirer la conséquence de ces situations.

3- **Mesures usuelles de contrôle interne** : les procédures de contrôle interne permettant de courir le risque d'investissements inadaptés consistent essentiellement dans la mise en place d'un contrôle budgétaire des investissements, dans la formalisation d'étude de rentabilité établie préalablement à toutes commandes et dans la définition de pouvoirs spécifiques d'engagements des dépenses d'immobilisations.

4- **Assertions d'audit concernées** : l'acquisition d'immobilisations non rentables ou non utiles pour l'activité peut avoir une incidence directe sur l'évaluation des immobilisations (les assertions d'audit sont des critères dont la réalisation conditionne la régularité, la sincérité et l'image fidèle que donne de la réalité les états financiers).

Suivi et protection des immobilisations

1- **Objectifs** : Le contrôle interne doit garantir que :

Tous les mouvements d'immobilisations sont recensés dans un registre spécifique ;

Les immobilisations sont protégées contre le vol et la destruction et font l'objet d'un entretien régulier ;
Les immobilisations comptabilisées sont identifiées physiquement.

Risques potentiels : Un contrôle interne insuffisant en matière de suivi et de protection des immobilisations entraîne le risque :

- D'une perte de maîtrise de l'inventaire des immobilisations et par conséquent de la justification des comptes d'immobilisations ;
- De fonctionnement défectueux des immobilisations ;
- De vol et de détérioration de l'immobilisation.

Mesures usuelles de contrôle interne : Les procédures de contrôle interne permettant de couvrir les risques potentiels mentionnés ci-dessus peuvent reposer notamment :

- Sur une procédure d'inventaire permettant des immobilisations appuyée par un inventaire physique périodique (inventaire tournant ou inventaire annuel) ;
- Sur l'existence d'un service de maintenance disposant de procédures spécifiques et garantissant l'état du fonctionnement du matériel ;
- Sur la mise en place de couvertures d'assurances appropriées ;
- Sur l'existence de procédures spécifiques de désinvestissement (mises au rebut, cessions) comportant notamment la définition des personnes habilitées à mettre en œuvre ces opérations.

Assertions d'audit concernées : Un mauvais suivi administratif des immobilisations et une protection insuffisante du parc peuvent avoir une incidence sur :

- L'existence des soldes d'immobilisations : certaines immobilisations, présentent en comptabilité, peuvent ne plus avoir de réalité physique à la suite d'une cession, d'une mise au rebut, ou de vol.
- L'évaluation des immobilisations : le mauvais état, la détérioration ou l'obsolescence des immobilisations risquent de ne pas être pris en compte sur le plan comptable par le biais d'une dépréciation appropriée.

Enregistrement des immobilisations

Objectif : Le contrôle interne doit garantir que les immobilisations sont correctement enregistrées et évaluées en comptabilité.

Risques potentiels : les anomalies relatives à l'enregistrement des immobilisations peuvent se traduire par les risques suivants :

- non-enregistrement (factures non reçues ou perdues) ou enregistrement en charges de factures d'immobilisations ;
- comptabilisation dans les immobilisations de factures correspondant à des dépenses courantes ;
- amortissement des immobilisations sur la base de modes et de taux non conformes aux principes comptables en vigueur.

Mesures usuelles de contrôle interne : les procédures de contrôle interne permettant de couvrir les risques potentiels mentionnées ci-dessus sont notamment :

- La mise en œuvre de contrôle des imputations comptables et d'analyses des charges d'entretien permettant de sécuriser la distinction entre les charges d'entretien et les immobilisations ;
- Le renforcement du processus de détermination des taux et modes d'amortissement pour toute nouvelle acquisition ;
- Le recensement des mouvements physiques d'immobilisations et la comparaison périodique de ses mouvements physiques avec les mouvements comptables.

Assertions d'audit concernées : les risques mentionnés ci-dessus sont susceptibles d'avoir une incidence sur :

- L'exhaustivité des immobilisations enregistrées si des factures ne sont pas reçues ou sont enregistrées en charges ;
- La régularité des immobilisations enregistrées si des charges sont comptabilisées en immobilisations ;
- L'évaluation des soldes d'amortissements dans l'hypothèse d'anomalies dans les taux d'amortissement retenus.

• **Révision des comptes de cycle « immobilisations »**

A ce stade de sa démarche, les contrôles de l'auditeur pourront porter notamment sur :

- L'exhaustivité des enregistrements,
- La régularité des enregistrements,
- L'existence des soldes,
- L'évaluation des soldes,

Exhaustivité des enregistrements : Pour vérifier la comptabilisation des investissements en immobilisations, l'auditeur peut réaliser un test sur les charges d'exploitation, plus particulièrement sur les charges d'entretien, afin de s'assurer qu'elles ne comportent pas de dépenses immobilisables. Il a également la possibilité d'identifier physiquement un certain nombre d'immobilisations, par exemple à l'occasion d'une visite ou d'un inventaire de stocks, et de vérifier que celles-ci apparaissent effectivement dans les comptes d'immobilisations.

Régularité des enregistrements : La régularité des opérations affectant les immobilisations comptabilisées à l'actif du bilan peut être contrôlée :

- par un test visant à vérifier, pour les principales acquisitions de l'exercice : le caractère immobilisable de la dépense portée en compte d'immobilisations, la propriété juridique des immobilisations, la conformité des taux et modes d'amortissement retenus avec les principes comptables généraux et les principes arrêtés par l'entité, enfin la date retenue comme point de départ de l'amortissement ;
- par un examen des pièces justificatives (procès-verbal de mise au rebut, facture de cession) des sorties d'immobilisations significatives de l'exercice.

Existence des soldes : Pour valider les soldes, l'auditeur peut procéder au rapprochement du fichier des immobilisations avec la comptabilité et à un **sondage** sur l'**existence physique** des principales immobilisations.

Le certificateur peut également contrôler dans ce cadre, la justification des comptes d'avances et acomptes versés.

Evaluation des soldes : L'évaluation des soldes des comptes de valeur brutes est réalisée par le biais des contrôles sur acquisitions. S'agissant des amortissements, l'auditeur procède :

- à l'examen des principes retenus par l'entité pour s'assurer qu'ils sont cohérents avec ceux de l'exercice précédent ;
- à la vérification par sondage des taux et modes d'amortissement retenus pour les immobilisations acquises au cours des exercices antérieurs ;
- au contrôle du calcul de la dotation aux amortissements pratiquée sur les principales immobilisations acquises au titre de l'exercice ;
- au contrôle du calcul des amortissements dérogatoires.

L'auditeur effectue un travail particulier sur les immobilisations en cours. Il s'assure notamment qu'elles ne doivent pas donner lieu à la constatation d'un amortissement. Enfin, sur la base d'entretiens avec des responsables appropriés, l'auditeur s'assure qu'aucune immobilisation ne doit subir de dépréciation complémentaire pour des raisons d'obsolescence, d'usure ou de détériorations diverses.

Autres contrôles : Dans le cadre des travaux de révision des immobilisations corporelles et incorporelles, le certificateur peut également procéder :

- à l'examen de l'application des modes et taux d'amortissement au regard de la réglementation en vigueur ;
- au contrôle du calcul et du traitement des plus ou moins-values sur cessions ;
- au contrôle du traitement de la TVA sur les cessions ;
- au recoupement des sorties d'immobilisations avec les produits et charges exceptionnels.

QUE CONCLURE ?

Le passage à la comptabilité patrimoniale est un chantier ambitieux qui conjugue simultanément un changement profond de référentiel comptable et une certification des comptes. Il constitue l'une des étapes déterminantes mais aussi l'une des plus difficiles de la réforme d'ensemble de la gestion public du fait des investissements à consentir au triple plan des ressources financières, des ressources humaines et des investissements en temps, sans oublier les particularités africaines en relation avec nos cultures.

Pour nos pays de l'espace AA-HJF, le chantier n'est qu'à la première pierre ; dans ces conditions, il nous est difficile de nous aventurer sur la voie d'une conclusion au sens plein du terme.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- 1- F. MARTY, S.TROSA, A. VOISIN : Les enjeux liés à l'adoption d'une comptabilité patrimoniale par les administrations centrales, Revue Internationale des Sciences Financières.
- 2- N. MEDE : L'établissement d'une comptabilité patrimoniale de l'Etat au BENIN : avancées et contraintes, Revue Française des Finances Publiques.
- 3- J-P.DUPRAT: La dynamisation des réformes budgétaires : globalisation des problèmes, unification des outils et adaptation nationale des solutions, Revue Française des Finances Publiques.
- 4- Directive n°05/98/CM/UEMOA portant plan comptable de l'Etat.
- 5- Directive n°05/97/CM/UEMOA relative aux lois de finances.
- 6- Directive n°06/97/CM/UEMOA portant Règlement Général sur la Comptabilité Publique.
- 7- Rapport sur l'exécution de la loi de finances pour les années 2001 et 2002.
- 8- A. de LAUBADIERE, Y. GAUDEMEY : Droit Administratif des Biens, Tome2.
- 9- A. MERCIER, P.MERLE : Mémento pratique F. LEFEBVRE, Audit et Commissariat au Comptes 2005-2006.
- 10- Le Système Comptable Ouest Africain (SYSCOA).
- 11- A. CAUMEIL : La Réforme Comptable et la Certification des Comptes de l'Etat en France, OCDE-MINEFI.
- 12- Cour des Comptes Française : Certification des Comptes de l'Etat Exercice 2007.
- 13- E. AHOUANGANSI : Audit et Révision des Comptes, Aspects Internationaux et Espace OHADA.

LE CONTROLE DU RESPECT DES GRANDS PRINCIPES BUDGETAIRES DANS L'EXECUTION DES LOIS DE FINANCES (Panel)

par M. **Kokou KOUDJRA**

Vérificateur à la Cour des Comptes de l'UEMOA

Le contrôle de l'exécution des lois de finance publiques se fonde essentiellement sur le droit budgétaire qui est l'ensemble des **dispositions constitutionnelles, législatives et réglementaires** régissant, non seulement, la **présentation et le vote** des lois de finances de l'Etat ou des budgets des autres organismes publics, mais aussi l'**exécution**, la **description comptable** et le **contrôle des opérations financières** des organismes publics.

Cette présente session a pour objet de présenter l'importance des grands principes que le droit budgétaires fixes dans le cadre de la gestion des deniers publics et l'attitude des magistrats faces au respect de ces dispositions dans le processus de contrôle des finances publiques.

I - LE PRINCIPE D'ANNUALITE BUDGETAIRE

1.1 - Définition du principe d'annualité budgétaire

a) En France : Selon l'ordonnance du 2 janvier 1959,

Le principe d'annualité budgétaire consiste à fixer pour une année la durée de l'exercice budgétaire. Cela signifie que l'autorisation budgétaire donnée par la loi de finance n'est valable que pour une année. Il n'existe donc pas de loi permettant à un gouvernement de prélever un impôt permanent. Mais cela signifie aussi que l'autorisation de dépenses donnée par la loi de finances au gouvernement ne couvre également qu'une année. Il n'est normalement plus possible de procéder à aucune dépense à l'expiration de l'autorisation, quand bien même tous les crédits n'auraient pas été dépensés.

Le budget de l'Etat doit être voté avant le début de chaque année budgétaire, au nom du principe de l'antériorité.

Les règles ci - après se dégagent de ce principe :

- celle de l'antériorité exigeant que la loi de finances soit votée avant le début de l'année budgétaire,
- celle selon laquelle les autorisations données par le Parlement ne sont valables qu'un an,
- celle selon laquelle les dispositions de la loi de finances doivent être exécutées entre le 1 janvier et le 31 décembre de l'année budgétaire.

1.2- Intérêt et justification du principe

Plusieurs raisons existent dont :

- Dans la mesure où le budget de l'Etat se base sur des prévisions, il est nécessaire que la période qu'il couvre ne soit pas trop importante sous peine d'une perte de précision dans les prévisions.
- Il y a également une justification politique à ce principe. En effet, pour avoir un contrôle efficace du Parlement et une vision claire du budget il a été jugé nécessaire que de façon périodique le

gouvernement demande l'autorisation au parlement de prélever l'impôt et réaliser des dépenses. On a estimé la période d'un an raisonnable à cet égard.

b) Cas de l'UEMOA

L'**Article 9** du Règlement n°01/2008/CM/UEMOA du 28 mai 2008 portant Règlement financier des Organes de l'union Economique et Monétaire Ouest Africaine dispose :

« Les prévisions et l'exécution budgétaires portent sur l'ensemble des recettes et des dépenses d'une période annuelle dénommée « exercice budgétaire ». L'exercice budgétaire de l'Union commence le 1er janvier et s'achève le 31 décembre de chaque année. Les aménagements au principe d'annualité budgétaire sont définis aux articles 10, 11 et 12 du présent règlement financier. »

1.3- Dérogations au principe d'annualité budgétaire

a) cas Français

Les dérogations se présentent, sous différentes formes.

1.3.1- Dérogations infra-annuelles

Il est parfois nécessaire, en raison de la difficulté des prévisions, de voter une **loi de finances rectificative**, ces lois sont les seules à pouvoir modifier le budget de l'Etat en cours d'année aujourd'hui. L'autre dérogation infra-annuelle est le décret d'avance. Il permet au Gouvernement de majorer les crédits limitatifs et d'en ouvrir, sans demander l'autorisation du Parlement, qui devra tout de même ratifier le décret, a posteriori. Ces décrets sont encadrés par des conditions variables selon qu'il y ait simple urgence ou « urgence et nécessité impérieuse d'intérêt général ».

1.3.2- Dérogations supra-annuelles

Mais il est aussi parfois nécessaire que l'on accorde des dérogations qui excèdent l'année budgétaire. Cela s'impose notamment pour le développement des investissements de l'Etat.

Autorisation de programme

L'autorisation de programme a été créée pour déroger au principe d'annualité budgétaire. Cette technique est prévue aux articles 11 et 12 de l'ordonnance de 1959. Elle détermine les **crédits maximum** qu'un ministre pourra engager dans une opération d'investissement pendant les années à venir.

Ces crédits sont donc autorisés par la loi de programme, les paiements seront effectués au rythme de la réalisation des travaux. L'autorisation de programme est votée sans limitation de durée, elle doit être annulée par une loi de finances. Elle peut être révisée pour tenir compte d'une modification technique ou d'un changement de prix.

La loi de programme

En France la loi de programme est également prévue à l'article 2 de l'ordonnance de 1959. Cependant, ces lois de programme sont dépourvues de toute force juridique. Aux termes de l'article 2 de l'ordonnance de 1959, elles n'engagent l'Etat que dans la limite des autorisations de programme. Elles ne servent donc qu'à compléter une autorisation de programme.

b) Cas des organes de l'UEMOA

Aménagements du principe d'annualité budgétaire Selon le Règlement n°01/2008/CM/UEMOA du 28 mai 2008 portant Règlement financier des Organes de l'union Economique et Monétaire Ouest Africain sont prévus respectivement :

L'article 10 qui dispose :

Il est institué, pour chaque exercice budgétaire, une période complémentaire débutant le 1^{er} janvier et s'achevant le 31 janvier de l'année suivante. Durant cette période, il est procédé à l'émission des titres de recettes et de paiement pour les recettes constatées et les services faits au cours de l'exercice concerné et qui n'ont pu faire l'objet d'émission de titres au 31 décembre.

Les dates limites d'engagement des dépenses du budget de l'Union sont fixées chaque année par une note de service de l'ordonnateur émise au plus tard le 30 septembre.

L'article 11 dispose :

« Par dérogation au principe d'annualité, des crédits peuvent être prévus et autorisés pour le financement intégral d'investissements ou groupes d'investissements dont la réalisation se déroule sur plusieurs exercices du fait de leur nature technique et/ou de la date à laquelle ils doivent être entrepris. Ces crédits font l'objet d'autorisations de programmes.

Le budget de chaque exercice indique, pour chaque autorisation de programme ouverte, les crédits de paiement qui y correspondent. Les crédits de paiement expriment le montant des engagements autorisés au titre de l'exercice.

Les modalités d'approbation et d'exécution des autorisations de programme sont déterminées par les textes d'application du présent règlement financier ».

L'article 12 dispose : « chaque fois que la Commission constate en cours d'exercice que, pour quelque motif que ce soit, l'exécution du Budget diffère ou va devoir différer sensiblement des prévisions et autorisations, elle élabore et soumet au Conseil des Ministres un projet de budget rectificatif dénommé collectif budgétaire.

Toute aide ou subvention acceptée ou tout emprunt contracté en cours d'exercice fait l'objet d'un collectif budgétaire lorsque la recette et les dépenses correspondantes n'ont pas été inscrites au budget initial. »

1.4 - Eléments de contrôle en matière d'annualité budgétaire

Les vérificateurs doivent lors de l'examen des comptes s'assurer :

- du respect du vote du budget **dans les délais prescrits** et les conditions et des mécanismes prévus en cas de **vote de douzièmes provisoires**, de **lois de finances rectificatives**, de **collectifs budgétaires** ou de **budgets supplémentaires** et des **autorisations de programmes** ou **des crédits de paiement** correspondant de tranches annuelles des autorisations de programmes ;

- de la conformité de la présentation des comptes annuels avec celle du budget voté ;

- du respect de l'application correcte du **principe de l'indépendance des exercices**, en veillant :

- ♦ à détecter la liste des opérations susceptibles de générer un risque de césure : loyer, électricité, eau, téléphone, agios bancaires, primes d'assurances, service internet, congés à payer ;
- ♦ à s'assurer pour chacune de ces opérations que les factures prises en charges couvrent bien l'exercice en cours sinon a-t-on procédé à l'estimation d'une provision ou d'une charge constatée d'avance ;
- ♦ s'assurer que les dernières factures de prestation de service sont prises en compte sur l'exercice de réalisation des services ;
- ♦ détecter les contrats qui n'ont pas encore fait l'objet de facturation sur la période, et s'assurer si l'on a déterminé et comptabilisé la quote-part de dépenses à rattacher à la période ;
- les dépenses non provisionnées telles que les factures d'eau et d'électricité du dernier mois ;
- s'assurer que tous les comptes de régie d'avance sont apurés. Le cas échéant vérifier s'ils sont analysés afin d'évaluer les dépenses déjà exécutée à partir des fonds concernés.
- du respect de l'application des mécanismes **d'annulation des crédits non utilisés** à la fin de l'exercice budgétaire au titre duquel ils ont été inscrits et des mécanismes **de report de crédits**.

II - LE PRINCIPE D'UNITE BUDGETAIRE

2.1 Signification du principe d'unité budgétaire

Conception traditionnelle (France)

Traditionnellement le respect de ce principe impose la réunion de trois éléments :

- l'ensemble des dépenses et des recettes doit figurer dans un document unique, exemple le budget de l'Etat ;
- elles doivent être présentées de façon détaillée ;
- elles doivent être de même nature afin de pouvoir être additionnées.

Ce principe permet un contrôle accru des parlementaires sur les finances publiques mais aussi d'assurer la clarté de la présentation du budget. Il permet de vérifier si le budget est réellement en équilibre, d'éviter l'existence de comptes hors-budget et de mettre en évidence le volume total des dépenses de l'Etat.

Cas de l'UEMOA

Le principe d'unité budgétaire selon le Règlement n°01/2008/CM/UEMOA du 28 mai 2008 portant Règlement financier des Organes de l'union Economique et Monétaire Ouest Africain :

L'Article 7 dudit texte dispose:

« L'ensemble des recettes et des dépenses des Organes et des Fonds de l'Union est retracé dans un document budgétaire unique, appelé budget de l'Union ».

2.2 Aménagements au principe d'unité budgétaire

Cas français

Il existe deux aménagements légaux au principe d'unité budgétaire :

Les budgets annexe

Il est réglementé à l'article 20 de l'ordonnance du 2 janvier 1959. Actuellement le budget annexe concerne les « seules opérations des services de l'État non dotées de la personnalité morale résultant de leur activité de production de biens ou de prestation de service donnant lieu au paiement de redevances ».

Ces services ne possèdent pas la personnalité juridique.

Le caractère de budget annexe leur a été conféré pour leur donner une indépendance financière. Cependant, l'existence de budgets annexes porte atteinte à l'intégrité du principe d'unité budgétaire.

Les comptes spéciaux du Trésor

Ce sont des comptes ouverts dans les écritures du Trésor pour retracer des opérations de recettes et des dépenses effectuées en dehors du budget général, par des services de l'État qui ne sont dotés ni de la personnalité juridique ni de l'autonomie financière. Ils servent à comptabiliser des opérations budgétaires provisoires destinées à se solder en équilibre, comme les prêts et les avances. Ils permettent également de déroger aux règles de la comptabilité publique pour les opérations à caractère industriel et commercial réalisées par des services publics administratifs.

Actuellement le nombre de comptes spéciaux du Trésor est réduit à 4 comptes :

- les **comptes d'affectation spéciaux** (article 21 de la loi organique, qui dispose qu'il doit y avoir une relation directe entre les recettes et les dépenses). Il en existe six actuellement. Deux d'entre eux réunissaient 98% des crédits des comptes d'affectation spéciaux dans la loi de finances initiale pour 2006 : le compte des pensions et le compte des opérations de nature patrimoniale liées à la gestion des participations financières de l'État.
- les **comptes de commerce**. Ils concernent les services de l'État qui n'ont pas la personnalité morale qui exécutent des activités industrielles et commerciales. Le plus important est le compte de gestion de la dette de la trésorerie de l'État, qui reçoit 94% des autorisations de découvert des comptes de commerce.
- les **comptes d'opération monétaires** sont des comptes techniques qui concernent : perte de change, émission de monnaie métallique, opérations avec le FMI.
- les **comptes des concours financiers**. Ces comptes retracent l'ensemble des prêts fait par l'État, qui doivent être en lien entre le montant du prêt et la quantité de la dépense concernée.

Cas de l'UEMOA :

Article 8 du Règlement n°01/2008/CM/UEMOA du 28 mai 2008 portant Règlement financier des Organes de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africain :

« Le document budgétaire unique comporte également des annexes permettant d'isoler et de différencier certaines opérations spécifiques, notamment celles relatives aux recettes et dépenses des Fonds institués par le Traité et les autres textes pertinents de l'Union.

Chaque fois que des ressources de l'Union sont affectées, en tout ou partie, à des fonds, la Commission élabore des budgets spéciaux.

Les modes d'élaboration et de fonctionnement des budgets spéciaux des fonds de l'Union peuvent suivre des règles différentes de celles retenues pour le budget des Organes de l'Union.

Par application des dispositions des articles 58, 59 et 78 du Traité de l'UEMOA ainsi que de l'alinéa 1 ci-dessus, le budget de l'Union comprend notamment les budgets spéciaux ci-après :

- le budget spécial du Fonds de Compensation des moins-values de recettes douanières institué au titre des articles 58 et 78 du Traité ;
- le budget spécial du Fonds d'Aide à l'Intégration Régionale (FAIR) des Etats membres de l'UEMOA institué au titre des dispositions de l'article 59 du Traité ;
- le budget spécial du Fonds de Réserve pour la Compensation des Moins-values de Recettes Douanières institué en application des dispositions de l'Acte additionnel n° 04/96 du 10 mai 1996 modifié ;
- le budget spécial du Fonds Régional de Développement Agricole (FRDA) institué en application de l'Acte additionnel n° 03/2006 du 27 mars 2006. »

2.3 - Eléments de contrôle du respect du principe d'unité budgétaire

Les vérificateurs doivent lors de l'examen des comptes :

- s'assurer de l'existence du budget **présenté en un document unique** pour toutes les composantes des prévisions de recettes et de dépenses ;
- veiller à déceler l'existence éventuelle de **budgets parallèles** ne répondant pas aux conditions de création de budgets annexes et de comptes spéciaux du Trésor ; dans l'affirmative, les recettes et dépenses concernées doivent être réintégrées au budget de base suivant les procédures en vigueur.

III - LE PRINCIPE D'UNIVERSALITE BUDGETAIRE

3.1 Définition

Notons une double acceptation du principe d'universalité budgétaire en droit français

3.1.1 Règle de la non compensation aussi appelée règle du produit brut ou règle de la non-contraction (l'article 18 de l'ordonnance du 2 Janvier 1959).

Cette règle signifie que les dépenses et les recettes doivent figurer dans la loi de finance pour le produit brut. Il ne doit pas y avoir de **compensation** entre elles, le budget de l'Etat ne doit pas afficher un solde net. Tout doit être mentionné dans la loi de finance. Cela signifie qu'il est interdit de présenter ses prévisions de dépenses en ayant au préalable déduit le montant des recettes escomptées. Les services administratifs ne peuvent pas se procurer par eux-mêmes des ressources en dehors des crédits qui leur sont alloués. Tout produit d'une recette doit être reversé au budget général sans pouvoir être utilisé par le service.

Cette règle est justifiée par le fait qu'elle permet aux parlementaires d'être certains qu'aucune dépense ou recette ne leur est soustraite par dissimulation de son montant réel. Elle empêche également la constitution de "caisses noires". Les services administratifs pourraient être tentés de se

procurer des recettes accessoires afin d'accroître leurs possibilités de dépenses. La règle de la non-compensation, en exigeant que toutes les recettes soient reversées au budget général empêche cette manœuvre au profit de la sincérité de la gestion budgétaire.

3.1.2 Règle de la non affectation (l'article 18 de l'ordonnance du 2 janvier 1959)

Elle interdit l'utilisation d'une recette déterminée pour le financement d'une dépense déterminée. Toutes les dépenses d'un budget doivent être couvertes par la masse commune des recettes.

Elle complète, en fait, la règle de la non compensation qui interdit de faire figurer au budget une somme nette résultant d'une compensation entre les recettes et les dépenses. C'est la règle de l'unité de caisse.

Cas de l'UEMOA

L'article 13 du Règlement n°01/2008/CM/UEMOA du 28 mai 2008 portant Règlement financier des Organes de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africain dispose :

« Le budget de l'Union décrit, sans omission ni contraction ni compensation, l'intégralité du montant brut des recettes et des dépenses de l'Union. L'ensemble des recettes couvre l'ensemble des dépenses sans affectation spéciale.

Un aménagement au principe d'universalité est défini à l'article 14 du présent règlement financier ; »

3.2 -Aménagements à la non affectation

3.2.1 Procédures comptables particulières

Il en existe deux qui sont prévues aux articles 18 et 19 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 plus une autre qui résulte de la loi relative aux lois de finances.

- La procédure des fonds de concours : Cette procédure concerne les dons faits par une personne privée ou publique à certains services administratifs. Ces services ont la possibilité de recevoir ces subventions, dons ou legs, de les porter en recette au budget, puis d'ouvrir un crédit supplémentaire du même montant par arrêté du Ministre des Finances.
- La procédure du rétablissement de crédits : Cette procédure permet d'affecter le remboursement d'une dépense au budget et au chapitre qui l'ont initialement supportée. Ces rétablissements de crédits doivent être exercés au cours de l'exercice qui a supporté la dépense ou au cours de l'exercice suivant.
- L'attribution de produits : Cette procédure est instituée par l'article 17 de la LOLF. Les recettes tirées de la rémunération de prestations fournies par un service de l'Etat pourront faire l'objet d'une procédure d'attribution de produit. Les crédits ouverts dans cette procédure seront affectés aux services concernés.

3.2.2 Budgets annexes et comptes spéciaux

Ils peuvent déroger à la règle de la non-affectation :

- Les budgets annexes : comme ils couvrent des services à caractère industriel et commercial, il est logique qu'ils puissent bénéficier de leurs recettes.

Mis en forme : Français (France)

- Les comptes spéciaux (anciennement appelés comptes spéciaux du Trésor) : d'une manière générale, ils dérogent à toutes les règles de la non-affectation.

Les budgets annexes sont des services de l'Etat non dotés de la personnalité morale et réalisant une production de biens ou de services donnant lieu au paiement de prestations.

Cas de l'UEMOA

L'article 14 du Règlement n°01/2008/CM/UEMOA du 28 mai 2008 portant Règlement financier des Organes de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africain dispose :

Les recettes suivantes peuvent être affectées en vue de financer des dépenses spécifiques :

- les subventions et aides d'institutions, d'Etats ou d'organismes extérieurs grevées d'affectation spéciale et acceptées par l'Union ;
- les dons et legs grevés d'affectation spéciale et acceptés par l'Union ;
- toute autre recette affectée au financement de dépenses particulières par la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement ou par le Conseil des Ministres.

3.4 - Eléments de contrôle du respect du principe d'universalité budgétaire

Lors de l'examen des comptes, les vérificateurs doivent rechercher les cas d'infractions à l'application du principe de l'universalité budgétaire, tels que :

- **les prélèvements opérés par des services sur les recettes recouvrées**, en vue de payer directement des dépenses : par exemple, les retenues à la source opérées par l'administration des douanes ou celles des impôts et du Trésor sur les recouvrements effectués,
- **les écarts de reversements** par rapport à l'intégralité des recettes recouvrées ;
- **les affectations de recettes** à l'exécution des dépenses déterminées **sans base légale** et **les dissimulations de recettes et des dépenses** : cas des recettes extrabudgétaires recouvrées par certaines structures administratives non dotées de personnalité morale et d'autonomie financière et affectées directement par elles à l'exécution de leurs dépenses ;
- **les compensations illégales ou irrégulières** de recettes avec des dépenses ou de créances avec des dettes ;
- les créations de budgets annexes **en violation des textes** ;
- l'utilisation des fonds de concours **en l'absence de toute inscription au budget**, en recettes comme en dépenses ou sans se conformer à l'intention de la partie versante ou du donateur ;
- la non inscription au budget des recettes provenant de la restitution au Trésor de sommes payées indûment ou à titre provisoire sur crédits budgétaires
- la non inscription au budget des recettes provenant de cessions ayant donné lieu à paiement sur crédits budgétaires.

IV - LE PRINCIPE DE LA SPECIALITE DES CREDITS

4.1 - Définition du principe de la spécialité des crédits

En France

L'article 7 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 précise que les crédits autorisés par la loi de finance doivent être affectés à une dépense déterminée. Ils ne peuvent pas être utilisés pour n'importe quel objet. L'article 7 propose deux critères pour l'application du principe de spécialité :

- Le critère de la nature de la dépense : ce critère s'applique aux moyens à mettre en œuvre (exemple : une dépense de personnel)
- Le critère de la destination de la dépense : ce critère renvoie à l'objectif à atteindre (exemple : aménagement du territoire)

Les crédits sont donc répartis par chapitre. La justification de ce principe est qu'il permet de renforcer le contrôle parlementaire sur l'action gouvernementale. De plus, la spécialisation des crédits par chapitre a pour but de faciliter l'exécution des dépenses publiques et d'éviter les gaspillages. Elle rend également plus facile le contrôle de la bonne exécution de la loi de finances par la Cour des comptes et les contrôleurs financiers.

Cas de l'UEMOA

Le Règlement n°01/2008/CM/UEMOA du 28 mai 2008 portant Règlement financier des Organes de l'union Economique et Monétaire Ouest Africaine dispose à son article 15 « chaque crédit budgétaire a une destination déterminée et est affecté à un but spécifique. Les crédits autorisés au budget de l'Union sont spécialisés et limitatifs. Les autorisations budgétaires sont élaborées à partir de la nomenclature budgétaire applicable aux organes de l'Union. La nomenclature budgétaire regroupe les opérations de l'Union par politique et, au sein de la politique, par nature. Elle est déterminée par décision du Président de la Commission et est modifiée dans les mêmes formes. Des aménagements au principe de spécialisation sont définis aux articles 16 et 17 ci-après. »

4.2 Limites

Il existe 3 grands types de limites :

4.2.1 Limites globales

Les crédits globaux appelés également "Dépenses imprévues"

Certains crédits sont, de par leur nature particulière, imprécis. L'ordonnance du 2 janvier 1959 janvier 1959 prévoit 3 types :

- Les crédits globaux des chapitres réservoirs : C'est la catégorie la plus importante, ils sont utilisés pour faire face aux dépenses de personnels imprévues en cours d'année. Cela concerne majoritairement les mesures de revalorisation des salaires et le financement d'actions particulières (principalement en matière d'emploi et de formation professionnelle)
- Les crédits globaux pour dépenses éventuelles : Ils sont destinés à faire face à des dépenses dont le montant ne peut pas être connu exactement au moment où le parlement adopte la loi de finances.

- Les crédits globaux pour dépenses accidentelles : Ils sont destinés à faire face à des dépenses imprévues dans leur montant et dans leur principe.

Les fonds spéciaux

Selon l'ordonnance du 2 janvier 1959, ces fonds sont aussi appelés fonds secrets. Ils sont attribués directement au Premier Ministre. Ils ne sont soumis à aucune affectation particulière et sont soustraits à toutes les règles de la procédure budgétaire et de la comptabilité publique. Ils servent aux ministres pour le recrutement de personnel supplémentaire dans les cabinets ou pour les services de renseignement (Direction du Renseignement intérieure, Direction générale de la sécurité extérieure, Direction de la Protection et de la Sécurité de la Défense).

L'article 18 du Règlement n°01/2008/CM/UEMOA du 28 mai 2008 portant Règlement financier des Organes de l'union Economique et Monétaire Ouest Africaine dispose :

« Par dérogation au principe de spécialité, il est autorisé l'inscription au budget de l'Union de crédits pour dépenses imprévues. Ceux-ci sont regroupés sous un poste de l'autorisation contraignante d'adoption du budget dont il ne peut constituer l'unique poste. Le montant de ce crédit ne peut excéder 5 % de la dotation totale de l'autorisation contraignante concernée. Le crédit pour dépenses imprévues peut être employé par l'ordonnateur après avoir fait l'objet d'un transfert sur un poste spécialisé »

NB Mais le Règlement n°01/2008/CM/UEMOA du 28 mai 2008 sus visé ne prévoit pas ces fonds spéciaux.

De même la directive n° 05/97/CM/UEMOA du 16 décembre 1997 relative aux lois de finances n'en parle pas.

4.2.2 - Limites ponctuelles

Les transferts de crédit

Selon l'article 14 de l'ordonnance du 2 janvier 1959, le transfert de crédit consiste à prélever les crédits d'un chapitre pour accroître le montant d'un autre chapitre, tout en respectant la nature de la dépense prévue par la loi de finance. Un arrêté du Ministre des Finances suffit pour transférer ces crédits. La condition est que ces transferts ne doivent pas aboutir à la création d'un nouveau chapitre budgétaire.

Les virements de crédits

Selon le même article 14 de l'ordonnance du 2 janvier 1959, Ils consistent à modifier la nature de la dépense prévue par la loi de finance. Des crédits sont prélevés sur un chapitre pour accroître le montant d'un autre chapitre ayant une spécialisation différente. Ces virements sont autorisés dans des conditions strictes :

- Le virement est opéré par décret sur rapport du Ministre des finances ;
- Il ne peut intervenir qu'à l'intérieur du même titre d'un budget d'un ministère. Cela signifie que malgré le virement d'un chapitre à un autre, la spécialisation par titre et par ministère reste valable ;
- Il ne doit pas excéder 2% des crédits du programme débité ni 2% des crédits du programme crédité.

L'article 17 du Règlement n°01/2008/CM/UEMOA du 28 mai 2008 sus visé dispose :

« L'ordonnateur peut, par voie de décision, au cours de l'exécution du budget, modifier la répartition des crédits par des opérations de transferts ou de virements ci-après définies :

- les transferts de crédits modifient la répartition des crédits à l'intérieur de l'autorisation contraignante d'adoption du budget sans en changer le montant global ;
- les virements de crédits modifient la dotation au niveau de l'autorisation contraignante d'adoption du budget. L'ordonnateur rend compte au Conseil des Ministres, à sa plus proche session, des virements de crédits qu'il a effectués.

Le virement de crédit ne peut avoir pour conséquence un abondement des crédits afférents à la rémunération du personnel. Le montant des crédits ayant fait l'objet de virements ne peut excéder 10% des crédits initiaux.

Aucun transfert ou virement ne peut intervenir d'un crédit évaluatif à un crédit limitatif. »

4.2.3 Limites spécifiques

Budgets des assemblées

Les assemblées sont souveraines en ce qui concerne la détermination de leur budget. L'emploi des crédits délivrés aux assemblées échappe à tous les contrôles de droit commun.

La pratique des fonds

Ce sont des fonds interministériels dont la destination n'est pas fixée de manière précise. Ce sont des regroupements de crédits à l'intérieur d'un chapitre, ils figurent dans le budget général sous la forme d'une subvention ou d'une dotation globale.

4.3 - Eléments de contrôle du respect du principe de spécialité des crédits

Les vérificateurs doivent vérifier les soldes d'exécution à partir des informations comptables disponibles (crédits initiaux, modifications en cours d'exercice, crédits ouverts, engagés, dépensés). Ils doivent constater les dépassements de crédits.

Ils doivent s'assurer :

- du respect de la destination initiale des crédits votés ;
- de la correcte imputation des opérations de dépenses ;
- si les modifications de crédits respectent ou non les règles édictées pour la mise en œuvre des transferts de crédits, des virements de crédits, des reports de crédits, des décrets d'avances.
- l'examen des refus de visa par le contrôleur financier donne des indices souvent intéressants.

5 - LE PRINCIPE DE SINCERITE

5.1 - Définition du principe sincérité

L'article 20 du Règlement n°01/2008/CM/UEMOA du 28 mai 2008 susvisé dispose :

« Le budget présente de façon sincère l'ensemble des ressources et des charges des organes de l'Union. La sincérité est l'application de bonne foi des règles et procédures en fonction de la connaissance que les responsables des comptes doivent avoir de la réalité et de l'importance des opérations, événements et situations.

Les informations budgétaires, financières et comptables doivent donner à leurs utilisateurs une description exhaustive, exacte, claire et précise des opérations, événements et situations.

La sincérité s'apprécie compte tenu des informations disponibles et des prévisions qui peuvent raisonnablement en découler ».

5.2- Eléments de contrôle du respect du principe sincérité

Les vérificateurs doivent lors de l'examen des comptes :

- s'assurer que les informations fournies dans les documents budgétaires et les états financiers retraçant l'exécution du budget à savoir le compte administratif et le compte de gestion respectent dans tous leurs aspects les dispositions des textes réglementaires notamment le règlement financier, le sycohada.

6- PRINCIPE DE BONNE GOUVERNANCE

6.1 – Définition

L'article 21 du Règlement n°01/2008/CM/UEMOA du 28 mai 2008 susvisé dispose :

Les principaux aspects de la bonne gouvernance au sein de l'Union sont :

- **l'obligation de rendre compte** : rendre compte de l'utilisation des fonds qui doit être conforme à des objectifs et politiques précis et convenus ;

- **la transparence** : l'action, la décision et la prise de décision doivent répondre à des procédures efficaces, efficientes et largement diffusées ;

- **l'efficacité et l'efficience** : les prestations sont de qualité, utilisent au mieux les ressources et répondent aux attentes des bénéficiaires ;

- **la réceptivité** : disposer de la capacité de répondre rapidement aux évolutions et de faire l'examen critique de son action ;

- **la proactivité** : être en mesure d'anticiper les problèmes qui se poseront à partir des données disponibles et des tendances observées, ainsi que d'élaborer des politiques qui tiennent compte de l'évolution des coûts et des changements prévisibles ;

- **la primauté du droit** : en toute circonstance, les textes de l'Union doivent être appliqués en toute égalité et en toute transparence. »

6.2 - Eléments de contrôle du respect du principe de bonne gouvernance

Les vérificateurs doivent lors de l'examen des comptes :

- **s'assurer de l'existence et de la qualité des annexes nécessaires accompagnant** les documents budgétaires et comptables (rapport définissant l'équilibre économique et financier du projet de budget, rapport d'activités et d'exécution financière, exposé sur les principes comptables appliqués à l'occasion de la tenue de la comptabilité et de l'élaboration des états financiers, état annexé, etc.) ;

- **recueillir les preuves de la publication** du budget et des documents comptables tels que prescrits par la réglementation (publication au journal officiel, communication aux actionnaires pour les entreprises publiques cotées en bourse, affichage à la mairie pour les communes, etc.)

LE CONTROLE DU RESPECT DES GRANDS PRINCIPES BUDGETAIRES DANS L'EXECUTION DES LOIS DE FINANCES (Panel)

par Mme **Germaine YERBANGA**

Conseiller à la Cour des Comptes du Burkina-Faso

INTRODUCTION

L'expression « principes budgétaires » peut être définie au sens strict comme l'ensemble des règles classiques du droit budgétaire que sont l'unité, l'universalité, l'annualité budgétaires et la spécialité des crédits. De façon plus large elle désigne l'équilibre budgétaire.

Ainsi les principes budgétaires sont les principes juridiques de droit public qui gouvernent la vie d'un budget et concernent donc l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics. Ces principes cependant ne s'appliquent pas aux entreprises publiques et aux organismes sociaux qui ne sont pas dotés de véritables budgets.

Ces grands principes du droit budgétaire vont non seulement permettre d'assainir les finances publiques, mais aboutir à un renforcement du régime parlementaire. La volonté du Parlement, lors du vote du budget, de limiter les possibilités d'actions de l'exécutif et d'assurer un réel contrôle sur les finances publiques va conduire à l'application stricte de ces principes et à leur respect.

Ainsi l'annualité permet au parlement l'exercice d'un contrôle régulier, l'unité lui offre une vue claire de la situation financière de l'Etat, l'universalité lui donne les moyens d'exercer un contrôle effectif sur les dépenses et les recettes publiques. La règle de la spécialité des crédits limite le pouvoir d'appréciation des ministres en matière de choix des dépenses.

On constate donc que l'objectif du contrôle parlementaire reste la base des grands principes du droit budgétaire.

Cependant on note également le développement d'autres règles plus techniques relatives au contenu, aux conditions d'examen et de vote du budget. Ces règles techniques viennent limiter les pouvoirs financiers du Parlement.

On constate que les principes budgétaires ont acquis une valeur supra législative car leur respect s'impose aussi bien au Gouvernement responsable de l'élaboration du projet de loi de finances qu'au Parlement qui, dans certaines limites, l'amende et le vote.

Il est nécessaire de rappeler que dans la pratique tous ces principes ne sont pas toujours respectés. C'est pourquoi il appartient à la Cour des comptes, dans son rapport, de dénoncer les irrégularités commises lors de l'exécution du budget et permettre au Parlement de se prononcer sur de telles irrégularités.

I- LES PRINCIPES BUDGETAIRES

Ce sont : le principe de l'annualité budgétaire ; le principe de l'unité budgétaire ; le principe de spécialité budgétaire ; le principe de l'universalité budgétaire ; le principe de sincérité budgétaire.

A- Le principe de l'annualité budgétaire

En rappel, le principe d'annualité budgétaire est issu du principe du consentement annuel à l'impôt contenu dans l'article 14 de la Déclaration des Droits Humains et du Citoyen.

Le principe d'annualité budgétaire consiste à fixer pour une année la durée de l'exercice budgétaire. Cela signifie que l'autorisation budgétaire donnée par la loi de finance n'est valable que pour une année. Il n'existe donc pas de loi permettant à un gouvernement de prélever un impôt permanent. Mais cela signifie aussi que l'autorisation de dépenses donnée par la loi de finances au gouvernement ne couvre également qu'une année. Il n'est normalement plus possible de procéder à aucune dépense à l'expiration de l'autorisation, quand bien même tous les crédits n'auraient pas été dépensés.

Pourquoi un an ? Dans la mesure où le budget de l'état se base sur des prévisions, il est nécessaire que la période qu'il couvre ne soit pas trop importante sous peine d'une perte de précision dans les prévisions. Il y a également une justification politique à ce principe. En effet, pour avoir un contrôle efficace du Parlement et une vision claire du budget il a été jugé nécessaire que de façon périodique le gouvernement demande l'autorisation au parlement de prélever l'impôt, réaliser des dépenses. On a estimé la période d'un an raisonnable à cet égard.

La quasi-totalité des pays appliquent la règle de l'annualité budgétaire. Mais l'année budgétaire ne commence pas partout au même moment car il faut choisir un moment où le Parlement pourra élaborer la loi de finances dans les meilleures conditions possibles. Dans la plupart de nos pays, l'année budgétaire commence le premier janvier et se termine le 31 décembre, ce qui n'est pas le cas dans d'autres pays (1^{er} avril en Grande-Bretagne et 1^{er} octobre aux États-Unis).

En ce qui concerne la mise en œuvre du principe, il est important de déterminer selon quels critères les opérations de dépenses et de recettes seront rattachées au budget. Deux théories s'affrontent. Il s'agit des théories relatives au :

✓ système de comptabilité de caisse ou comptabilité de gestion, système qui consiste à rattacher toutes les opérations de dépenses et de recettes effectuées à l'année où elles ont été effectivement soldées, quelle que soit leur année d'origine ;

✓ système de comptabilité d'exercice, plus rigoureux que le précédent, système qui consiste à rattacher à l'année budgétaire les dépenses et les recettes qui ont juridiquement pris naissance au cours de cette année, même si ces opérations sont soldées après l'expiration de l'année budgétaire.

Au Burkina on a retenu le système de la gestion et pour permettre au comptable d'apurer ces opérations à temps, il a été institué la journée complémentaire qui va jusqu'au dernier jour ouvrable du mois de février. Cette journée complémentaire permet au comptable de pouvoir payer toutes les dépenses ordonnancées au cours de l'année budgétaire et d'arrêter ses comptes dans le cadre de la préparation de la loi de règlement.

On note cependant des dérogations à ce principe d'annualité. Ces dérogations sont:

- Les lois de finances rectificatives : il est parfois nécessaire, en raison de la difficulté des prévisions, de voter une **loi de finances rectificative**, ces lois sont les seules à pouvoir modifier le [budget de l'État](#) en cours d'année aujourd'hui ;

- les décrets d'avance (article 14 de la loi n° 006 -2006/AN du 24 janvier 2003 relatives aux lois de finances), qui permettent au Gouvernement de majorer les crédits limitatifs et d'en ouvrir, sans demander l'autorisation du Parlement, qui devra tout de même ratifier le décret, a posteriori. Ces décrets sont encadrés par des conditions variables selon qu'il y ait simple urgence ou « urgence et nécessité impérieuse d'intérêt général » ;

- les autorisations de programme, prévues aux articles 15 et 16 de la loi ci-dessus citée, déterminent les **crédits maxima** qu'un ministre pourra engager dans une opération d'investissement pendant les années à venir. Ces crédits étant donc autorisés par la loi, les paiements seront effectués

au rythme de la réalisation des travaux. Au Burkina les autorisations de programme sont votées pour une durée maximale de six ans, ce qui n'est pas le cas dans certains pays notamment la France. Il faut préciser également que les ordonnancements des dépenses relatives à ces autorisations ne peuvent être faits que dans la mesure où ces dépenses sont assorties de crédits de paiement correspondants ;

- **les reports de crédits** offrent la possibilité à un service d'utiliser, l'année suivante, le reliquat des crédits inutilisés au cours de l'année d'autorisation.

- **la technique de l'engagement par anticipation** permet d'utiliser par anticipation des crédits qui ne seront ouverts qu'au titre de l'année suivante. Cette technique est évidemment encadrée très strictement elle aussi :

- elle est possible pour les dépenses ordinaires, autre que le personnel, à partir du 1^{er} novembre de chaque année et dans la limite du quart des crédits de l'année en cours ;

- elle est également possible en ce qui concerne les dépenses relatives aux soldes et à l'alimentation des armées, ainsi qu'au versement de pensions civiles, et ce uniquement encore durant les deux derniers mois de l'année seulement.

Cependant cette technique est très peu utilisée dans nos Etats.

Principe de spécialité budgétaire

Le principe de spécialité budgétaire est apparu en Grande-Bretagne au XVII^e siècle, c'est l'une des règles les plus contraignantes des finances publiques.

Il consiste à détailler l'autorisation parlementaire, afin que chaque crédit ait une destination indiquée par la loi de finances. Le respect de ce principe implique que le gouvernement ne puisse modifier la destination des crédits sans l'autorisation du Parlement.

- **Au Burkina, ce principe prévu par l'article 19 de la loi n° 006 du 23 janvier 2003** précise que des transferts et des virements peuvent modifier la répartition des dotations budgétaires. L'article 11 de la même loi dispose que « les crédits ouverts par les lois de finances sont affectés à un service ou un ensemble de services. Ils sont spécialisés par chapitre, groupant les dépenses selon leur nature et leur destination ».

Les crédits sont donc répartis par chapitre. La justification de ce principe est qu'il permet de renforcer le contrôle parlementaire sur l'action gouvernementale. De plus, la spécialisation des crédits par chapitre a pour but de faciliter l'exécution des dépenses publiques et d'éviter les gaspillages. Elle rend également plus facile le contrôle de la bonne exécution de la loi de finances par la [Cour des Comptes](#) et les contrôleurs financiers.

Ce principe connaît cependant des limites de trois types. Il s'agit :

- des crédits globaux, appelés également "Dépenses imprévues" (prévus par l'article 11 de la loi n° 006) destinés à faire face à des dépenses dont le montant ne peut pas être connu exactement au moment où le Parlement adopte la loi de finances ou à faire face à des dépenses imprévues dans leur montant et dans leur principe ;

- des transferts de crédits, destinés à modifier la détermination du service responsable de la dépense, (prévus par l'article 19 de la loi n° 006) permettent de prélever des crédits d'un chapitre pour accroître le montant d'un autre chapitre, tout en respectant la nature de la dépense prévue par la loi de finances. Ils sont fixés par décret pris en conseil des ministres ;

➤ des virements de crédits également prévus par l'article **19 de la loi**, permettent de modifier la nature de la dépense prévue par la loi de finances. Ces virements n'interviennent qu'à l'intérieur d'un même chapitre et sont fixés par arrêtés du ministre en charge des finances.

➤ les assemblées sont souveraines en ce qui concerne la détermination de leur budget. L'emploi des crédits délivrés aux assemblées échappe à tous les contrôles de droit commun (*débat dans vos pays respectifs : les crédits des assemblées sont-ils vérifiés ?*).

➤ La pratique des fonds que sont les fonds interministériels dont la destination n'est pas fixée de manière précise. Ce sont des regroupements de crédits à l'intérieur d'un chapitre, ils figurent dans le budget général sous la forme d'une subvention ou d'une dotation globale.

Principe d'unité budgétaire

Selon ce principe l'ensemble du budget doit être présenté dans un document unique.

Le principe d'unité budgétaire est apparu en France sous la restauration. Léon Say présentait l'intérêt de cette règle en ces termes : « Il est nécessaire d'enfermer le budget dans un monument dont on puisse aisément apprécier l'ordonnance et saisir d'un coup d'œil les grandes lignes ».

Le respect de ce principe impose la réunion de trois éléments :

- l'ensemble des dépenses et des recettes doit figurer dans un document unique ;
- les dépenses et les recettes doivent être présentées de façon détaillée ;
- elles doivent être de même nature afin de pouvoir être additionnées.

Ce principe permet un contrôle accru des parlementaires sur les finances publiques. Il permet aussi d'assurer la clarté de la présentation du budget. Il permet de vérifier si le budget est réellement en équilibre, d'éviter l'existence de comptes hors budget et de mettre en évidence le volume total des dépenses de l'État.

Cependant, du fait de la décentralisation, les collectivités locales bénéficient de la personnalité juridique, les dépenses de l'État pour ces collectivités n'apparaissent donc pas directement dans le budget de l'Etat. C'est également le cas des établissements publics, des entreprises publiques et des organismes de sécurité sociale.

Ce principe implique donc également l'existence d'un document budgétaire unique soumis au vote des parlementaires.

On note cependant l'existence de deux aménagements légaux au principe d'unité budgétaire. Il s'agit des budgets annexes (Au Burkina Faso, bien que prévue par les articles 24 à 27, de la loi relative aux lois de finances, il n'existe plus de budgets annexes) et des comptes spéciaux du Trésor (articles 28).

On note également d'autres dérogations à ce principe. Ce sont :

❖ **La débudgétisation** : cette technique consiste à alléger le budget général de l'État en reportant certaines des dépenses qu'il supportait jusque là vers les budgets annexes et les comptes spéciaux du Trésor. Dans ce cas, le contrôle parlementaire est toujours possible car les dépenses restent dans les comptes publics. Une autre solution consiste à reporter certaines dépenses vers des personnes morales privées ou publiques pour échapper au contrôle parlementaire ;

❖ **Les budgets autonomes** : Ce sont, ceux des organismes publics ou privés, dotés de la personnalité morale et assurant une mission de service public. Leurs comptes ne sont pas intégrés dans la loi de finances car ils disposent de leurs budgets propres. Cependant, ils reçoivent des subventions de la part de l'État et n'apparaissent pourtant pas au budget.

Principe d'universalité budgétaire

Ce principe est sous-tendu par deux règles que sont la règle de la non compensation et la règle de la non affectation

a) **la règle de la non compensation** : cette règle signifie que les dépenses et les recettes doivent figurer dans la loi de finance pour le produit brut. Il ne doit pas y avoir de compensation entre elles. Cela signifie qu'il est interdit de présenter ses prévisions de dépenses en ayant au préalable déduit le montant des recettes escomptées. Cette règle est justifiée par le fait qu'elle permet aux parlementaires d'être certains qu'aucune dépense ou recette ne leur est soustraite par dissimulation de son montant réel.

b) **la règle de la non affectation** : cette règle interdit l'utilisation d'une recette déterminée pour le financement d'une dépense déterminée. Toutes les dépenses d'un budget doivent être couvertes par la masse commune des recettes.

Elle complète, en fait, la règle de la non compensation qui interdit de faire figurer au budget une somme nette résultant d'une compensation entre les recettes et les dépenses. C'est la règle de l'unité de caisse.

Des dérogations à ces deux règles nous retiendrons essentiellement celles portant sur la non affectation, il s'agit de :

- la procédure des fonds de concours : Cette procédure concerne les dons faits par une personne privée ou publique à certains services administratifs. Ces services ont la possibilité de recevoir ces subventions, dons ou legs, de les porter en recette au budget, puis d'ouvrir un crédit supplémentaire du même montant par arrêté du Ministre des Finances ;
- la procédure du rétablissement de crédits : procédure qui permet d'affecter le remboursement d'une dépense au budget et au chapitre qui l'ont initialement supportée. Ces rétablissements de crédits doivent être exercés au cours de l'exercice qui a supporté la dépense ou au cours de l'exercice suivant ;
- les budgets annexes : comme ils couvrent des services à caractère industriel et commercial, il est logique qu'ils puissent bénéficier de leurs recettes ;
- les comptes spéciaux du Trésor : d'une manière générale, ils dérogent à toutes les règles de la non affectation.

Principe de sincérité budgétaire

Ce principe interdit de sous-estimer les charges ou de surestimer les ressources présentées dans les lois de finances.

II - LES DIFFERENTS CONTROLES EFFECTUES PAR LES JURIDICTIONS FINANCIERES DANS LE RESPECT DES GRANDS PRINCIPES BUDGETAIRES DANS L'EXECUTION DES LOIS DE FINANCES

Le contrôle des finances publiques porte à la fois sur les recettes et sur les dépenses et son objet est d'assurer le respect de l'autorisation budgétaire en veillant à la régularité de l'exécution des

recettes et des dépenses publiques et au bon emploi des crédits, fonds et valeurs. Généralement ce contrôle porte plus sur les dépenses publiques et permet de vérifier si les autorisations données par les assemblées délibérantes ont été respectées. Il permet également de déceler les irrégularités ou les détournements d'une part et de prendre des sanctions d'autre part afin d'en éviter le renouvellement.

Le contrôle peut être administratif (contrôle financier, corps de contrôle interne), juridictionnel (Cour des comptes) ou politique (parlement). Pour notre propos nous nous limiterons au contrôle juridictionnel.

Aux termes de l'article 127 de la Constitution du Burkina-Faso, la Cour des comptes est la juridiction supérieure de contrôle des finances publiques.

Par ailleurs, la loi organique n°014-2000/AN du 16 mai 2000 portant composition, organisation, attributions, fonctionnement de la Cour des comptes et procédure applicable devant elle, définit en ses articles 2, 3 et 4, les principales missions de la Cour des comptes.

Ainsi, elle juge les comptes des comptables publics de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics de l'Etat, déclare et apure les gestions de fait, sanctionne les fautes de gestion des ordonnateurs et assiste l'Assemblée nationale dans le contrôle de l'exécution des lois de finances.

A cet effet, elle établit annuellement un rapport sur l'exécution des lois de finances ainsi que la déclaration générale de conformité à l'adresse de l'Assemblée nationale (cf. article 127 de la loi organique).

La Cour des comptes a donc trois (3) missions qui sont :

- *une mission de contrôle juridictionnel dont l'objet est le jugement des comptes des comptables publics de l'Etat, des Collectivités locales et des Etablissements publics de l'Etat ;*
- *une mission de contrôle budgétaire et de gestion qui consiste à vérifier la gestion des ordonnateurs pour s'assurer de la régularité des opérations de recettes et de dépenses inscrites dans le budget et du bon emploi des fonds et valeurs ;*
- *une mission informative.*

C'est son activité d'information qui intéresse particulièrement le droit budgétaire. Lors de son rapport annuel au Président de la République et lors du rapport sur le projet de la loi de règlement, par exemple, elle met l'accent sur un certain nombre de dysfonctionnements et suggère des réformes.

En rappel, le contrôle juridictionnel des actes budgétaires étant, par définition un contrôle opéré sur des actes d'exécution, il n'en ressort que peu de principes relatifs aux règles de droit budgétaire.

A- Le contrôle du principe de l'annualité budgétaire

La Cour lors de son contrôle des lois de finances, doit s'assurer, par l'examen de la loi de finances initiale, que le budget a été présenté et voté dans les délais et ce conformément aux dispositions de l'article 45 de la loi n° 006 du 23 janvier 2003 relative aux lois de finances. Elle vérifie également que les décrets d'avances, les annulations de crédits, les autorisations de programme et les reports de crédits, sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires.

B- Le contrôle du principe de l'unité budgétaire

La Cour s'assure que le budget est unique et qu'il contient tous les éléments relatifs aux recettes et aux dépenses et qu'il est voté en équilibre et que l'ensemble des recettes permet de couvrir l'ensemble des dépenses. Elle vérifie que l'exécution est faite dans la limite des crédits votés.

La vérification portera également sur les éléments dérogeant au principe que sont les comptes spéciaux du Trésor et les budgets annexes.

La vérification portera sur le nombre effectif des comptes spéciaux et budgets annexes ouverts dans les lois de finances et qu'ils sont exécutés en équilibre dans le respect des lois et règlements.

C- Le contrôle du principe de l'universalité

Le contrôle portera principalement sur les exceptions au principe que sont les fonds de concours, les rétablissements de crédits, les dons et legs ainsi que les budgets annexes et les comptes spéciaux du Trésor.

D- Le contrôle du principe de la spécialité

Selon ce principe l'autorisation budgétaire n'est pas donnée en bloc mais est spécialisée par catégorie de crédits.

A ce niveau également le contrôle portera sur les exceptions au principe que sont les crédits globaux, les crédits de l'Assemblée Nationale et les fonds spéciaux. Exception faite des crédits globaux, les crédits du parlement et les fonds spéciaux ne font pas l'objet de contrôle par la Cour des comptes, malgré l'existence de réglementation en la matière.

E- Le contrôle du principe de sincérité budgétaire

Le contrôle effectué sur la sincérité d'un projet de loi de finances est un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Les prévisions ne pouvant jamais être parfaitement exactes, on veut établir ainsi une distinction entre l'erreur « normale » et celle qui relève à l'évidence d'une certaine mauvaise foi dans la présentation du budget. Les prévisions doivent aussi être cohérentes : l'État ne doit pas utiliser des projections macro-économiques divergentes pour fonder par exemple la loi de finances.

La Cour des comptes, contrôle le principe de sincérité sur le fond *a posteriori*.

III- Les conséquences du non respect desdits principes et le comportement que doit adopter le juge pour les faire respecter

En principe le contrôle de l'exécution des lois de finances est un contrôle de comparaison entre deux documents.

IV- Les mécanismes à mettre en œuvre en cas de dépassement de crédits suivant leur nature (crédit évaluatif, crédit provisionnel, crédit limitatif)

Le caractère évaluatif d'un crédit signifie que les prévisions budgétaires initiales ne constituent qu'une estimation, ne sachant représenter une limite contraignante. On prévoit des crédits dont on admet qu'ils puissent être dépassés pour la réalisation de l'objectif poursuivi. En ce moment le dépassement se fait sans formalité, les dépenses pouvant s'imputer au-delà de la dotation inscrite au chapitre qui les concerne. L'article 13 de la loi n° 006 précise les opérations pour lesquelles les crédits sont évaluatifs. Il s'agit d'opérations relatives au service de la dette publique, aux frais de justice et aux réparations civiles, aux remboursements, aux dégrèvements et aux restitutions ainsi qu'aux dépenses imputables sur les chapitres dont l'énumération figure à un état spécial annexé à la loi de finances.

Les crédits limitatifs constituent le droit des crédits. Les crédits constituent la limite supérieure. Cependant des exceptions à cette limitation sont constituées par :

- les engagements par anticipation,
- les décrets d'avances.

Au Burkina-Faso, seules ces deux catégories de crédits sont prévues par la loi.

Les crédits provisionnels s'appliquent à des dépenses dont le montant initial ne pourra qu'être indicatif et devra pouvoir être augmenté en cas de besoin.

Les dispositions législatives et réglementaires prévoient déjà le traitement des dépassements en matière de crédits évaluatifs et de crédits provisionnels, puisque à la séance de l'Assemblée nationale un projet de loi de finances portant ratification de ces crédits est déposé à l'Assemblée.

Pour les dépassements des crédits limitatifs non réglementaires, la juridiction financière peut faire des recommandations ou engager la procédure de la faute de gestion.

L'APPLICATION DES SYSTEMES COMPTABLES DANS LES ORGANISMES PUBLICS DES PAYS DE L'ESPACE AA-HJF : EXIGENCE, LIMITES ET INTERETS

par M. **Jean ALOTONOU**

Ancien membre de la Cour des Comptes de l'UEMOA

INTRODUCTION

Le thème de la présente communication était, au départ, « l'application des systèmes comptables dans les organismes publics des pays de l'espace AA-HJF : exigences, limites et intérêts. » Mais en fait, pour les organisateurs de la troisième session de formation des magistrats des juridictions membres de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones, le sujet devait être limité aux établissements publics. Voilà pourquoi dans les développements qui suivent il sera question des établissements publics et non des organismes publics.

L'évolution des fonctions de l'État, en passant par l'État providence, jusqu'à l'État moderne, a conduit à la déconcentration et à la décentralisation de ses activités pour permettre une plus grande efficacité de l'action publique. Ainsi, de nombreux démembrements de l'État (collectivités locales, établissements publics) ont-ils été créés pour concourir, aux côtés et sous le contrôle de l'État central, à l'exécution de missions d'intérêt général spécifiques.

Étant des démembrements de l'État, les collectivités locales et les établissements publics sont régis par les règles du droit public. Mais l'introduction de la gestion axée sur les résultats dans le secteur public, pour garantir la performance de l'action publique, amène de plus en plus les organismes publics à appliquer les modes de gestion modernes des entreprises du secteur privé.

En matière comptable, les établissements publics de l'espace AA-HJF sont soumis à la fois aux règles de la comptabilité publique et aux règles du système comptable OHADA, conçues pour les entreprises du secteur privé.

La comptabilité publique est définie comme l'ensemble des règles relatives, d'une part, aux procédures d'exécution des recettes et des dépenses des organismes publics, à la tenue et à l'exploitation de la comptabilité qui retrace les opérations, et, d'autre part, aux contrôles, obligations et responsabilités auxquels sont soumis les agents qui les exécutent.

Pour bien cerner le thème de la présente communication, il est indispensable de rappeler quelques généralités sur les établissements publics avant d'aborder, successivement, l'application des règles de la comptabilité publique et les règles de la comptabilité privée aux établissements publics et de terminer par des considérations relatives aux contrôles des établissements publics.

1. GÉNÉRALITÉS SUR LES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS

Il convient de circonscrire les notions d'organisme public et d'établissement public avant de rentrer dans le vif du sujet. Pour ce faire, les lois organiques relatives aux lois de finances et les règlements généraux sur la comptabilité publique en vigueur dans plusieurs États membres de l'AA-HJF ont été consultés. Les directives de l'UEMOA (Union Economique et Monétaire de l'Afrique de l'Ouest) relatives à l'harmonisation des finances publiques des États et celles de la CEMAC (Communauté Économique de l'Afrique Centrale) ont également été exploitées. Il ressort de ces textes que le vocable « organismes publics » désigne l'État, les collectivités locales et les établissements publics.

C'est la même définition qui est donnée de l'organisme public par le décret français n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique, dont se sont inspirées les dispositions du droit budgétaire de la plupart des États membres de l'AA-HJF. Dans certains États, ce décret français est même visé dans les actes officiels.

Les établissements publics font donc partie de la catégorie juridique des « organismes publics ». Un établissement public est un démembrement de l'État doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière devant lui permettre de remplir une mission de service public sous le contrôle de l'État.

En tant que personnes morales de droit public, les établissements publics peuvent exercer certains droits et prérogatives réservés à la puissance publique, comme :

- disposer de droits et d'obligations,
- être propriétaire de biens du domaine public,
- exercer le droit d'expropriation,
- avoir un budget propre,
- être investis de pouvoir de police administrative.

Contrairement à l'État ou aux collectivités territoriales, qui ont un domaine de compétence générale sans limitation expresse, les établissements publics ont une mission spécifique dont ils ne peuvent sortir.

L'administration d'un établissement public est généralement confiée à deux organes :

- une assemblée délibérante (appelée le plus souvent conseil d'administration) fixe les grandes orientations de l'établissement public,
- une personne est chargée de l'administration au quotidien : le Directeur Général.

Les établissements publics nationaux sont tous soumis au contrôle d'autres personnes publiques. Ils sont généralement placés sous la tutelle technique du ministre dont relève l'activité de l'établissement et la tutelle financière et comptable du ministre chargé des finances.

Les domaines d'intervention des établissements publics sont très variés : économique, social, culturel, scientifique.... La jurisprudence et la doctrine dégagent deux types principaux d'établissements publics en fonction de la prédominance sociale ou économique de leurs activités : les établissements publics à caractère administratif (EPA) et les établissements publics à caractère industriel et/ou commercial (EPIC).

Selon qu'ils sont rattachés ou appartiennent à l'État ou à une collectivité locale, les établissements publics sont dits nationaux ou locaux.

Au Bénin, les établissements publics à caractère administratif sont désignés sous le vocable « offices » et sont régis par la loi n° 94-009 du 28 juillet 1994, portant création, organisation et fonctionnement des offices à caractère social, culturel et scientifique. Quant aux établissements publics à caractère industriel et/ou commercial, ils sont régis par la loi n° 88-005 du 25 avril 1988, portant création, organisation et fonctionnement des entreprises publiques et semi-publiques.

Au Gabon, les établissements publics sont régis par la loi n° 11/82 du 24 janvier 1983.

2. L'APPLICATION DES RÈGLES DE LA COMPTABILITÉ PUBLIQUE AUX ÉTABLISSEMENTS PUBLICS

Dans la plupart des Etats de l'espace AA-HJF, le règlement général sur la comptabilité publique dispose que les règles de la comptabilité publique sont applicables à tous les établissements publics, sous réserve de dispositions contraires réglementaires. La directive de l'UEMOA relative au règlement général sur la comptabilité publique prévoit également l'application des règles de la comptabilité publique aux établissements publics sauf dérogation réglementaire.

Dans la pratique, la plupart des EPA et quelques EPIC sont soumis au droit public. La majorité des EPIC sont régis par le droit privé.

En matière comptable, la plupart des EPA et quelques EPIC sont soumis aux règles de la comptabilité publique, tandis que la plupart des EPIC sont régis par les règles de la comptabilité privée.

Dans un établissement public, l'organisation de la comptabilité à mettre en œuvre dépend des activités de l'entité concernée, de son statut juridique et de son importance. Le système comptable d'une entité varie selon qu'elle produit des biens et/ou des services marchands, qu'elle poursuit un but lucratif ou non lucratif.

La comptabilité des établissements publics doit être tenue conformément à un plan comptable particulier établi par le ministre chargé des finances. Ce plan comptable particulier doit s'inspirer du plan comptable général.

La tendance récente observée en matière de gestion des finances publiques vise à faire appliquer aux organismes publics les règles comptables applicables aux entreprises privées sauf à tenir compte des spécificités du secteur public. Cette orientation permet aux organismes publics de tenir une comptabilité patrimoniale, une comptabilité des droits et obligations, source d'informations financières fiables et exhaustives sur l'ensemble des opérations et sur le patrimoine des organismes publics, ce que la comptabilité budgétaire classique des organismes publics ne permet pas d'obtenir.

2.1 Les principes budgétaires (cf. communication portant sur le contrôle du respect des grands principes budgétaires)

- Annualité budgétaire
- Unité budgétaire
- Spécialité des crédits

2.2 La procédure normale d'exécution des opérations financières des établissements publics

En principe, les recettes des établissements publics doivent être liquidées et faire l'objet d'un titre de perception avant d'être recouvrées. De même, avant d'être payées, les dépenses doivent être engagées, liquidées et ordonnancées.

L'engagement est l'acte par lequel un organisme public crée ou constate à son encontre une obligation de laquelle résultera une charge. Il doit rester dans la limite des autorisations budgétaires.

La liquidation a pour objet de vérifier la réalité de la dette et d'arrêter le montant de la dépense.

L'ordonnancement est l'acte administratif donnant, conformément aux résultats de la liquidation, l'ordre de payer la dette de l'organisme public.

2.3 Le principe de la séparation des fonctions d'ordonnateur et de comptable public

Les opérations financières des établissements publics, comme des organismes publics, doivent être exécutées par deux catégories distinctes d'agents. L'engagement, la liquidation et l'ordre de recouvrer les recettes et de payer les dépenses sont de la compétence exclusive de l'ordonnateur. Les encaissements et les paiements sont effectués par l'agent comptable de l'établissement public, exclusivement.

Les fonctions d'ordonnateur et celles de comptable public sont incompatibles. Les conjoints des ordonnateurs ne peuvent être comptables des organismes publics auprès desquels lesdits ordonnateurs exercent leurs fonctions.

La séparation des fonctions d'ordonnateur et de comptable public est un principe fondamental de la comptabilité publique. Elle est justifiée par un souci de division et de spécialisation des tâches d'exécution des opérations financières, un souci de contrôle mutuel entre les ordonnateurs et les comptables et un souci de contrôle par le ministère des finances.

Il est fait obligation au comptable public, sous peine d'engager sa responsabilité personnelle et pécuniaire, d'exercer un contrôle de régularité sur les opérations de l'ordonnateur avant d'exécuter les titres de perception et les titres de paiement de celui-ci. De même, il lui est fait obligation d'exercer des contrôles sur les comptables publics et les régisseurs de recettes et les régisseurs d'avances qui lui sont rattachés.

Le principe de la séparation des fonctions d'ordonnateur et de comptable public est plus rigoureusement observé en matière d'exécution des opérations de dépenses qu'en matière de recettes.

Le responsable de l'établissement public est l'ordonnateur principal de son budget.

Chaque établissement public est doté d'un poste comptable à la tête duquel est placé un agent comptable, chef des services de la comptabilité. L'agent comptable est nommé par arrêté conjoint du ministre des finances et du ministre de tutelle ou par le Conseil des Ministres. Il a la qualité de comptable public.

2.4 La comptabilité

Les principes comptables (cf. communication portant sur le contrôle du respect des grands principes budgétaires)

- La régularité,
- La sincérité,
- L'image fidèle

La tenue de la comptabilité

La comptabilité des établissements publics doit être tenue en utilisant le système comptable le mieux adapté aux besoins et à l'importance de l'établissement, ainsi qu'aux exigences du plan comptable particulier.

La comptabilité des établissements publics doit être tenue en utilisant le système comptable le mieux adapté aux besoins et à l'importance de l'établissement, ainsi qu'aux exigences du plan comptable particulier.

L'ordonnateur tient la comptabilité administrative des recettes émises, des dépenses engagées et des dépenses ordonnancées. La comptabilité des dépenses engagées et des dépenses ordonnancées fait ressortir les crédits ouverts, les dépenses engagées ou ordonnancées et les crédits disponibles.

Le Contrôleur financier est chargé de tenir aussi la comptabilité des dépenses engagées et des dépenses ordonnancées.

L'agent comptable est chargé de tenir la comptabilité générale. Il est souvent chargé de la tenue de la comptabilité analytique d'exploitation et de la comptabilité matières. Il tient des comptabilités auxiliaires, dont notamment celle des recettes émises et des dépenses ordonnancées qu'il a prises en charge.

Le plan comptable

Le plan comptable des établissements publics doit s'inspirer du plan comptable général de l'État. Le plan comptable adopté par la directive n° 05/98/CM/UEMOA pour les États membres de l'UEMOA est reproduit ci-après.

Le plan comptable Etat - UEMOA harmonisé des États membres de l'UEMOA, ci-après, est internalisé dans la plupart des États membres. C'est ce plan comptable Etat – UEMOA qui doit inspirer les plans comptables des établissements publics à caractère administratif.

Le plan comptable État - UEMOA

Classe 1 : Comptes de résultats et de dettes

Classe 2 : Immobilisations

Classe 3 : Comptes internes

Classe 4 : Comptes de tiers

Classe 5 : Comptes de trésorerie

Classe 6 : Comptes de charges par nature

Classe 7 : Comptes de produits par nature

Classe 8 : PM (libre utilisation)

Classe 9 : Comptabilité analytique budgétaire

Classe 0 : Résultat des lois de règlement

Dans l'espace CEMAC, ce n'est qu'en juin 2008 que des directives ont été adoptées pour l'harmonisation des finances publiques. Dans ces États, certains plans comptables de l'État font encore référence au plan OCAM, alors que celui-ci a cédé la place au plan SYSCOA depuis 2001.

Le plan comptable État - Tchad

Classe 1 : Comptes de dettes à long et moyen termes

Classe 2 : Comptes de valeurs immobilisées

Classe 3 : Reports à nouveau et comptes internes

Classe 4 : Comptes de dettes à court terme

Classe 5 : Comptes financiers

Classe 6 : Charges et pertes par nature

Classe 7 : Produits et profits par nature

Classe 8 : Comptes de résultats

Classe 9 : Comptabilité budgétaire analytique et comptes spéciaux

2.5 Les documents de fin d'exercice

A la clôture de chaque exercice, Il est fait obligation aux Directeurs Généraux des établissements publics régis par les règles de la comptabilité publique d'élaborer un compte administratif et aux agents comptables de confectionner un compte de gestion. Le compte administratif est constitué du développement des recettes et des dépenses budgétaires tandis que le compte de gestion comprend toutes les opérations de l'agent comptable ainsi que les pièces justificatives de ces opérations.

Le compte de gestion comprend :

- la balance générale des comptes,
- le développement, par chapitre, des recettes et des dépenses budgétaires,
- le développement des résultats de l'exercice,
- la balance des comptes des valeurs inactives.

Le Directeur Général et l'agent comptable établissent un certificat de concordance entre le compte administratif et le compte de gestion. L'agent comptable produit au juge financier son compte de gestion, accompagné du certificat de concordance et des pièces générales réglementaires.

Le compte de gestion, accompagné du certificat de concordance entre les écritures de l'ordonnateur et celles de l'agent comptable, est soumis au conseil d'administration puis produit au juge des comptes en état d'examen, accompagné :

- du rapport d'activités de l'exercice considéré,
- des délibérations du conseil d'administration relatives au budget, aux modifications qui auraient pu y être apportées en cours d'année et au compte de gestion,
- d'états explicatifs en cas de besoin.

Les agents comptables des établissements publics encourent une responsabilité personnelle et pécuniaire du chef de leurs propres opérations, ainsi que des opérations dont le contrôle leur incombe dans les mêmes conditions que les comptables publics. La responsabilité personnelle et pécuniaire de l'agent comptable peut être engagée par le ministre chargé des finances et par le juge des comptes. Le juge financier peut être la Cour des comptes, la Chambre ou la Section des comptes

de la Cour suprême s'il s'agit d'un établissement public national ou une Chambre des comptes régionale s'il s'agit d'un établissement public local.

Les dérogations aux règles de la comptabilité publique

Pour éviter des lourdeurs et des lenteurs, la procédure normale d'exécution des opérations financières est assortie de dérogations. Le recouvrement par des régies de recettes, le paiement par des régies d'avances, le paiement de certaines dépenses avant ou sans ordonnancement (salaires et pensions de retraite) sont des procédures exceptionnelles dérogatoires.

Dans la pratique, ces procédures exceptionnelles prévues à titre dérogatoire sont si souvent utilisées qu'elles risquent d'éclipser la règle. Dans certains cas, une proportion importante du budget des établissements publics est exécutée sans engagement ni ordonnancement. Très souvent, les dépenses ainsi payées ne sont même pas régularisées.

2.1 Les difficultés d'application des règles de la comptabilité publique

Dans certains établissements publics, le Directeur Administratif et Financier est l'ordonnateur délégué. Il cumule les fonctions d'ordonnateur délégué avec les fonctions d'agent comptable en violation du principe de séparation des fonctions d'ordonnateur et de comptable.

Il n'est pas rare de noter que l'agent comptable, s'il existe, soit nommé par le Directeur Général de l'établissement public, qu'il soit placé sous l'autorité du Directeur Administratif et Financier et confiné à des tâches d'un simple comptable d'entreprise.

Dans d'autres établissements publics, le contrôle financier n'est pas organisé alors que d'après les textes en vigueur il devrait être assuré.

Il arrive que les services des ordonnateurs ne disposent pas suffisamment de personnel financier et comptable compétent pour tenir la comptabilité administrative et élaborer le compte administratif en fin d'année. Il n'est pas rare que l'agent comptable soit mis à contribution pour la confection du compte administratif pour l'ordonnateur.

Dans la plupart des cas, la comptabilité des établissements publics tenue sous l'empire des règles de la comptabilité publique n'est pas de type patrimonial. Cette comptabilité ne traduit pas exactement tous les actifs et passifs des établissements publics, ni les amortissements. La comptabilité matières n'est pas régulièrement tenue. Les stocks ne sont pas toujours enregistrés.

La règle du paiement des dépenses après service fait et l'obligation de passer un marché au-delà d'un seuil sont quelquefois sources de lenteurs et de difficultés lorsque des fournisseurs exigent d'être payés avant livraison.

2.2 L'APPLICATION DES RÈGLES DE LA COMPTABILITÉ PRIVÉE AUX ÉTABLISSEMENTS PUBLICS

2.3 Le Principe

Dans l'espace AA-HJF, la tendance est à l'application de plusieurs des règles de la comptabilité privée aux organismes publics, aussi bien à l'État qu'aux établissements publics. Ainsi, les établissements publics sont soumis, en plus des règles de la comptabilité publique, au système comptable de l'OHADA, bien que l'article 2 de l'Acte uniforme de l'OHADA sur la comptabilité exclue du champ d'application de ses dispositions les entités régies par les règles de la comptabilité publique. Cette orientation s'inscrit dans le cadre d'une évolution générale, au plan international, visant à appliquer au secteur public les modes et les règles de gestion traditionnellement réservés aux

entreprises du secteur privé en vue d'accroître l'efficacité et la performance de l'action publique, d'une part, et de garantir la régularité, la sincérité et une image fidèle de la situation et du patrimoine des établissements publics, d'autre part.

L'application aux établissements publics des règles de la comptabilité privée ou du système comptable de l'OHADA appelle le respect des principes comptables généralement utilisés dans le secteur privé, à savoir :

- la spécialisation des exercices,
- la continuité de l'exploitation,
- la prééminence de la réalité économique sur l'apparence de la réalité ou l'aspect juridique,
- la permanence des méthodes,
- l'importance relative,
- l'exhaustivité,
- la prudence,
- la neutralité,
- la pertinence,
- la non-compensation entre les comptes d'actif et de passif ou de charges et de produits.

La comptabilité générale étant une comptabilité d'exercice des droits et des obligations, les opérations doivent y être enregistrées au titre de l'exercice au cours duquel les droits sont nés, indépendamment de leur date de paiement ou d'encaissement. Les comptes de l'établissement retracent les opérations relatives à l'ensemble du patrimoine mobilier et immobilier, aux biens affectés et aux valeurs d'exploitation.

2.4 Le plan comptable

Les plans comptables des établissements publics dont

Plan comptable OHADA

Classe 1 : Comptes de ressources durables

Classe 2 : Comptes de l'actif immobilisé

Classe 3 : Comptes de stocks

Classe 4 : Comptes de tiers

Classe 5 : Comptes de trésorerie

Classe 6 : Comptes de charges des activités ordinaires

Classe 7 : Comptes de produits des activités ordinaires

Classe 8 : Comptes des autres charges et des autres produits

Classe 9 : Comptabilité analytique de gestion

2.5 Les documents de fin d'exercice

À la clôture de l'exercice, le Directeur Général dresse l'inventaire des éléments d'actif et de passif, confectionne les états financiers et élabore un rapport d'activités sur l'exercice écoulé.

Les états financiers comprennent le bilan, le compte de résultat, le tableau financier des ressources et des emplois (TAFIR) et l'état annexé. Tous ces documents doivent être transmis aux commissaires aux comptes puis soumis à l'approbation de l'Assemblée générale de l'établissement. Ils sont destinés à divers utilisateurs pour leur permettre d'apprécier les performances de l'établissement, sa situation financière, son patrimoine et le résultat de l'exercice.

2.6 L'adaptation des règles de la comptabilité privée aux spécificités des établissements publics

L'Acte uniforme de l'OHADA sur la comptabilité prévoit la simplification de son système comptable et de son plan comptable aux activités et à la taille des entités utilisatrices. Ainsi, au lieu d'un bilan, les établissements publics peuvent élaborer un tableau de la situation nette. Le compte de résultat peut être remplacé par un tableau des charges nettes, un tableau des produits et un tableau de détermination du solde des opérations de l'exercice. Un tableau des flux de trésorerie peut remplacer le TAFIR.

2.7 Les difficultés d'application des règles de la comptabilité privée

Les services financiers et comptables des établissements publics ne sont pas tous dotés d'un manuel de procédures administratives, financières et comptables.

Les agents des établissements publics étant, le plus souvent, des fonctionnaires de l'administration publique, il arrive qu'ils n'aient pas toutes les compétences comptables ni les aptitudes qu'exige l'application des modes de gestion du secteur privé.

Certains agents comptables des établissements publics éprouvent des difficultés pour tenir la comptabilité selon les principes comptables des entreprises privées rappelés ci-dessus. Au lieu d'avoir une comptabilité patrimoniale, des droits et des obligations, nombre d'établissements publics continuent de tenir une simple comptabilité de trésorerie, des encaissements et des décaissements. Certains agents comptables se contentent d'élaborer des bordereaux de développement des recettes et des dépenses budgétaires au lieu de confectionner des états financiers.

3. LE CONTRÔLE DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS

Pour s'assurer de la bonne gestion des établissements publics, ils sont soumis à différents contrôles, internes et externes, administratifs et/ou juridictionnels, exercés par différents services, corps ou organes de contrôle.

4.1 Les contrôles internes

Les services de contrôle interne sont placés sous l'autorité du responsable de l'établissement. Généralement, il existe au sein des établissements publics un service d'audit interne chargé de s'assurer du respect des normes, des règles et des procédures de gestion.

Dans certains États, les Directeurs Généraux des établissements publics sont assistés d'un Comité de Direction, qui est un organe consultatif composé de ses principaux collaborateurs.

Dans les établissements publics régis par les règles de la comptabilité publique, il est généralement prévu la nomination d'un Contrôleur financier, chargé de contrôler l'engagement, la liquidation et l'ordonnancement des dépenses de l'établissement au regard des lois et règlements en vigueur en matière de dépenses publiques et des textes particuliers de l'établissement.

4.2 Les contrôles externes

Les contrôles externes varient selon qu'il s'agit d'établissements soumis ou non aux règles de la comptabilité publique.

La plupart des établissements publics sont placés sous la surveillance d'un organe délibérant du genre conseil d'administration, ayant les pouvoirs de gestion les plus étendus, notamment pour voter le budget et approuver les comptes.

L'autorité de tutelle de l'établissement public est habilitée à exercer tous genres de contrôle, en particulier sur l'exploitation technique de l'établissement.

Les commissaires aux comptes, chargés de l'audit des états financiers, sont nommés le plus souvent auprès des EPIC et des EPA soumis aux règles de la comptabilité privée.

Les organes supérieurs de contrôle administratif de l'État, tels que l'Inspection Générale des Finances et l'Inspection Générale d'État, ont compétence pour contrôler tous les établissements publics, quel que soit leur statut juridique. Les interventions de ces deux organes de contrôle sont a posteriori et peuvent être sur place ou sur pièces.

Dans tous les États membres de l'AA-HJF, le juge des comptes a compétence pour contrôler les établissements publics. Il exerce un contrôle juridictionnel et un contrôle de gestion sur les établissements publics soumis aux règles de la comptabilité publique. Sur les autres établissements, il n'exerce qu'un contrôle de gestion.

Dans certains États, les comptes des établissements publics locaux sont apurés par le comptable supérieur dont dépend l'agent comptable de l'établissement public, sous réserve d'évocation des décisions d'apurement par la juridiction financière.

La plupart des établissements publics ne produisent pas régulièrement de comptes de gestion. N'ayant pas toujours les moyens matériels et les compétences nécessaires pour contrôler tous les comptes de tous les organismes publics, certaines juridictions financières se gardent de rappeler à l'ordre les établissements publics qui ne s'acquittent pas spontanément de l'obligation de reddition de compte.

Dans la mesure où les règles de gestion financière et comptable des établissements publics soumis au contrôle des juridictions des comptes sont de plus en plus proches de celles des entreprises privées, il est indispensable que des vérificateurs des juridictions financières soient formés aux techniques d'audit des états financiers du secteur privé. C'est du reste cette orientation qui est imprimée, au plan international, avec l'adoption par l'*International Federation of Accountants (IFAC)* de normes internationales de contrôle du secteur public *International Public Sector Accounting Standards (IPSAS)*.

A défaut de recruter des experts comptables, les juridictions des comptes devraient spécialiser certains vérificateurs à travers des sessions de formation portant sur les techniques de gestion financière et comptable des entreprises privées.

La gestion axée sur les résultats étant en voie d'introduction dans le secteur public, il conviendrait que les juridictions financières accordent une attention particulière à la formation sur les techniques de contrôle de performance.

Les juridictions des comptes devraient également contribuer à l'amélioration de l'organisation des systèmes comptables, participer à l'élaboration de manuels de procédures financières et comptables et de référentiels de procédures de reddition de comptes.

CONCLUSION

Le souci de modernisation de la gestion et la recherche de l'efficacité et de la performance conduisent à appliquer au secteur public des modes de gestion traditionnellement réservés aux

entreprises privées, notamment la gestion axée sur les résultats. Par suite, les systèmes comptables des organismes publics subissent des mutations et se rapprochent de ceux du secteur privé.

Les frontières traditionnelles de distinction entre les établissements publics à caractère administratif et ceux à caractère industriel et/ou commercial s'estompent. Ce ne sont plus quelques établissements publics dont les activités sont essentiellement industrielles et/ou commerciales qui sont soumis aux principes de la comptabilité privée, mais aussi un large pan d'établissements publics n'ayant pas d'activités de production marchande.

RAPPORT SEQUENTIEL JURIDICTIONS FINANCIERES

Conformément au programme établi pour la 3^{ème} formation des juges des juridictions membres de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones, les travaux de l'atelier 3 des juridictions financières se sont déroulés de l'après midi du lundi 22 au mercredi 24 septembre 2008.

La liste des participants est jointe au présent rapport.

Au début des travaux, l'atelier a procédé à la désignation du rapporteur de l'atelier et des rapporteurs séquentiels.

Monsieur Benoît AZODJILANDE, Conseiller à la Chambre des Comptes de la Cour suprême du Bénin a été désigné comme rapporteur de l'atelier et Messieurs Bertin COMLANVI, Ibrahim BABA MOUSSA du Bénin et Monsieur Ratou ANDO du Tchad ont été désignés comme rapporteurs séquentiels.

Trois communications ont été présentées au cours des travaux.

La première communication intitulée « évaluation de la situation patrimoniale de l'Etat » a été présentée par Messieurs Marouf ALABI CHITOU et Rémi KOSSOUHO, tous deux experts indépendants et respectivement ancien Conseiller à la Chambre des Comptes de la Cour Suprême du Bénin et Administrateur du Trésor. Sous la modération de Monsieur Justin BLOKOU, Président par intérim de la Chambre des Comptes de la Cour suprême du Bénin.

Après les mots introductifs du modérateur et la présentation des participants, la parole fut donnée aux communicateurs.

Le premier à prendre la parole était Monsieur KOSSOUHO. Dans une introduction liminaire, Monsieur Rémi KOSSOUHO a fait un bref historique de la situation du patrimoine de l'Etat avant, pendant et après la colonisation et a constaté qu'aucun de nos Etats ne maîtrise l'étendue de son patrimoine.

Avant la colonisation, il n'existait pas de patrimoine de l'Etat. Le patrimoine de l'Etat était donc confondu avec celui du roi. Pendant la période coloniale, la situation n'a pas changé ; les territoires n'avaient pas de personnalité juridique et ne pouvaient donc pas avoir de patrimoine. Ce n'est qu'avec les indépendances que les territoires ont acquis la personnalité juridique et pouvaient prétendre à un patrimoine propre. A l'indépendance, aucun état des lieux n'a été fait, pas d'évaluation du patrimoine légué aux nouveaux Etats, pas de balance d'entrée.

Ainsi, avec la globalisation des outils et techniques de gestion publique, l'adoption par les administrations publiques d'une comptabilité patrimoniale inspirée des normes du secteur privé gagne progressivement nos Etats.

Il est notamment attendu de cette réforme :

- d'améliorer la gestion des actifs de l'Etat ;
- de procéder à la comparaison des coûts publics-privés en cas de recours à des partenariats public privé ;
- d'intégrer les opérations de l'Etat dans la comptabilité nationale ;
- de contribuer à la promotion de l'efficacité de la dépense publique.

Pour atteindre cet objectif, le communicateur a suggéré les trois axes de réflexion ci-après :

- L'état de la réforme comptable dans l'espace AA-HJF ;
- Le patrimoine des Etats de l'espace AA-HJF ;

La production et les contrôles des comptes de l'Etat dans l'espace AA-HJF.

Abordant le premier axe, le communicateur a insisté sur les référentiels comptables des Etats membres de l'espace AA-HJF tout en distinguant le référentiel des Etats francophones de l'UEMOA où la plupart des directives de l'UEMOA sont internalisées. Mais à l'application des insuffisances ont été notées et concernent entre autres l'omission de la gestion des stocks, l'inexistence des travaux de régularisation et le non respect de certains principes budgétaires dont notamment le principe de la séparation des exercices, le principe de la prudence.

Il a conclu en disant qu'une situation patrimoniale de l'état présentée dans ces conditions ne peut qu'être biaisée.

Dans les autres Etats de l'espace AA-HJF la situation de l'évaluation du patrimoine de l'Etat connaît les mêmes insuffisances. Il a alors énuméré des conditions de mise en œuvre de la réforme qui se résument en trois grandes étapes que sont :

- la phase de préparation ;
- la phase d'élaboration d'un bilan d'ouverture ;
- la phase d'établissement de la situation patrimoniale de l'Etat proprement dite.

Quand au deuxième axe de la communication qui porte sur l'état du patrimoine des Etats de l'espace AA-HJF, le communicateur a tout d'abord mis l'accent sur la différence entre la situation patrimoniale de l'Etat et celle des entreprises privées et a noté que la divergence porte sur des finalités, sur l'existence de spécificités irréductibles pour les comptes publics, sur l'existence pour l'Etat de biens non valorisables. Il a ensuite défini le patrimoine de l'Etat et son périmètre.

Après avoir démontré que l'évaluation du patrimoine de l'Etat est une oeuvre coûteuse et de longue haleine il a énuméré les méthodes d'évaluation du patrimoine de l'Etat.

Le troisième axe de l'exposé a porté sur la production des comptes et les contrôles des juridictions financières. Il a donné l'exemple du Bénin où les documents produits à la fin de la gestion pour rendre compte de l'exécution de la loi de finances sont le compte de gestion, le compte administratif, le compte général de l'administration des finances et la balance général des comptes établie par le trésor.

A ce sujet, le communicateur a mentionné que la production du compte de gestion par les pays membres de l'espace AA-HJF à la juridiction financière accuse des retards dus entre autres à la clôture tardive du budget général de l'Etat, au retard dans la centralisation des comptabilités des comptables subordonnés. Il a poursuivi son exposé par le processus d'élaboration du compte de gestion au Bénin et le schéma de centralisation des comptes. Il a enfin terminé son intervention par le processus d'élaboration du compte général de l'administration des finances, du projet de loi de règlement et de l'ordre d'intervention des différents acteurs.

La seconde partie de la communication relative à la vérification des états financiers de l'Etat a été présentée par Monsieur ALABI. Il a axé son intervention sur deux points, à savoir un regard sur les observations de Chambre des Comptes et la problématique de la nature du contrôle que les juridictions financières doivent effectuer.

En jetant un regard sur les observations de la Chambre des comptes du Bénin, le communicateur a noté que les documents produits pour rendre compte du patrimoine de l'Etat comportent quelques insuffisances notamment :

L'incomplétude des documents, le non respect du principe de la séparation des exercices, la non constatation des amortissements, le respect du principe de prudence, l'omission dans le bilan de certains éléments du patrimoine.

En ce qui concerne la problématique du contrôle que doit effectuer la juridiction, le communicateur, il a proposé deux démarches méthodologiques. La première consiste à faire une vérification générale à travers le contrôle interne, la révision des comptes et la finalisation.

La seconde démarche consiste en une intervention par cycle à savoir cycle des charges, cycle des produits, cycles des immobilisations, etc.

Cet exposé a été suivi d'un riche et fructueux débat qui a essentiellement porté sur :

- les difficultés de l'évaluation du patrimoine de l'état ;
- les documents à produire pour rendre compte de la situation patrimoniale ;
- les difficultés de l'établissement du bilan et de la balance d'entrée ;
- le respect des grands principes budgétaires.

La matinée de la deuxième journée a été consacrée à la présentation du thème intitulé « le contrôle du respect des grands principes budgétaires dans l'exécution des lois de finances » par Madame Germaine YERBANGA, Conseiller à la Cour des comptes du Burkina Faso et Monsieur Kokou KOUDRA, Vérificateur à la Cour des comptes de l'UEMOA sous la modération de Monsieur Hassane HODI, Président de la Chambre des comptes de la Cour suprême du Niger.

Au début de sa communication, Madame YERBANGA a exposé les principes budgétaires universellement reconnus que sont l'universalité budgétaire, l'annualité, l'unité budgétaire, la spécialité des crédits et le principe de sincérité budgétaire. Sa démarche a consisté à exposer le contenu de chaque principe et partir du cas du Burkina Faso pour énumérer quelques exceptions au principe.

L'annualité budgétaire Le principe d'annualité budgétaire consiste à fixer pour une année la durée de l'exercice budgétaire. Cela signifie que l'autorisation budgétaire donnée par la loi de finances n'est valable que pour une année.

Exceptions au principe :

- Loi de finances rectificatives ;
- Les décrets d'avance ;
- Les autorisations de programmes ;
- La technique de l'engagement par anticipation.

Pour ce principe, la Cour lors de son contrôle des lois de finances, doit s'assurer, par l'examen de la loi de finances initiale, que le budget a été présenté et voté dans les délais et ce conformément aux dispositions de la loi organique relative aux lois de finances.

La spécialité des crédits : Il consiste à détailler l'autorisation parlementaire, afin que chaque crédit ait une destination indiquée par la loi de finances. Le respect de ce principe implique que le gouvernement ne puisse modifier la destination des crédits sans l'autorisation du Parlement.

Exceptions au principe :

- Les crédits globaux, appelés également "dépenses imprévues" (prévus par l'article 11 de la loi n° 006).

- Les transferts de crédits ;
- Les virements de crédits ;

- La pratique des fonds que sont les fonds interministériels dont la destination n'est pas fixée de manière précise.

Le contrôle portera sur les exceptions au principe que sont les crédits globaux, les crédits de l'Assemblée Nationale et les fonds spéciaux. Au Burkina Faso, les crédits du parlement et les fonds spéciaux ne font pas l'objet de contrôle par la Cour des comptes, malgré l'existence de réglementation en la matière.

Principe d'unité budgétaire

Selon ce principe l'ensemble du budget doit être présenté dans un document unique.

Il implique également l'existence d'un document budgétaire unique soumis au vote des parlementaires.

Exceptions

- Budgets annexes
- Les comptes spéciaux du Trésor.
- La débudgétisation :
- Les budgets autonomes.

A ce niveau, la Cour s'assure que le budget est unique et qu'il contient tous les éléments relatifs aux recettes et aux dépenses et qu'il est voté en équilibre.

La vérification portera également sur les éléments dérogeant au principe que sont les comptes spéciaux du Trésor et les budgets annexes.

Principe d'universalité budgétaire

Ce principe est sous-tendu par deux règles :

La règle de la non compensation et la règle de la non affectation

a) la règle de la non compensation : cette règle signifie que les dépenses et les recettes doivent figurer dans la loi de finance pour le produit brut. Il ne doit pas y avoir de compensation entre elles.

b) la règle de la non affectation : cette règle interdit l'utilisation d'une recette déterminée pour le financement d'une dépense déterminée. Toutes les dépenses d'un budget doivent être couvertes par la masse commune des recettes.

Exceptions :

- les fonds de concours ;
- le rétablissement de crédits ;
- les budgets annexes ;
- les comptes spéciaux du Trésor ;

Le contrôle portera principalement sur les exceptions au principe que sont les fonds de concours, les rétablissements de crédits, les dons et legs ainsi que les budgets annexes et les comptes spéciaux du Trésor.

Principe de la sincérité budgétaire

Ce principe interdit de sous-estimer les charges ou de surestimer les ressources présentées dans les lois de finances.

Après ce survol des principes et de leurs exceptions, le communicateur a exposé les contrôles que peuvent effectuer les juridictions financières dans le cadre du respect des principes budgétaires.

Pour ce principe, de sincérité budgétaire est un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Les prévisions ne pouvant jamais être parfaitement exactes, il faut établir une distinction entre l'erreur « normale » et celle qui relève à l'évidence d'une certaine mauvaise foi dans la présentation du budget.

La deuxième partie de la communication sur le respect des grands principes a été présentée par Monsieur Kokou KOUDJRA., Vérificateur à la Cour des comptes de l'UEMOA. Dans son intervention, il a confirmé les principes ci-dessus exposés et les a illustrés par les dispositions du Règlement n°01/2008/CM/UEMOA du 28 mai 2008 portant Règlement financier des Organes de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.

Ce règlement édicte en dehors des principes traditionnels sus rappelés un principe de bonne gouvernance.

Les principaux aspects de la bonne gouvernance au sein de l'Union sont :

- l'obligation de rendre compte
- la transparence ;
- l'efficacité et l'efficience ;
- la réceptivité ;
- la pro activité ;
- la primauté du droit.

Pour la vérification du respect de ce principe, les vérificateurs doivent :

- s'assurer de l'existence et de la qualité des annexes nécessaires accompagnant les documents budgétaires et comptables (rapport définissant l'équilibre économique et financier du projet de budget, rapport d'activités et d'exécution financière, exposé sur les principes comptables appliqués à l'occasion de la tenue de la comptabilité et de l'élaboration des états financiers, état annexé, etc.) ;

- recueillir les preuves de la publication du budget et des documents comptables tels que prescrits par la réglementation.

A la suite de cette communication, les débats ont porté sur les questionnements suivants :

- Quelles sont les difficultés pour contrôler les comptes des institutions de la République et notamment de l'Assemblée Nationale et de la présidence de la République ?
- Les principes budgétaires tels que énoncés peuvent-ils être respectés dans le cadre de la gestion axée sur les résultats ?
- Dans le cas de faute de gestion commise au niveau d'une institution, qui sera sanctionnée ?
- Pourquoi le choix des systèmes de contrôle de gestion au Burkina Faso ?
- La sanction des dépassements considérés comme faute de gestion ?
- La Cour des comptes peut-elle se contrôler ?
- Le budget de l'armée peut-il être contrôlé ?
- Les budgets de nos Etats sont-ils sincères si l'on s'en tient aux cas de dépassement ?

Il se dégage des débats que le fondement légal du contrôle du respect des grands principes budgétaires dans l'exécution des lois des finances repose sur les textes législatifs et réglementaires. Les Cours des comptes doivent en assurer le respect.

Selon les textes en vigueur dans la plupart des Etats membres, les budgets des Institutions de la République sont intégrés au budget global. Ces budgets peuvent être contrôlés par la juridiction financière et les organes de contrôle administratifs de l'Etat au regard des textes en vigueur. Mais dans réalité, il existe des résistances dans l'exécution de ces vérifications.

La gestion axée sur les résultats est encore au stade expérimental dans la plupart des Etats membres. Toutefois au niveau de l'UEMOA, les directives communautaires sont en chantier et seront soumises au Conseil des Ministres pour son adoption. Dans tous les cas il est prévu une période transitoire pour son application par les Etats membres.

Les dépassements budgétaires ne sont pas autorisés. Outre les sanctions pour faute de gestion des ordonnateurs, les comptables qui ont la responsabilité des deniers publics doivent être également sanctionnés pour n'avoir pas opéré efficacement tous les contrôles que les textes en vigueur mettent à leur charge.

La troisième et dernière communication relative à l'application des systèmes comptables dans les établissements publics des Etats de l'espace AA HJF : exigences, limites et intérêts a été présentée par Monsieur Jean ALOTOUNOU, Expert, ancien Conseiller à la Cour des comptes de l'UEMOA sous la modération de Monsieur BOKOU.

Dans une introduction liminaire, le conférencier a fait état de ce que, sa communication se limitera aux établissements publics qui sont régis par les règles du droit public et du droit privé. Mais l'introduction de la gestion axée sur les résultats dans le secteur public, pour garantir la performance de l'action publique, amène de plus en plus les établissements publics à appliquer les modes de gestion modernes des entreprises du secteur privé.

Ainsi, en matière comptable, les établissements publics de l'espace AA-HJF sont soumis soit aux règles de la comptabilité publique soit à celles du système comptable OHADA, conçues pour les entreprises du secteur privé.

Le communicateur a ensuite exposé le plan de sa communication qui après avoir rappelé quelques généralités sur les établissements publics, devrait aborder l'application des règles de la comptabilité publique et les règles de la comptabilité privée aux établissements publics et terminer par des considérations relatives aux contrôles des établissements publics.

GÉNÉRALITÉS SUR LES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS

A ce sujet, le communicateur s'est basé sur les lois organiques relatives aux lois de finances et les règlements généraux sur la comptabilité publique en vigueur dans plusieurs États membres de l'AA-HJF et les directives de l'UEMOA relatives à l'harmonisation des finances publiques des États et celles de la CEMAC (Communauté Économique de l'Afrique Centrale). Il ressort de ces textes que le vocable « organismes publics » désigne l'État, les collectivités locales et les établissements publics. C'est la même définition qui est donnée de l'organisme public par le décret français n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique, dont se sont inspirées les dispositions du droit budgétaire de la plupart des États membres de l'AA-HJF.

D'une manière générale les établissements publics ont une mission spécifique, un organe délibérant, un responsable et il existe des organismes de contrôle dont la juridiction financière.

Il a indiqué par la suite que les établissements publics peuvent être classés en deux catégories :

- Les établissements publics à caractère administratif (EPA) ;
- Les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC).

Application des règles de la comptabilité publique aux établissements publics

En matière comptable, tous les EPA et quelques EPIC sont soumis aux règles de la comptabilité publique, tandis que la plupart des EPIC sont régis les règles de la comptabilité privée.

La comptabilité des établissements publics doit être tenue conformément à un plan comptable particulier établi par le ministre chargé des finances. Ce plan comptable particulier doit s'inspirer du plan comptable général. Il convient de noter que la tendance récente observée en matière de gestion des finances publiques vise à faire appliquer aux organismes publics les règles comptables applicables aux entreprises privées sauf à tenir compte de certaines spécificités du secteur public.

D'une manière générale, pour les EPAC, la comptabilité est tenue en la forme publique par un comptable public. Dans ce cas, la procédure d'exécution des opérations financières de ces établissements est celle de la comptabilité publique.

Les recettes doivent être liquidées et faire l'objet d'un titre de perception avant d'être recouvrées. De même, avant d'être payées, les dépenses doivent être engagées, liquidées et ordonnancées.

Le principe de la séparation des fonctions d'ordonnateur et de comptable doit être respecté aussi bien en recette qu'en dépenses. Des dérogations à cette procédure sont prévues et portent essentiellement sur les régies de recettes et les régies d'avance.

Le responsable de l'établissement public est l'ordonnateur principal de son budget.

Les fonctions de comptables sont assurées par un agent comptable, chef du service de la comptabilité qui anime un service distinct de celui de l'ordonnateur. L'agent comptable est nommé par arrêté conjoint du ministre des finances et du ministre de tutelle ou par le Conseil des Ministres. Il a la

qualité de comptable public. En tout état de cause, le directeur des affaires financières de l'ordonnateur qui joue le rôle d'ordonnateur délégué ne peut assumer les fonctions de comptable.

Mais, dans la pratique, Il n'est pas rare de noter que l'agent comptable, s'il existe, soit, il est nommé par le Directeur Général de l'établissement public, soit il est placé sous l'autorité du Directeur Administratif et Financier et confiné à des tâches d'un simple comptable d'entreprise.

Il arrive également que les services des ordonnateurs ne disposent pas suffisamment de personnel financier et comptable compétent pour tenir la comptabilité administrative et élaborer le compte administratif en fin d'année. Il n'est pas rare que l'agent comptable soit mis à contribution pour la confection du compte administratif pour l'ordonnateur.

L'ordonnateur tient la comptabilité administrative des recettes émises, des dépenses engagées et des dépenses ordonnancées. La comptabilité des dépenses engagées et des dépenses ordonnancées fait ressortir les crédits ouverts, les dépenses engagées ou ordonnancées et les crédits disponibles.

L'agent comptable est chargé de tenir la comptabilité générale. Il est souvent chargé de la tenue de la comptabilité analytique d'exploitation et de la comptabilité matières. Il tient des comptabilités auxiliaires, dont notamment celle des recettes émises et des dépenses ordonnancées qu'il a prises en charge.

Pour rendre compte de gestion de ces établissements, il est fait obligation à l'ordonnateur d'élaborer un compte administratif et aux agents comptables de confectionner un compte de gestion.

En ce qui concerne les EPIC, le communicateur a indiqué que la tendance est à l'application des règles de la comptabilité privée régie par les règles de l'HOADA dont l'article 2 de l'Acte uniforme sur la comptabilité exclut du champ d'application de ses dispositions les entités régies par les règles de la comptabilité publique. Malgré cela, plusieurs établissements régis par la comptabilité publique appliquent les règles de la comptabilité privée dans un souci de transparence.

Il a par la suite exposé les principes essentiels de la comptabilité privée à savoir :

- la spécialisation des exercices,
- la continuité de l'exploitation,
- la prééminence de la réalité économique sur l'apparence de la réalité ou l'aspect juridique,
- la permanence des méthodes,
- l'importance relative,
- l'exhaustivité,
- la prudence,
- la neutralité,
- la pertinence,
- la non compensation entre les comptes d'actif et de passif ou de charges et de produits.

Ensuite, après avoir présenté les différentes classes du système OHADA, il a exposé les documents de fin d'exercice à produire ;

Ainsi, à la clôture de l'exercice, il est produit l'inventaire physique des immobilisations, un rapport d'activités. Les états financiers comprennent le bilan, le compte de résultat, le tableau financier des ressources et des emplois (TAFIR) et l'état annexé. Tous ces documents doivent être transmis aux commissaires aux comptes puis soumis à l'approbation de l'Assemblée délibérante de l'établissement.

LE CONTROLE DES ETABLISSEMENTS PUBLICS

Pour s'assurer de la bonne gestion des établissements publics, ils sont soumis à différents contrôles, internes et externes, administratifs et/ou juridictionnels, exercés par différents services, corps ou organes de contrôle.

Le juge des comptes a compétence pour contrôler les établissements publics. Pour les établissements régis par la comptabilité privée, il n'exerce qu'un contrôle de gestion.

Il a conclu sa communication en faisant remarquer que le souci de modernisation de la gestion et la recherche de l'efficacité et de la performance conduisent à appliquer au secteur public des modes de gestion traditionnellement réservés aux entreprises privées, notamment la gestion axée sur les résultats. Par suite, les systèmes comptables des organismes publics subissent des mutations et se rapprochent de ceux du secteur privé.

Les frontières traditionnelles de distinction entre les établissements publics à caractère administratif et ceux à caractère industriel et/ou commercial s'estompent. Ce ne sont plus quelques établissements publics dont les activités sont essentiellement industrielles et/ou commerciales qui sont soumis aux principes de la comptabilité privée, mais aussi un large pan d'établissements publics n'ayant pas d'activités de production marchande.

Comme les autres communications, cette dernière communication a été suivie d'un riche et fructueux débat qui a porté sur :

- le cumul des fonctions d'ordonnateurs délégués et de comptable par les directeurs financiers des établissements publics ;
- la mise en jeu de la responsabilité des ordonnateurs et des comptables ;
- les documents que doivent produire en fin d'exercice les directeurs et comptables des établissements publics ;
- l'application du principe de séparation des ordonnateurs et des comptables
- les conditions de nomination des régisseurs et leurs responsabilités.

Ces débats ont permis aux participants de comprendre davantage la différence fondamentale qui existe entre les EPAC et les EPIC, les systèmes comptables qui y sont appliqués et la nature de contrôle que peuvent effectuer les juridictions financières.

Les travaux de l'atelier se sont achevés par des propositions de thèmes à développer au cours des prochaines sessions de formation. Les thèmes retenus sont :

1. la méthode de détermination des différents soldes dans le cadre du contrôle de l'exécution de la loi de finance ;
2. la gestion axée sur les résultats : importance et application dans les pays de l'espace ;
3. le contrôle des rapports de performance dans le cadre de la gestion axée sur les résultats ;

4. la problématique de la certification des comptes de l'Etat par les juridictions financières ;
5. les spécificités des procédures d'exécution des recettes et des dépenses des collectivités locales au regard de leur réglementation.

JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES

LA GESTION DU CONTENTIEUX DES ELECTIONS PAR LES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES ET LES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES (Panel)

par M. **Oumarou YAYE**

Vice Président de la Cour Constitutionnelle du Niger

et M. **Mama-Sani ABOUDOU SALAMI**

Vice-Président de la Cour Constitutionnelle du Togo

Introduction

A l'occasion des élections nationales (présidentielles et législatives), la Cour constitutionnelle peut être saisie en contestation ou en réclamation. Ce droit de saisine réservé aux candidats est exercé à toutes les étapes du processus électoral : établissement des listes électorales, enregistrement des candidatures, opérations électorales proprement dites, proclamation des résultats.

La connaissance de toutes ces réclamations et contestations relève essentiellement de la compétence de la Cour constitutionnelle, en vertu de l'article 104 de la Constitution togolaise du 14 octobre 1992 qui dispose : « La Cour constitutionnelle juge de la régularité des consultations référendaires, des élections présidentielles, législatives et sénatoriales. Elle statue sur le contentieux de ces consultations et élections ».

Mais qui peut la saisir à cet effet ?

Tout candidat ou toute liste, dit l'article 163 du code électoral.

Comme il a été précisé ci-dessus, ce droit de contestation s'exerce à tous les stades du processus électoral. Ainsi, seront examinés, les contentieux relatifs à l'établissement des listes électorales, à l'enregistrement des candidatures, à la campagne électorale et à la proclamation des résultats. Pour ce faire, les documents de référence sont la Constitution, le code électoral et divers accords politiques, à savoir : l'Accord cadre du 29 juillet 1999, les 22 engagements du 14 avril 2004 et l'Accord politique global du 20 août 2006. Mais, pour une meilleure compréhension des développements à suivre, un aperçu de la législation en la matière nous paraît être un préalable nécessaire.

I / APERÇU HISTORIQUE DE LA LEGISLATION

C'est sous l'empire du code électoral du 8 juillet 1992, modifié par ordonnance le 16 avril 1993, et de l'Accord de Ouagadougou du 11 juillet 1993 que furent organisées les élections présidentielles du 25 août 1993 et législatives des 6 et 20 février 1994. Pour ces deux scrutins, tout le contentieux était confié à la Cour Suprême, Chambre constitutionnelle. Mais, à l'approche des législatives du 21 mars 1999, le Togo plongea dans une crise politique sévère, consécutive aux contestations violentes des résultats de l'élection présidentielle du 21 juin 1998 par l'opposition politique qui avait été représentée par cinq (5) candidats, à savoir : Agboyibo Yaovi, Amouzou Jacques, Ayéva Zarifou, Gnininvi Léopold et Olympio Gilchrist. C'est alors qu'intervint l'Accord cadre de Lomé signé le 29 juillet 1999 par l'ensemble de la classe politique. Suivant l'esprit de cet Accord, un nouveau code électoral, promulgué le 5 avril 2000, créa une Commission Electorale Nationale Indépendante (CENI) et, au sein de celle-ci, une sous-commission du contentieux. Ce faisant, le législateur procéda à un partage du contentieux électoral entre la Cour constitutionnelle et la CENI. Cependant, le code ayant été adopté après les législatives du 21 mars 1999 boycottées par l'opposition, les innovations introduites, qui auraient pu servir à l'occasion de l'élection présidentielle de juin 2003, n'ont pas produit

les effets attendus et la crise politique s'est amplifiée. C'est dans ce contexte que, le 14 avril 2004, le Gouvernement a pris une série de vingt deux engagements devant l'Union européenne, parmi lesquels celui de procéder à une révision du cadre électoral, « garantissant un processus électoral transparent et démocratique ».

Or, dans l'attente de cette révision du cadre électoral en prévision des élections législatives anticipées, intervint le décès du Président Eyadéma, le 5 février 2005, décès qui provoque l'organisation d'une élection présidentielle du 24 avril 2005. A la suite de ce scrutin, la situation politique s'aggrave. Une fois encore, la classe politique se retrouve dans un dialogue national qui débouche sur un Accord politique global (A P G) du 20 août 2006 qui change les données en ce qui concerne le contentieux électoral.

En effet, au point I de cet accord, « les parties prenantes conviennent que les élections se dérouleront conformément aux dispositions définies par consensus » et que « le contentieux des candidatures à la députation et à l'élection présidentielle, ainsi que les contestations concernant les opérations de vote et la conformité des résultats proclamés par la CENI relèvent de la compétence de la Cour constitutionnelle ». L'A.P.G redonne ainsi presque la totalité du contentieux électoral à la Cour constitutionnelle, exception faite de celui relatif à l'établissement des listes électorales qui relève des tribunaux de première instance.

Sur la base de cet accord, le code électoral révisé par la loi du 7 février 2007 réaménage les compétences de la Cour constitutionnelle.

Quelles sont donc les compétences contentieuses actuelles de la Cour, et quelles sont les modalités de leur mise en œuvre ou de leur exercice ?

II / L'ETAT ACTUEL DE LA LEGISLATION

Avant d'aller au fond de la question, il est important de souligner que la loi électorale est d'application stricte, qu'en conséquence, la conviction intime du juge ne doit pas prendre le pas sur l'esprit de la loi, car il n'appartient pas au juge de modifier une qualification légale et de se substituer ainsi au législateur.

L'analyse des compétences de la Cour constitutionnelle en matière électorale va se faire suivant deux périodes. Celle qui précède les opérations électorales et celle qui suit la proclamation des résultats.

1) Le contentieux des actes préparatoires

La Cour constitutionnelle n'est que juge partiel des opérations préalables. En effet, de toutes les opérations qui précèdent les opérations électorales, seul l'enregistrement des candidatures est susceptible de donner lieu à des contestations portées devant la Cour constitutionnelle. Toutes les autres opérations, notamment l'inscription sur les listes électorales et la campagne électorale, relèvent des tribunaux de première instance et d'autres organes administratifs tels que la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication (HAAC) et la CENI.

1.1. Les inscriptions sur les listes électorales

Le contentieux des inscriptions sur les listes électorales s'arrête au niveau des tribunaux de première instance. En effet, en vertu de l'article 68 du code électoral, tout citoyen radié d'office, omis ou dont l'inscription a été refusée peut adresser une réclamation à la Commission électorale locale (CELI), présidée nécessairement par un magistrat nommé par décret sur proposition de la CENI. Il en est de même de tout citoyen qui estime qu'un électeur a été indûment inscrit, radié ou omis sur la liste électorale. Le recours est introduit dans les quarante huit (48) heures qui suivent l'affichage des listes.

La CELI rend sa décision dans un délai de quarante huit (48) heures.

La partie non satisfaite de la décision de la CELI peut, dans un délai de vingt quatre (24) heures, former un recours devant la CENI qui dispose de 24 heures pour rendre sa décision. Cette dernière peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal de première instance, dans les 24 heures qui suivent sa notification. Le tribunal siège à cet effet dans une composition présidée par un magistrat autre que celui qui est président de la CELI et statue en dernier ressort dans les 72 heures de sa saisine.

L'établissement des listes électorales échappe donc à la compétence de la Cour constitutionnelle. Cependant, si les irrégularités commises dans cette opération sont de nature à modifier les résultats du scrutin ou à porter atteinte à sa sincérité, la Cour peut devenir compétente suite aux recours des candidats. Par exemple, si des électeurs ont été inscrits de manière frauduleuse, la Cour peut annuler leur vote avec toutes les conséquences qui peuvent en découler.

1.2) Le contentieux des candidatures (ou de l'éligibilité)

Aux termes de l'article 172 du code électoral, la déclaration de candidature à la présidence de la République est déposée à la CENI, trente jours (30) au moins avant le jour du scrutin. La CENI procède à l'examen préliminaire du dossier et détermine les vérifications administratives nécessaires. Elle envoie ensuite le dossier au ministre de l'Intérieur qui procède à ces vérifications et le lui renvoie. Le dossier, ainsi que les résultats de ces vérifications, sont ensuite transmis à la Cour constitutionnelle par la CENI (article 173). Au plus tard, dix huit (18) jours avant le scrutin, la Cour publie la liste des candidats.

En ce qui concerne les législatives, les déclarations de candidatures sont déposées à la CENI trente (30) jours au moins avant la date du scrutin (article 214). La même procédure que pour la présidentielle est suivie jusqu'à la publication de la liste des candidats par la Cour, au plus tard dix huit (18) jours avant le scrutin. Cependant, l'on doit noter une différence entre les deux types d'élections, en ce sens qu'un délai de quarante huit (48) heures est donné au ministre de l'Intérieur pour les législatives alors qu'aucun délai ne lui est imposé pour les candidatures à la présidence de la République.

En cas de refus d'enregistrement d'une candidature pour l'une ou l'autre de ces élections, l'intéressé se pourvoit immédiatement devant la Cour constitutionnelle qui devra rendre sa décision dans les quarante huit (48) heures (articles 171 pour l'élection présidentielle et 216 pour les législatives). Il en est de même lorsque la protestation porte sur le remplacement, sur la liste publiée par la Cour, d'un candidat décédé avant ou après l'ouverture de la campagne électorale des législatives (article 221).

Le contentieux des candidatures, ou de l'éligibilité, comme son nom l'indique, est axé essentiellement sur les conditions d'éligibilité. Ainsi, la candidature n'est retenue que si le candidat remplit les conditions d'âge, de nationalité, d'aptitude physique, de résidence ou de moralité, ou si l'intéressé n'occupe pas certaines fonctions ou n'exerce pas certaines activités énumérées par la loi, (art. 62 de la Constitution ; articles 83 et 84 du code électoral pour les présidentielles et art. 196 à 202 du code électoral pour les législatives).

Pour la condition d'âge, elle a joué pour la première fois à l'occasion des élections législatives du 14 octobre 2007. En effet, par décision E-001/07/du 27 septembre 2007, la Cour constitutionnelle a rejeté des listes comportant des candidats n'ayant pas encore l'âge de 25 ans requis, parce que nés respectivement en 1984 (liste ATD de la Binah) et en 1985 (liste NDP de Tchaoudjo). Après le retrait de ces candidats, les listes devenues ainsi incomplètes ont été rejetées.

Par contre, il y a eu controverse à propos de candidats nés en 1982, sans date précise et figurant sur les listes ATD Binah, PDP Dankpen et UDPS Kozah. Dans la pratique administrative

courante qui n'a aucun fondement juridique, les personnes nées "en" sont considérées comme nées le 31 décembre de l'année concernée. Sur la base de cette pratique, la CENI a considéré que les intéressés, nés le 31 décembre 1982, n'avaient pas encore les 25 ans requis et a donc décidé qu'il ne fallait pas retenir leurs candidatures. Par contre, le Ministère de l'Administration Territoriale, auquel la CENI a demandé de vérifier l'exactitude des dossiers, a estimé qu'il fallait les considérer comme nés le 1^{er} janvier 1982 et enregistrer leur candidature, puisqu'ils auraient alors 25 ans avant le 14 octobre 2007 date du scrutin.

Saisie du dossier, la Cour a, dans la même décision E.001 du 27 septembre, adopté l'interprétation du ministère de l'administration territoriale « pour être conforme à l'esprit d'ouverture de l'accord politique global du 20 août 2006 » base politique de l'organisation du scrutin.

En ce qui concerne la condition d'aptitude physique, elle a frappé le candidat Gilchrist Olympio à l'élection présidentielle de 1993, parce qu'il n'a pas pu faire attester son « état général de bien être physique et mental » par le collège de médecins désignés par la Cour Suprême. Celle-ci avait jugé que les médecins, qui ont prêté serment devant elle, ne sauraient, sur la base d'un dossier médical constitué en France, attester que l'intéressé est physiquement et mentalement apte (ordonnance n°9 du 5 août 1993).

La même personne a vu refuser l'enregistrement de sa candidature à l'élection présidentielle de 2003, pour n'avoir pas satisfait à la condition de résidence. La CENI avait refusé de le faire « pour non production de l'acte de domiciliation et du quitus fiscal prescrits par l'article 170 du code électoral ». Saisie par M. Olympio, la Cour constitutionnelle a rejeté l'argument de la CENI fondé sur l'absence du quitus fiscal, étant donné que le candidat n'avait pas de revenu imposable au Togo. Par contre, la Cour a jugé que le candidat ne pouvait se soustraire à l'obligation de résidence prescrite par la loi constitutionnelle du 31 décembre 2002 (décision E.002/ 03 du 06 mai 2003).

En ce qui concerne l'inéligibilité fondée sur l'occupation de certaines fonctions ou l'exercice de certaines activités énumérées par la loi, on peut citer l'exemple d'un Secrétaire général de préfecture dont la candidature aux élections législatives de mars 1999 a été rejetée par la Cour constitutionnelle parce qu'il ne s'est pas encore écoulé une période de deux mois après sa démission du Secrétariat, comme l'exige le code électoral en son article 200, (décisions E.002/99 du 24 février 1999 et E.003/ 99 du 26 février 1999).

Par ailleurs, pour l'élection présidentielle de 1998, la candidature de M. Adani Ifé n'a pas été retenue, faute pour l'intéressé d'avoir versé le cautionnement.

1.3) Le contentieux de la campagne électorale

Avant l'adoption d'un nouveau code électoral en avril 2000, seul le contrôle de la régularité de la campagne électorale de l'élection présidentielle relevait de la compétence de la Cour, en vertu de l'article 140 du code électoral qui disposait : « La Cour constitutionnelle est saisie de toute réclamation. Elle adresse, en cas de besoin, des injonctions aux autorités ou au candidat dont l'attitude est incriminée ». C'est ainsi que la Cour a pu enjoindre à la Direction de la Police Nationale de restituer au candidat Yawovi Agboyibo, son véhicule immatriculé RT-5561-L saisi par la police judiciaire « pour besoin d'enquête » dans une affaire qui n'a aucun lien avec la campagne électorale. La Cour a agi ainsi parce que le candidat s'est plaint d'avoir été privé de son « moyen essentiel de campagne », (décision E.002/98 du 10 juin 1998).

Mais, depuis la loi électorale n°200-007 du 5 avril 2000, la compétence de la Cour pour ce qui est de la campagne électorale a été transférée à des organes administratifs, notamment la CENI et la HAAC (art. 85 à 94, du code, pour les législatives, et 182 à 189 pour les présidentielles).

2) Le contentieux des résultats

C'est le contentieux le plus important parce qu'il intervient à la fin du processus et scelle définitivement le sort de tous les candidats. Aux termes de l'article 163 du code électoral, « tout candidat ou toute liste peut contester la régularité des opérations électorales sous forme de plainte adressée à la Cour constitutionnelle ». Le délai, pour ce faire, est de quarante huit (48) heures pour l'élection présidentielle et de soixante douze (72) heures pour les élections législatives, pour compter de la date de proclamation des résultats.

La contestation des résultats de vote est soumise à des règles fondamentales qui ne doivent pas être ignorées ni négligées.

1°) Qu'il s'agisse des élections législatives ou de l'élection présidentielle, le droit de saisine est réservé aux candidats ou listes de candidats par le code électoral (article 163). Pour saisir le juge, il faut donc être candidat. Mais, l'on n'est pas tenu de le faire personnellement. On peut donc utiliser un mandataire. En conséquence, la Cour constitutionnelle rejette toute requête provenant d'un requérant qui n'est pas candidat.

Ainsi, par décision n°E. 009/ 7 du 27 octobre 2007, la Cour a rejeté la requête de M. Anatole, S.K. Akayi, Secrétaire préfectorale du RPT Agou, au nom de son parti, demandant l'annulation des voix attribuées à la liste UFC parce que cette liste comportait des candidats qui ont renoncé à leur candidature avant la date du scrutin. Les intéressés avaient effectivement démissionné par lettres datées du 28 septembre 2007 sur injonction de l'association dont ils sont membres et qui se voulait apolitique. Pour des motifs similaires, la Cour a rejeté la requête du Secrétaire général du RPT agissant au nom de son parti, demandant l'annulation et la rectification des résultats de la circonscription électorale de Zio (décision E. 010 / 7 du 27 octobre 2007) et de Lomé (E.006 / 7 du 27 octobre 2007).

De même, la demande d'annulation et de rectification des résultats, introduite par une « coalition de l'opposition et des candidats indépendants » de la circonscription électorale de Denkpen a été rejetée au motif que les intéressés ne se sont pas candidats de cette coalition de circonstance qui, de surcroît, n'a pas d'existence légale (décision E.013 / 7 du 27 octobre 2007).

2°) Le requérant ne doit pas oublier que le droit de saisine est enfermé dans des délais stricts et que la contestation doit avoir lieu dans ces délais bien déterminés, ni trop tôt, ni trop tard. Par exemple, après l'élection présidentielle du 1^{er} juin 2003, la requête en annulation introduite par le candidat Nicolas Lawson, jugée prématurée, a été rejetée par la Cour, M. Lawson l'ayant introduite le 03 juin alors que la proclamation des résultats n'avait eu lieu que le lendemain 04 juin (décision E.006/03 du 11 juin 2003). Par contre, pour les mêmes élections, la requête tardive de M. Edem Kodjo fut rejetée pour cause de forclusion (décision E.004/03 du 11 juin 2003). L'intéressé a déposé sa requête le 7 juin alors que la date limite était le 6 juin.

L'on doit noter qu'il n'est fixé aucun délai à la Cour pour rendre sa décision. Ce qui est étonnant car le code de 1992 avait fixé des délais.

Ainsi, pour les élections législatives, les candidats disposaient de cinq (5) jours après la proclamation des résultats pour faire des réclamations. La Cour disposait ensuite de dix (10) jours pour rendre sa décision (art. 188). Pour les présidentielles, les candidats avaient quarante (48) heures pour déposer leurs plaintes. Leurs adversaires disposaient ensuite de vingt quatre (24) heures pour déposer leurs mémoires (art. 147). La Cour devait alors statuer dans un délai de huit (8) jours (art. 148). Actuellement, dans le silence des textes, la Cour applique le principe général posé par la loi organique sur la Cour constitutionnelle, qui lui accorde un délai de un (1) mois, sauf s'il y a urgence ou s'il s'agit de violation des Droits de l'Homme, auxquels cas le délai est de huit (8) jours (article 33).

Dans tous les cas, la contestation ne peut prospérer si elle porte sur des faits antérieurs aux opérations de vote, puisque ceux-ci auraient dû être portés devant le juge avant lesdites opérations.

3) La procédure de règlement du contentieux

D'une manière générale, lorsque le greffier en chef enregistre une requête, il la communique au président et en fait copie à tous les juges.

A la date prévue par le président, la Cour se réunit en Assemblée. Après lecture de la requête, il y a un débat pour rapprocher la compréhension des uns et des autres de l'affaire.

Le rapporteur est ensuite désigné par le président. En général, le président demande d'abord s'il y a des volontaires. A défaut, il le désigne en tenant compte de la rotation qui est très souple. Il prend alors une ordonnance pour formaliser la désignation et fixe la date de l'audience.

A l'audience, le rapporteur présente son rapport accompagné d'un projet de décision. En principe, élaboré au regard de la loi, des fiches de recensement général transmises par la CENI des requêtes des candidats s'il y a lieu, et des mémoires des autres candidats visés par le requérant, le rapport est rarement discuté sur la forme. Le débat porte sur l'argumentation et sur le projet de décision qui est analysé et adopté ensemble, paragraphe par paragraphe et même phrase par phrase.

Généralement, les décisions sont prises par consensus. Mais, lorsqu'il y a vote, il est très rare que le président fasse jouer la prépondérance de sa voix.

Si les irrégularités relevées sont « de nature à entacher la sincérité et à affecter la validité du résultat d'ensemble du scrutin », la sanction est l'annulation du scrutin. Mais, jusqu'ici, la Cour n'a pas eu à annuler un scrutin présidentiel. Cela ne signifie pas que toutes ont été parfaites. C'est que, à chaque occasion, la Cour a jugé que « les irrégularités constatées ne sont pas de nature à entacher la sincérité et à affecter la validité du résultat d'ensemble du scrutin » (voir, par exemple, décision E.007/03 du 12 juin 2003, proclamation des résultats de l'élection présidentielle du 1^{er} juin 2003).

Par contre, pour les législatives, des annulations ont été prononcées en 1994 et 1999.

En effet, après les législatives de février 1994, il y a eu 21 recours en annulation au premier tour. Un seul a abouti. Celui contre les résultats de la première circonscription électorale de l'Oti, où le candidat suppléant de l'UTD ne remplissait pas les conditions de résidence (arrêt n°16 de la Cour Suprême en date du 25 mars 1994). Au second tour, il y a eu deux annulations pour cause de saccage et d'enlèvement d'urnes à Wawa I, et pour cause de violence à Haho II (arrêt n°17 du 1^{er} avril 1994).

De même, après les législatives de mars 1999, il y eut des recours contre les résultats du scrutin et les résultats de deux circonscriptions furent annulés. Dans le premier cas, à Dankpen, l'annulation a eu pour cause, un vote massif avec des procurations irrégulières (décision E.002/99 du 8 avril 1999) et, dans le second cas, dans la sous préfecture de Kpélé-Akata, pour mauvaise organisation et inégalité de traitement des candidats (décision E.006/99 du 8 avril 1999).

Après les législatives anticipées du 27 octobre 2002, il y a eu dix (10) recours en annulation. Après celles du 14 octobre 2007, il y a eu également dix recours en annulations, mais, dans les deux cas, aucun recours n'a abouti.

L'existence de nombreuses annulations pour les législatives s'explique en grande partie par l'étroitesse de la circonscription électorale. En effet, pour les élections législatives, les faits qui pourraient être jugés non décisifs pour les élections présidentielles, par rapport à leur influence sur les votes de l'ensemble du territoire national, peuvent s'avérer déterminants pour les législatives.

Par exemple, pour l'élection présidentielle de 1998, des résultats ont été annulés dans certaines zones de Lomé mais, par rapport à l'ensemble des résultats de tout le pays, cela n'avait pas eu d'influence décisive pour justifier l'annulation de l'élection. Il en a été de même en juin 2003 quand il y a eu redressements des résultats à Tsévié dans la préfecture de Zio.

Pour l'élection présidentielle de juin 2003, il y a eu à Tsévié 52 bureaux de vote saccagés sur 244, le nombre d'inscrits dans les bureaux saccagés étant de 27366 sur 130139 pour toute la circonscription électorale. En conséquence, 27366 électeurs potentiels n'ont pu exercer leur droit tandis que 78738 sur 130139 ont pu le faire. La Cour a donc rectifié les résultats pour tenir compte des 78738 voix réparties entre les cinq (5) candidats en lice.

La Cour a alors jugé que, dans tous les cas, la contestation sur 27366 voix ne pouvait avoir une influence décisive sur les 2327735 suffrages exprimés sur l'ensemble du territoire national, surtout que l'écart entre les deux candidats arrivés en tête est de 516057 voix, soit 1345159 pour G. Eyadéma contre 784102 pour G. Olympio.

Conclusion

En sa qualité de juge des élections nationales, le juge constitutionnel essaie de maintenir la liberté de choix des électeurs et la sincérité des scrutins qui sont les principales sources de la légitimité de la représentation politique.

Mais, après le règlement de chaque contentieux électoral, il est accusé de se comporter en juge politique. Les uns trouvent scandaleux l'invalidation de leurs candidats ; les autres jugent incompréhensible la confirmation de l'élection de leur adversaires. Tous semblent donc être convaincus que le juge constitutionnel décide en fonction des considérations politiques.

A la vérité, le juge constitutionnel rencontre beaucoup plus de difficultés que le juge ordinaire parce que sa tâche est à la fois juridique et politique.

La difficulté majeure que la Cour rencontre est celle des preuves. En effet, lorsque les fiches de recensement général sont muettes, lorsque les plaignants invoquent des faits sans en rapporter la preuve, il n'est pas facile de trancher. Il y a difficulté parce que, contrairement aux tribunaux ordinaires, il n'y a pas de procureur de la République à la Cour. Celle-ci n'a donc pas suffisamment de temps pour faire toutes les investigations nécessaires. Elle a seulement huit jours ou, au mieux, un mois pour rendre sa décision. Lorsque le juge constitutionnel veut se donner ce temps, le public et les candidats s'impatientent et le soupçonnent parfois de vouloir tricher. Parfois les requérants exercent une pression sur lui en faisant ampliation de leurs requêtes à d'autres institutions nationales, aux missions diplomatiques et aux médias. Dans ce cas, il lui reste quand même à faire appel au bon sens et à sa conscience, puisqu'il a accepté la mission en toute connaissance de cause. Il doit faire appel à sa conscience et à sa sagesse tout en se rappelant qu'il y a toujours des justiciables qui sont raisonnables et d'autres qui ne le sont pas et qui ne veulent rien comprendre lorsqu'ils perdent le procès.

Pour atténuer les critiques, il convient de donner au juge constitutionnel les moyens de vérifier par lui-même la matérialité et la gravité des irrégularités invoquées en désignant des délégués chargés de suivre tout le processus et, si nécessaires, procéder aux enquêtes complémentaires sur le terrain. Ainsi, il pourrait lui-même rassembler des éléments de preuve au lieu de faire peser sur le requérant seul la charge de la preuve des irrégularités qu'il invoque.

Le juge constitutionnel pourrait également bénéficier du concours de l'administration publique qui mettrait à sa disposition les informations et documents dont elle dispose. Ainsi, il suffira que le requérant apporte un commencement de preuve de ses allégations pour guider le juge.

LES RAPPORTS ENTRE LES COURS CONSTITUTIONNELLES ET LES CENA (Panel)

par le Professeur **Théodore HOLO**

Membre de la Cour Constitutionnelle du Bénin

et Mme **Marcelline GBEHA-AFOUDA**

Vice-Présidente de la Cour Constitutionnelle du Bénin

Les rapports entre les juridictions constitutionnelles et les commissions électorales nationales autonomes ou indépendantes : duel ou duo ?

Dans son sens premier, la démocratie suppose le gouvernement du peuple, dans l'intérêt du peuple, par le peuple. Aujourd'hui, la taille des cités modernes et l'universalité du suffrage n'autorisent guère ce modèle d'organisation politique. Aussi est-on passé de la démocratie directe à la démocratie représentative.

Celle-ci implique le gouvernement du peuple, pour le peuple, par ceux à qui le peuple accorde sa confiance. C'est ainsi que l'article 4 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 dispose : « Le peuple exerce sa souveraineté par ses représentants et par voie de referendum... ».

Dans un Etat démocratique, le fondement de la légitimité des gouvernants est la confiance des gouvernés exprimée librement à l'occasion de consultations régulières, à savoir, élection, pétition, referendum, sondage d'opinion, etc. Cette exigence de l'Etat démocratique moderne est consacrée par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 dont l'article 21, alinéa 3 énonce : « La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes, qui doivent avoir lieu périodiquement au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote. ».

Dès lors, les gouvernants exerçant dans l'intérêt et pour le compte du peuple, un mandat à durée déterminée, la démocratie ne saurait se concevoir sans la régularité des élections qui doivent être d'une part, libres, c'est-à-dire que les électeurs doivent être en mesure d'exprimer leur choix sans contrainte, d'autre part sincères, en ce sens que les résultats proclamés doivent être conformes au choix réellement exprimé par le corps électoral.

Il apparaît donc que la régularité de la compétition pour l'exercice du pouvoir dans l'Etat est au cœur, non seulement des transitions démocratiques, mais également de la consolidation de la démocratie.

La plupart des pays africains se sont engagés depuis plus d'une décennie dans la voie de la démocratie et il y a donc nécessité de rompre avec les régimes à parti unique dont l'investiture emportait ipso facto « adhésion » de l'électorat.

Les lois fondamentales de ces démocraties émergentes ont, pour la plupart, confié à une juridiction suprême le soin de veiller au bon déroulement de ces consultations électorales et de régler le contentieux qu'elles engendrent.

Quant à l'organisation proprement dite du scrutin, une méfiance, du reste légitime, s'est installée dans l'esprit des nouveaux acteurs politiques et des organisations de la société civile vis-à-vis de l'Administration traditionnelle. Elle n'inspire en effet plus confiance et ne peut manifestement plus donner la garantie d'élections transparentes et sincères dont les résultats seront acceptés par tous.

D'où l'idée de la création d'une structure en dehors de cette Administration publique traditionnelle pour organiser les élections.

Le Bénin n'a pas échappé à cette logique.

En 1990, au moment de l'élaboration de la nouvelle Constitution, il était acquis que la gestion des élections relevait de la compétence du Ministère de l'Intérieur conformément à la tradition héritée de la colonisation. Cependant, pour garantir dans un tel contexte la sincérité du vote, le constituant a, par précaution, attribué des prérogatives à la Cour Constitutionnelle qui se trouve chargée non seulement du contentieux électoral, mais également du contrôle en amont du processus électoral.

Mais en 1991, l'antagonisme né de la rupture du consensus politique au lendemain des élections législative et présidentielle a fait douter plus d'un de la capacité, sinon de la volonté, de l'Administration fortement politisée représentée par le Ministère de l'Intérieur d'organiser désormais les compétitions électorales. Aussi, le bloc politique opposé à la mouvance présidentielle saisit-il, dès juillet 1993, le Président de la République d'une requête en vue de la création d'une commission électorale indépendante, seul gage d'élections réellement transparentes. Dans sa réponse, le Chef de l'Etat fit observer : « suivant l'opinion généralement admise tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du Bénin, les dispositions institutionnelles et législatives actuellement en vigueur semblent pleinement satisfaisantes ; il n'apparaît donc pas nécessaire de procéder à la création d'autres institutions » pour la réalisation de cet objectif commun. En dépit de cette réserve, l'opposition, majoritaire à l'Assemblée nationale, fit voter la loi créant la Commission Electorale Nationale Autonome (CENA), à la veille des élections législatives de 1995.

La question se pose alors de savoir quelles sont les limites des compétences de chacune de ces institutions et la nature des rapports qu'elles entretiennent entre elles.

A partir de l'expérience du Bénin, il est possible d'envisager ces rapports sous un double angle : collaboration et parfois confrontation.

I - LE PARTENARIAT ENTRE LA COUR CONSTITUTIONNELLE ET LA CENA

La CENA et la Cour Constitutionnelle poursuivant le même objectif, à savoir, garantir la régularité de la compétition électorale, sont bien souvent conduites à créer un véritable partenariat comme le révèlent leurs attributions respectives.

A - ATTRIBUTIONS DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Elles sont définies par la Constitution, en ses articles 4 alinéa 2, 49 alinéa 1, 81 alinéa 2 et 117.

En effet, l'article 4 alinéa 2 lui donne compétence pour veiller à la régularité du référendum et en proclamer les résultats, tandis que l'article 49 alinéa 1 lui impose, s'agissant de l'élection présidentielle, de veiller à la régularité du scrutin et d'en constater les résultats. Quant à l'article 81 alinéa 2, il précise que la Cour statue souverainement sur la validité de l'élection des députés. Selon l'article 117, la Cour Constitutionnelle veille à la régularité de l'élection du Président de la République, examine les réclamations, statue sur les irrégularités qu'elle aurait pu, par elle-même relever et proclame les résultats du scrutin, statue sur la régularité du référendum et en proclame les résultats et statue, en cas de contestation, sur la régularité des élections législatives.

Dans le respect de ces dispositions constitutionnelles, la loi organique sur la Cour Constitutionnelle et les lois électorales confient à la Haute Juridiction le contrôle de la régularité des élections législatives, présidentielles et du référendum depuis les opérations préalables (établissement de la liste électorale, présentation des candidatures, organisation de la campagne électorale) jusqu'aux conditions de déroulement du scrutin et la contestation de l'élection d'un élu.

Il s'ensuit pour la Cour Constitutionnelle une mission générale de surveillance au cours de laquelle elle exerce des attributions essentiellement juridictionnelles, et, dans une moindre mesure, des fonctions administratives en ce qui concerne le référendum et l'élection du Président de la République.

B - ATTRIBUTIONS DE LA CENA

Comme indiqué ci-dessus, le législateur a voulu écarter de l'organisation des élections, le Ministère de l'Intérieur à qui ces tâches étaient auparavant dévolues, au profit d'un organe indépendant de toutes les autres institutions, surtout de l'Exécutif et du Législatif. Il a alors voté la Loi n° 94-013 du 17 janvier 1995 qui prévoit la création d'un organe dénommé Commission Electorale Nationale Autonome. Ladite commission est « chargée de la préparation, de l'organisation, du déroulement, de la supervision des opérations de vote et de la centralisation des résultats... Elle a tout pouvoir d'investigation pour assurer la sincérité du vote. »

Toutes les lois électorales successives ont maintenu ces attributions de la CENA.

Notons au passage que le Chef de l'Etat a saisi la Cour Constitutionnelle en contrôle de conformité de la Loi n° 94-013 du 17 janvier 1995 précitée. La Haute Juridiction, dans sa Décision DCC 34-94 du 23 décembre 1994, a dit et jugé : « La Commission Electorale Nationale Autonome (CENA) s'analyse... comme une autorité administrative autonome et indépendante du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif ...

Sa création est donc liée à la recherche d'une formule permettant d'isoler, dans l'Administration de l'Etat, un organe ... pour l'exercice d'attributions concernant le domaine sensible des libertés publiques, en particulier des élections honnêtes, régulières, libres et transparentes ». Dans cette même décision, la Cour affirme : « la création de la CENA... permet d'une part, d'instaurer une tradition d'indépendance et d'impartialité en vue d'assurer la liberté et la transparence des élections, d'autre part, de gagner la confiance des électeurs et des partis et mouvements politiques ».

Les membres de la CENA et leurs suppléants sont choisis, en principe, en raison de leur compétence, de leur probité, de leur impartialité, de leur moralité, de leur sens patriotique. Ils prêtent serment devant la Cour Constitutionnelle. Ces exigences trouvent leur fondement dans l'attachement du peuple béninois aux idéaux de l'Etat de Droit et de Démocratie pluraliste qui impliquent nécessairement des élections libres, sincères et transparentes, des résultats crédibles reflétant l'opinion et le choix libre des électeurs.

Les consultations électorales constituent un enjeu majeur en ce sens qu'elles participent de la stabilité politique et du développement harmonieux du pays. Les résultats d'une élection mal organisée sont mal acceptés et deviennent source de violences.

La Cour Constitutionnelle, dans sa mission générale de surveillance, veille donc à la régularité du scrutin que prépare et organise la CENA. C'est dire donc que les deux institutions sont fortement impliquées dans le processus électoral et doivent de ce fait, s'organiser de façon harmonieuse pour une élection réussie, chacune dans son domaine de compétence.

Dans cette optique, la Cour entreprend une série d'activités dès l'installation des membres de la CENA. Ainsi :

1- Elle organise, après la cérémonie de prestation de serment, une séance de travail avec les membres de la CENA. L'objectif de cette concertation entre les deux institutions est de parvenir à une même interprétation des dispositions légales, à une harmonisation des points de vue pour une meilleure gestion des élections, chacune dans son domaine de compétence. Les échanges portent essentiellement sur les écueils à éviter aux différentes étapes du processus électoral pour que le vote

des citoyens ne soit pas sanctionné et des suffrages annulés en raison de la carence des agents électoraux.

Ces échanges sont d'autant plus nécessaires que la CENA, organe « ad hoc » chargé de la préparation, de l'organisation, du déroulement, de la supervision des opérations de vote et de la centralisation des résultats, est souvent installée avec retard, ses membres n'étant jamais désignés dans les délais prévus par la loi. De même, à chaque échéance, le législateur intervient pratiquement à la veille du scrutin pour voter la loi électorale ou pour procéder à la modification de celle qui existe. Ces nouvelles lois sont, dans la plupart des cas, alors sujettes à beaucoup de controverses et les différents acteurs électoraux ne disposent pas du temps nécessaire pour se les approprier aisément et en faire une bonne application.

2 - Elle assure la formation des agents de recensement et des membres des bureaux de vote recrutés par la CENA. Désignés dans la précipitation et à quelques jours du scrutin, les agents électoraux ne bénéficient pas souvent d'une formation de qualité. Les nombreux dysfonctionnements constatés lors du déroulement du processus électoral sont, pour la plupart, liés à l'insuffisance de formation et surtout au manque d'expérience dans la tenue des documents électoraux. Aux côtés d'autres structures de la société civile, la Haute Juridiction procède à leur formation.

3- Elle est souvent amenée, au cours de ses missions d'observation, à attirer l'attention des membres de la CENA et de ses démembrements sur les insuffisances relevées dans le déroulement du processus électoral en vue de leur correction.

Il faut noter qu'en l'habilitant à veiller à la régularité du scrutin, à statuer sur les irrégularités qu'elle aurait pu, par elle-même, relever et à proclamer les résultats du scrutin, le constituant impose à la Cour une obligation de présence et de contrôle à toutes les étapes du processus électoral. Mais n'étant composée que de sept (7) membres, elle ne peut manifestement être partout à la fois. Elle se fait alors assister dans cette mission par des observateurs dont le rôle est d'apprécier par la simple observation le déroulement du processus électoral depuis l'inscription sur les listes électorales jusqu'à la confection et l'acheminement des documents électoraux destinés à la Cour Constitutionnelle. Ces observateurs n'ont pas à fournir des informations ni des renseignements aux membres des bureaux de vote qui en solliciteraient, car le faire reviendrait à empiéter sur les attributions de la CENA.

L'appréciation faite de cette initiative diverge selon les acteurs.

4 - Pour ces missions d'observation d'une part, et en vue du recensement des votes pour la proclamation des résultats d'autre part, la Cour sollicite et obtient de la CENA, la transmission d'autres documents et données non moins essentiels que sont :

- La liste des bureaux de vote ainsi qu'un état descriptif de leur localisation géographique en vue de permettre aux observateurs de les repérer facilement sur le terrain,
- La liste des candidats aux élections concernées,
- La base de données nécessaire au traitement informatique relative aux codes et localisation géographique des bureaux de vote.

Ces informations sont communiquées au service chargé du traitement informatique des documents électoraux en vue de la proclamation par la Cour des résultats de l'élection.

En examinant attentivement les missions ainsi assignées aux deux institutions et les relations ci-dessus évoquées, on se rend compte que le pouvoir « moral » de la Haute Juridiction vient renforcer la compétence technique de l'organe de gestion des élections qu'est la CENA.

Parce qu'elle a reçu du constituant le pouvoir de veiller à la régularité du scrutin, la Haute Juridiction, sans s'immiscer dans l'organisation proprement dite de la consultation, s'impose néanmoins dans ses relations avec la CENA. Peut-il d'ailleurs en être autrement puisqu'elle est la plus haute juridiction en matière constitutionnelle et que ses décisions, qui ne sont susceptibles d'aucun recours, s'imposent à toutes les autorités ?

Ces rapports de partenariat, symbole d'un véritable duo, peuvent alors se transformer en rapports de confrontation, expression d'un réel duel, dans la mesure où la Cour est appelée à censurer tout dysfonctionnement de l'organe de gestion du processus électoral.

II - LA COUR CONSTITUTIONNELLE : CENSEUR DE LA CENA

Les rapports dans cette hypothèse entre la Cour Constitutionnelle et la CENA peuvent être tantôt autoritaires, tantôt conflictuels. Les situations dans lesquelles s'établissent ces rapports sont diverses.

1 – Les lois électorales font obligation aux membres de la CENA, avant d'entrer en fonction, de prêter, devant la Cour Constitutionnelle réunie en audience solennelle, serment de remplir fidèlement et loyalement, en toute impartialité et équité les fonctions dont ils sont investis, de respecter en toutes circonstances les obligations que leur imposent lesdites fonctions et de garder le secret des délibérations auxquelles ils ont pris part (article 42 Loi n° 2000-18 du 03 janvier 2001 ; article 37 Loi n° 2005-14 du 28 juillet 2005 ; article 37 Loi n° 2006-25 du 05 janvier 2007).

Il a été constaté, avec toutes les CENA qui ont été installées par la Cour, que certains membres posent des actes bien répréhensibles qui, à l'analyse, s'apparentent fort bien à des parjures.

Ces violations répétées du serment donnent souvent lieu à des mises en garde sévères de la Cour. Le législateur n'ayant pas prévu dans la loi électorale la procédure de sanction effective du parjure, ces comportements répréhensibles ne peuvent pas être réprimés. Face à cette lacune qu'elle déplore, la Haute Juridiction s'emploie tout de même à rappeler aux récipiendaires, à chaque cérémonie de prestation de serment, la menace qui pèse sur eux en cas de parjure : « la violation de l'une quelconque des obligations contenues dans le serment que vous venez de prêter constitue un cas de parjure qui vous expose à des sanctions... La Cour Constitutionnelle devant laquelle vous prêtez serment constatera le cas échéant, sur saisine de n'importe quel citoyen, et en sa qualité de juge électoral, le parjure. L'auteur sera traduit devant le Procureur de la République et s'exposera à une peine d'emprisonnement... et d'une amende ... et sera en outre déchu de ses droits civils et politiques... » (cf discours d'installation le mercredi 29 janvier 2003 de la CENA mars 2003). Juste une menace, puisqu'il n'y a jamais eu de recours dans ce sens ! C'est à croire aussi que les citoyens qui d'habitude saisissent la Cour à tout propos deviennent subitement condescendants vis-à-vis de la CENA dans ces circonstances ou alors ignorent la possibilité qui leur est donnée par les lois électorales de faire sanctionner le commissaire pour parjure !

2 – Dès leur installation, les membres de la CENA doivent élire le bureau de leur institution. Cette élection donne souvent lieu à des crises nécessitant une réaction de la Cour Constitutionnelle. En sa qualité d'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics (article 114 de la Constitution), elle intervient, des fois en dehors de toute saisine, pour rappeler à l'ordre les commissaires lorsque leur comportement nuit au bon fonctionnement de l'institution.

Il est aussi évident que lorsqu'elle est régulièrement saisie, elle statue pour débloquer la situation et nombreuses sont les décisions qu'elle a rendues pour sanctionner les dysfonctionnements de la CENA et de ses démembrements à cette étape. A titre d'illustration, certaines décisions peuvent être évoquées :

- En 2005, des membres de la CENA mise en place pour l'élection présidentielle de mars 2006 ont saisi la Cour au motif que ladite CENA a élu son bureau sans tenir compte de la configuration politique de l'institution au sens de l'esprit des articles 35, 36 et 38 de la loi électorale 2005-14 du 28 juillet 2005.

La Cour a estimé que « l'expression "configuration politique de la CENA" doit s'entendre de la prise en compte de la provenance de toutes les composantes de la CENA, à savoir, le Président de la République, l'Assemblée Nationale, la Société civile et le SAP/CENA ; que le respect du principe à valeur constitutionnelle de la transparence dans la gestion des élections commande que le bureau de la CENA comprenne **impérativement** un (01) représentant du Président de la République, un (01) représentant de la Société civile, un (01) représentant du SAP/CENA ainsi qu'il a été prévu par la loi électorale et quatre (04) représentants de l'Assemblée Nationale répartis selon la configuration politique actuelle de l'Assemblée Nationale. ». Elle a donc, dans sa Décision DCC 05-124 du 7 octobre 2005, dit et jugé que : « **l'élection du bureau** intervenue le 5 octobre 2005 **est nulle et de nul effet** », « **L'élection du nouveau bureau doit se terminer impérativement** le lundi 10 octobre 2005 à minuit », « Le nouveau bureau **doit impérativement** comprendre un (01) représentant du Président de la République, un (01) représentant de la Société civile, un (01) représentant du SAP/CENA ainsi qu'il a été prévu par la loi électorale et quatre (04) représentants de l'Assemblée Nationale répartis selon la configuration politique actuelle de l'Assemblée Nationale. ».

- La Cour appliquera ce même principe en 2007 lorsque par requêtes des 06 et 08 février 2007, Messieurs Blaise A. OLOFINDJI, Joseph Comlan MANSILLA et Madame Honorine HOUNNONKPE ATTIKPA ont sollicité la reprise des élections des membres du bureau au sein de la Commission Electorale Départementale (CED) Plateau et de la CED Littoral au motif que lesdits bureaux sont composés de membres désignés uniquement par l'Assemblée Nationale, à l'exclusion des représentants du Gouvernement et de la Société Civile, en violation des dispositions de la loi électorale et du Règlement Intérieur de la CENA.

Dans sa Décision EL 07-002 du 14 février 2007, la Cour a indiqué que l'élection des membres de ces bureaux « n'a pas tenu compte de la configuration politique ou de la sensibilité politique desdites CED au sens de l'esprit des dispositions des articles 38 alinéa 1 de la loi électorale et 25 alinéas 1, 2 et 3 du Règlement intérieur de la CENA et de la jurisprudence constante de la Cour en matière de gestion transparente des élections » ; elle a, dès lors, dit et jugé que les élections des membres des bureaux de la CED/Plateau et de la CED/Littoral faites le 05 février 2007 sont **nulles et de nul effet** et qu'« **elles doivent être reprises sans désespérer dès notification de la décision à la CENA et se terminer le jeudi 15 février 2007 à minuit dernier délai** ».

- Toujours en 2007, les difficultés rencontrées pour la mise en place du bureau par les membres de la CENA devant gérer les élections législatives de mars 2007 ont conduit les sieurs Armand HODONOU, en service au SAP/CENA et Jeannot AGBOTON, membre de la CENA, à saisir la Cour Constitutionnelle afin de voir constater la violation de la loi électorale par le Président du bureau d'âge ainsi que le blocage du fonctionnement de l'institution qu'il provoque de ce fait.

La Haute Juridiction, dans sa Décision EL 07-001 du 22 janvier 2007, a relevé « que n'ayant pas fait procéder à l'élection des membres du bureau de la CENA depuis une dizaine de jours, le président du bureau d'âge a provoqué le blocage du fonctionnement de la CENA, mettant ainsi en péril la suite du processus électoral ; que, dès lors, il y a lieu de dire et juger qu'au cours de l'Assemblée plénière de la CENA, convoquée le lundi 22 janvier 2007 à 15 heures, **le Président du bureau d'âge doit faire procéder sans discontinuité** à la désignation des membres du bureau de la CENA, et ce, avant minuit ; qu'à défaut, le président du bureau d'âge sera remplacé par le doyen d'âge suivant ; **qu'en tout état de cause, le bureau de la CENA doit être installé le mardi 23 janvier 2007 à midi, dernier délai** ».

Les termes comminatoires de ces décisions sont bien symptomatiques des "rapports autoritaires" évoqués tantôt.

3 - Toutes les lois électorales font, depuis 2000, obligation à la CENA de transmettre sous pli scellés à la Cour Constitutionnelle tous les documents électoraux provenant des bureaux de vote (feuille de dépouillement, procès-verbal de déroulement du scrutin, cahiers de vote par dérogation et/ou par procuration, réclamations rédigées par les électeurs, observations des délégués des candidats ou des partis politiques etc.) auxquels doivent être annexés les bulletins nuls.

- La Haute Juridiction considère l'absence de ces documents dans le pli qui lui est adressé ou le défaut d'annexion des bulletins nuls auxdits documents comme une irrégularité commise en violation de la loi électorale dont les dispositions tendent à assurer la régularité du scrutin. Aussi, n'hésite-t-elle pas à les sanctionner par une annulation des suffrages exprimés au niveau du bureau de vote concerné.

4 - Les dispositions des différentes lois électorales précisent la compétence de la Cour Constitutionnelle en édictant que la Haute Juridiction, en matière d'élection présidentielle, « ... veille à la régularité de l'élection du Président de la République, examine les réclamations, statue sur les irrégularités qu'elle aurait pu, par elle-même relever et proclame les résultats du scrutin... » et, en matière d'élections législatives, « proclame les résultats définitifs des élections... ».

Dans les deux cas donc, il revient à la Cour Constitutionnelle de proclamer les résultats des élections présidentielle et législative. Dans l'interprétation qu'elle faisait des textes, la CENA avait estimé qu'elle pouvait proclamer des résultats provisoires, puisque la Haute Juridiction avait à charge la proclamation des résultats définitifs. Mais la Cour, à travers plusieurs décisions, a affirmé qu'elle était la seule institution compétente à proclamer les résultats, et mieux, a indiqué qu'elle n'était point liée par les résultats ou tendances donnés par la CENA.

- Ainsi, dans sa Décision EL 99-118 du 23 juin 1999, elle a dit et jugé, dans une espèce qui lui a été soumise par les requérants ADAM Moumouni Bagri, TOROU Abou et DANKORO Soulé : « Les résultats définitifs des élections législatives sont arrêtés et proclamés par la Cour Constitutionnelle... qu'il en résulte que la Haute Juridiction n'est nullement liée par les résultats provisoires publiés par la Commission Electorale Nationale Autonome (CENA), encore moins par ceux d'une Agence informatique. ».

Cette décision a été à la base de la position actuelle de la CENA qui désormais ne proclame plus les résultats des élections, mais n'indique plutôt que des tendances qui, du reste, ne lient guère la Cour. Celle-ci l'a réaffirmé dans sa Décision EL 03-061 du 8 octobre 2003 :

- En l'espèce, Monsieur Mamoudou Wally ZOUMAROU candidat aux élections législatives du 30 mars 2003, a saisi la Cour d'un « recours en contestation et en annulation » de l'élection de Madame Lamatou ALAZA dans la 13^{ème} circonscription électorale au motif que des irrégularités y ont été commises pendant la campagne électorale et au cours du scrutin. Il allègue que c'est par suite de la manipulation des résultats, de l'altération des procès-verbaux et des feuilles de dépouillement par le président de la Commission électorale départementale que Madame ALAZA a été déclarée élue par la Cour, « alors que selon les tendances et surtout celles des dernières heures données par la CENA, après 85 % des feuilles de dépouillement et procès-verbaux vérifiés, il distançait la candidate ALAZA Lamatou de près de deux mille (2000) voix. ».

Par la décision ci-dessus citée, la Cour a rappelé : « selon l'article 54 de la loi organique sur la Cour Constitutionnelle, "les résultats définitifs des élections législatives sont arrêtés et proclamés par la Cour Constitutionnelle... ; qu'il en résulte que **la Haute Juridiction n'est nullement liée par les résultats provisoires ou les tendances publiés par la CENA**, fussent-ils à 85 % ... ».

5 - Dans le cadre général du contentieux électoral, la Cour constitutionnelle statue sur les recours formés par les citoyens contre le fonctionnement de la CENA. Il existe une jurisprudence abondante sur la question. Parmi les décisions qu'elle a rendues, mais qui ne sont pas toujours "contre" la CENA, quelques-unes seulement seront ici évoquées.

*** Concernant les structures de la CENA**

- La Loi n° 2005-14 du 28 juillet 2005 portant règles générales pour les élections en République du Bénin dispose en son article 43 : « Dans chaque arrondissement, pour chaque élection, l'organisation et la gestion des élections sont assurées par une Commission électorale d'arrondissement (CEA)... Les membres... sont désignés... à raison de un (1) par la Société civile et les autres par l'Assemblée Nationale... En tout état de cause, le recrutement par la CENA d'autres agents dans ses démembrements est strictement interdit. ». Le législateur n'a nullement prévu la désignation d'un coordonnateur au sein de la CEA.

C'est donc à bon droit que la Cour, dans sa Décision EL-P 06-001 du 12 janvier 2006, a déclaré contraire à la loi sus visée, le règlement intérieur de la CENA mise en place pour la gestion de l'élection présidentielle de mars 2006, pour avoir prévu l'élection d'un coordonnateur au sein de la CEA. Cette disposition dudit règlement intérieur n'est pas conforme à la loi électorale qui est d'interprétation stricte.

*** Concernant les membres de la CENA**

- En 2003, Monsieur C. Léon TOSSOU a saisi la Cour, se plaignant de ce que le Président de la Commission Electorale Locale (CEL) de TOUCOUNTOUNA lui a notifié son remplacement par une personne autre que son suppléant, parce qu'il a été détenu au Camp Séro Kpéra de Parakou du 27 janvier 1987 au 22 août 1989 sans aucune condamnation.

Se fondant sur les dispositions de l'article 44 alinéa 2 de la Loi n° 2000-18 du 03 janvier 2001 portant règles générales pour les élections en République du Bénin, la Cour a, dans sa Décision EL 03-007 du 21 mars 2003, dit et jugé que la Commission Electorale Nationale Autonome qui est l'autorité de nomination peut procéder au remplacement d'un membre de la Commission Electorale Locale s'il est établi que l'intéressé n'est pas de bonne moralité, n'a pas une bonne connaissance de la localité ou alors se trouve dans la situation d'incompatibilité prévue à l'article 45 de la loi précitée. Monsieur Léon C. TOSSOU remplissant toutes ces conditions, il y a lieu de le rétablir comme membre de la Commission Electorale Locale (CEL) de TOUCOUNTOUNA.

- La Loi n° 2005-14 du 28 juillet 2005 énonce en son article 40 : « ... La Commission électorale départementale officie sous l'autorité et le contrôle de la Commission électorale nationale autonome ».

Dans la Décision EL- P 06-011 du 23 février 2006, la Haute Juridiction a déclaré irrégulière la procédure de destitution et de remplacement de Monsieur Sosthène ADJAKIDJE, Président de la CED/Atlantique-Littoral. Elle a relevé qu'en application des articles 40 de la loi électorale et 25 du Règlement intérieur de la CENA, la destitution et le remplacement d'un membre quelconque du bureau et en l'espèce du président de la Commission électorale départementale de l'Atlantique et du Littoral ne peuvent intervenir qu'en présence des Coordonnateurs départementaux de la CENA.

En revanche, dans sa Décision EL- P 06-015 du 28 février 2006, elle a rejeté les requêtes de Messieurs Aboudou Razacki BELLO et Sosthène ADJAKIDJE au motif que le nouveau Président de la CED/Littoral, Monsieur Pascal D. TODJINO, a été élu par ses collègues membres de ladite commission en présence de deux Coordonnateurs départementaux sur trois de la CENA, en conformité avec la Décision EL- P 06-011 sus visée.

- Pour l'organisation des élections dans sa commune, Monsieur Joseph AGBETOAN, Conseiller communal de Za-Kpota, a été nommé membre de la Commission Electorale Communale de ladite commune. Or, aux termes de l'article 36 alinéa 3 de la Loi n° 2006-25 du 05 janvier 2007 portant règles générales pour les élections en République du Bénin : « *Les fonctions de membre de la Commission Electorale Nationale Autonome et de ses démembrements sont incompatibles avec celles de membre du Gouvernement, de membre des autres institutions prévues par la Constitution ou de membre de conseil communal* ».

Sur le fondement de cette disposition, la Cour a, par sa Décision EL 07-005 du 27 février 2007, annulé sa nomination au sein de la Commission Electorale Communale de Za-Kpota pour incompatibilité de cette fonction avec celle de membre de conseiller communal de Za-Kpota.

*** Concernant les activités de la CENA**

- En 2001, suite au premier tour de l'élection présidentielle qui a eu lieu le 4 mars 2001, le corps électoral a été convoqué par décret pour le 18 mars 2001.

En statuant sur la computation du délai de quinze (15) jours à l'issue duquel doit être organisé le second tour de l'élection présidentielle, la Cour a jugé, sur saisine de Monsieur Félix H. DJOSSOU « *en inconstitutionnalité du Décret n° 2001-099 du 12 mars 2001 convoquant le corps électoral pour le 18 mars 2001* », dans la Décision EL-P 01-048 du 15 mars 2001 que, conformément à l'article 45 alinéa 1^{er} précité de la Constitution, le second tour du scrutin doit bel et bien être organisé le 18 mars 2001 et qu'en conséquence, le décret querellé n'est pas contraire à la Constitution.

- Dans une deuxième espèce, le Président de la Commission Electorale Nationale Autonome, Monsieur Charles Yaovi DJREKPO, dans une requête du 17 mars 2001, a demandé à la Haute Juridiction, « *en tant qu'organe régulateur du fonctionnement des Institutions ...* », d'accorder « *un délai permettant à la CENA d'accomplir convenablement la fonction que la Nation lui a confiée.* ». Il estime en effet que suite au désistement du candidat Nicéphore Dieudonné SOGLO pour le second tour intervenu le 16 mars 2001, les bulletins de vote préalablement confectionnés sont devenus caducs. Le temps de fabrication de nouveaux bulletins, le délai de leur acheminement jusqu'au bureau de vote le plus éloigné, etc, ne permettent pas à la CENA d'organiser le second tour le 18 mars 2001.

La Cour Constitutionnelle a jugé qu'entre le vendredi 16 mars 2001, date du désistement du candidat Nicéphore Dieudonné SOGLO et le 18 mars 2001, la Commission Electorale Nationale Autonome ne peut manifestement pas accomplir toutes les opérations qu'appelle la mise en œuvre des dispositions des articles 45, 46 et 47 de la Constitution. Elle a, de ce fait, ordonné le report de la date du second tour du scrutin présidentiel du 18 mars 2001 (EL-P 01-053 du 17 mars 2001).

- Dans une autre décision, EL-P 01-055 du 20 mars 2001, sur saisine de Messieurs Lambert SOKPIN, Louis Woussa KOCOU-GBEWETOUN, Franck KINNINVO et Rodrigue KOUDOHIN qui lui demandaient de déclarer non conforme à la Constitution le Décret n° 2001-100 du 18 mars 2001 portant report de la date de convocation du corps électoral pour le second tour de l'élection du Président de la République pour violation des articles 26, 45 et 49 de la Constitution et 27 de la Loi n° 2000-18 du 03 janvier 2001 portant règles générales pour les élections en République du Bénin, la Cour a jugé que ledit décret ayant été pris en exécution de la Décision EL-P 01-053 du 17 mars 2001 (qui a ordonné le report de la date du second tour du scrutin présidentiel du 18 mars 2001) n'est pas contraire à la Constitution.

Le contexte des élections législatives de mars 2007 illustre le mieux la nature des rapports de confrontation entre la CENA et la Cour Constitutionnelle. Il mérite d'être rapporté dans le cadre de cette étude.

Le processus qui a conduit à l'élection des députés de la cinquième législature le samedi 31 mars 2007, a connu des moments particulièrement difficiles au point de susciter parfois de profondes inquiétudes au sein de l'opinion publique. La principale source de ces inquiétudes est venue de la Commission électorale nationale autonome. Ses membres ont, en effet, accompli leur mission dans la discorde et la méfiance qui ont gravement compromis la cohésion et la solidarité nécessaires à l'organisation de ces élections. Installée le samedi 13 janvier 2007, cette CENA restera dans les mémoires comme celle qui aura le plus posé de problèmes et fait douter sérieusement de sa capacité même à conduire le processus électoral à son terme.

En effet, d'interminables tractations au sein de l'institution ont précédé l'élection de son bureau, ce que certains médias ont appelé : « Bataille pour le contrôle de la CENA ».

Le président du bureau d'âge, Monsieur Nouhoum ASSOUMA, peinait à convoquer ses pairs pour l'élection des membres de ce bureau. Face à la situation de blocage créée, un membre de la CENA ainsi qu'un citoyen ont saisi la Cour Constitutionnelle. Celle-ci, au cours de son audience du 22 janvier 2007 et avant de statuer sur le recours, a reçu tous les membres de la CENA à qui elle a rappelé avec insistance l'impérieuse nécessité de procéder sans délai à l'élection de ce bureau. Dans sa Décision EL 07-001 rendue le même jour, la Haute Juridiction a donc relevé : « *n'ayant pas fait procéder à l'élection des membres du bureau de la CENA depuis une quinzaine de jours, le président du bureau d'âge a provoqué le blocage du fonctionnement de la CENA, mettant ainsi en péril la suite du processus électoral* ». Elle a décidé : « *Le président du bureau d'âge, Monsieur Nouhoum ASSOUMA doit, au cours de l'Assemblée plénière de la CENA convoquée pour le lundi 22 janvier 2007 à 15 heures, faire procéder sans discontinuité à l'élection des membres du bureau de la CENA, et ce, avant minuit* » sous peine d'être « *remplacé par le doyen d'âge suivant et ainsi de suite.* ».

Déférant aux instructions de la Haute Juridiction, les membres de la CENA ont, au cours de l'Assemblée plénière convoquée pour ce 22 janvier 2007 à 15 heures, élu leur bureau, avec à sa tête Monsieur Antonin AKPINKOU. Mais très tôt, ce bureau s'est enlisé dans des contradictions que ni les membres ni le Président ne parvenaient à résoudre, ce qui a obligé la Haute Juridiction à intervenir plusieurs fois de suite pour les sensibiliser sur la nature de la mission qui leur est confiée et sur la lourde responsabilité qui est la leur dans son accomplissement.

Ces séances de sensibilisation et rappels à l'ordre n'ont pas réussi à dissiper les mauvaises humeurs et frustrations nées de l'élection de ce bureau qui a pourtant respecté la configuration politique de l'institution. Des sorties médiatiques répétées du Secrétaire à la communication, Monsieur Michel ALLOKPO, ont souvent suscité des réactions au sein de l'institution et dans la presse. Un conflit pratiquement ouvert entre le président et le chargé de communication a profondément vicié l'atmosphère. Monsieur Michel ALLOKPO reprochait en effet au Président de prendre unilatéralement certaines décisions, sans consulter le bureau ou la plénière de l'institution. Le comble est arrivé avec la commande de l'impression des bulletins uniques de vote.

La procédure initiée à cet effet par Monsieur Antonin AKPINKOU a déclenché des protestations au sein de l'institution de sorte que sa plénière a voté une motion de défiance à son égard et a engagé, à la surprise générale, une procédure visant sa destitution, laquelle est intervenue le 20 mars 2007.

A la suite de ce vote de défiance et de destitution, la première d'un président de la CENA depuis la création de l'institution en 1995, Monsieur Antonin AKPINKOU a saisi la Cour pour solliciter l'annulation de la procédure mise en œuvre à cet effet.

Statuant sur ce recours, la Cour, par sa Décision EL 07-017 du 21 mars 2007, a dit et jugé que ces décisions de vote de défiance et destitution prises par la CENA sont nulles et de nul effet, au motif que même si la plénière de l'institution était habilitée à destituer son président, elle devra

cependant observer la procédure prévue à cet effet par son règlement intérieur, notamment en ce qui concerne la convocation de la réunion ayant débouché sur cette destitution.

Sur le fondement de cette décision, des membres de l'institution ont exigé de Monsieur Antonin AKPINKOU la convocation d'une réunion conformément aux dispositions du règlement intérieur. Réunie le 22 mars 2007, la plénière a de nouveau destitué son président et élu Monsieur Eugène CAPO-CHICHI en ses lieu et place.

Par ailleurs, à moins de quatre jours de la date du scrutin, la question de l'impression des bulletins uniques n'était toujours pas réglée. En effet, Monsieur Antonin AKPINKOU, avant sa destitution, a, par Décision n° 029/CENA/Pt/SG du 17 mars 2007, commandé l'impression de ces bulletins sans requérir la signature du coordonnateur chargé du budget, au mépris du règlement intérieur de l'institution. Le coordonnateur du budget, en réaction à la démarche unilatérale du président Antonin AKPINKOU, a commandé à un autre opérateur l'impression de ces mêmes bulletins uniques. Dès lors, il s'est posé, à trois jours de la tenue du scrutin, le problème de la régularité de ces deux procédures parallèles.

Sur saisine de Monsieur Dominique DOSSOUMON, coordonnateur du budget et président du comité de dépouillement des offres, qui sollicitait l'annulation de la décision ci-dessus visée, la Haute Juridiction, dans sa Décision EL 07-020 du 22 mars 2007 a dit et jugé que les commandes passées aussi bien par le président Antonin AKPINKOU que par le coordonnateur au budget Dominique DOSSOUMON sont nulles et de nul effet.

Les discussions relatives au transport du matériel électoral ont été également une source de difficultés dans l'organisation à bonne date des élections. En effet, alors que la CENA insistait pour obtenir du Gouvernement les fonds pour organiser elle-même le transport du matériel électoral, le Gouvernement, dans son souci de réduire le coût des élections, a exigé que l'institution utilise les services du génie militaire pour le transport dudit matériel. Analysant la situation comme une atteinte à l'autonomie de la CENA, des citoyens ont alors saisi la Cour, arguant de ce que le Gouvernement, par cette décision, a porté atteinte à l'autonomie de la CENA et compromis la crédibilité du scrutin.

Se fondant sur les dispositions des articles 63 de la Constitution, 35 et 104 de la Loi n° 2006-25 du 05 janvier 2007 portant règles générales pour les élections en République du Bénin, la Haute Juridiction a dit et jugé, dans sa Décision EL 07-012 rendue le 20 mars 2007 : « les moyens matériels et financiers relatifs à la préparation, à l'organisation, au déroulement, à la supervision des opérations de vote et à la centralisation des résultats sont mis à la disposition de la CENA par le Gouvernement dans la limite des ressources disponibles et dans le souci de garantir le bon fonctionnement des opérations électorales ; qu'en décidant de faire transporter le matériel électoral par le génie militaire en direction des démembrements de la CENA et sous la supervision de cette dernière, le Gouvernement n'a pas violé la loi électorale. ».

S'étant ainsi littéralement empêtrés dans une succession de contradictions, les membres de l'institution se sont distraits des tâches essentielles à l'organisation du scrutin au point d'être contraints, pour éviter un chaos presque prévisible, de solliciter auprès de la Haute Juridiction, un report de date du scrutin.

Après avoir examiné cette requête et compte tenu de l'impérieuse nécessité de faire organiser des élections libres, transparentes et crédibles, la Cour Constitutionnelle a autorisé ce report par le Gouvernement qui a pris le Décret n° 2007-129 du 23 mars 2007 portant convocation du corps électoral pour le 31 mars 2007.

Pendant ce temps, les membres des démembrements de la CENA, notamment ceux des Commissions électorales d'arrondissement (CEA) et des Commissions électorales communales (CEC)

multipliaient des menaces de boycott du scrutin pour obtenir des compléments de primes ou indemnités.

Après moult tractations, le scrutin a pu se tenir le samedi 31 mars 2007.

La Cour avait réellement craint que tous ses efforts pour une élection pacifique réussie ne soient anéantis !

Enfin, la Cour, à plusieurs reprises, est également intervenue pour enjoindre à la CENA d'avoir à respecter les dispositions légales quant au délai dans lequel elle doit mettre un terme à ses activités.

- L'article 46 de la Loi n° 98-034 du 15 janvier 1999 ayant servi de base aux élections législatives du 30 mars 1999 édicte : « Un mois au plus tard après la proclamation des résultats définitifs de l'élection, la Commission Electorale Nationale Autonome (CENA) dépose son rapport général d'activités à toutes les institutions concernées par les élections et cesse ses fonctions. ».

Le Président de la CENA a expliqué à la Cour, en réponse à la mesure d'instruction diligentée suite à la saisine de Monsieur Serge Roberto PRINCE AGBODJAN, que la CENA a officiellement cessé ses fonctions le 10 mai 1999, mais que le bureau n'a remis les clés des lieux occupés que le 19 mai 1999, après visite et inventaire contradictoire faits en présence d'un huissier de justice.

La Cour a indiqué, dans sa Décision EL 00-003 du 20 janvier 2000 que « les résultats définitifs des élections du 30 mars 1999 ont été proclamés par la Haute Juridiction le 10 avril 1999 ; qu'à la date du 10 mai 1999, la CENA aurait dû cesser ses fonctions ; qu'elle n'a effectivement mis fin auxdites fonctions que le 19 mai 1999 ; qu'aucun des arguments invoqués, et pas même une décision administrative, ne sauraient justifier le non respect des délais prescrits par la loi ; qu'en conséquence, le fait pour la Commission électorale nationale autonome de n'avoir pas effectivement cessé ses fonctions le 10 mai 1999 constitue une violation de la Constitution. ».

- Toujours sur saisine du même requérant et après l'annonce faite par le Président de la CENA le 25 mai 2007 de prolonger ses fonctions d'une semaine supplémentaire, la Cour a dit et jugé le 3 juillet 2007, dans la Décision EL 07-169, que la CENA pour les élections législatives de mars 2007 a violé la Constitution pour n'avoir pas cessé ses fonctions au plus tard le 22 mai 2007, les résultats définitifs ayant été proclamés par la Cour le 07 avril 2007.

Aux termes des dispositions de l'article 45 alinéa 6 de la Loi n° 2006-025 du 05 janvier 2007 portant règles générales pour les élections en République du Bénin, en effet : « *Quarante-cinq (45) jours au plus tard après la proclamation des résultats définitifs de l'élection, la Commission Electorale Nationale Autonome dépose son rapport général d'activités à toutes les institutions concernées par les élections et cesse ses fonctions* ».

Au terme de cette étude, il ne serait pas exagéré de dire que la mission de la Cour Constitutionnelle et de la CENA en matière électorale est assez délicate.

Des difficultés réelles existent dans les rapports entre les deux institutions, mais ces difficultés autorisent-elles à envisager de dépouiller la Cour de certaines de ses attributions au profit de la CENA ? Que dire des critiques formulées par une partie de l'opinion publique selon lesquelles la Haute Juridiction outrepassse ses attributions, devient juge et partie lorsqu'elle exerce pleinement les compétences qui lui sont dévolues par le constituant ?

Doit-on permettre à la CENA de proclamer les résultats provisoires avant une proclamation définitive des résultats par la Cour Constitutionnelle, à l'instar de ce que fait la Cour Suprême pour les

élections communales ? Est-il tout aussi aisé pour une juridiction de régler le contentieux d'un scrutin auquel elle est tout à fait étrangère ?

Les questionnements sont légion et seule une réflexion permanente permettra de trouver la meilleure solution pour le bien-être de nos pays.

Malgré ces difficultés, il est permis de dire que la qualité de la compétition électorale est fonction des bons rapports qu'entretiennent les deux institutions. Il urge d'identifier non seulement les points de dysfonctionnement, mais surtout les solutions pertinentes pour consolider le partenariat entre la Cour Constitutionnelle et la CENA. En définitive, le renforcement de la démocratie et de l'Etat de droit suppose que la Cour Constitutionnelle et la CENA ne se livrent point à un duel préjudiciable à la paix sociale mais travaillent en duo pour des élections crédibles et transparentes.

L'ELABORATION D'UN BUDGET DES ELECTIONS PAR LES COURS CONSTITUTIONNELLES

par M. **Mama-Sani ABOUDOU SALAMI**,
Vice-Président de la Cour Constitutionnelle du Togo

Procédure d'élaboration du budget électoral

La Cour élabore son budget électoral en collaboration informelle avec la CENI et les Finances.

Détails

I^o) Les indemnités des Juges et du personnel de la Cour sont calculées sur une période de 30 jours, du 24 septembre 2007 au 24 octobre 2007, période d'intense activité de la Cour en matière électorale, soit 20 jours avant et 14 jours après le scrutin, l'élection ayant eu lieu le 14 octobre 2007.

- Juges : 150.000 à 200.000 par jour.
- Personnel administratif : 40.000 à 100.000 par jour.
- Personnel d'appui 5.000 par jour.

Les frais d'instruction

Ils sont relatifs : aux transports que peut effectuer la Cour dans le cadre de sa recherche de vérité, aux affranchissements...

II^o) a. Les personnes ressource perçoivent 100.000 F par jour à concurrence du nombre de jours qu'elles ont effectués.

b. Les délégués de la Cour effectuent une mission de 5 jours pour ceux qui auront à se déplacer à l'extérieur de Lomé commune et 4 jours pour ceux de Lomé commune.

Ils sont au nombre de 12 dont 2 par région et 2 à Lomé commune. Ils perçoivent 100.000 F par jour et ceux à l'extérieur de Lomé commune perçoivent 100.000 F de plus pour le déplacement.

Leurs chauffeurs ont 10.000 F par jour pour ceux qui se déplacent et 5.000 pour ceux de Lomé commune.

c. La couverture médiatique

- Communiqués de la Cour ;
- Couverture radios, télévisions et presses écrites.

d. Consommables et équipements de bureau

- Papiers rames, cartouches pour imprimantes et photocopieurs, cahiers, calculatrices, ...

BUDGET PREVISIONNEL POUR LES ELECTIONS LEGISLATIVES D'OCTOBRE 2007

Cour Constitutionnelle du Togo

Rubriques	Montants sollicités 100%	Montants accordés 43%
Indemnités des juges	47.500.000	20.425.000
Indemnités du personnel	22.250.000	9.567.500
Indemnités des personnes ressource	12.000.000	5.160.000
Indemnités : délégués de la Cour	8.600.000	3.698.000
Frais d'instruction	2.000.000	860.000
Indemnités du personnel d'appui	5.500.000	2.365.000
Per diem: couverture médiatique	1.000.000	430.000
Consommables et équipement de bureau	6.046.000	2.599.995
Total partiel	104.896.500	45.105.495
Imprévu (10% du total partiel)	10.489.650	4.510.549
Total	115.386.150	49.616.044

L'OBSERVATION DES ELECTIONS DANS L'ESPACE AA-HJF

par M. **Christian TRIMUA**,
Enseignant à l'Université de KARA au Togo

INTRODUCTION

La pratique de l'observation des élections et particulièrement de l'observation internationale des élections est l'une des principales innovations institutionnelles internationales qui émergea à la suite de l'effondrement de l'empire soviétique et de l'apartheid. L'observation des élections a traversé de nombreuses expériences durant les deux dernières décennies et certaines leçons en ont été tirées.

Aussi, depuis le début des années 90, l'observation des élections, qu'elle soit internationale ou nationale, est-elle devenue une institution majeure dans le processus de crédibilisation des résultats électoraux.

Définie généralement comme le processus par lequel les citoyens (observation nationale) et les organisations partenaires bilatéraux ou multilatéraux et les groupes d'intérêt (observation internationale) exercent leurs droits à un contrôle physique et juridique du processus de la désignation par l'exercice du suffrage des représentants et gouvernants, l'observation des élections occupe aujourd'hui une place fondamentale dans la crédibilisation des élections, et dans la légitimation des gouvernants au-delà même du rôle traditionnel et naturel de validation des élections par les institutions judiciaires et administratives que sont les commissions électorales nationales autonomes ou indépendantes.

En effet, les élections démocratiques menées dans le respect de l'autorité de la loi sont une des clefs de l'établissement et du renforcement d'un Etat démocratique. Au début de la nouvelle " ère de démocratie ", les élections étaient les premiers indices de la transition, et les indices les plus tangibles. Il y avait néanmoins une lacune dans l'observation des élections car il n'existait pas de normes clairement énoncées et agréées au niveau international (pour définir de façon ad hoc) pour décider qu'une élection puisse fournir une base légitime de gouvernement démocratique. Aussi, s'est-elle concentrée sur les éléments les plus immédiats de " l'événement " électoral - la campagne, le scrutin et le dépouillement. De ce fait, elle n'a pas suffisamment prêté attention au fait qu'une élection est un événement très politique au sein d'un cadre politique.

Dès lors, se posent les questions suivantes : à quoi sert-il d'observer une élection lorsque le contexte met en évidence par avance qu'elle ne sera ni libre ni juste ?

Mais les missions d'observation contribuent souvent à des objectifs autres que ceux qui leur sont dévolus, à savoir : juger de l'intégrité de l'élection. L'un de ces buts est de donner confiance à un parti contestant l'élection face à l'intimidation ou à la manipulation évidente, ou bien de protéger ce parti. Ces partis étant opposés, préfèrent presque toujours que des observateurs soient présents de sorte à servir de faire valoir à leurs prétentions.

Ce contrôle de la sincérité des choix du peuple, apparaît ainsi comme une sorte de mode de labellisation de la démocratie ou non d'un Etat. L'observation nationale et internationale des consultations électorales contribue de ce point de vue, en complémentarité avec d'autres mécanismes de contrôle¹²³, notamment ceux de nature judiciaire, à assurer la légitimité et la légalité des résultats électoraux.

123 Comme les commissions électorales nationales autonomes ou indépendantes, les structures de contrôle de l'accès aux médias,

Il prend la forme d'un déploiement d'observateurs, chargés d'établir des faits, mais aussi d'analyser le processus électoral et d'en donner un jugement conformément aux règles généralement acceptées en matière électorale. Il s'agit essentiellement de réagir pour pallier les insuffisances relevées dans l'organisation et la gestion des élections dans la plupart des pays africains depuis les années 90. Il s'agit également de trouver les moyens adéquats pour garantir la légitimité des pouvoirs issus des consultations électorales au sein des régimes multipartites.

Le processus électoral doit impliquer à la fois l'Etat, les partis politiques et la société civile. Cette vision est désormais défendue par les institutions bilatérales et multilatérales (Banque Mondiale, ONU, OIF, Commonwealth, UE, OCDE et plus près de nous l'Union Africaine et le NEPAD) comme ce qu'ils considèrent comme une nouvelle éthique de la coopération. L'idée est de promouvoir la bonne gouvernance à travers les principes de représentation, de participation, d'appropriation et de partage du pouvoir par les différents acteurs agissant ou influençant la sphère politique.

Pour ce faire, un véritable corpus de recommandations régionales et parfois par des structures d'envoi d'observateurs, a été développé, ces deux dernières décennies dans le contexte complexifié de la démocratisation dans les pays de l'AAHJF et de nombreux efforts déployés par les équipes d'assistance, de suivi et d'observation, pour soutenir les gouvernements dans l'organisation des opérations électorales. Ces équipes travaillent en étroite collaboration à la fois avec les protagonistes officiels et non officiels afin d'assurer l'ouverture du processus à la participation populaire et leur entière implication dans celui-ci.

Pour ne tenir compte que de la gestion du contentieux électoral et de la proclamation des résultats, les rapports de l'observation des élections se présentent comme une contre expertise du processus, conduits par les CENI/CENA et par les hautes juridictions chargées de la validation du processus. En effet, destinée à améliorer le processus électoral, l'observation (nationale ou internationale) des élections ne permet pas une réaction *in situ* des institutions (CENI/CENA, Cours ou Conseils constitutionnels) appelées à en valider les résultats, puisque ses rapports ne sont produits qu'a posteriori et donc après la proclamation des résultats des élections. Se pose alors, la question de son impact véritable sur le déroulement du processus électoral, ainsi que sa capacité réelle à influencer le comportement des acteurs du jeu électoral et plus encore les contradictions qu'elle peut receler quant à la validation des résultats par les hautes institutions compétentes dans nos Etats en la matière.

En effet, les résultats de l'observation des élections porte sur l'ensemble du processus, organisation matérielle, inscription sur les listes électorales, distribution des cartes électorales, dispatching du matériel électoral, opérations de vote proprement dite, décompte des votes, contentieux électorales et proclamation des résultats, etc.).

I. L'IDEAL DE L'OBSERVATION DES ELECTIONS

A- Objectifs

Une Mission d'observation électorale (MOE) contribue à :

- légitimer les processus électoraux ;
- renforcer la confiance du public dans ceux-ci ;
- dissuader la fraude électorale ;
- renforcer le respect pour les droits de l'homme ;
- contribuer à la résolution des conflits ;

Sur un plan purement idéologique, l'objectif ultime demeure l'amélioration des pratiques électorales dans le cadre de la promotion des bonnes pratiques de gouvernance. D'après certaines études¹²⁴, il s'agit d'encourager la prévalence des « standards internationaux » relatifs aux élections et le recours aux mécanismes adaptés à la nouvelle mouvance démocratique (constitution démocratique, mécanisme des droits de l'homme, lois et codes électoraux appropriés, corps et agents électoraux efficaces). L'évolution des pratiques électorales est désormais synonyme de l'évolution et la mise en œuvre des principes de la bonne gouvernance.

B- Méthodologie

Atteindre ces objectifs nécessite une méthodologie détaillée qui couvre toutes les phases du processus électoral : la période pré-électorale, le(s) jour(s) du scrutin et la période consécutive au scrutin. Les domaines observés sont le cadre juridique, les préparatifs administratifs, la campagne électorale et les questions relatives aux Droits de l'Homme, le contexte politique et le rôle des médias.

Sur la base des comptes-rendus des observateurs, l'équipe cadre analyse le processus par secteurs : électoral, politique, légal, médiatique. Elle est chargée d'analyser le travail de l'administration électorale, le contexte politique et le suivi des questions liées à la campagne. Elle doit aussi fournir une analyse du processus juridique et suivre l'évolution des contentieux mais aussi observer le comportement des médias et en analyser le rôle, avant, pendant et après la campagne.

Des réunions régulières à travers tout le pays ont lieu avec les acteurs électoraux au niveau national, régional et local, ainsi qu'avec les partis politiques, les candidats, la société civile et les médias.

Quelques jours après chaque scrutin, le chef de Mission de la MOE de l'Union Européenne (UE) présente une déclaration préliminaire (1er et 2e tours) qui donne un premier avis sur le déroulement du processus à mi-parcours. Un rapport final plus complet est présenté ultérieurement, qui comprend notamment une série de recommandations en vue d'améliorer l'ensemble du processus électoral et de l'environnement démocratique.

Les critères d'évaluation d'une élection (établis par une série de textes internationaux qui régissent les missions d'observation) sont :

- Le degré d'impartialité de l'administration électorale ;
- Le degré de liberté offert aux différents acteurs durant leur campagne électorale ;
- La répartition équilibrée des fonds publics attribués aux élections ;
- L'égalité d'accès des partis politiques et des candidats aux médias ;
- Le degré de liberté d'expression offert aux électeurs ;
- Le déroulement et le bon fonctionnement des bureaux de vote ;

124 R. DJUDJE KOUAM, « L'assistance électorale du Commonwealth en Afrique, le cas de son action en Afrique du Sud entre 1990 et 1999 », *Mémoire de Maîtrise en Relations Internationales*, Mars 2001, Institut des Relations Internationales du Cameroun (IRIC), Yaoundé.

- Tout autre élément portant sur la nature démocratique du scrutin (violences au cours de la campagne, cadre législatif, système électoral, etc.).

II. LES DEFIS DES MISSIONS D'OBSERVATION DES ELECTIONS

A- Les risques de pressions

Le processus électoral se pose comme le moment idéal de la vie pratique d'un Etat au cours duquel les standards et les codes de la bonne gouvernance peuvent être améliorés, évalués, corrigés ou tout simplement mis en œuvre. Par conséquent, les missions d'observation électorale feront désormais partie des contraintes extérieures.

Elles cristallisent les principes de la bonne gouvernance : transparence, participation, Etat de droit, équité, ouverture, responsabilité et capacité à rendre compte. En effet, il se trouve devant un double besoin : la quête de la crédibilité internationale et de la légitimité interne.

C'est pourquoi plusieurs pays africains, notamment ceux de l'espace AAHJF, vont parfois développer des résistances à cette implication externe en élaborant des stratégies de contournement à tous les niveaux.

Ainsi, bien avant le déploiement des équipes sur le terrain, le gouvernement a la latitude de donner un accord limité, « *taillé sur mesure* » pour les déplacements sur son territoire, les personnalités politiques à rencontrer, les partis politiques et les mouvements sociaux dignes d'intérêt. Dans le pire des cas, l'Etat peut refuser son accord tout simplement. Au cours des missions d'assistance, de suivi et d'observation, les structures en place se trouvent parfois confrontées à des pièges politiques masquant les stratégies des Etats pour acquérir la crédibilité internationale à tout prix :

- Les menaces, les tentatives de corruption et même d'assassinat sur la personne de l'observateur ou du moniteur ;
- La manipulation des rapports ;
- Les trafics d'influence pour obtenir des rapports complaisants et ;
- La fabrication des démentis largement médiatisés.

A ces manœuvres directes peuvent s'adjoindre des déclarations dilatoires telles que la mise en avant des spécificités d'un pays et ses qualités de démocratie émergente. Il faut le reconnaître, chaque pays est doté de spécificités traditionnelles, économiques, historiques, politiques et socioculturelles qui sont susceptibles de représenter des obstacles majeurs autant pour l'avancée de la démocratie que pour le succès d'une opération d'assistance électorale.

B- l'absence de normes universellement admises de bonne gouvernance électorale et les risques de contradiction des différentes missions d'observation

La première génération des droits de l'homme cristallisés dans plusieurs instruments multilatéraux est « *Le droit de participer à la gestion des affaires publiques en toute égalité, de contester librement des élections entachées d'irrégularités et le droit de vote dans des élections libres, régulières et transparentes* »¹²⁵.

Plusieurs Etats se sont pliés à la création de structures nationales pour une bonne gouvernance électorale et la supervision des opérations électorales (commission électorale

125 - Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (1948).

- Convention Internationale des Droits Civiques et Politiques et son protocole additionnel (1966).

indépendante, observatoire national des élections...). Ces dispositions sont censées favoriser la mise en œuvre des normes internationales en matière d'élection qui devrait être assurée par des mécanismes internes de régulation, accessibles aux partis politiques qui ne demandent qu'à être convaincus.

Cependant, l'observation attentive des missions d'observations électorales dans notre espace, pose inmanquablement la question de la coordination et de cohérence des appréciations, ainsi que de l'acceptation des normes de référence en matière de gouvernance électorale. En effet, bien que des voix s'élèvent régulièrement pour demander ou pour mettre en place de manière pratique des mécanismes de coordination afin que des missions d'observation des élections ne se contredisent pas les unes les autres dans un même processus électoral, la variété des opinions émises à l'occasion d'un même vote ou la contradiction des appréciations lors d'un même processus observé par différentes organisations, montrent bien souvent que ces efforts sont vains et posent donc la question de la fiabilité même de ces missions.

En réalité, la question est moins celle de la fiabilité des organisations et des missions d'observations que celle de l'identification universelle ou tout au moins d'un commun accord des normes de référence permettant d'établir un jugement sur le déroulement du processus électoral. En fait chaque organisation possède et établit ses normes propres, de sorte que le manque de 'coordination' et les divergences d'appréciation que l'on peut constater sont en fait le résultat non pas d'un manque de concertation sur le terrain, mais d'une absence d'uniformisation des normes de référence fondant l'appréciation. Plus largement, elle est le résultat d'un manque de consensus sur le but réel de l'observation, les procédures qui devraient être appliquées pour l'observation et les normes selon lesquelles les jugements seront rendus.

Certes de nombreuses organisations possèdent leurs propres normes institutionnelles, par exemple les « principes directeurs devant guider l'envoi d'une mission d'observation des élections » dont s'est dotée la Francophonie en décembre 1996 à Marrakech.

Or ces normes et procédures sont présentées comme des « standards internationaux » en matière d'élection. Ces standards internationaux qui eux-mêmes sont un ensemble de points communs récurrents dans les jurisprudences et pratiques de nombreux Etats passent nécessairement par une collaboration entre les missions d'observation des élections et les organes de gestion du processus électoral parmi lesquels sont en bonne place les hautes juridictions, bien souvent chargées de la validation juridique du processus.

III- LE DEDOUBLEMENT DE LA VALIDITE DES ELECTIONS

A- La validation juridique des élections par les Hautes Juridictions compétentes

L'élection serait une opération dépourvue de toute authenticité si sa régularité ne pouvait être contestée devant le juge. Aussi, le législateur, a-t-il, dans tous les pays de l'espace AAHJF organisé un régime des recours juridictionnels permettant au juge d'opérer un contrôle des opérations électorales et même d'en sanctionner les infractions.

Ce rôle de contrôle du juge n'en est pas moins ambigu. Il ne tranche pas, contrairement aux apparences, un litige entre particuliers, ni un procès fait à un acte, en raison de ce que les électeurs ou même les candidats n'exercent pas un droit subjectif, mais une fonction. Cette spécificité du droit électoral justifie les pouvoirs parfois considérables dont peut jouir le juge à cet égard. Il dispose en effet, non seulement des pouvoirs nécessaires pour contrôler la moralité et la sincérité des opérations électorales, mais encore du droit de proclamer élu un candidat différent de celui qui l'a été par l'organe compétent.

C'est dire combien, la mission électorale du juge est en général, assez large dans nos Etats. Sa répartition et les options varient selon les Etats : une tendance à la concentration d'un côté qui

simplifie le paysage juridictionnel, de l'autre une tendance à la déconcentration qui donne aux tribunaux répartis sur le territoire, une partie des attributions électorales.

Dans ces choix, des facteurs divers interviennent : reconnaissance du caractère politique des élections nationales qui conduit à recourir au juge constitutionnel, défiance à l'égard des tribunaux de ressort en raison de leurs faibles moyens, de leur inexpérience électorale, de leur fragilité supposée, en sens inverse, l'intérêt qu'il y a à faire appel au juge le plus proche et peut être à éviter la surcharge des hautes juridictions. La meilleure solution dépend sans nul doute des conditions de chaque Etat.

En général, il ne s'agit pas seulement pour le juge de statuer sur d'éventuelles contestations, mais de veiller à la régularité des opérations électorales¹²⁶.

On peut alors s'interroger sur le fait de savoir si le juge dispose des moyens nécessaires pour procéder aux investigations qui s'imposent ? Ne doit-il pas trop souvent se contenter de constater que les faits n'ont pas été ou n'ont pas pu être établis ? N'est-il pas souvent obligé de s'incliner à son corps défendant, devant l'ampleur de la fraude et la complicité des acteurs politiques de l'élection ? Dispose-t-il des moyens d'enquête et d'investigation et du personnel nécessaires ?

L'efficacité du contrôle de la régularité des élections ne dépend pas seulement du juge. Elle dépend aussi, outre le législateur auquel il appartient de combler les lacunes des textes et d'en corriger les imperfections, des observateurs disséminés sur l'ensemble du territoire qui comme l'indique leur titre même « observateurs » doivent observer, scruter les différents aspects et étapes du processus électoral et décrire en les analysant les faits illégaux, les actes malveillants etc. Leurs observations devraient ainsi enrichir le travail du juge et lui fournir les outils manquant à une véritable validation ou invalidation des résultats électoraux. Or le juge lui-même fait l'objet de l'observation. Son efficacité, son professionnalisme et son impartialité sont également au cœur de l'appréciation des observateurs et ceci ne peut être établi qu'après le déroulement du processus électoral qui s'achève par la proclamation des résultats et la gestion du contentieux qui peut alors en naître. C'est dire que les rapports d'observation ne peuvent lui être communiqués qu'après l'achèvement du processus, et donc après la gestion des contentieux et la validation définitive des résultats. Dans ces conditions, l'observation ne peut servir à renforcer le processus électoral auquel il a été affecté, mais simplement à servir pour l'amélioration de joutes ultérieures. Or il aurait été souhaitable que des faits observés soient immédiatement communiqués à la haute juridiction et que s'établissent entre elle et les missions d'observation des échanges permanents permettant de modifier, d'orienter ou de renforcer, comme le feraient des experts près la juridiction, la conviction, l'analyse et l'appréciation du processus par la juridiction au fur et à mesure du déroulement du processus électoral.

Une telle synergie n'est pas que théorique, puisqu'au Sénégal, le Conseil constitutionnel qui dispose du pouvoir de rassembler, et si nécessaire, de demander tous renseignements, pièces ou documents utiles, a pendant les élections du 24 mai 1998, pu obtenir de l'Observatoire Nationale des Elections (ONEL)¹²⁷ qui les lui a transmis, des rapports ainsi que des procès verbaux, qui ont permis au conseil d'apprécier la régularité et la sincérité du scrutin dans certains bureaux de vote.

C'est dire qu'un tel mécanisme de collaboration permanent est possible. Il accroîtra assurément l'efficacité des juridictions et autres acteurs chargés de conduire le processus électoral.

126 Les opérations électorales recouvrent toutes celles qui comportent le déroulement du scrutin, celles des inscriptions sur les listes électorales et de distribution des cartes d'électeurs, celles du vote proprement dit, celles du dépouillement, celles du recensement des suffrages et de la proclamation des résultats.

127 L'ONEL, créé par la loi n° 97-15 du 8 septembre 1997, est une structure indépendante chargée de la supervision et du contrôle des opérations électorales et référendaires au Sénégal.

B- La validation politique par les missions d'observation électorale

Il est évident qu'en intervenant ex post, les rapports des missions d'observation n'ont d'autres objectifs que de permettre une validation/invalidation politique du processus électoral, puisque ainsi qu'il a été préalablement dit, ils n'ont aucune influence immédiate sur le processus. Ils sont donc destinés à l'opinion publique nationale et internationale. Ils constituent l'élément d'appréciation pour décerner un label de « démocratie » ou non à un Etat.

Ils sont donc sensibles, puisque la validité d'un processus électoral dépend moins de la réalité des événements qui s'y sont déroulés que de la perception que l'opinion a de sa validité et de la conviction qu'elle se forge de la sincérité ou non du scrutin. Dans ce contexte les avis des observateurs deviennent fondamentaux, puisqu'ils peuvent remettre en cause la foi en la décision de la juridiction qui a procédé à la validation juridique du processus. C'est donc un risque de contradiction potentielle entre la validation juridique de l'élection et sa validation politique qui se joue. Or, la validation politique étant destinée à forger l'opinion publique nationale ou internationale et permettre de décerner le label de démocratie au processus électoral achevé, cette validation/invalidation par les missions d'observation devient plus importante que la validation juridique puisqu'elle porte un jugement jusque sur l'organe chargé de la validation juridique.

IV- POUR L'ORGANISATION DE MISSIONS D'OBSERVATION ELECTORALE EXPERTE PAR LES HAUTES JURIDICTIONS ELLES-MEMES

La présence des agences internationales de l'aide électorale peut contribuer fortement à la promotion et à la mise en œuvre des normes électorales qui font partie intégrante des principes de bonne gouvernance. Leur déploiement facilite à plusieurs titres l'intégration des composantes sociopolitiques et des partis politiques dans le processus électoral. Cette implication externe facilite par sa présence dissuasive la mise en exergue des acteurs non-étatiques comme des acteurs à part entière du jeu électoral et de la construction de la démocratie dans nos pays.

Mais, il se pose alors une question : ce qui est légitime aux yeux du gouvernement et de la communauté internationale peut-il toujours l'être aux yeux du peuple ? Est-il en phase avec la validation juridique par les institutions et hautes juridictions du processus électoral ? La nécessité d'une redéfinition d'une assistance électorale à géométrie variable se pose. Car bien qu'il soit question d'assurer le respect des règles et des procédures internationales, certains pièges politico - diplomatiques pourraient rendre légitimes des régimes loin d'être démocratiques. L'assistance électorale se réduirait alors à un élément de validation des élections truquées.

Pour permettre une adéquation entre la validation politique issue de l'observation des élections par des missions étrangères ou nationales d'observateurs et la validation juridique par des organes juridictionnels appropriés, il conviendrait de revenir à et même de généraliser une expérience en cours dans certains Etats de l'espace AAHJF ou qui a eu cours pendant une période dans d'autres Etats et qui consiste à prévoir la possibilité de déploiement d'experts observateurs par les hautes juridictions chargées de la validation des élections elles-mêmes. Ces experts observateurs, à l'instar des experts près les tribunaux et cours auront une méthode d'approche renforcée par les échanges qu'ils pourront avoir avec des missions d'observation externe. Il s'agit en gros d'admettre à côté d'une observation externe des élections, une observation interne du processus par le biais d'experts désignés par les hautes juridictions compétentes.

Ces experts pourront, à l'instar des délégués des partis politiques¹²⁸, renforcer les mécanismes internes chargés de surveiller le déroulement du scrutin de l'intérieur. Ils pourront ainsi, non seulement

128 Selon les études effectuées par l'International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IIDEA) (Internationale IDEA, projet de conduite pour partis politiques, contestant des élections démocratiques, 1997), le rôle des partis politiques dans l'observation des élections est crucial puisque ce sont les partis politiques qui ont le plus intérêt à surveiller le processus électoral, à ce que le déroulement du scrutin soit suivi par des instances internationales indépendantes et impartiales. Ils sont les mieux placés pour évaluer le climat préélectoral, déceler les obstacles à une campagne libre et les implications du choix de système électoral. De plus, les partis forts qui peuvent assurer une présence dans tous les bureaux de vote le jour de l'élection

surveiller le processus électoral, mais également faire des signalements aux juridictions mandantes, qui pourront à leur tour intervenir rapidement, si elles ont des raisons de croire que des dispositions légales électorales ne sont pas respectées. Ils peuvent être partie intégrante du processus administratif en signant les bulletins et les feuilles de comptage pour attester de leur validité et en participant à l'administration du vote et du dépouillement.

Ces experts observateurs, qui bénéficieront d'une formation adéquate sur les divers aspects de la loi électorale et des règlements, pourront mieux surveiller le processus. Ils doivent être soumis à un code de déontologie électorale de même que les autres règlements. Ils pourront ainsi accomplir les tâches suivantes :

- vérifier les listes d'électeurs inscrits pour s'assurer qu'elles sont exactes ou que les électeurs peuvent s'inscrire sans ingérence et sans obstacles ;
- relever les incidents irréguliers ou suspects pendant l'inscription, la votation ou le dépouillement et faire des signalements à la haute juridiction mandante si la réponse reçue des autorités électorales n'est pas valable ;
- signer les registres de vote et les feuilles de comptage pour certifier l'exactitude des informations sur les rapports (officiel, international) ;
- entreprendre un compte parallèle des votes en utilisant les copies des feuilles de comptage recueillies de chaque bureau de vote observé ;
- valider le matériel électoral pour certifier qu'il est officiel et en ordre ;
- signer les résultats officiels pour certifier qu'ils sont exacts et qu'ils font foi de la consolidation des votes.

La mise en place de ce mécanisme ad hoc d'observation des élections relevant directement des hautes juridictions peut être sous-tendue par l'élaboration d'un code de conduite pour les partis politiques. Il s'agit de directives générales prescrivant des normes de comportement. Malgré leur nature générale et didactique, les codes pourront faire l'objet d'une consolidation dans la législation électorale¹²⁹.

CONCLUSION

La généralisation du mécanisme d'observation interne de sélections par des experts observateurs électoraux près les Hautes Juridictions, de même que l'élaboration de codes de conduite pourraient contribuer à crédibiliser significativement les élections. Leur mise en œuvre pourrait ainsi réduire les conflits, éliminer les intimidations afin d'encourager un climat de compétition ouverte, libre et équitable pendant la période de l'élection, en même temps qu'il constituera un outil de renforcement et de crédibilisation de la validation juridique des processus électoraux dans nos pays.

sont souvent les plus aptes à déceler les irrégularités et les tentatives de manipulation. Ces délégués des partis politiques sont le plus souvent choisis, selon le cas, par les partis politiques ou par chaque candidat qui participe à l'élection

¹²⁹ Dans nombre de nos pays, ces codes sont directement formulés dans la législation électorale elle-même.

RAPPORT SEQUENTIEL DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES

L'atelier des juridictions constitutionnelles a eu à débattre de quatre thèmes pertinents au regard des missions assignées aux Cours et Conseils Constitutionnels de l'espace AA-HJF.

Il s'agit de :

- 1- la gestion des élections par les juridictions constitutionnelles et les juridictions administratives ;
- 2- les rapports entre les Cours Constitutionnelles et les Commissions Électorales Nationales Autonomes ou Indépendantes ;
- 3- l'élaboration d'un budget des élections par les Cours Constitutionnelles ;
- 4- l'observation des élections dans l'espace AA-HJF.

Les débats, fructueux qui ont sanctionné les différentes communications ont permis de retenir que les juridictions constitutionnelles de l'espace AA-HJF sont de création récente. Il a été relevé que si leur objectif au niveau de la gestion des élections et du contentieux des résultats est le même, elles restent particulières quant aux règles les régissant dans chaque pays.

S'agissant des rapports existant entre les juridictions constitutionnelles et les CENA ou CENI, l'analyse des attributions et compétences dévolues à ces deux structures a révélé que l'objectif poursuivi reste le même, à savoir, la réussite pleine et entière d'élections libres, transparentes, crédibles et sincères, dont les résultats sont acceptés par tous les acteurs politiques. Il est donc clair qu'une bonne collaboration entre les deux entités s'inscrit comme étant une exigence incontournable. Des concertations et rencontres entre toutes institutions impliquées dans le processus électoral sont nécessaires.

Quant à l'élaboration du budget des élections par les juridictions constitutionnelles, il ressort des interventions des participants que toutes les Cours n'ont pas les mêmes pratiques en la matière. Pour celles qui élaborent des budgets électoraux, les fonds mis à disposition sont souvent insuffisants et ne permettent pas la réalisation des activités électorales souhaitées. Si l'on convient que l'efficacité des Cours est fonction des moyens mis à leur disposition dans le cadre de l'exécution de leurs missions, il est donc à souhaiter que les pouvoirs publics dotent ces juridictions de moyens suffisants.

Enfin, l'observation des élections est aussi une mission essentielle assignée aux juridictions constitutionnelles.

Les difficultés et lacunes relevées par les participants qui ont trait à la couverture générale du territoire par les observateurs, la durée du temps d'observation dans les bureaux de vote, la représentation effective des partis politiques.

En conclusion, les travaux en atelier ont permis de relever au regard de la pertinence des thèmes retenus, que les juridictions constitutionnelles sont des juridictions de souveraineté, que les missions essentielles qui leur sont assignées sont d'une importance particulière.

En effet, ce sont les juridictions constitutionnelles qui sont les garants de la constitution, de la stabilité et de la paix dans les États.

C'est pourquoi, elles méritent d'être sécurisées et dotées de moyens financiers à la hauteur des missions qui sont les leurs.

Au regard des rapports entre les juridictions constitutionnelles et les Commissions Électorales Nationales, il a été souhaité l'instauration d'une collaboration intense entre ces deux structures.

La pertinence des débats a conduit l'atelier à proposer des recommandations qui s'inscrivent dans 5 chapitres.

- La première est relative à la gestion du contentieux électoral,
- La deuxième porte sur la nécessité de concertation entre les juridictions constitutionnelles et toutes les autres institutions impliquées dans le processus électoral,
- La troisième concerne la mise à la disposition des juridictions de moyens financiers suffisants pour l'exécution de leurs missions.

CEREMONIE DE CLOTURE

RAPPORT GENERAL

I- Contexte et justification

La troisième session de formation des juges des juridictions membres de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AA-HJF) s'est tenue du 22 au 24 septembre 2008 à l'École Régionale Supérieure de Magistrature (ERSUMA) de Porto-Novo au Bénin.

La session s'est tenue grâce au concours financier de l'OIF dont le Secrétaire Général Monsieur Hugo SADA a adressé un message aux participants lu par Monsieur Victor ADOSSOU, Secrétaire Général de l'AA-HJF.

II- Participants

Ont pris part à cette session :

- les membres du Bureau du Conseil d'Administration de l'Association ;
- des Magistrats des juridictions membres du réseau (Cours Suprêmes, Cours de Cassation, Conseils d'État, Conseils et Cours Constitutionnels, Cours des Comptes, Cour de Justice et Cour des Comptes de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine, Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA) ;
- des Magistrats des juridictions du fond de l'espace géographique de l'Association ;
- des experts, etc.

III- Cérémonie d'ouverture

Les travaux de la session ont été ouverts le lundi 22 septembre 2008 à l'École Régionale Supérieure de Magistrature (ERSUMA) au cours d'une cérémonie solennelle placée sous la présidence du Président de la République, Chef de l'État, Chef du Gouvernement, le Docteur Boni YAYI, représenté par Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, de la Législation et des Droits de l'Homme, Gustave Anani CASSA lequel a souhaité aux participants la bienvenue, plein succès à leurs travaux et un agréable séjour en terre béninoise.

Les travaux de ladite session se sont déroulés d'abord en plénière dans la matinée où les thématiques communes à tous les ordres de juridictions ont été présentées avec les communications suivantes :

1. « **L'œuvre prétorienne des Hautes Juridictions** » par Monsieur Gbaza BOBY, Conseiller à la Chambre Administrative de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire ;
2. « **Le ministère public près les hautes juridictions** » par Monsieur Pierre EHOUMI, Magistrat à la retraite, Ancien membre de la Cour Constitutionnelle du Bénin ;
3. « **L'Avocat Général dans les juridictions communautaires : cas de l'UEMOA** » par Madame Seynabou Ndiaye DIAKHATE, Avocat Général près la Cour de Justice de l'UEMOA.

De riches et passionnants débats s'ensuivirent avec comme principaux modérateurs :

- Monsieur Saliou ABOUDOU, Président de la Cour Suprême du Bénin, Président du Bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF ;
- Monsieur Cheick OUEDRAOGO, Président de la Cour de Cassation du Burkina Faso, Vice-Président du Bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF ;
- Monsieur Tia KONÉ, Président de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire, Vice-Président du Bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF ;
- Monsieur Abraham ZINZINDOHOUE, Président de la Cour de Justice de l'UEMOA, Vice-Président du Bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF.

L'après-midi de la journée du lundi 22 septembre 2008 fut consacrée aux travaux en ateliers. Quatre ateliers ont été constitués :

- Atelier des juridictions administratives ;
- Atelier des juridictions de cassation ;
- Atelier des juridictions constitutionnelles ;
- Atelier des juridictions financières.

IV- Conférence inaugurale

Trois communications introductives ont marqué cette conférence inaugurale qui a été présidée par Messieurs les Présidents Saliou ABOUDOU, Tia KONÉ et Cheick OUÉDRAOGO.

- La première communication a été introduite par Monsieur Boby GBAZA, Conseiller à la Chambre Administrative de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire et portant sur « **L'œuvre prétorienne des Hautes Juridictions** ».

Il devait souligner l'importance du rôle des Hautes Juridictions qui est de dire le droit tout en réalisant l'unité d'interprétation de la loi et en précisant la portée des dispositions légales générales.

Il a pu montrer le pouvoir créateur de droit des Hautes Cours et la nature de source de droit de la jurisprudence ainsi élaborée à côté de la loi et de la doctrine.

Il a montré, toutefois les limites de la règle prétorienne qui a un caractère relatif car pouvant faire l'objet de revirement, ce qui est source d'insécurité juridique.

Par ailleurs il a souligné l'accès difficile à la jurisprudence rendue par les juridictions faute de publication. En soulignant enfin, un autre obstacle majeur au développement de la jurisprudence en Afrique découlant de nos mentalités africaines qui font que les citoyens justiciables sont réticents à saisir le juge, le privant ainsi de pouvoir faire preuve d'œuvre prétorienne. Cette communication a suscité des débats d'une grande richesse intellectuelle, où des interventions de haute facture ont été enregistrées.

- Les deuxième et troisième communications portaient sur le rôle du ministère public auprès des hautes juridictions de manière générale, et en particulier, celui de l'Avocat Général auprès des juridictions communautaires telles que l'UEMOA.

- S'agissant de la présence du ministère public auprès des Hautes Juridictions, le conférencier a montré d'abord la particularité ou la spécificité de celui-ci qui intervient dans toutes les matières (procédures), à la différence du Parquet des juridictions du fond.

Son rôle consistant essentiellement à apporter son éclairage aux juges pour l'application de la loi.

Il a relevé l'interrogation qui s'était posée sur l'opportunité de l'existence du ministère public auprès des hautes juridictions dans la mesure où il existait des hautes juridictions qui n'en avaient pas et fonctionnaient bien comme les Cours Constitutionnelles.

Le Conférencier a tenu à préciser qu'il limitait son propos à la seule expérience de la Cour Constitutionnelle béninoise qu'il connaissait suffisamment pour l'avoir pratiquée.

Enfin de compte, il s'est dit perplexe quant à l'utilité d'un ministère public auprès de cette Cour d'autant plus que la hiérarchie des normes découlait de la Constitution dont cette Cour est le gardien.

- Dans sa communication, Madame Seynabou NDIAYE DIAKHATÉ a rappelé que la Cour de Justice de l'UEMOA est la gardienne de la Charte Communautaire. Après avoir évoqué la procédure suivie devant cette juridiction elle a défini le rôle de l'Avocat Général. L'Avocat Général près cette Cour fait ses conclusions motivées en toute indépendance et siège tant dans les formations consultatives que délibératives.

A l'unanimité les participants ont reconnu qu'il s'agissait dans les deux cas (Cours Constitutionnelles et Cour de Justice de l'UEMOA) de permettre, par l'institution d'un ministère public, l'élargissement de la réflexion sur l'application de la loi et de la règle du droit au sein de ces deux hautes juridictions.

Les échanges entre différentes juridictions nationales ont été préconisés.

Dans l'après-midi du lundi 22 septembre 2008 au mercredi 24 septembre à 13H30, les travaux se sont poursuivis dans les quatre ateliers précités comme suit :

- A- Atelier des juridictions administratives (Lire le résumé établi) plus recommandations ;
- B- Atelier des juridictions de Cassation (Lire le résumé établi) plus recommandations ;
- C- Atelier des juridictions Constitutionnelles (Lire le résumé établi) plus recommandations ;
- D- Atelier des juridictions financières (Lire le résumé établi) plus recommandations.

La séance plénière reprise à 16H15 a été consacrée à l'examen du Rapport Général de la session et à la cérémonie de clôture. Les motions de remerciement et les recommandations des participants font l'objet d'un document joint en annexe au présent Rapport Général.

Fait à Porto-Novo, le 24 septembre 2008

MOTIONS DE REMERCIEMENT A L'ENDROIT DES HAUTES AUTORITES POLITIQUES DU BENIN

Au terme des travaux de la 3^{ème} Session de formation des membres des juridictions de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones tenue à Porto-Novo au Bénin du 22 au 24 septembre 2008.

Les chefs ou représentants des hautes juridictions membres de l'Institution régionale, les distinguées personnalités invitées, les magistrats y ayant pris part ;

Considérant l'accueil particulièrement chaleureux et empreint de grande délicatesse dont ils ont bénéficié ;

Considérant les dispositions adéquates prises sur tous les plans et à tous les niveaux, à l'effet de rendre à la fois agréable, utile et fécond leur séjour au Bénin ;

Considérant l'intérêt tout particulier porté à leurs travaux par les plus hautes autorités politiques du Bénin ;

Adressent au Président de la République, son Excellence le Docteur Boni YAYI, au Ministre de la Justice, à tout le Gouvernement, au Président de l'Assemblée Nationale et au Peuple Béninois, leurs sincères remerciements ainsi que l'expression émue de leur profonde gratitude.

Constatent avec grande fierté et satisfaction l'engagement constant de l'Etat Béninois dans la promotion de l'intégration juridique et judiciaire africaine.

Fait à Porto-Novo, le 24 septembre 2008.

Les participants à la session.

MOTION DE REMERCIEMENT A L'ORGANISATION INTERNATIONALE DE LA FRANCOPHONIE

Les participants à la 3^{ème} session de formation des juges des juridictions membres de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones, tenue à l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature de Porto-Novo au Bénin du 22 au 24 septembre 2008.

Considérant l'appui financier important apporté par l'Organisation Internationale de la Francophonie (OIF) à l'organisation de la session de formation de Porto-Novo ;

Considérant le message adressé aux participants à la présente session de formation par Monsieur Hugo SADA, Délégué à la paix, à la démocratie et aux droits de l'homme de l'Organisation Internationale de la Francophonie par lequel, il a réaffirmé le soutien de son organisation à l'AA-HJF ;

Considérant le rôle déterminant que joue cet organisme international dans la protection et la promotion des Droits de l'Homme en Afrique ;

Expriment leur profonde gratitude à l'Organisation Internationale de la Francophonie dont le soutien et l'appui financier sont depuis longtemps devenus traditionnels.

Fait à Porto-Novo, le 24 septembre 2008.

La Session.

**MOTION DE REMERCIEMENT AU PRESIDENT DE LA COUR SUPREME DU
BENIN ET AU COMITE D'ORGANISATION DE LA SESSION DE FORMATION DE
PORTO-NOVO**

Les participants à la 3^{ème} session de formation des juges des juridictions membres de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones, tenue à l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature de Porto-Novo au Bénin du 22 au 24 septembre 2008.

Très sensibles à l'accueil et à l'hospitalité typiquement africaine qui leur ont été réservés ;

Considérant l'entière disponibilité de Monsieur le Président de la Cour Suprême du Bénin ;

Considérant la parfaite organisation de la séance plénière et des travaux en atelier, la sollicitude et le dévouement tout particuliers dont ont fait montre les membres du comité d'organisation ;

Expriment leurs vifs remerciements et chaleureuses félicitations à Monsieur le Président de la Cour Suprême du Bénin, aux membres du Comité d'organisation et à tous les collaborateurs qui, de près ou de loin, ont contribué au succès éclatant de la présente session de Porto-Novo.

Fait à Porto-Novo, le 24 septembre 2008.

Les participants à la session.

**MOTION DE REMERCIEMENT AU DIRECTEUR GENERAL DE L'ECOLE
REGIONALE SUPERIEURE DE MAGISTRATURE (ERSUMA)**

Les participants à la 3^{ème} session de formation des juges des juridictions membres de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones, tenue à l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature de Porto-Novo au Bénin du 22 au 24 septembre 2008.

Considérant toutes les dispositions judiciaires prises par le Directeur Général de cette haute école à l'effet de rendre le cadre de travail attrayant, agréable et bien adapté aux besoins de la session de formation ;

Considérant le dévouement tout particulier et constant des collaborateurs et des membres du personnel ;

Adressent leurs sincères remerciements au Directeur Général de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA), à ses collaborateurs ainsi qu'à tout le personnel de l'école.

Fait à Porto-Novo, le 24 septembre 2008.

Les participants à la session.

RECOMMANDATIONS

- 1- Formation des Magistrats et autres praticiens du droit sur les nouvelles formes de criminalité et pour pouvoir y faire face efficacement.
- 2- Mise en place de législations nationales et communautaires.
- 3- Nos États doivent s'associer aux négociations des traités internationaux visant à prévenir et réprimer les infractions commises par le biais des Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication.
- 4- L'institution éventuelle d'un contre-rapporteur auprès des Cours Constitutionnelles pour répliquer en cas de besoin aux conclusions du rapporteur désigné.

Outre ces présentes recommandations, il est souhaité que soient débattus lors de la prochaine session, les thèmes suivants.

- a- L'exécution des décisions de justice dans l'espace AA-HJF
- b- L'arbitrage dans l'espace AA-HJF
- c- L'aide dans l'espace AA-HJF
- d- La Cour Pénale Internationale (CPI) et les violations des droits humains en Afrique et dans le monde.
- e- L'entrave au fonctionnement de la justice.

RECOMMANDATION RELATIVE AU BUDGET ÉLECTORAL DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES

- Considérant qu'une élection réussie en termes de régularité, de transparence, d'objectivité et de sincérité est un gage de paix et de stabilité politique ;

- Considérant que les organes ou institutions impliqués dans le processus électoral, telles les juridictions constitutionnelles, doivent être dotés de moyens substantiels leur permettant d'assurer leur mission avec efficacité ;

- Considérant qu'il résulte du constat général que les fonds alloués à ces institutions à l'occasion des consultations électorales sont souvent insuffisants.

Nous, participants à la troisième session de formation des juges des juridictions membres de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AA-HJF) tenue du 22 au 24 septembre 2008 à l'École Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) de Porto-Novo au Bénin, recommandons :

Qu'il soit mis à leur disposition des moyens humains, matériels et financiers conséquents pour l'accomplissement de leur délicate mission.

ANNEXES

PROGRAMME GENERAL DE DEROULEMENT DES TRAVAUX

Lundi 22 Septembre 2008

09h 30 – 10h 30 : **CEREMONIE D'OUVERTURE**

- **Allocution du Président de la Cour Suprême du Bénin, Président du Bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF.**
- **Message du Représentant de l'Organisation Internationale de la Francophonie.**
- **Animation.**
- **Discours d'ouverture des travaux de la session par le Président de la République, Chef de l'Etat, Chef du Gouvernement ou son Représentant.**

10h 30 – 11h 00 : **Cocktail d'ouverture**

11h 00 – 13h 30 : **TRAVAUX EN PLENIERE :**

- **Présentation des thématiques communes à tous les ordres de juridiction.**

Modérateurs : - **M. Saliou ABOUDOU**, Président du Bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF ;

- **M. Cheick OUEDRAOGO**, Vice-Président du Bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF ;
- **M. TIA KONE**, Vice-Président du Bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF ;
- **M. Abraham ZINZINDOHOUE**, Vice-Président du Bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF.

11h 00 – 11h 30 : Présentation de la communication : « **L'œuvre prétorienne des hautes juridictions** » par **M. Bobby GBAZA**, Conseiller à la Chambre Administrative de la Cour suprême de la Côte-d'Ivoire.

11h 30 – 12h 00 : **Débats**

12h 00 – 12h 45 : Présentation des communications :

- « **Le ministère public près les hautes juridictions** » par **M. Pierre EHOUMI**, Magistrat à la retraite, Ancien membre de la Cour Constitutionnelle du Bénin
- « **L'Avocat général dans les juridictions communautaires : cas de l'UEMOA** » par **M^{me} Seynabou Ndiaye DIAKHATE**, Avocat Général près la Cour de Justice de l'UEMOA

12h 45 – 13h 30 : **Débats**

13h 30 – 15h 00 : **Pause déjeuner**

15h 00 - 16h 30 : **Travaux en atelier**

16h 30 - 16h 45 : **Pause café**

16h 45 - 18h 00 : **Poursuite des travaux en atelier**

Mardi 23 Septembre 2008

09h 00 – 10h 30 : **Travaux en atelier**

10h 30 – 10h 45 : **Pause café**

10h 45 – 13h 00 : **Poursuite des travaux en atelier**

13h 00 – 15h 00 : **Pause déjeuner**

15h 00 - 16h 30 : **Travaux en atelier**

16h 30 - 16h 45 : **Pause café**

16h 45 - 18h 00 : **Poursuite des travaux en atelier**

Mercredi 24 Septembre 2008

09h 00 – 10h 30 : **Préparation des rapports des ateliers**

10h 30 – 10h 45 : **Pause café**

10h 45 – 13h 00 : **Examen et adoption des rapports des travaux en atelier**

13h 00 - 15h 00 : **Déjeuner**

15h 00 – 18h 00 : **SEANCE PLENIERE**

Modérateurs : - **M. Saliou ABOUDOU**, Président du Bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF ;

- **M. Cheick OUEDRAOGO**, Vice-Président du Bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF ;

- **M. TIA KONE**, Vice-Président du Bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF ;

- **M. Abraham ZINZINDOHOUE**, Vice-Président du Bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF.

➤ **Examen et adoption du rapport général**

➤ **Evaluation de la session**

➤ **Cérémonie de clôture**

FIN DES TRAVAUX DE LA SESSION

JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

Lundi 22 Septembre 2008

Modérateur : M. Grégoire ALAYE, Président de la Chambre Administrative de la Cour suprême du Bénin.

Rapporteur : (A désigner par l'atelier)

15h 00 – 15h 45 : Présentation de la communication : « **Le contentieux de la réparation en droit administratif** » par M. Pierre FANACHI, Magistrat Honoraire du Conseil d'Etat de France

15h 45 – 16h 30 : **Débats**

16h 30 – 16h 45 : **Pause café**

16h 45 – 18h 00 : **Poursuite des débats.**

Fin des travaux de la journée

Mardi 23 Septembre 2008

Modérateur : M. Boby GBAZA, Conseiller à la Chambre Administrative de la Cour suprême de la Côte d'Ivoire.

09h 00 – 09h 45 : Présentation de la communication : « **Le contentieux des travaux publics** » par M. Pierre FANACHI, Magistrat Honoraire du Conseil d'Etat de France

09h 45 – 10h 30 : **Débats**

10h 30 – 10h 45 : **Pause café**

10h 45 – 13h 00 : **Poursuite des débats**

13h 00 - 15h 00 : **Déjeuner**

Modérateur : M. Pierre FANACHI, Magistrat Honoraire du Conseil d'Etat de France.

15h 00 – 15h 45 : Présentation de la communication : « **Les droits acquis** » par M. Samson DOSSOUMON, Conseiller à la Chambre Administrative de la Cour Suprême du Bénin

15h 45 – 16h 30 : **Débats**

16h 30 – 16h 45 : **Pause café**

16h 45 – 18h 00 : **Poursuite des débats.**

Fin des travaux de la journée

Mercredi 24 Septembre 2008

Modérateurs : - M. Pierre FANACHI, Magistrat Honoraire du Conseil d'Etat de France

- Grégoire ALAYE, Président de la Chambre Administrative de la Cour suprême du Bénin.

09h 00 – 10h 30 : **Préparation des rapports des ateliers**

10h 30 – 10h 45 : **Pause café**

10h 45 – 13h 00 : **Examen et adoption des rapports des travaux en atelier**

13h 00 – 15h 00 : **Déjeuner**

FIN DES TRAVAUX EN ATELIER

JURIDICTIONS DE CASSATION

Lundi 22 Septembre 2008

Modérateur : M. TIA KONE, Président de la Cour suprême de la Côte d'Ivoire, Vice-Président du Bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF.

15h 00 – 15h 45 : Présentation de la communication : « **La protection judiciaire de la propriété intellectuelle** » par M. Dorothée SOSSA, Professeur Agrégé et Doyen de la FADESP – Université d'Abomey Calavi (Bénin)

15h 45 – 16h 30 : **Débats**

16h 30 – 16h 45 : **Pause café**

16h 45 – 18h 00 : **Poursuite des débats.**

Fin des travaux de la journée

Mardi 23 Septembre 2008

Modérateur : M. Abraham ZINZINDOHOUE, Président de la Cour de Justice de l'UEMOA, Vice-Président du Bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF.

09h 00 – 09h 45 : Présentation de la communication : « **La cybercriminalité** » par Désiré H. AÏHOU, Professeur Assistant / FADESP/UAC du Bénin – Avocat à la Cour

09h 45 – 10h 45 : **Débats**

10h 45 – 11h 00 : **Pause café**

11h 00 – 11h 45 : Présentation de la communication : « **Le droit de l'internet et la protection des droits humains** » par M. Désiré H. AÏHOU, Professeur Assistant / FADESP/UAC du Bénin – Avocat à la Cour

11h 45 – 13h 00 : **Débats**

13h 00 - 15h 00 : **Déjeuner**

Modérateur : M. Cheick OUEDRAOGO, Président de la Cour de Cassation du Burkina Faso, Vice-Président du Bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF.

15h 00 – 15h 45 : Présentation de la communication : « **Le pouvoir souverain d'appréciation des faits par le juge de fond** » par M. Jean-Baptiste MONSI, Procureur Général près la Cour Suprême du Bénin

15h 45 – 16h 30 : **Débats**

16h 30 – 16h 45 : **Pause café**

16h 45 – 18h 00 : **Poursuite des débats.**

Fin des travaux de la journée

Mercredi 24 Septembre 2008

Modérateurs : - M. Tia KONE, Vice-Président du Bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF ;
- M. Cheick OUEDRAOGO, Vice-Président du Bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF ;
- M. Abraham ZINZINDOHOUE, Vice-Président du Bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF.

09h 00 – 10h 30 : **Préparation des rapports des ateliers**

10h 30 – 10h 45 : **Pause café**

10h 45 – 13h 00 : **Examen et adoption des rapports des travaux en atelier**

13h 00 - 15h 00 : **Déjeuner**

FIN DES TRAVAUX EN ATELIER

JURIDICTIONS FINANCIERES

Lundi 22 Septembre 2008

Modérateur : M. Justin BLOKOU, Président de la Chambre des Comptes par intérim de la Cour suprême du Bénin

Rapporteur : (A désigner par l'atelier)

15h 00 – 15h 45 : Présentation de la communication : « ***Evaluation de la situation patrimoniale de l'Etat au regard des systèmes comptables en vigueur dans les pays de l'espace AA-HJF*** » (Panel) par M. Rémy KOSSOUHO, Administrateur du Trésor à la retraite et M. Chitou Marouf ALABI, Conseiller de la Chambre des Comptes de la Cour Suprême du Bénin à la retraite.

15h 45 – 16h 30 : **Débats**

16h 30 – 16h 45 : **Pause café**

16h 45 – 18h 00 : **Poursuite des débats.**

Fin des travaux de la journée

Mardi 23 Septembre 2008

Modérateur : M. Hassane HODI, Président de la Chambre des Comptes de la Cour suprême du Niger

09h 00 – 09h 45 : Présentation de la communication : « ***Le contrôle du respect des grands principes budgétaires dans l'exécution des lois de finances*** » (Panel) par M. Kokou KOUDJRA, Vérificateur à la Cour des Comptes de l'UEMOA et Mme Germaine YERBANGA, Conseiller à la Cour des Comptes du Burkina-Faso.

09h 45 – 10h 30 : **Débats**

10h 30 – 10h 45 : **Pause café**

10h 45 – 13h 00 : **Poursuite des débats**

13h 00 – 15h 00 : **Déjeuner**

Modérateur : M. BLOKOU Justin, Président de la Chambre des Comptes par intérim de la Cour suprême du Bénin

15h 00 – 15h 45 : Présentation de la communication : « ***L'application des systèmes comptables dans les organismes publics des pays de l'espace AA-HJF : exigences, limites et intérêts*** » par M. Jean ALOTONOU, Ancien membre de la Cour des Comptes de l'UEMOA.

15h 45 – 16h 30 : **Débats**

16h 30 – 16h 45 : **Pause café**

16h 45 – 18h 00 : **Poursuite des débats.**

Fin des travaux de la journée

Mercredi 24 Septembre 2008

Modérateurs : - M. Justin BLOKOU, Président de la Chambre des Comptes de la Cour suprême du Bénin

- M. Hassane HODI, Président de la Chambre des Comptes de la Cour suprême du Niger

09h 00 – 10h 30 : **Préparation des rapports des ateliers**

10h 30 – 10h 45 : **Pause café**

10h 45 – 13h 00 : **Examen et adoption des rapports des travaux en atelier**

13h 00 - 15h 00 : **Déjeuner**

FIN DES TRAVAUX EN ATELIER

JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES

Lundi 22 Septembre 2008

Modérateur : Me Robert DOSSOU, Président de la Cour Constitutionnelle du Bénin

Rapporteur : (A désigner par l'atelier)

15h 00 – 15h 45 : Présentation de la communication : « **La gestion du contentieux des élections par les juridictions constitutionnelles et les juridictions administratives** » (Panel) par M. Oumarou YAYE, Vice-Président de la Cour Constitutionnelle du Niger et M. Mama-Sani ABOUDOU-SALAMI, Vice-Président de la Cour Constitutionnelle du Togo.

15h 45 – 16h 30 : **Débats**

16h 30 – 16h 45 : **Pause café**

16h 45 – 18h 00 : **Poursuite des débats.**

Fin des travaux de la journée

Mardi 23 Septembre 2008

Modérateur : M. Abba MOUSSA ISSOUFOU, Président de la Cour Constitutionnelle du Niger

09h 00 – 09h 45 : Présentation de la communication : « **Les rapports entre les cours constitutionnelles et les CENA** » (Panel) par M. Théodore HOLO, Professeur Agrégé, Membre de la Cour Constitutionnelle du Bénin et Mme Marcelline GBEHA-AFOUDA, Vice-Président de la Cour Constitutionnelle du Bénin.

09h 45 – 10h 30 : **Débats**

10h 30 – 10h 45 : **Pause café**

10h 45 – 13h 00 : **Poursuite des débats**

13h 00 - 15h 00 : **Déjeuner**

Modérateur : Mme Alimata OUI, Membre de la Cour Constitutionnelle du Burkina Faso

15h 00 – 15h 30 : Présentation de la communication : « **L'élaboration d'un budget des élections par les cours constitutionnelles** » par M. Mama-Sani ABOUDOU-SALAMI, Vice-Président de la Cour Constitutionnelle du Togo.

16h 30 – 16h 45 : **Pause café**

Modérateur : M. Théodore HOLO, Membre de la Cour Constitutionnelle du Bénin

16h 45 – 17h 20 : Présentation de la communication : « **L'observation des élections dans l'espace AA-HJF** » par M. Christian TRIMUA, Enseignant à l'Université de KARA/Togo.

17h 20 – 18h 00 : **Débats.**

Fin des travaux de la journée

Mercredi 24 Septembre 2008

Modérateurs : - Me Robert DOSSOU, Président de la Cour Constitutionnelle du Bénin;
- M. Abba MOUSSA ISSOUFOU, Président de la Cour Constitutionnelle du Niger ;
- M. Mama-Sani ABOUDOU-SALAMI, Vice-Président de la Cour Constitutionnelle du Togo.

09h 00 – 10h 30 : **Préparation des rapports des ateliers**

10h 30 – 10h 45 : **Pause café**

10h 45 – 13h 00 : **Examen et adoption des rapports des travaux en atelier**

13h 00 – 15h 00 : **Déjeuner**

FIN DES TRAVAUX EN ATELIER

LISTE DES PARTICIPANTS PAR JURIDICTION

JURIDICTIONS DE CASSATION

N°	Nom et Prénoms	Pays
1	M. ZONOU Martin Dobo	Burkina Faso
2	M. BOGA Antoine Tagro	Côte d'Ivoire
3	M. DIOP Seydou	Mali
4	M. MALAM MOUSSA Ibrahim	Niger
5	M. DIOUF Abdourahmane	Tchad
6	M. ABDELHADI Annadjib Youssouf	Tchad
7	SEKA Firmin N'Cho Adiko	Côte d'Ivoire
8	DOUEU Michel Omer	Côte d'Ivoire
9	KONE Tia	Côte d'Ivoire
10	KHOUADIANI Kouakou K. Bertin	Côte d'Ivoire
11	ZINZINDOHOUE Abraham	UEMOA
12	OUEDRAOGO Cheick	Burkina Faso
13	OLIVEIRA Antoine	OHADA
14	DONOU Kotcholé	Togo
15	ISSAKA Maki Adam	Tchad
16	AYADOKOUN Jeanne Agnès	Bénin
17	AHOUCANDJINOUE C. Gilbert	Bénin
18	BOUSSARI Edwige	Bénin
19	BOKO Cyprien François	Bénin
20	AFANWOUBO-HOUNSA Ginette	Bénin
21	DEGBEY Vincent	Bénin
22	DOVOEDO Michée	Bénin
23	HODE Francis Aimé	Bénin
24	OGOUBIYI Guy	Bénin
25	MONSI Jean-Baptiste	Bénin
26	OUENDO Raoul Hector	Bénin
27	KEKE Louis René	Bénin
28	DOGUE Cyriaque	Bénin

29	DEGUENON Lucien Aristide	Bénin
30	AKOFFODJI Roger	Bénin
31	KPOGNON-BODJRENOU Margueritte	Bénin
32	ABOUDOU Saliou	Bénin
45	Juges du fond	Bénin

JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES

<i>N°</i>	<i>Nom et Prénoms</i>	<i>Pays</i>
1	OUI Alimata	Burkina Faso
2	KONGATOUA-KOSSONZO Augustin	Centrafrique
3	YAYE Oumarou	Niger
4	ABOUDOU-SALAMI Mama Sani	Togo
5	DJIMABJIBAYE Aimé Kaltangar	Tchad
6	ZIME Kora	Bénin
7	DOSSOU Robert	Bénin
8	GNIMBERE-DANSOU Clémence	Bénin
9	HOLO Théodore	Bénin
10	DOSSOU Dégboé Bernard	Bénin
11	AFOUDA-GBEHA Marcelline Claire	Bénin
12	TAGNON Robert	Bénin

JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

N°	Nom et Prénoms	Pays
1	TOE Mamadou	Burkina Faso
2	BOBY Gbaza	Côte d'Ivoire
3	COULYBALY Métaga	Mali
4	MANZO Djibrillou	Niger
5	ALIOUNE Bâ	Mauritanie
6	NDEYE Hyppolite Anquediche	Sénégal
7	EDORH Kayikpoé	Togo
8	ALAYE Grégoire	Bénin
9	ADOSSOU Victor	Bénin
10	ASSOGBA Jérôme	Bénin
11	PADONOU Eliane	Bénin
12	OKRY-LAWIN Josephine	Bénin
13	DOSSOUMON Samson	Bénin
14	FIFATIN Etienne-Marie	Bénin
15	MEGBEMADO Yves	Bénin
16	DAGBA Inoussa	Bénin
17	KINDJI Tranquillin	Bénin
18	NOUTAÏS Jacques	Bénin
19	DAOUDOU James	Bénin
20	MEDEGAN Symphorien	Bénin

JURIDICTIONS FINANCIÈRES

N°	Nom et Prénoms	Pays
1	KONE Moussa	Côte d'Ivoire
2	TRAORE Bakary	Mali
3	HODI Hassane	Niger
4	AGATTJemal Ould	Mauritanie
5	KAFANDO Victor	Burkina Faso
6	ANDO Ratou	Tchad
7	KOUDJRA Kokou	UEMOA
8	BIOKOU Justin	Bénin
9	ADJIBODOU Assomption	Bénin
10	VERA-CRUZ Jean-Georges	Bénin
11	ABOH-KPADE Jocelyne	Bénin
12	AKAKPO Maxime Bruno	Bénin
13	NOUNAGNON Timothée Abachinou	Bénin
14	GANSE Bertin	Bénin
15	AZODJILANDE Benoît	Bénin
16	AMOUSSOU Délé Antoine	Bénin
17	KOKO Dotouvi	Bénin
18	BABA-MOUSSA Ibrahim	Bénin
19	SOHINTO David	Bénin
20	COMLANVI Bertin	Bénin
21	ATIGNON Yves Luc	Bénin
22	VIDEGNON Alexis	Bénin
23	KPESSOTON Alain	Bénin
24	AÏHOU Mamère	Bénin

COMMUNICATEURS

N°	Nom et Prénoms	Pays
1	FANACHI Pierre	France
2	NDIAYE-DIAKHATE Seynabou	UEMOA
3	KOUDJRA Kokou	UEMOA
4	ALOTONOU Jean	UEMOA
5	YAYE Oumarou	Niger
6	ABOUDOU SALAMI Mama-Sani	Togo
7	YERBANGA-KABORE Germaine	Burkina Faso
8	TRIMUA Christian	Togo
9	MONSI Jean-Baptiste	Bénin
10	DOSSOUMON Samson	Bénin
11	ALABI Chitou Marouf	Bénin
12	KOSSOUHO Rémy	Bénin
13	EHOUMI Pierre	Bénin
14	SOSSA Dorothée	Bénin
15	AÏHOU H. Désiré	Bénin
16	HOLO Théodore	Bénin
17	GBEHA-AFOUDA Marcelline	Bénin
18	BOBY Gbaza	Côte d'Ivoire

COMITÉ D'ORGANISATION (AUTRES MEMBRES)

N°	Nom et Prénoms	Pays
1	CAPO-CHICHI Arsène	Bénin
2	HONVO Raoufou	Bénin
3	SAKAKINAN Aleth	Bénin
4	GBENOU Lazare	Bénin
5	KIKI Lucien	Bénin
6	DIOMANDE Issifou	Bénin
7	AZONHIHO Ingrid Issibath	Bénin
8	BELLO Khalîl	Bénin
9	HOUNMENOU Casimir	Bénin
10	BAH-LEMAM Aziz	Bénin
11	AGBIDINOUKOUN Constant	Bénin
12	GANGBE Oscar	Bénin
13	ZOKPODO Judith	Bénin
14	KOSSOUHO Alice	Bénin
15	YABI Gérard Giscard	Bénin
16	BADAROU Laurence	Bénin
17	LOKOSSOU Dorothé	Bénin
18	SACCA Désiré	Bénin
19	NOUKOUNMIANTAKIN Alexis	Bénin
20	Sécurité	Bénin
21	Sécurité	Bénin