



REVUE BURUNDAISE DE DROIT ET SOCIETE

Vol. III, N°1

décembre 2017

SOMMAIRE

AVANT-PROPOS.....3

DOCTRINE

L'accès à la justice au Burundi : le volet « Commodités d'accès » à la justice...11

Par Michel MASABO

Professeur à l'Université du Burundi, Faculté de Droit.

L'accès à la justice du consommateur lésé au Burundi : un chemin plein d'embûches.....59

Par Jean Marie BARAMBONA

Professeur à l'Université du Burundi, Faculté de droit

La reconnaissance contestable des immunités en faveur des autorités publiques pour les crimes internationaux en Afrique.....99

Par Egide MANIRAKIZA

Professeur à l'Université du Burundi, Faculté de Droit

Conceptualisation du consentement dans l'arbitrage d'investissement encadré par le CRDI.....126

Par Jean Marie BARAMBONA

Professeur à l'Université du Burundi, Faculté de Droit

Et

Anaclet NZOHABONAYO

Professeur à l'Ecole nationale d'administration

LEGISLATION

Le cadre juridique de protection des réfugiés au Burundi.....169

Par Egide MANIRAKIZA

Professeur à l'Université du Burundi, Faculté de Droit

Le système d'indemnisation des victimes des dommages corporels entraînés par des accidents causés par des véhicules automoteurs instauré par la loi n° 1/02 du 7 janvier 2014 portant Code des assurances au Burundi.....207

Par Laurent NZOSABA

Professeur à l'Université du Burundi, Faculté de Droit

Doyen de la Faculté de droit.

VARIA

« La détention avant jugement en droit burundais de la procédure pénale : la portée limitée de son caractère exceptionnel ».....232

Résumé

Par Bernard NTAHIRAJA

Professeur à l'Université du Burundi, Faculté de Droit

AVANT-PROPOS

Une fois de plus, la Faculté de droit de l'Université du Burundi a le plaisir de publier ce numéro de la Revue de droit et société. C'est le Volume III, Numéro 1. qui comprend les rubriques Doctrine, Législation et Varia. La partie « jurisprudence » qu'on trouvait dans les numéros précédents de la même revue n'y figure pas, car il y a eu beaucoup de contributions dans les parties « Doctrine » et « Législation » qui suffisaient à elles seules pour constituer la taille d'un numéro d'une revue. La partie « jurisprudence » elle va paraître dans les numéros suivants.

La Partie « Doctrine » comprend les contributions des Professeurs Michel MASABO, Jean Marie BARAMBONA, Egide MANIRAKIZA et Jean Marie BARAMBONA avec Anaclet NZOHABONAYO.

La contribution du Professeur Michel MASABO porte sur l'accès à la justice au Burundi : le volet « Commodités d'accès » à la justice. Après avoir précisé la terminologie, l'auteur essaie de répondre à la question suivante : les citoyens ont-ils vraiment accès à la justice ? La commodité d'accès à la justice se décline principalement en cinq dimensions : information suffisante des justiciables, répartition géographique rationnelle des juridictions, compétence élargie des juridictions, besoin d'une justice rapide et compréhensible, capacité à faire face aux frais relatifs au déroulement de la procédure. L'état des lieux par rapport aux composantes de la commodité d'accès à la justice a révélé que des efforts multiformes sont déployés par le gouvernement pour rendre la justice accessible à tous les citoyens ; appuyé dans cette démarche par des initiatives privées. En particulier, des réponses souvent d'ordre normatif ont été apportées aux questions qui se posent aux justiciables désireux d'accéder à la justice. Sur le chemin de

l'accès à la justice, les défis restent cependant nombreux. L'auteur termine en formulant des propositions pour lever les différents défis.

La contribution du Professeur Jean Marie BARAMBONA porte sur l'accès à la justice du consommateur lésé au Burundi : un chemin plein d'embûches. Elle fait constater que compte tenu de la vulnérabilité du consommateur au Burundi, les voies de recours traditionnelles reconnues en droit processuel burundais sont inadaptées.

Le consommateur lésé a deux options : soit il emprunte la voie extra judiciaire soit la voie judiciaire pour faire prévaloir ses droits. La première option l'amène à réclamer lui-même ses droits auprès du professionnel ou par l'entremise d'un tiers conciliateur ou médiateur. La seconde option lui permet de suivre la voie judiciaire à l'issue de laquelle le juge tranche en droit.

L'étude passe en revue ces deux options ouvertes au consommateur lésé en montrant les mérites et les limites de chaque option. Le constat qui se dégage de cette analyse est que le consommateur lésé éprouve tellement de difficultés d'accès à la justice qu'il préfère renoncer à ses droits.

A la suite de ce constat, l'étude dégage alors des propositions jugées efficaces pour un meilleur accès à la justice du consommateur lésé au Burundi. Ces propositions sont d'ordre juridique et institutionnel et tendent à éviter que le consommateur soit résigné à son sort car, la résignation entraîne la frustration et celle-ci fait perdre la confiance des consommateurs vis-à-vis non seulement des professionnels mais également des gouvernants.

La contribution du Professeur Egede MANIRAKIZA porte sur la reconnaissance contestable des immunités en faveur des autorités publiques pour les crimes internationaux en Afrique. Cette étude porte sur un sujet d'actualité dans la mesure où elle analyse la validité ou la non validité au regard du droit international de l'article 46 A bis du Statut de la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples, une juridiction ayant une compétence internationale pénale que crée le Protocole adopté à Malabo le 27 juin 2014. Cette disposition reconnaît les immunités en faveur des autorités publiques pour les crimes internationaux dans ces termes :

« Aucune procédure pénale n'est engagée ni poursuivie contre un Chef d'Etat ou de gouvernement de l'UA en fonction, ou toute personne agissant ou habilitée à agir en cette qualité ou tout autre Haut responsable public en raison de ses fonctions ». Elle a été non seulement la norme la plus controversée du Protocole de Malabo mais aussi la disposition qui a soulevé beaucoup de contestations et d'inquiétudes de la part de nombreux observateurs africains ou d'ailleurs. L'étude conclut à l'invalidité de cette disposition sur base des quatre arguments suivants.

Le premier argument qui peut être avancé pour repousser ces immunités est que dans l'histoire de la justice internationale pénale, il n'existe, contrairement au Protocole de Malabo, aucun texte constitutif d'une juridiction pénale internationale qui reconnaît les immunités en faveur des autorités officielles pour les crimes internationaux.

Le deuxième argument est que la clause d'immunité que prévoit cette disposition du Protocole de Malabo viole la Charte des Nations d'une part à travers la violation de la résolution 3(I) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 13 février 1946 et d'autre part à travers la violation de plusieurs résolutions du

Conseil de sécurité des Nations Unies alors que d'après l'article 103 de la Charte des Nations Unies, « En cas de conflit entre les obligations des membres des nations unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront ».

Le troisième argument est qu'en prévoyant ces immunités, le Protocole de Malabo viole les engagements conventionnels que les Etats africains ont antérieurement contractés dans le cadre des traités multilatéraux qui concernent non seulement les Etats africains mais aussi tous les Etats de la communauté internationale à l'instar du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale. Une telle hypothèse, appelée incompatibilité des traités, est interdite par l'article 41 de la Convention de Vienne de 1969 relative aux traités conclus entre Etats.

Le quatrième et dernier argument est que la clause d'immunité viole les objectifs et les principes directeurs de l'Union africaine et que les immunités ainsi reconnues ne feront que consacrer l'impunité des Chefs d'Etat et de gouvernement et de hauts fonctionnaires en Afrique.

La contribution des Professeurs Jean Marie BARAMBONA et Anaclet NZOHABONAYO porte sur la conceptualisation du consentement dans l'arbitrage encadré par le CRDI.

La question au cœur de cette analyse consiste à savoir comment fonctionne et s'éteint le consentement à l'arbitrage par ce centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.

En effet, l'offre de consentement de l'État partie à l'arbitrage exprimé dans la Convention CIRDI ne suffit pas pour l'engager. L'État doit spécifiquement exprimer son consentement dans un autre instrument juridique qui peut être soit

un traité bi- ou multilatéral d'investissement, soit dans une réglementation nationale relative aux investissements. L'investisseur quant à lui exprime son consentement lorsqu'il soumet sa requête d'arbitrage au CIRDI. Dans tous les cas, la manifestation du consentement des parties doit être expresse, claire et non équivoque comme le dispose l'article 25 de la convention CIRDI. C'est la condition préalable à la saisine du CIRDI.

De même, les mécanismes d'extinction du consentement à l'arbitrage CIRDI sont complexes. Le consentement peut s'éteindre en effet par la dénonciation de la convention CIRDI par l'Etat partie d'une part et la dénonciation des instruments juridiques contenant l'offre unilatérale d'arbitrage CIRDI d'autre part. En pareilles circonstances, la question qui reste posée est celle de savoir si l'investisseur étranger continue de bénéficier de la protection procédurale lui donnant l'accès à l'arbitrage d'investissement encadré par le CIRDI. L'étude montre que l'extinction du consentement à l'arbitrage CIRDI est loin d'être automatique. Les conditions dans lesquelles la convention CIRDI et l'accord d'investissement ont été dénoncés de même que le contenu de divers textes en cause restent des éléments fondamentaux pour décider du sort du consentement étatique.

La Partie « Législation » comprend les contributions des Professeurs Egide MANIRAKIZA et Laurent NZOSABA. La contribution du Professeur Egide MANIRAKIZA porte sur le cadre juridique de protection des réfugiés au Burundi. Cette étude fait une analyse du droit burundais relatif aux réfugiés afin de déterminer dans quelle mesure notre législation se conforme ou non aux standards internationaux en la matière, particulièrement les éléments fondamentaux de la législation nationale relative aux réfugiés que prévoit le HCR. Les instruments

internationaux relatifs aux réfugiés énoncent des éléments fondamentaux qui doivent figurer dans toute législation nationale car la protection des réfugiés est en premier lieu une responsabilité qui incombe aux États. Ces éléments fondamentaux sont la non-discrimination, les critères de la définition du réfugié, les procédures à appliquer pour déterminer le statut du réfugié, le non-refoulement et expulsion des réfugiés, l'entrée irrégulière et détention des réfugiés, les pièces d'identité et titres de voyage, l'accueil et assistance, les droits et les obligations des réfugiés, le rôle du HCR, la confidentialité ainsi que la reconnaissance aux réfugiés et demandeurs d'asile des droits de l'homme.

Après avoir parcouru le droit positif burundais relatif aux réfugiés sur chacun de ces éléments fondamentaux, il apparaît que de manière générale la législation burundaise contient la plupart de ces éléments fondamentaux. L'étude met en lumière cinq éléments fondamentaux qui n'ont pas été bien précisés soit partiellement soit totalement. L'étude termine en invitant le législateur burundais à enrichir le droit existant en y intégrant ces cinq éléments pour que la législation burundaise relative aux réfugiés soit conforme aux standards internationaux.

Quant à la contribution du Professeur Laurent NZOSABA, celle-ci porte sur le système d'indemnisation des victimes des dommages corporels entraînés par des accidents causés par des véhicules automoteurs instauré par la loi n° 1/02 du 7 janvier 2014 portant Code des assurances au Burundi. La finalité du présent article est d'analyser les innovations apportées par la loi de 2014 par rapport au régime antérieur.

En effet, le 7 janvier 2014, le législateur burundais a promulgué une loi portant Code des assurances. Ce texte a instauré un nouveau système d'indemnisation des victimes des dommages corporels entraînés par des accidents causés par des véhicules automoteurs. Il a remplacé le système de réparation qui avait été

introduit par le Décret-Loi n° 1/18 du 29 juin 1977 instaurant l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière des véhicules automoteurs.

En 1977, en introduisant une assurance obligatoire de responsabilité civile automobile, le législateur voulait faciliter l'indemnisation des victimes. Toutefois, l'atteinte de cet objectif était parfois rendue difficile par la mise en œuvre des conditions de la responsabilité civile basée sur la faute. L'étude montre comment les principes de droit commun de la responsabilité civile ont été dérogués par la loi de 2014 en vue d'écarter les obstacles qui se dressaient sur le chemin de l'indemnisation sous l'empire de la législation antérieure.

Grâce à l'obligation d'assurance de responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs, l'indemnisation des victimes est principalement réalisée par les assureurs opérant dans la branche responsabilité civile automobile sur le territoire du Burundi. Dans cette situation, il ne suffit pas d'assouplir les conditions de réparation des dommages subis par les personnes lésées, encore faut-il que l'industrie d'assurance dispose des moyens suffisants pour régler les sinistres causés par les assurés. L'étude analyse les dispositions qui ont été adoptées par le législateur burundais en 2014 pour répondre à cette nécessité.

Il existe des cas dans lesquels l'assurance obligatoire de responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs s'avère inefficace. Dans d'autres pays, il est instauré un fonds de garantie automobile pour compléter la protection des victimes. Cette étude montre la position du législateur burundais à ce sujet.

La dernière rubrique « Varia » contient le résumé de la thèse de Bernard NTAHIRAJA intitulée « *La détention avant jugement en droit burundais de la*

procédure pénale : la portée limitée de son caractère exceptionnel » à la Katholieke Universiteit Leuven (KUL), Faculté de Droit, Institut de droit pénal, en date du 8 novembre 2017 sous la direction du Professeur Raphael VERSTRAETEN.

C'est la deuxième thèse élaborée dans le cadre du Projet 4 du Programme de coopération universitaire institutionnelle (CUI) entre les universités belges flamandes VLIR-OUS) et l'Université du Burundi (UB).

Les équipes scientifique et de rédaction présentent leurs remerciements aux auteurs de ces articles pour leur collaboration ainsi qu'à toute personne qui a facilité la parution de ce numéro. Une mention particulière est adressée au Projet 4 du Programme de coopération universitaire institutionnelle (CUI) entre les universités belges flamandes VLIR-OUS) et l'Université du Burundi (UB), dont le soutien financier reste, comme pour les numéros précédents de la même Revue, indispensable pour cette parution.

Bonne lecture à tous !

L'équipe de rédaction.

DOCTRINE

L'ACCES A LA JUSTICE AU BURUNDI : LE VOLET « COMMODITES D'ACCES » A LA JUSTICE

Par Michel MASABO ¹

INTRODUCTION GENERALE

En novembre 2016, nous avons réalisé une étude sur le volet financier de l'accès à la justice au Burundi pour le compte de l'Association des Juristes Catholiques du Burundi². Le 22 octobre 2017, à l'occasion du cinquantenaire de la Faculté de Droit organisé sous le thème « Accès au droit et à la justice », nous avons présenté une communication intitulée : L'accès au droit et à la justice au Burundi ».

Dans le prolongement de ces activités, nous nous proposons d'approfondir la question de l'accès à la justice, qui est au cœur de l'Etat de droit. Nous partirons des données empiriques et de l'analyse des textes.

La République du Burundi se veut être un Etat de droit et l'un des principes fondamentaux de l'Etat de droit est l'existence de recours juridictionnels portés devant une autorité judiciaire indépendante. Ce principe figure à l'article 38 de la Constitution de la République du Burundi qui dispose que « Toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative à ce que sa cause soit entendue équitablement et à être jugée dans un délai raisonnable ». Le Ministère de la Justice en a fait un des principes directeurs de sa politique sectorielle 2016-

¹ Professeur à l'Université du Burundi à la Faculté de Droit.

² Voir Association des Juristes Catholiques du Burundi, Analyse du budget du Ministère de la Justice pour l'exercice 2016. Le volet financier de l'accès à la justice, novembre 2016.

2020. Toute personne doit pouvoir saisir les institutions de la Justice, se faire entendre, s'expliquer ou se faire délivrer tout acte qu'elle est en droit d'obtenir³.

Le droit d'exposer son cas devant un juge impartial est donc l'un des piliers du système judiciaire. Juridiquement, tous les citoyens ont le droit d'accéder à la justice, mais en fait y ont-ils accès ?

Pour rendre la justice accessible à la grande majorité de la population, le gouvernement du Burundi déploie des efforts multiformes et un certain nombre de réalisations peuvent être inscrites à son actif. La mise en place des tribunaux de résidence dans chaque commune en est un exemple. Des initiatives privées existent aussi.

Cependant, un certain nombre d'obstacles se dressent sur le chemin de l'accès à la justice pour tous : obstacles d'ordre matériel, d'ordre procédural, d'ordre culturel, etc. Il convient d'écarter ces obstacles pour dégager les voies d'accès à la justice.

Après avoir tracé les contours des notions de « justice » et « d'accès à la justice », nous analyserons l'état des lieux en matière d'accès à la justice sous l'aspect « commodités d'accès » à la justice et nous relèverons les défis à lever pour prétendre aux sommets de l'accès à la justice. Pour terminer, des propositions pour une justice accessible à tous seront formulées.

³ Ministère de la Justice, Politique sectorielle du Ministère de la Justice 2016-2020, Bujumbura, janvier 2016, p.13.

I. LES REPERES CONCEPTUELS

D'entrée de jeu, il convient de préciser les notions de justice et d'accès à la justice.

1. La notion de justice

La notion de justice peut être envisagée sous deux aspects : l'aspect matériel et l'aspect organique.

1.1. La justice : une activité de jugement

Toute vie en société entraîne inévitablement des contestations. Dans un Etat de droit, nul ne peut se faire justice à soi-même. L'Etat a donc organisé une activité de service public en vue de trancher les litiges entre les citoyens, entre les citoyens et l'Etat ou ses démembrements : la Justice. Cette activité est confiée à des juridictions qui doivent leur nom au fait qu'elles sont chargées de « dire le droit » (du latin *jurisdictio*).

Sous ce rapport, trois types de justice peuvent être distingués.

Il ya la justice entre les particuliers ou la **justice civile** : entre deux époux qui divorcent, entre deux particuliers dont l'un conteste une créance que l'autre lui réclame, etc.⁴

Il y a aussi la **justice pénale** dont l'objectif est de réprimer les infractions qui ont été commises.

⁴ Voir R. PERROT, *Institutions judiciaires*, 14^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2010, pp. 7-8.

Il y a aussi une **justice administrative** qui a pour trait caractéristique de juger les litiges concernant l'administration.

Enfin, il convient de signaler la justice constitutionnelle qui est juge de la constitutionnalité et interprète la constitution.

A chacun de ces types de justice correspondent des juridictions différentes. Quelles que soient leurs particularités, toutes ont pour trait commun d'être appelées à trancher les contestations au moyen d'un acte que l'on appelle un **jugement**.

1.2. L'aspect organique

Sous cet aspect, la justice est un service public de l'Etat composé essentiellement de juridictions.

1.2.1. La justice : un service public de l'Etat

La justice est un service public de l'Etat géré par un ministère, le Ministère de la Justice. Le Ministère est placé sous la responsabilité d'un Ministre qui porte le titre de « Ministre de la Justice, de la protection civique et garde des Sceaux ».

Dans l'exercice de ses fonctions, le Ministre de la Justice est assisté par de nombreux services dont l'ensemble forme ce que l'on appelle « l'administration centrale ». Actuellement, le Ministère de la Justice comporte une Direction Générale composée de deux directions : la Direction des Affaires Juridiques et du Contentieux, la Direction de l'Organisation judiciaire. A cette direction générale,

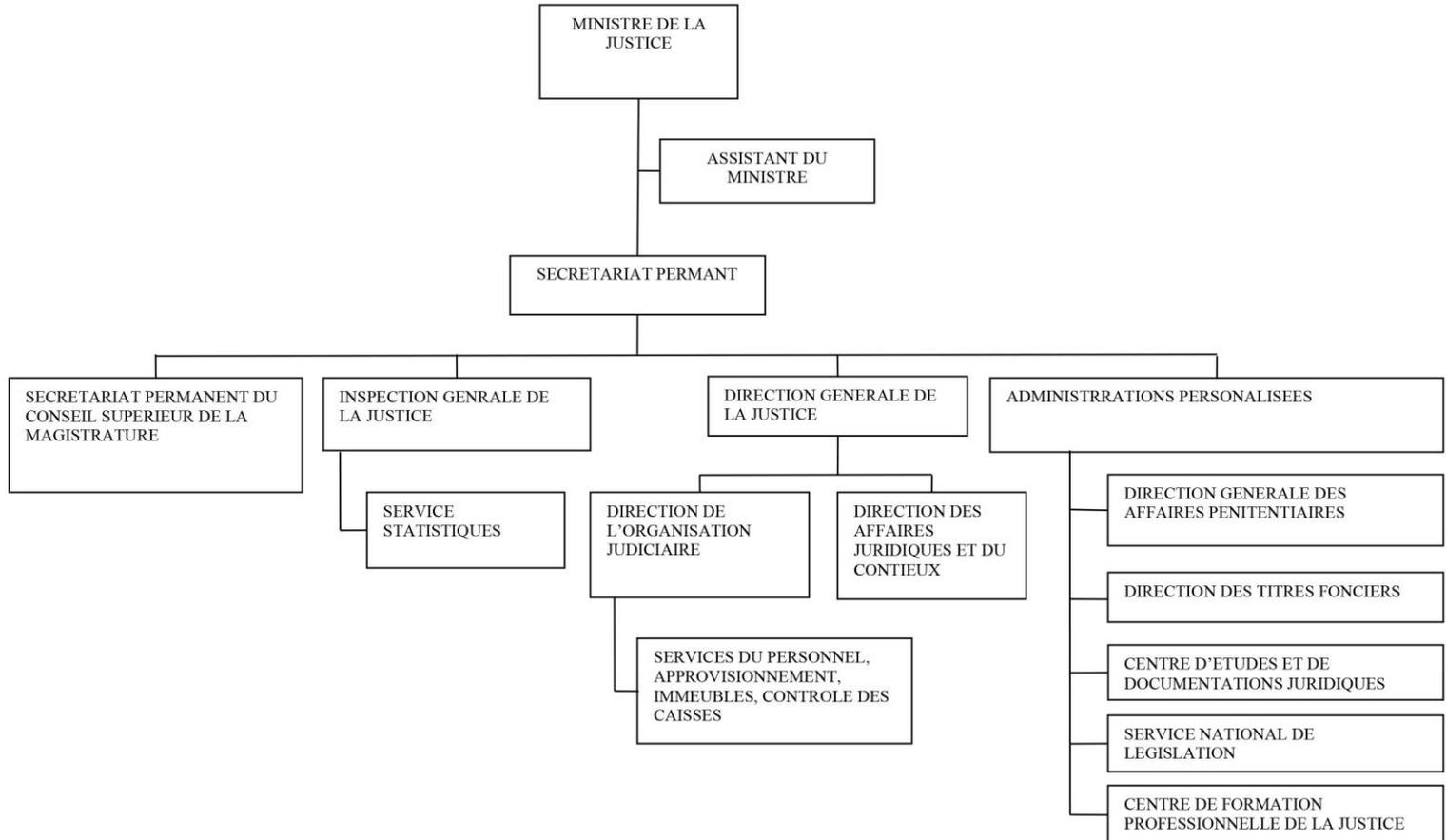
il faut ajouter d'importants services comme l'Inspection Générale de la Justice et le Secrétariat Permanent du Conseil Supérieur de la Magistrature.

On citera également les services autonomes :

- La Direction Générale des Affaires Pénitentiaires ;
- La Direction des Titres Fonciers ;
- Le Centre d'Etudes et de Documentations Juridiques ;
- Le Service National de Législation ;
- Le Centre de Formation Professionnelle de la Justice.

L'article 2 alinéa 1 du décret n° 100/122 du 28 novembre 2005 portant organisation du Ministère de la Justice ajoute à ces services les institutions juridictionnelles qui, tout en dépendant administrativement et financièrement du Ministère de la Justice, relèvent d'un autre pouvoir : le pouvoir judiciaire.

Tableau n° 1. Organigramme du Ministère de la Justice



1.2.2. La justice : ensemble d'institutions juridictionnelles

Avant de présenter les différentes juridictions, il convient de se fixer sur la terminologie.

1°. Précisions terminologiques

On appelle « **juridictions** » les organes chargés de trancher les litiges au moyen d'une décision à laquelle on donne le nom de « **jugement** ».

Le mot « **juridiction** » est un terme générique. En réalité, chaque type de juridiction porte un nom particulier selon une terminologie façonnée par les usages.

L'expression « **tribunal** » est fréquemment utilisée (tribunal de résidence, tribunal de grande instance, tribunal du travail, tribunal de commerce). Ce mot est réservé principalement aux juridictions de 1^{er} degré.

Certaines juridictions s'appellent « **Cours** » (Cour d'appel, Cour des comptes, Cour suprême).

Ce mot désigne des juridictions élevées dans la hiérarchie.

Le mot « **Conseil** » revient assez souvent (Conseil de guerre). Cette expression désigne souvent des juridictions à composition paritaire où siègent des juges qui représentent des intérêts opposés.

Enfin, le mot « **Commission** » est parfois utilisé pour désigner des juridictions de nature administrative spéciale (Commission Nationale des Terres et Autres Biens).

Les juridictions sont à la fois nombreuses et diversifiées. A travers cet ensemble disparate, il est possible de distinguer les **juridictions ordinaires** et les **juridictions spécialisées**.

2° Distinctions à faire

Deux catégories de juridictions sont à distinguer : les juridictions ordinaires et les juridictions spécialisées.

A. Les juridictions ordinaires

a) Les tribunaux de résidence

Actuellement au nombre de 134, les tribunaux de résidence occupent dans l'organisation judiciaire du Burundi une place de premier rang. Ils connaissent des affaires de moindre importance, des affaires portant sur des propriétés non enregistrées, des questions relatives à l'état et à la capacité des personnes⁵.

⁵ Article 12, Loi N°1/08 du 17 mars 2005 portant Code de l'organisation et de la compétence judiciaires, B.O.B.N° 3 quater/2005, p.5

b) Les Tribunaux de Grande Instance

Ils connaissent des infractions ou des actions dont la compétence matérielle ou territoriale n'est pas attribuée à une autre juridiction. Chaque province est dotée d'un tribunal de Grande Instance⁶.

c) Les Cours d'appel

La Cour suprême est la juridiction supérieure du second degré appelé à statuer sur les affaires déjà jugées par les tribunaux de Grande Instance, des tribunaux du travail et des tribunaux de commerce⁷.

Les cours d'appels sont au nombre de quatre et couvrent les ressorts judiciaires de Ngozi, Bujumbura, Bururi et Gitega.

d) La Cour Suprême

La Cour suprême est la plus haute juridiction du pays, placée au sommet de la hiérarchie, on l'appelle volontiers pour cette raison « Cour Suprême ». Elle est unique au Burundi.

La Cour Suprême a pour mission de veiller au respect de la règle de droit⁸.

⁶ Articles 17 et suivants, 22 et suivants, loi N°1/08 du 17 mars 2005 portant Code de l'organisation et de la compétence judiciaires, B.O.B. N° 3/quater/2005, pp.21-22

⁷ Article 35, Loi N°1/08 du 17 mars 2005 portant Code de l'organisation et de la compétence judiciaires, B.O.B. N° 3/quater/2005, pp. 21-22.

⁸ Article 1, loi N° 1/07 du 25 février régissant la Cour Suprême, B.O.B. N° 3/2005, p. 1.

B. Les juridictions spécialisées

a) Le tribunal du travail

Il connaît des contestations nées à l'occasion du travail ou concernant l'exécution de la législation sur la sécurité sociale⁹.

b) Le tribunal de commerce

Le tribunal de commerce connaît des contestations entre commerçants relatives aux actes de commerce et aux effets de commerce¹⁰.

c) Les juridictions administratives

✓ La Cour administrative

Elle connaît en règle générale de toutes les litiges administratives, sauf lorsqu'un texte lui en a ôté la connaissance pour l'attribuer à une autre juridiction.

Il sied de signaler que la chambre administrative de la Cour Suprême connaît en premier et dernier ressort des recours dirigés contre les actes réglementaires et individuels du Président de la République.

⁹ Article 42, Loi N°1/08 du 17 mars 2005 portant Code de l'organisation et de la compétence judiciaires, *B.O.B.* n° 3 *quater*/2005, p. 5.

¹⁰ Article 2, Loi N°1/26 du 15/09/2014 portant création, organisation, fonctionnement et compétence de la Cour Spéciale des Terres et autres Biens ainsi que la procédure suivie devant elle, *B.O.B.* N° 1*bis*/2006, p. 11.

Elle statue sur les autres recours prévus par des lois particulières notamment la loi sur les partis politiques¹¹.

✓ **La Cour Spéciale des Terres et Autres Biens**

Elle est compétente pour connaître des recours contre les décisions prises par la Commission Nationale Terres et autres Biens¹².

a) **Les juridictions à compétence exclusivement pénale**

✓ **La Cour militaire et le Conseil de guerre¹³**

Deux juridictions de nature militaire ont en charge d'assurer la justice militaire en temps de paix ou en temps de guerre.

✓ **La Cour anti-corruption¹⁴**

Une juridiction de nature économique : la Cour anti-corruption connaît des infractions de corruption et des infractions connexes à la corruption.

¹¹ Article 35, loi N° 1/07 du 25 février régissant la Cour Suprême, *B.O.B.* N° 3^{quater}/2005, p. 5.

¹² Article 2, Loi N°1/26 du 15/09/2014 portant création, organisation, fonctionnement et compétence de la Cour spéciale des Terres et autres Biens ainsi que la procédure suivie devant elle, *B.O.B.* N° 1^{bis}/2006, p. 11.

¹³ Décret N° 100/26 du 26 janvier 2006 portant réorganisation du Ministère de la Défense Nationale et des Anciens Combattants, *B.O.B.* N° 1^{bis}/2006, p. 11.

¹⁴ Loi N° 1/36 du 13 décembre 2006 portant création de la Cour anti-corruption, *B.O.B.* N°4/2006, p. 239.

✓ **La Haute Cour de Justice**¹⁵

Une juridiction de nature politique : la Haute Cour de Justice est compétente pour juger le Président de la République pour haute trahison, le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat, le Vice-Président de la République et le Premier Ministre pour crimes et délits commis au cours de leur mandat. Cette cour n'a pas encore été créée.

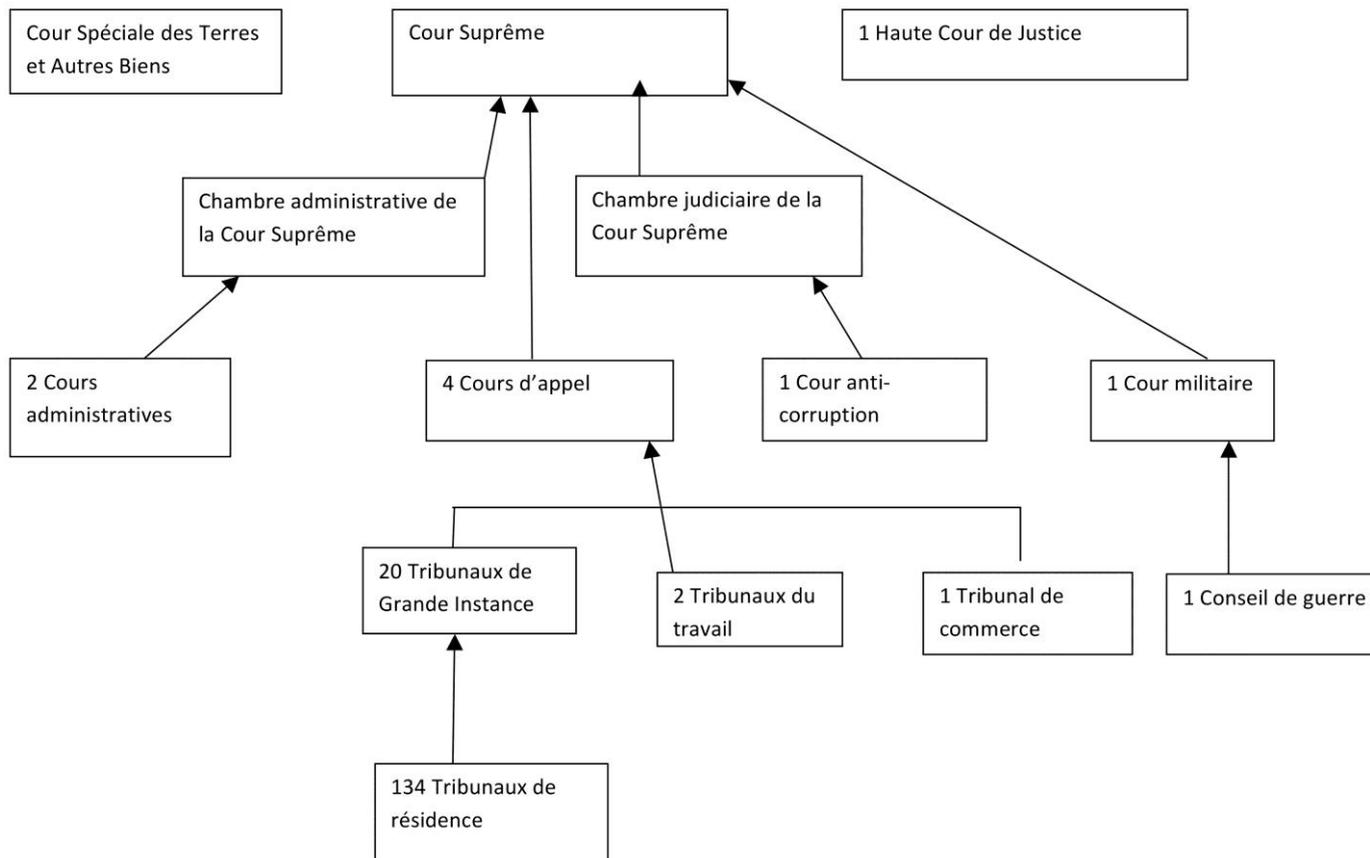
C. Une juridiction qui ne se rattache à aucune catégorie : la Cour Constitutionnelle¹⁶

La compétence de la Cour Constitutionnelle s'exerce dans le cadre précis des attributions qui lui sont conférés par la Constitution. Dans ce cadre, elle est juge de la constitutionnalité des lois et interprète la Constitution.

¹⁵ Art. 240 de la Constitution de la République du Burundi, Cabinet du Président de la République, juin 2018, p.49.

¹⁶ Article 234 de la Constitution de la République du Burundi, Cabinet du Président de la République, juin 2018, p. 47.

Tableau n° 2 : Organigramme des juridictions



L'accès à la justice s'inscrit donc au cœur du fonctionnement du système judiciaire.

2. La notion d'accès à la justice¹⁷

Au plan théorique, la notion d'accès à la justice est susceptible de plusieurs acceptions qu'il est possible de ramener à deux : l'une stricte, l'autre large.

Le droit burundais retient la conception burundaise, l'acception stricte de l'accès à la justice.

2.1. Deux acceptions au plan théorique

2.1.1. L'accès à la justice au sens strict

Au sens strict, l'accès au juge se réfère aux institutions judiciaires, c'est-à-dire les cours et tribunaux et désigne le droit d'accès au juge ou le droit au juge.

Au-delà du droit d'accès au juge, la doctrine enseigne que l'accès à la justice désigne le droit à la protection juridictionnelle. « *La liberté d'accès à la justice consiste dans le droit pour tous les justiciables de recourir à la justice afin d'obtenir la solution juridictionnelle des litiges qui les opposent* »¹⁸.

¹⁷ Pour l'ensemble de la question, voir A-P NIYONKURU, *Le droit d'accès au juge civil au Burundi*, Approche juridico-institutionnelle, Thèse, Faculté de droit, K.U. Leuven, 2016, pp. 58-69.

¹⁸ CADIET, L. et JEULAND, E., *Droit judiciaire privé*, 6^{ème} éd., Paris, Litec, 2009, p. 38.

2.1.2. L'accès à la justice au sens large

Sous cet aspect, l'accès à la justice se réfère à une diversité d'institutions appelées à trancher les litiges. Au sens large, l'accès à la justice n'est pas limité aux institutions du système formel. Diverses institutions comme l'Ubushingantahe au Burundi peuvent jouer un rôle important dans le règlement des conflits. On peut encore citer la Commission Nationale des Terres et autres biens opposant les sinistrés (...) à des tiers ou à des services publics ou privés¹⁹ ou le Centre Burundais d'Arbitrage et de Conciliation (CEBAC), une institution qui tranche par voie de conciliation, de médiation et d'arbitrage²⁰.

2.2. La conception burundaise de l'accès à la justice

Le droit burundais retient la conception stricte de l'accès à la justice. Cela découle de l'article 38 de la Constitution de la République du Burundi : *Toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit entendue équitablement et à être jugé dans un délai raisonnable* ». Ce droit s'inscrit dans les droits fondamentaux de l'individu et du citoyen consacrés par la Constitution de la République du Burundi²¹.

Cette vision se retrouve dans le document de politique sectorielle du Ministère de la Justice 2016-2020 lorsqu'il est affirmé que l'égalité des citoyens devant la loi

¹⁹ Article 4, loi N°1/01 du 04 janvier 2011 portant révision de la loi N° 1/17 du 04 septembre 2009 portant missions, organisation et fonctionnement de la Commission Nationale des Terres et autres Biens, *B.O.B.* N°1/2011, p. 5.

²⁰ Article 5, Statuts du Centre Burundais d'Arbitrage et de Conciliation.

²¹ Articles 20-61, Constitution de la République du Burundi, Cabinet du Président, juin 2018, pp. 6-11.

implique un accès égal de tous à l'institution judiciaire pour la reconnaissance de leurs droits²².

Il serait hasardeux d'examiner tous les aspects de l'accès à la justice. Un seul aspect retiendra notre attention : les commodités d'accès à la justice.

II. L'ACCES A LA JUSTICE SOUS L'ASPECT COMMODITES D'ACCES A LA JUSTICE

Autant que possible, le service public de la justice fonctionne en assurant certaines commodités d'accès à la justice.

La commodité d'accès à la justice se décline en trois dimensions : information, carte judiciaire et compétence des juridictions auxquelles on peut ajouter le besoin d'une justice rapide et compréhensible. Il convient de mentionner aussi les frais au déroulement de la procédure.

Avant de présenter les actions menées, il convient de dresser l'état des lieux par rapport à ces aspects.

²² République du Burundi, Ministère de la Justice, Document de politique sectorielle du Ministère de la Justice 2016-2020, p. 36.

1. Etat des lieux par rapport aux composantes de la commodité d'accès à la justice

1.1. L'information des justiciables

On peut noter la faiblesse de la production et de la circulation de l'information judiciaire. Peu de justiciables sont informés de l'existence des lois relatives à l'intervention de l'Etat en matière d'aide légale et d'assistance juridique en faveur des personnes incapables ou se trouvant dans l'impossibilité d'assurer elles-mêmes la défense de leurs intérêts.

Le travail judiciaire lui-même n'est pas nourri par une information soutenue, ayant trait, soit à la jurisprudence, soit à la doctrine²³.

1.2. La carte judiciaire

La localisation des juridictions sur l'ensemble du territoire national est insuffisante.

Il existe quatre cours d'appels dont la compétence territoriale correspond au ressort territorial de trois provinces au moins. Les cours d'appel statuent en matière administrative dans les ressorts où il n'existe pas de cour administrative. On peut imaginer la distance que doit couvrir un justiciable provenant de Rutana pour se rendre à Bururi.

²³ MAHAMAN TIDJANI ALOU, La justice au plus offrant. Les infortunés du système judiciaire en Afrique (autour du cas du Niger), *op. cit.*, p. 64.

Il n'y pas de standard pour la répartition géographique des tribunaux. La réforme de la carte judiciaire est une question de volonté politique. L'important est que la répartition soit rationnelle.

1.3. La compétence juridictionnelle

Déterminer quel tribunal est compétent pour être saisi d'une affaire, c'est rechercher quel est celui qui possède le pouvoir juridique d'instruire le litige et de le juger.

Le justiciable est en présence d'un grand nombre de tribunaux, entre lesquels il doit déterminer celui qui a compétence pour connaître de l'affaire. S'agissant de la compétence matérielle, faut-il saisir le Tribunal de Grande Instance ou la Cour administrative ? S'agissant de la compétence territoriale, quel tribunal de grande instance ou quelle cour administrative doit être saisie ? Si le justiciable se trompe, la procédure peut être vaine.

1.4. Le besoin d'une justice rapide et compréhensible

La justice est lente à être rendue. Le vocabulaire judiciaire est éloigné du langage courant.

1.4.1. Le besoin d'une justice rapide

1°. Le constat : une justice lente à être rendue

Souhaiter que la justice soit bien rendue implique non seulement que la décision du juge soit juridiquement correcte, mais aussi qu'elle intervienne dans un délai utile.

Il n'est pas rare de constater que les faits de la cause sont intervenus une dizaine d'années auparavant, parfois plus loin encore dans le passé.

La procédure de mise en état prévue aux articles 387 à 397 du Code de procédure civile n'y a rien changé²⁴. Encore faut-il ajouter que ces règles ne concernent que les affaires administratives. Quelles en sont les causes ?

2°. Les causes de la lenteur de la justice

Elles sont de deux ordres : matériel et juridique.

A. Les causes d'ordre matériel

Si le budget du Ministère de la Justice a sauté de 1.28% du budget général en 2006 à 2.41% en 2008, cet effort a reculé constamment les années suivantes. Les chiffres du tableau n° 4 qui suit, tirés des différentes lois de finances, montrent ce recul.

²⁴ Loi N° 1/010 du 13 mai 2004 portant Code de procédure civile, *op.cit.*, pp.43-44

Tableau n° 4 : Evolution du budget du Ministère de la Justice sur treize ans

EVOLUTION DU BUDGET DU MINISTERE DE LA JUSTICE SUR UNE PERIODE DE TREIZE ANS				
EXERCICE BUDGETAIRE	PREVISIONS DES DEPENSES TOTALES	PREVISIONS DES DEPENSES DU MINISTERE DE LA JUSTICE	POURCENTAGE PAR RAPPORT AUX DEPENSES TOTALES	
2006	417 804 791 249	5 330 433 084	1,28	
2007	445 345 226 204	9 464 668 463	2,13	
2008	520 412 233 257	12 567 393 430	2,41	
2009	848 552 527 967	15 593 128 821	1,84	Budget révisé
2010	863 059 645 685	16 783 791 868	1,94	
1011	1 026 173 387 752	15 983 655 594	1,56	
2012	1 211 741 630 296	18 076 123 657	1,49	
2013	1 389 901 957 864	22 240 801 167	2	
2014	1 411 410 301 966	18 122 260 023	1,28	
2015	1 562 917 665 790	19 576 465 225	1,25	
2016	1 260 658 064 658	17 210 807 959	1,37	
2017	1 326 833 923 450	17 909 358 543	1,34	
2018	1 388 174 793 623	20 340 374 554	1,46	

B. Les causes juridiques

La justice ne peut se fixer pour objectif primordial d'être rapide, éventuellement au mépris de la procédure. Bien qu'elle ait mauvaise réputation et que son formalisme apparaisse irritant au demandeur pressé d'obtenir le jugement, la procédure est avant tout une garantie pour le justiciable.

1.4.2. Le besoin d'une justice compréhensible

Le langage judiciaire est parfois incompréhensible pour les non-techniciens. Deux exemples illustrent cette incompréhensibilité : le vocabulaire et la rédaction judiciaires.

1°. Le vocabulaire

Il est reproché au langage judiciaire le caractère incompréhensible pour les justiciables. Le vocabulaire judiciaire s'éloigne du langage courant. Il existe des termes propres au langage judiciaire : litispendance, connexité, etc. Des mots de la langue courante sont dotés d'un sens particulier comme les termes exploit, distraction, exception²⁵.

Cependant, pour la majorité de la population, les débats et les écrits sont en Kirundi. Ici la difficulté se déplace, elle se situe dans la complexité des règles substantielles du fonctionnement de la Justice.

²⁵ S. GUINCHARD *et al.*, *op .cit.*, p. 268.

2°. La rédaction judiciaire

La rédaction des jugements elle-même a un style particulier. La partie des motifs est rédigé sous forme d'« attendus » ou de « considérants ». Ce mode de rédaction n'est pas en soi un obstacle à l'intelligibilité du jugement. L'obscurité vient de la longueur des phrases, des utilisations archaïques ou elliptiques²⁶.

1.5. La couverture de certains frais de justice par les plaideurs

Si les plaideurs ne paient pas leurs juges, tout procès entraîne d'autres frais. Ce sont les honoraires et émoluments des auxiliaires de la justice qui ont apporté leur concours : avocats, experts. Il est normal que les auxiliaires de la justice qui offrent leurs temps et leur talent aux plaideurs qui se confient à eux soient rémunérés. Cette rémunération qui s'ajoute à divers autres frais représente parfois des sommes importantes qui dépassent les possibilités des plaideurs.

2. Les palliatifs aux carences en matière de commodités d'accès à la justice

Des efforts sont déployés pour pallier les carences dans différents domaines.

2.1. Les efforts dans l'information des contribuables

Il faut se féliciter des initiatives publiques et privées en la matière.

²⁶ S. GUINCHARD *et al.*, *op. cit.*, p. 270.

2.1.1. Les initiatives publiques

1°. Un effort dans la diffusion des textes législatifs et réglementaires

Le Bulletin Officiel du Burundi (B.O.B.) est régulièrement publié. Le problème qui se pose est le nombre limité des abonnés en raison notamment du coût, qui sans être trop élevé, rend le B.O.B. financièrement inaccessible. La culture de l'oralité, qui n'a pas encore disparu, constitue également un obstacle à l'abonnement au B.O.B.

2°. L'élaboration d'un guide des usagers de la justice

En plus des informations fournies par les greffes, un guide des usagers de la justice a été élaboré.

2.1.2. Les initiatives privées

Des initiatives privées se proposent d'accueillir les justiciables, de les orienter et de leur donner parfois des conseils élémentaires, au besoin de les dissuader d'engager des actions vouées à l'échec. On peut citer à titre d'exemple le travail fait par l'Association des Femmes Juristes du Burundi (A.F.J.B.).

2.2. Un problème partiellement résolu : l'accessibilité géographique

Il y a 134 tribunaux de résidence implantés dans 119 communes que compte le pays à raison d'un tribunal de résidence par commune, exception faite de quatre communes rurales²⁷ et des trois communes urbaines qui en compte plus d'un²⁸.

On peut y ajouter le programme d' « itinérance » auquel des crédits sont alloués chaque année. Pour l'exercice 2018, l'allocation est de 21.376.000 FBU.

2.3. L'assouplissement des règles de compétence

Deux exemples peuvent illustrer cette solution : l'élargissement de compétence et la règle « le juge de l'action est juge de l'exception ».

2.3.1. L'élargissement de compétence

On admet qu'une juridiction de droit commun puisse bénéficier d'un élargissement de **compétence**. Ainsi, dans les ressorts des tribunaux de grande instance où il n'est pas encore créé de tribunal du travail ou de tribunal de commerce, les actions relevant de leur compétence sont jugées par le tribunal de grande instance, statuant en matière sociale ou commerciale²⁹. De même, dans les ressorts des cours d'appel où il n'est pas encore créé une cour administrative, les

²⁷ Il s'agit des communes Matongo, Musongati et Rusaka qui comptent deux tribunaux de résidence chacune et de la commune Musigati qui en compte trois.

²⁸ Les trois communes urbaines à savoir Muha, Mukaza et Ntahangwa, ont gardé les 13 tribunaux de résidence que comptaient les anciennes communes urbaines.

²⁹ Articles 44 et 56, Loi N°1/08 du 17 mars 2005 portant Code de l'organisation et de la compétence judiciaires, *B.O.B.* N°3 *Quater*/2005, pp. 5 et 6.

actions relevant de sa compétence sont jugées par les cours d'appel statuant en matière administrative³⁰.

2.3.2. La règle « le juge de l'action est le juge de l'exception »

Elle se traduit par une extension de la compétence du tribunal saisi du litige principal, qui peut connaître du problème accessoire qui vient se greffer sur celui-ci, sauf si ce litige annexe relève de la compétence exclusive d'une autre juridiction.

2.4. Les palliatifs à la lenteur et à l'inintelligibilité judiciaires

2.4.1. Les palliatifs à la lenteur

Diverses mesures émanant du législateur peuvent être citées.

1°. La procédure de référé

A. Rappel de la notion de référé

Le référé est une procédure d'urgence tendant à obtenir du juge toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation ou que justifie l'existence d'un différend. On qualifie de référé une procédure semblable tendant à obtenir du juge des mesures conservatoires ou la remise en état du dossier, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

³⁰ Article 66, Loi N°1/08 du 17 mars 2005 portant Code de l'organisation et de la compétence judiciaires, *B.O.B.N°3 Quater/2005*, p. 8.

B. La procédure de référé au Burundi

Au Burundi, l'urgence apparaît comme étant la condition du recours à la procédure de référé. C'est ce qui ressort de l'article 162 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile qui dispose que « Dans les cas d'urgence, le juge peut ordonner, en référé, toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation ou que justifie l'existence d'un différend. Ce pouvoir s'étend à toutes les matières où il n'existe pas de procédure spéciale d'urgence ».

La loi n°1/01 du 16/1/2005 portant révision de la loi n° 1/07 du 26 avril 2010 portant Code de commerce introduit une procédure de référé qui suppose l'existence d'un risque de dommage imminent ou d'un trouble manifestement illicite. Aux termes de l'article 259, alinéa 3 du Code de commerce, « Le président du tribunal de commerce peut (...) ordonner toutes les mesures conservatoires ou la remise en état du dossier, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un fait manifestement illicite ».

2°. Le développement des formes amiables de règlement des litiges et limitation de voies de recours

En matière de différends de travail, la procédure de règlement amiable devant l'inspecteur du travail évite que les tribunaux soient submergés par les requêtes dont la solution est souvent relativement simple³¹.

En matière de contentieux fiscal, un recours préalable obligatoire est introduit devant le Commissaire Général avant toute instance contentieuse³².

³¹ Article 89, Décret-loi N°1/037 du 07 juillet 1993 portant révision du Code du travail du Burundi, B.O.B.N°93, p.483

3°. L'accélération des jugements

Différentes techniques peuvent permettre d'accélérer les jugements.

A. L'introduction du « juge unique »

Il convient de distinguer la compétence des tribunaux de résidence à « juge unique » et la compétence des tribunaux de grande instance à « juge unique ».

a) La compétence des tribunaux de résidence à « juge unique »

Cette compétence s'exerce en matière répressive et en matière civile. En matière pénale, l'article 9 de la loi n° 1/08 du 17 mars 2005 portant code de l'organisation et de la compétence judiciaires prévoit que les tribunaux de résidence connaissent à juge unique, assisté d'un greffier, des contraventions et des infractions au code de la route (...). En matière civile, l'article 13 de la même loi dispose que les tribunaux de résidence connaissent, à juge unique assisté d'un greffier :

- des contestations ou demandes dont le montant ne dépasse pas 300.000 francs ;
- des matières gracieuses ;
- des litiges découlant de l'exécution des jugements qu'ils ont rendus.

³² Article 69, Loi N° 1/18 du 06 septembre 2013 relative aux procédures fiscales, B.O.B. N°9/2013, p.1257

b) La compétence des tribunaux de grande instance à « juge unique »

Cette compétence s'exerce également en matière répressive et en matière civile. En matière pénale, les tribunaux de grande instance connaissent à juge unique, assisté d'un officier du Ministère public et d'un greffier, des infractions de vol simple et d'émission de chèques sans provision (...). En matière civile, l'article 23 du code de l'organisation et de la compétence judiciaires dispose qu' « au premier degré, les tribunaux de grande instance connaissent, à juge unique, assisté d'un greffier, de toutes contestations ou demandes relatives au contrat de bail, des affaires civiles où il y a titre authentique, promesse reconnue ou jugement antérieur coulé en force de chose jugée, des matières gracieuses et des litiges nés de l'exécution des jugements qu'ils ont rendus.

B. La division des juridictions en plusieurs formations de jugement: « les chambres »

Juridiquement, on est en présence d'un seul et même tribunal, mais en le divisant en chambres, on a l'équivalent pratique d'un nombre égal de juridictions distinctes, tout en maintenant l'unité des moyens. C'est le cas de la Cour suprême qui est constitué d'une chambre judiciaire, d'une chambre administrative, d'une chambre judiciaire et d'une chambre de cassation³³.

³³ Article 2, Loi N° 1/07 du 25 février 2005 régissant la Cour suprême, *B.O.B.* N° 3 *Quater*/2005, p. 1.

C. L'introduction de la procédure de mise en état

La désignation d'un conseiller rapporteur à la Chambre administrative de la Cour suprême³⁴ ou d'un conseiller de mise en état à la Cour administrative³⁵ permet théoriquement d'accélérer la procédure de jugement puisque ces magistrats procèdent à l'instruction avant l'audience publique.

D. L'allègement de la tâche d'une juridiction

Deux exemples peuvent illustrer cette situation.

a) L'allègement de la Cour suprême

Jusqu'en 2014, la Cour suprême siégeant en chambre de cassation connaissait des pourvois formés contre les jugements et arrêts ou contre toutes autres décisions à caractère juridictionnel rendus en dernier ressort par les cours et tribunaux et les autres chambres instituées en son sein et statuant au fond ou en préjugeant³⁶.

La loi organique n° 1/17 du 15 mai 2014 a supprimé le pourvoi en cassation contre les jugements rendus dans les affaires relatives aux terres rurales et a donné compétence aux cours d'appel de connaître en dernier ressort des recours contre

³⁴ Article 114, Loi N° 1/07 du 25 février 2005 régissant la Cour suprême, *B.O.B.* N° 3 *Quater/2005*, p. 14.

³⁵ Articles 387, 388, Loi N° 1/010 du 13 mai 2004 portant Code de procédure civile, *op. cit.*, p. 43.

³⁶ Article 37, Loi N° 1/07 du 25 février 2005 régissant la Cour Suprême, *op.cit.*, p.5.

les jugements rendus au second degré par les tribunaux de grande instance dans les affaires relatives aux terres rurales³⁷.

b) L'allègement du Tribunal de Grande Instance

La loi n° 1/26 du 15 septembre 2014 portant création, organisation, composition et fonctionnement de la Cour Spéciale Terres et Autres Biens ainsi que la procédure suivie devant elle donne compétence à la CSTB pour connaître les recours contre les décisions de la CNTB.

Il convient de rappeler que l'article 23 de la loi n° 1/31 du 31/12/2013 portant révision de la loi n° 1/01 du 4 janvier 2011 portant mission, composition organisation et fonctionnement de la Commission Nationale des Terres et Autres Biens avait transféré la compétence en matière foncière à la Cour Spéciale Terres et Autres Biens avant sa création.

2.4.2. Les palliatifs à l'inintelligibilité

La justice est un service public, donc une activité de l'Etat au profit des justiciables. Il est nécessaire que la réponse donnée au justiciable soit rédigée avec une clarté suffisante pour que ce dernier comprenne la réponse à la question posée.

³⁷ Article 2, Loi organique N° 1/17 du 17 mai 2014 portant suppression du pourvoi en cassation devant la Cour suprême et attribution de compétence aux cours d'appel pour les affaires relatives aux terres rurales, *B.O.B.* N°5/2014, p. 748.

Il y a un effort dans la rédaction des jugements en kirundi et dans un langage facilement compréhensible. L'article 5, alinéa 1 de la Constitution de la République du Burundi dispose que « Tous les textes législatifs doivent avoir leur version en kirundi ».

En matière procédurale, il faudrait aller plus loin et poser une règle qui imposerait que les jugements soient rendus en kirundi.

2.5. L'appui financier

2.5.1. Un effort dans l'assistance judiciaire

Il existe un budget alloué au fonds d'aide judiciaire. Le montant est certes modique (4.600.000 francs burundais), mais la volonté existe.

2.5.2. La gratuité des actes de justice

On peut citer à titre d'exemple l'article 190, alinéa 4 du Code du travail qui dispose que « l'ensemble de la procédure en matière de différends du travail est gratuit... ».

Pour remplir correctement sa mission, la justice doit être accessible. Par rapport aux commodités d'accès à la justice, des réponses souvent d'ordre normatif ont été apportées aux questions qui se posent au justiciable qui cherche à accéder à la justice.

Il reste que les défis à lever pour l'accès de tous à la justice sont innombrables. Des pistes de solutions aux problèmes posés seront tracées.

III. PROPOSITIONS POUR UNE JUSTICE ACCESSIBLE A TOUS LES CITOYENS

Avant de formuler les propositions, il convient d'indiquer les principaux défis à lever.

3.1. Les défis

Sans prétendre dresser une liste exhaustive, on peut relever neuf catégories de défis.

1.1. L'insuffisance des ressources

Le budget du Ministère de la Justice reste faible. Il représente moins de 2 % du budget général. Consommé par les salaires, il laisse peu de place aux moyens de fonctionnement nécessaires à l'accomplissement des tâches administratives les plus élémentaires : déplacement, équipement matériel. Ce n'est pas sans conséquence sur l'exécution du service public de la justice qui reste compromise ou détournée de ses buts essentiels.

1.2. Le coût de la justice

Même sans considérer le problème de l'accès aux services d'un avocat, le coût de la justice reste un obstacle important à l'accès à la justice pour de nombreux burundais.

Officiellement, la justice est gratuite dans la mesure où le justiciable ne rémunère pas les prestations des juges et des agents de l'ordre judiciaire. Cela ne suffit pas.

Outre l'absence d'un texte consacrant le caractère gratuit de la justice au Burundi, les articles 399 et 400 du Code de procédure civile³⁸ subordonnent l'inscription d'une affaire au rôle à la consignation par le demandeur, des frais de justice. Il est prévu que cette somme sera remboursée si le demandeur gagne le procès.

Cependant, il ne pourra pas engager le procès sans consigner, à moins qu'il présente une attestation d'indigence délivrée par l'administrateur communal, indiquant que l'intéressé n'a pas de revenus suffisants pour couvrir la provision des frais de justice auquel cas tous les actes lui sont délivrés en débet.

Les justiciables dépourvus de moyens pécuniaires suffisants pour consigner se trouvent exclus de la justice.

1.3. La persistance des inégalités

Il s'agit surtout des inégalités de fait. D'aucuns prétendent que l'égalité juridique des hommes n'est qu'une fiction qui ne tient pas devant l'inégalité de fait des conditions économiques, culturelles et sociales.

Il apparait effectivement que le rapport à la justice dépend du poids social et économique et des relations que l'utilisateur peut mobiliser et mettre à profit dans l'appareil judiciaire. Le justiciable commun accède difficilement à la justice contrairement à l'utilisateur cultivé et bien placé.

Les inégalités de fait ne seront pas éliminées facilement tant que le tissu économique ne permettra pas aux justiciables de disposer de revenus leur permettant d'accéder au tribunal et à son jugement. L'analphabétisme est un autre obstacle de fait à l'accès à la justice. Les règles de procédure et leurs subtilités échappent à la grande majorité de la population analphabète.

1.4. Le déficit dans l'information des justiciables

L'information judiciaire peut être produite et mise en circulation, son accès est rendu impossible par l'analphabétisme. Le futur justiciable ne sachant ni lire ni écrire ne possède la moindre notion du système des juridictions et de la manière de s'adresser à elles.

Les contribuables pouvant lire et comprendre le Code de l'organisation et de la compétence judiciaires se trouvent dans une meilleure situation. Les contribuables capables de payer les services d'un avocat sont de loin favorisés³⁹.

1.5. Le déficit dans la formation des justiciables et des juges

L'enseignement, même élémentaire des institutions de la justice est absent du programme d'enseignement. Pas plus que le futur citoyen n'est instruit des rouages fondamentaux des institutions politiques de son pays, le futur justiciable ne possède en général, la moindre notion du système des juridictions et de la manière de s'adresser à elles.

Le juge lui-même ne peut perfectionner son activité sans formation suffisante et continue. Or, les tribunaux de résidence par exemple ne sont pas encore dans leur totalité dotées de magistrats justifiant de compétences requises. Par ailleurs, si l'on considère la spécialisation croissante des litiges, le juge est souvent démuné face à la complexité des affaires qu'il traite. Les juges des juridictions spéciales telles que la Cour Spéciale des Terres et Autres Biens se retrouvent dans cette situation. Pour l'exercice 2018, les subsides au Centre de Formation Professionnelle de la Justice d'un montant de 91.052.430 FBU sont insuffisants.

1.6. L'insuffisance de la couverture judiciaire

L'accès à la justice est peu équitable. On note une concentration des juridictions dans la capitale, puis dans les centres urbains provinciaux.

³⁹ Voir la loi N° 1/010 du 13 mai 2004 portant Code de procédure civile, *op.cit.*, p.44

En matière de contentieux administratif, social et commercial, la carte judiciaire est des plus irrationnelles. Pour tout le ressort territorial du pays, il y a deux cours administratives, deux tribunaux du travail et un tribunal de commerce⁴⁰. Fort heureusement, les tribunaux ordinaires de ces ressorts prennent le relais⁴¹.

1.7. Les lenteurs de la justice

Le besoin d'une justice rapide est admis par la Constitution de la République du Burundi dont l'article 38 dispose que « toute personne a droit (...) à ce que sa cause soit entendue équitablement et à être jugée dans un délai raisonnable ».

En matière pénale, l'exigence de la célérité est soulignée par l'article 259 alinéa 2 du Code de procédure pénale selon lequel les jugements sont prononcés aussitôt après la clôture des débats et au plus tard dans les trente jours qui suivent la prise en délibéré du dossier. Cette règle est également valable en matière civile⁴².

Cependant, l'obligation de statuer dans un délai raisonnable n'est pas respectée. Des remises d'audiences publiques dépassent largement celles qui sont prévues par la loi alors qu'en matière civile, le nombre de remises ne peut être supérieur à trois sauf accord des parties⁴³.

⁴⁰ S. GUINCHARD *et al.*, *Institutions juridictionnelles*, 10^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2009, p.257.

⁴¹ Le problème est partiellement résolu. Les litiges de la compétence des cours administratives sont jugés par les cours d'appel. Les litiges de la compétence des tribunaux du travail et des tribunaux de commerce sont jugés par les tribunaux de grande instance.

⁴² Article 124, loi N° 1/010 du 13 mai 2004 portant Code de procédure civile, B.O.B. N° 5/bis/2004, p.16.

⁴³ Article 85, alinéa 2, loi N° 1/010 du 13 mai 2004 portant Code de procédure civile, *idem*, p.12.

1.8. L'hermétisme du langage judiciaire

Il y a un attachement excessif aux traditions qui aboutit à la survivance dans le vocabulaire judiciaire de termes tombés en désuétude dans la langue courante, qui compliquent inutilement la lecture des actes judiciaires.

Il existe un « style du palais » qui déconcerte souvent le justiciable. Par exemple, les textes applicables figurent dans les « visas », les motifs apparaissent sous forme de « **considérants** » ou d'« **attendus** ».

1.9. La corruption

La justice, dans son fonctionnement quotidien, est gangrénée par une corruption qui ne cesse de prendre de l'ampleur, au vu et au su des pouvoirs publics, incapables de faire face au développement du phénomène.

Déjà en 1990, Jean du Bois de GAUDUSSON relevait que l'une des maladies dont souffre la justice dans les Etats d'Afrique francophone est la corruption : « La justice est l'objet de nombreux procès qui tous s'accordent sur un acte d'accusation étoffé, sévère et sans appel : absence d'un pouvoir judiciaire indépendant, subordination de la justice au pouvoir politique, vénalité des juges, insuffisance et inadéquation de la formation des magistrats, misère financière et documentaire des tribunaux, excessif juridisme des règles et procédures, éloignent

de l'appareil judiciaire par rapport à la population [...] »⁴⁴. Ce constat reste d'actualité.

D'après l'index de perception de la corruption de *Transparency International* édition 2014, le Burundi est l'un des pays les plus corrompus du monde et le plus corrompu des pays membres de la Communauté d'Afrique de l'Est. Sur un classement de 174 pays, le Burundi occupe le 159^{ème} rang. L'un des secteurs les plus touchés est la justice⁴⁵.

Une réflexion nationale relève qu'entre 80,3% et 92,9% des usagers de la justice burundaise estiment que les juges sont corrompus⁴⁶.

Après ce diagnostic, la justice donne l'impression d'une institution en crise. Peut-on changer cette situation ? Assurément, mais à condition qu'une forte volonté se manifeste pour la renaissance de la justice. Dans cette perspective, des pistes ont été tracées.

2. Les propositions

Les différents éléments viennent comme une réponse aux défis relevés ci-dessus⁴⁷.

⁴⁴ J. du Bois de GAUDUSSON, *Le statut de la justice dans les Etats d'Afrique francophone*, Afrique contemporaine, n° 156, 4^{ème} trimestre 1990, p.6, cité par MAMADHAN TIDJANI ALOU, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁵ International Alert Gradis, *Le phénomène de la corruption au Burundi : révolte silencieuse et résignation*, Bujumbura, mars 2007, p. 14.

⁴⁶ Ministère de la Justice, *Les défis de la justice de proximité au Burundi. Système de la réflexion nationale de 2011. Analyse et rédaction : Dominik KOHLHAGEN*, Bujumbura, décembre 2011, p. 18.

⁴⁷ Voir *supra*, p.p. 22.25.

2.1. Une proposition d'ordre général : l'augmentation des allocations budgétaires du Ministère de la Justice

L'analyse de l'évolution du budget du Ministère de la Justice a montré que les allocations budgétaires du Ministère étaient faibles par rapport au budget général de l'Etat. Sur la période de 2006 à 2018, il n'a atteint 2% qu'en 2007, en 2008 et en 2013.

Point n'est besoin de rappeler la fonction de la justice qui est d'assurer les régulations sociales essentielles. Avec une dotation budgétaire de 1,3% en moyenne du budget général, le service public de la justice est incapable de réaliser ses tâches.

Un effort supplémentaire est donc nécessaire pour accroître les crédits budgétaires alloués au Ministère de la Justice pour améliorer l'accès à la justice dans ses composantes :

- Aide légale ;
- Information des contribuables ;
- Formation du personnel judiciaire ;
- Itinérance.

2.2. Un remède pour éviter la prise en charge des frais du procès par des justiciables démunis : la généralisation de l'aide juridique

La généralisation de l'aide juridique permettrait à des personnes démunies de ressources suffisantes d'être dispensées d'avoir à payer les frais et honoraires des auxiliaires de justice dont le concours est nécessaire pour obtenir certains conseils en marge de tout procès, ou le cas échéant, pour plaider ou transiger devant les

tribunaux. Pour le bénéficiaire de l'aide juridique, la justice sera pleinement gratuite⁴⁸.

2.3. Un remède aux inégalités sociales et culturelles : le renforcement de l'aide technique

Les inégalités sociales et culturelles sont fortement réduites par l'intervention d'organismes et de groupements apportant aux plaideurs, leur aide technique.

2.4. Un accès géographique au juge plus facile

Du point de vue géographique, des efforts doivent être déployés pour réaliser ce que l'on appelle la « justice de proximité », afin que chaque plaideur puisse trouver non loin de chez lui un juge facilement accessible.

Dans le même ordre d'idées, une « justice itinérante » devrait permettre d'aller au-devant des justiciables⁴⁹. Un tribunal pourrait avoir des « antennes locales », plus proches des justiciables, lesquels ne seront pas obligés de se rendre au siège du tribunal lui-même.

On a déjà évoqué le cas des cours d'appel dont la compétence couvre le ressort de trois provinces. Il y a donc nécessité de procéder à une nouvelle répartition géographique des compétences, pour rapprocher la justice des justiciables.

⁴⁸ R.PERROT, Institutions judiciaires, *op.cit.*, p.71

⁴⁹ Pour l'exercice 2018, le programme d'itinérance a reçu une allocation de 21.376.000 francs

2.5. Une mise en place d'un meilleur dispositif d'information des justiciables

Par manque d'information, les justiciables sont déroutés ou perdent des procès par ignorance. En plus du guide de l'utilisateur, un dispositif d'information multiforme (émissions radiotélévisées, fiches, brochures, internet...) devrait être mis en place.

2.6. Une formation élémentaire des justiciables et une formation poussée des juges

Le programme d'éducation à la citoyenneté devrait intégrer une information sur le fonctionnement de la justice.

L'application du Code pénal, du Code foncier, du Code des personnes et de la famille, etc. requiert des connaissances plus étendues que celles dont sont nanties aujourd'hui les juges des tribunaux de résidence.

2.7. Des mesures inspirées par des préoccupations de célérité de la justice

Des axes de réflexion : diminution du nombre des instances, accélération des jugements, etc. ont été indiqués. On pourrait y ajouter le recours aux nouvelles techniques de l'information.

Toutes les mesures prises n'ont d'intérêt que dans la mesure où la loi est strictement respectée. La procédure de mise en état introduite dans le règlement du contentieux administratif n'a rien changé en ce qui concerne l'instruction des affaires. L'instruction juridictionnelle, tributaire du comportement des justiciables dure plus de trois mois.

2.8. Une réduction de l'obscurité du langage judiciaire

La langue du Palais doit être intelligible au plus grand nombre.

La justice est un service public, donc une activité exercée par l'Etat au profit des usagers, qui sont les justiciables. Si l'on peut s'accommoder de la technicité des actes de procédure qui n'intéressent que les praticiens du droit, il est nécessaire que la réponse donnée par le service public à l'utilisateur, c'est-à-dire le jugement, soit rédigée avec une clarté suffisante pour que le justiciable comprenne la réponse à la question posée et les raisons pour lesquelles il lui a été donné tort ou raison.

2.9. Le développement d'une justice saine

La mise en place d'un cadre normatif et institutionnel de lutte contre la corruption⁵⁰, les discours hypocrites et quelques mesures cosmétiques ne suffisent pas pour éradiquer le phénomène de corruption.

S'agissant de la justice, des actions réformatrices doivent être envisagées pour notamment :

- rendre le pouvoir judiciaire indépendant ;
- améliorer les conditions matérielles de travail des magistrats ;
- améliorer la formation scientifique et éthique des magistrats ;
- réprimer sévèrement les pratiques corruptives.

Il faut donc une volonté politique sans laquelle toute initiative est vouée à l'échec.

⁵⁰ Voir la loi N°1/12 du 18 avril 2006 portant mesures de prévention et de répression de la corruption et des infractions connexes, *B.O.B.* N° 4/2006, pp. 236-246 ; loi N°1/36 du 13 décembre 2006 portant création de la Cour anti-corruption, *B.O.B.* N° 12/2006, p. 1746 ; loi N° 1/37 du 28 décembre 2006 portant création, organisation et fonctionnement de la Brigade Spéciale anti-corruption, *B.O.B.* N° 12/2006, pp. 1786-1788.

CONCLUSION GENERALE

Envisagée sous l'aspect matériel, la justice est une activité de service public organisée par l'Etat en vue de trancher les litiges entre les citoyens, entre les citoyens et l'Etat ou ses démembrements.

Sous l'aspect organique, la justice est un service public de l'Etat composé essentiellement de juridictions.

Envisagée sous l'aspect matériel ou sous l'aspect organique, la justice doit être d'un accès facile pour tous.

Les commodités d'accès à la justice ont été prises en considération sous plusieurs aspects.

En ce qui concerne la justice de proximité, la couverture judiciaire est satisfaisante. Cent trente quatre (134) tribunaux de résidence sont implantés dans les 119 communes du pays à raison d'un tribunal de résidence par commune. Les communes Matongo, Musongati et Rusaka comptent chacune deux tribunaux de résidence, la commune Musigati en compte trois. Les trois communes urbaines ont gardé les 13 tribunaux de résidence que comptaient les anciennes communes urbaines.

Dans le souci d'assouplir les règles de compétence, on admet qu'une juridiction de droit commun puisse bénéficier d'un élargissement de compétence. Ainsi les actions en matière sociale et du travail sont jugées par les tribunaux de grande instance dans les ressorts où il n'y a pas de tribunal de travail. Les cours d'appel

connaissent des actions en matière administrative dans les ressorts où il n'y a pas de Cour administrative. La règle « le juge de l'action est le juge de l'exception » s'applique.

Différentes techniques permettent de pallier les lenteurs de la justice et d'accélérer les jugements : la procédure de référé, le développement des formes alternatives de règlement des litiges et la limitation des voies de recours, la création des juridictions à juge unique, la division des juridictions en plusieurs formations de jugement, la procédure de mise en état, l'allègement de la tâche de certaines juridictions.

Si des réponses souvent d'ordre normatif ont été apportées aux questions qui se posent au justiciable qui cherche à accéder à la justice, les défis restent nombreux.

Même s'ils ne payent pas leurs juges, les plaideurs supportent d'autres frais, notamment les frais relatifs au déroulement de la procédure et les frais de défense.

Les réponses normatives aux questions posées par l'accès à la justice n'ont pas résolu tous les problèmes.

L'information judiciaire ne circule pas comme il faut. La couverture judiciaire n'est pas totale. L'obligation de statuer dans un délai raisonnable n'est pas toujours respectée. Les juridictions statuent dans une langue que le justiciable ne comprend pas toujours.

Dans son fonctionnement quotidien, la justice souffre toujours de la corruption.

Des propositions tendant à améliorer l'accès du service de la justice ont été formulées en neuf points. Il faudrait :

- augmenter les allocations budgétaires ;
- généraliser l'aide juridique ;
- réduire la distance entre le juge et son justiciable ;
- mettre en place un meilleur dispositif d'information des justiciables ;
- former les justiciables et les juges ;
- revoir la répartition territoriale des juridictions ;
- appliquer strictement les textes ;
- réduire l'obscurité du langage judiciaire ;
- lutter résolument contre la corruption.

BIBLIOGRAPHIE

I. TEXTES LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES

1. Décret-loi n° 1/037 du 037 du 07 juillet 1993 portant révision du Code du Travail, *B.O.B.* n° 9/93, pp. 451-539.
2. Loi n° 1/001 du 29 février 2000 portant réforme du statut des magistrats, *B.O.B.* N°2/2000, pp.149-163.
3. Loi n° 1/01 du 13 mai 2004 portant Code de procédure civile, *B.O.B.* n° 5 *bis*/2004, pp. 1-45.
4. 4. Loi n° 1/07 du 25 février 2005 régissant la Cour suprême, *B.O.B.* n°3 *Quater*/2005, pp.1-19
5. Loi n° 1/08 du 7 mars 2005 portant Code de l'organisation et de la compétence judiciaires, *B.O.B.* n° 3 *Quater*/2005, pp.19-37
6. Décret n° 100/26 du 16 janvier 2006 portant réorganisation du Ministère de la Défense Nationale et des Anciens Combattants, *B.O.B.* n° 1/*bis*/2006, pp.7-20
7. Loi n° 1/12 du 18 avril 2006 portant mesures de prévention et de répression de la corruption et des infractions connexes, *B.O.B.* n° 4/2006, pp.236-246
8. Loi n° 1/36 du 13 décembre 2006 portant création de la Cour anti-corruption, *B.O.B.* n° 12/2006, p.1746
9. Loi n° 1/37 du 28 décembre 2006 portant création, organisation et fonctionnement de la Brigade Spéciale Anti-Corruption, *B.O.B.* n° 12/2006, pp.1786-1788
10. Loi n° 1/01 du 04 janvier 2011 portant révision de la loi n° 1/17 du 04 septembre 2009 portant mission, organisation et fonctionnement de la

Commission Nationale des Terres et Autres Biens, B.O.B. N° 1/2011, pp.5-8

11. Loi n° 1/09 du 11 mai 2018 portant modification du Code de procédure pénale, Cabinet du Président de la République, mai 2018.
12. Loi n° 1/18 du 06 septembre 2013 relative aux procédures fiscales, B.O.B. n° 9/2013, pp.1247-1265
13. Loi organique n° 1/17 du 15 mai 2014 portant suppression du pourvoi en cassation devant la Cour suprême et attribution de compétence aux cours d'appel pour les affaires relatives aux terres rurales, B.O.B. n° 5/2014, pp.748-749
14. Loi n° 1/26 du 15 septembre 2014 portant création, organisation, composition, fonctionnement et compétence de la Cour spéciale des Terres et autres Biens ainsi que la procédure suivie devant elle, B.O.B. n° 9/2014, pp.1034 -1041
15. Constitution de la République du Burundi adoptée par référendum le 14 mai 2018 et promulgue le 7 juin 2018, Cabinet du Président de la République, juin 2018

II. DOCTRINE

1. CADIET, L. et JEULAND, E., Droit judiciaire privé, 6^{ème} éd., Paris, Litec, 2009
2. GUINCHAMARD, S. et al., Institutions juridictionnelles ,10^{ème} éd., Paris, Dolloz, 2009.

3. MAHAMAN TIDJANI ALOU, La justice au plus offrant. Les infortunés du système judiciaire en Afrique de l'Ouest (autour du cas du Niger), *Politique Africaine*, N° 83, octobre 2001
4. NIYONKURU, A.-P., Le droit d'accès au juge civil au Burundi. Approche juridico-institutionnelle, thèse, K.U.Leuven, 2016
5. PERROT, R., Institutions judiciaires, 14^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2010

III. AUTRES DOCUMENTS

1. International Alert Gradis, le phénomène de la corruption au Burundi : révolte silencieuse et résignation, Bujumbura, mars 2007
2. MASABO, M., Analyse du budget du Ministère de la Justice pour l'exercice 2016. Le volet financier de l'accès à la justice, Bujumbura, Association des Juristes Catholiques du Burundi, novembre 2016
3. Ministère de la Justice, Les défis de la justice de proximité au Burundi. Synthèse de la réflexion nationale de 2011. Analyse et rédaction : Dominik KOHLHAGEN, Bujumbura, décembre 2011 ; Politique sectorielle du Ministère de la Justice 2016-2020, Bujumbura, janvier 2016.
4. RUFYIKIRI, G., Corruption au Burundi : problème d'action collusive et défi majeur pour la gouvernance, Institute of Development Policy and Management, Working paper/2016.07, Antwerpen, 2016
5. Statuts du Centre Burundais d'Arbitrage et de Conciliation du 29 mars 2004.

L'ACCES A LA JUSTICE DU CONSOMMATEUR LESE AU BURUNDI : UN CHEMIN PLEIN D'EMBUCHES

Par Dr Jean Marie BARAMBONA¹

INTRODUCTION GENERALE

Les litiges de consommation sont fréquents entre les consommateurs et les professionnels. Un consommateur peut se plaindre par exemple contre le professionnel qui lui a vendu un bien ou qui lui a presté un service non conforme au contrat. Parfois, ce bien ou ce service défectueux peut entraîner même des dommages corporels ce qui devient encore plus grave pour le consommateur. Le présent article porte sur l'analyse des voies de recours dont dispose le consommateur lésé pour recouvrer ses droits.

La première voie, souvent spontanée pour le consommateur, consiste à adresser directement sa protestation au professionnel dans l'espoir d'un règlement amiable. Il arrive que ce dernier, pour des raisons surtout commerciales, donne raison à son client mécontent. Certaines entreprises créent même des services en leur sein, chargés spécialement de recevoir et de traiter les réclamations des clients. Néanmoins, cette démarche peut s'avérer infructueuse pour le consommateur lorsque le professionnel y réserve un refus catégorique ou lorsque tout simplement ce dernier profite de la vulnérabilité du consommateur pour lui proposer des solutions contraires à ses intérêts.

¹ Professeur à l'Université du Burundi, Faculté de Droit.

En pareille hypothèse, deux autres voies s'ouvrent au consommateur. D'une part, il peut continuer la voie extrajudiciaire en recourant à l'entremise d'un tiers conciliateur ou médiateur, si évidemment le professionnel l'accepte. D'autre part, il est loisible au consommateur d'emprunter la voie judiciaire à l'issue de laquelle le juge va trancher en droit.

Nous analysons dans cet article ces différentes voies de recours en montrant leurs mérites et leurs limites avant de dégager des propositions qui nous semblent efficaces pour un meilleur accès à la justice du consommateur lésé au Burundi.

Dans un premier titre, nous exposons les voies de recours du consommateur en dehors des tribunaux. Après avoir évalué l'efficacité de ces voies en matière des litiges de consommation, nous aborderons dans un deuxième titre, la résolution des litiges par les cours et tribunaux. Nous tâcherons, chaque fois, de montrer que le chemin emprunté par le consommateur est plein d'embûches et nous montrerons au législateur les pistes d'inspiration pour alléger le fardeau du consommateur lésé.

I. LES VOIES EXTRAJUDICIAIRES DU CONSOMMATEUR LESE

Plusieurs modes alternatifs de règlement de conflits² sont proposés comme des voies extrajudiciaires de résolution des litiges en général et ceux de consommation en particulier. Ils ont été suffisamment développés par la doctrine³.

²Plusieurs acronymes désignent ces modes alternatifs. Outre les Modes alternatifs de règlement des conflits connus sous l'acronyme (M.A.R.C), on cite aussi les A.D.R(*Alternative Dispute Resolution*), les M.A.D(Modes Alternatifs de règlement des Différends), les M.A.R.L.(Modes Alternatifs de Règlement des Litiges), R.A.L(Règlement Alternatif des Litiges).

³L'efflorescence de publications sur les modes de pacification extrajudiciaire est impressionnante. Notamment : P. CHEVALIER, « Les MARL : perspectives et enjeux européens », *Act.dr.*, 2003, p. 46 ; G.CANIVET, « Le juge et la recherche de la solution du conflit », *Act.dr.*2003p.35 ; M.LEMERT, *La médiation*, éd. L.Pire, 2003, M.VROMANS, V.d'HUART, B. BLOHORN-BRENEUR, B. DEFFAINS, M.FAURE, E.DE. CATRE, B. NOEL, J-P. DELCROIX et P.PALSTERMAN, « Le rôle des partenaires sociaux, les modes alternatifs de règlement des conflits et l'analyse économique de la justice » in *Espace judiciaire et social européen*, sous la dir. de G.de LEVAL et J. HUBIN, Larcier, Bruxelles, 2003, pp.399-551 ; I.BRANDON, « L'office du juge dans la conciliation », *J.T.*, 1995, p. 505 ; C. VERBRAEKEN et F.VINCKE, « Les méthodes alternatives de règlement des litiges », *J.T.*, 1996, p. 161 ; F.LIGOT, « Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords », *Ann. Dr. Louvain*, 1996, pp. 71 et s. ; J.VAN COMPERNOLLE, « Le juge et la conciliation en droit judiciaire belge », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de Roget Perrot, Dalloz, Paris, 1996, pp. 523 et s. ; C. JARROSSON, « Médiation et conciliation : définition et statut juridique », *Gazette du Palais*, 1996, 21 et 22 août, p.3 ; S. BRAUDO, « La pratique de la médiation aux Etats-Unis », *Gazette du Palais*, 1996, 1 au 4 mai, p. 2 ; C.PICARD, « La médiation au Québec : quelques éléments de réflexion », in *Les annonces de la seine*, 21 octobre 1996, p.9 ; G.LEVAL, « Réflexion sur la médiation civile » in *Liber amicorum Hannequart et Rasir*, p. 32 ; M OUELLETTE, « La pratique de la médiation au Canada et aux Etats-Unis », *Famille et justice*, Bruylant, , Bruxelles, 1997, p.462 ; A. THILLY et J.VAN COMPERNOLLE, « Les modes de pacification extrajudiciaires, heurs et malheurs », in *Les règlements judiciaires et extrajudiciaires des conflits commerciaux* , C.D.V.A., éd. Collection Scient. Fac. Dr. Liège, 1998, pp. 39 et s ; F. COLLARD et V. D'HUART, « Le coût de certaines alternatives : la médiation » in *le coût de la justice*, Liège, éd. Jeune barreau de Liège, 1998 ; V.D'HUART, « La médiation au cœur du barreau », note sous trib. Trav. Huy, 11 février 1998, *J.L.M.B.*, p. 693, La médiation numéro spécial, *J.T.*, 1999, pp.223 et s. ; Actes du colloque français du 15 avril 1999, « La médiation comme mode de règlement des conflits dans la vie des affaires », *Petites Affiches*, n° 138, 1999, pp. 3 à 37 ; *La médiation en matière commerciale*, ouvrage collectif, actes du colloque organisé par le Centre de médiation de l'ordre des avocats du barreau de Liège 2000 ; V. D'HUART, « A quand une loi sur la médiation comme mode alternatif de règlement des conflits en toutes matières ? », note sous Trib. Trav. Liège, 25 mai 2001, *J.L.M.B.*, p. 1150 ; J.L. FAGNART, F. RINGELHEIM, CH. MICHEL, J.P. DUCART, B. CASTELAIN, autour de M. LEMERET, *La médiation. L'accès au droit : « une justice pour tous »*, éd. Luc. Pire, 2001 ; H. VERBIST et B. DE VUYST, *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits en Belgique*, La charte – Die Keure, 2002 ; *Rapports belges au congrès de l'académie internationale de droit comparé à brisbane*, Bruylant, 2002, pp. 287 à

Revue Burundaise de Droit et Société

La conciliation, la médiation et l'arbitrage en sont les exemples parmi tant d'autres qu'on retrouve en droit comparé⁴.

Ces modes qu'on désigne sous l'acronyme de M.A.R.C(Modes Alternatifs de Résolution des Conflits)consistent en un ensemble de techniques de règlement des litiges qui se situent en dehors des tribunaux et qui permettent aux parties de régler leurs différends, tout en maintenant entre elles une communication ou un dialogue⁵. Alors que le règlement judiciaire relève du droit processuel et obéit donc aux règles de procédure, les M.A.R.C sont *apriori* conçus en vue d'éviter les contraintes procédurales. Ces modes alternatifs de règlement des conflits ne sont pas un phénomène nouveau dans le monde. Ils existaient avant même qu'un système processuel fut mis en place⁶. Dans les sociétés rurales de la Chine populaire, du Soudan, du Mexique et d'Afghanistan, le médiateur était un membre de la communauté qui connaissait les points en litige et les belligérants. Son action visait à maintenir le bon fonctionnement de la communauté, en évitant que les conflits ne dégénèrent en violence. Un tel médiateur est depuis longtemps

352 ; A. SCHNEEBALG et E. GALTON, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Kluwer, 2002.

⁴C. JOHNSON, « A.D.R. (Alternative Dispute Resolution) aux Etats-Unis » in *Les modes non judiciaires de règlement des conflits*, pp. 95 et s., J.C. NAJAR, « Le mini-trial : chimère ou panacée ? », D.P.C.I., 1988, pp. 451 et s. aussi l'ouvrage de L. CADIET(sous la dir), *Médiation et arbitrage, Alternative dispute resolution, Alternative à la justice ou justice alternative, perspectives comparatives*, Litec, Paris, 2005, pp. 15 et s. Aussi, on connaît en droit, le mécanisme de la tierce décision obligatoire qui est un mode alternatif de règlement des litiges par lequel les parties confient à un tiers, qui n'est ni juge ni arbitre, la mission de prendre une décision qui s'imposera à elles avec la même force qu'un contrat. Voy à ce sujet notamment M. STORME, « La tierce décision obligatoire : ni expertise, ni arbitrage », *J.L.M.B. Centenaire*, éd. Story-scientia, 1988, pp. pp. 345 et s., O. CAPRASSE, « De la tierce décision obligatoire », *J.T.*, 1999, pp. 565 à576.

⁵C. VERBRAEKEN et F. VINCKE, “ Les méthodes alternatives de règlement des litiges”, *J.T.*, 1996, p. 161.

⁶A. SCHNEEBALG et E. GALT ON, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Kluwer, 2002, p.3 et s.

connu dans les sociétés africaines en général⁷ et au Burundi en particulier avec l'institution d'*Ubushingantahe*⁸. En Europe⁹, nul n'ignore la justice sous le chêne. De même, au Moyen-Âge, Henri 1^{er} d'Angleterre affirmait nettement que « *pactum legem vincit et amor judicium* » (le pacte remporte sur la loi et le règlement amical sur le jugement)¹⁰. Le droit japonais de sa part a depuis longtemps adopté ce type de justice, notamment par l'institution du *Shogunat*¹¹.

1.1. Présentation de quelques M.A.R.C

On se limitera dans cette brève présentation à la conciliation, médiation, arbitrage et transaction qui dominent la littérature sur les modes alternatifs de règlement des conflits.

1.1.1. La conciliation

Réduite à l'essentiel, la conciliation est une méthode dans laquelle les parties en conflit se réunissent avec un tiers, choisi par elles, afin de résoudre leur différend. Le tiers essaye de rapprocher les deux parties en vue d'aboutir à un règlement à

⁷ Voy. J.DUBOIS DE GAUDUSSON, « Le statut de la justice dans les Etats d'Afrique francophone », in *La justice en Afrique*, p.11, S. COLDHAM, *Les systèmes judiciaires en Afrique anglophone*, p.37, F. OUEDRAOGO, « L'accessibilité de la justice au Burkina : La voie parajudiciaire », *Rev.burk.dr.*, 1997, p. 7. et s.

⁸ J. GAHAMA, L'origine et l'évolution de l'institution des Bashingantahe, in *L'institution des Bashingantahe, Etude pluridisciplinaire*, Bujumbura, INABU, octobre, 1999, p.28.

⁹ R. PERROT, *La conciliation en matière civile et commerciale en France*, journées de la société de législation comparée, vol. 10, Paris, 1988, p. 249 et s.

¹⁰ *Leges Henrici Primi*, éditées avec traduction et commentaires par L.J. DOWNER, Oxford, Clarendon Press, 1972, p. 164-165.

¹¹ Le Shogunat, le gouvernement des samourais, avait orienté vers cette voie amiable, pour ne pas encombrer ses tribunaux. Voy. I. KITAMURA, « MA.A.R.C/A.D.R et culture de la conciliation : L'exemple du Japon », in *Médiation et arbitrage*, (sous la dir de L. CADIET), Litec, Paris, 2005.p.153 et s, en détail, I.KITAMURA, « L'avenir de la justice conciliationnelle » in *Mélanges François Terré*, Paris, PUF, Dalloz-Juris-Classeur, 1999, p. 801-818.

l'amiable du litige qui les oppose. En d'autres termes, la conciliation est un mode pacifique de règlement des différends grâce auquel les parties s'entendent soit directement, soit par l'entremise d'un tiers, pour mettre un terme à leur litige¹².

Le rôle du tiers conciliateur est d'informer les parties de leur situation, de leurs intérêts, de leurs droits et de leurs obligations respectives. Il les rapproche et les aide à dégager une solution commune à leur litige¹³. La conciliation se caractérise par l'absence d'un pouvoir de décision conféré au conciliateur. Seules les parties arrêtent la solution ou adhèrent à celle suggérée par le conciliateur. Si un tiers conciliateur intervient, il ne dispose d'aucun pouvoir juridictionnel, il ne tranche pas le litige ni en droit ni en fait. Sa tâche consiste, par sa seule présence, en des conseils ou suggestions, en essayant d'amener les parties à se concilier en vue d'arriver elles-mêmes à résoudre le différend¹⁴. Les protagonistes dans une procédure de conciliation ne perdent pas leur droit de soumettre leur affaire au tribunal compétent. Ils restent maîtres de la procédure qui ne doit en aucun cas être contraignante.

1.1.2. La médiation

La médiation se confond souvent avec la conciliation dans la mesure où les limites entre ces deux notions ne sont pas claires. Tout comme le tiers conciliateur, le médiateur est dépourvu du pouvoir juridictionnel. Le médiateur ne tranche pas le litige ni en droit ni en fait. Le règlement du litige se réalise par la volonté des parties mais avec l'entremise du médiateur car, la médiation nécessite,

¹² V. D'HUART, « Modes alternatifs de règlement des conflits », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des différends*, Liège, PUF, vol. 59, 2002, p. 45.

¹³ J.C. GOLDSMITH, « Les modes de règlement amiable des différends », *Rev.dr.aff.int.*, 1996, p.222.

¹⁴ C. CAMBIER, *Fonction et organisation judiciaires*, Larcier, Bruxelles, 1974, p.174.

par essence, l'intervention d'un tiers. Le terme médiation venant en effet de « *mediare* » qui signifie s'interposer¹⁵.

Si ces points communs semblent clairs, les différences sont par contre moins nettes entre la médiation et la conciliation. Beaucoup de controverses doctrinales persistent à ce jour.

Pour certains, la distinction repose sur l'intensité de l'intervention du tiers. Le médiateur remplit un rôle qui emporte celui du conciliateur mais ajoute une part plus active. Le médiateur est dynamique dans la recherche de la solution en faisant des recommandations, en intervenant dans la décision et en proposant lui-même les termes de l'accord qui, à son avis, pourrait servir de juste compromis dans le litige et que les parties sont appelées à accepter ou rejeter.

D'autres enfin n'opèrent aucune différence entre la conciliation et la médiation¹⁶.

Il en est de même pour les américains qui utilisent parfois le terme médiateur là où les anglais parlent de conciliateur¹⁷. En somme, comme l'écrit J.CALAIS-AULOY à ce sujet, « *la différence est tenue et l'on passe insensiblement de la conciliation à la médiation, de sorte qu'en pratique, les deux termes désignent globalement la même chose* »¹⁸. Ce qui caractérise ces deux modes, c'est

¹⁵ G. DE LEVAL, « Le tribunal indépendant et impartial ; L'exercice par le même juge (singulièrement juge de paix) de fonctions conciliatrices et juridictionnelles dans le même litige. Brèves observations », *Droit judiciaire privé, Le miroir de la procédure*, Liège 25 septembre 1995, C.U.P, annexe, p.7.

¹⁶G. DE LEVAL, « Réflexions sur la médiation civile », *op. cit.*, pp. 27 et s. ; J. LAENENS, « Règlement alternatif des litiges en Belgique », Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 22.

¹⁷C. JOHNSON, « A.D.R., (Alternative Dispute Resolution) aux Etats-Unis », in *Les modes non judiciaires de règlement de conflits*, pp. 95 et s.

¹⁸J. C AULOY, *Le droit de la consommation*, Dalloz-Sirey, 3e éd, Paris, 1992, p.540.

l'absence d'un pouvoir de décision conféré au tiers médiateur ou conciliateur. Les parties seules doivent adopter la solution ou adhérer à celle suggérée par le tiers.

1.1.3. L'arbitrage

L'arbitrage est l'opération par laquelle les parties choisissent des tiers appelés « arbitres » pour se prononcer sur les litiges qui leur sont soumis. C'est un tribunal « privé » que les parties se créent par consentement mutuel, quand elles ne désirent pas s'adresser aux tribunaux de droit public¹⁹. L'arbitrage a été largement réglementé par le nouveau code burundais de procédure civile²⁰. Et sur plusieurs points, l'arbitrage diffère de la médiation et de la conciliation. Alors que pour ces derniers modes, les parties restent des maîtres de la procédure, le choix de la voie arbitrale emporte renonciation de la voie judiciaire. L'article 340 du code de procédure civile qui le précise ajoute que « *la sentence arbitrale est définitive et rendue en dernier ressort* ». Par la soumission de leur différend à l'arbitrage, les parties s'engagent à exécuter, sans délai, la sentence qui interviendra et renoncent à toutes voies de recours auxquels elles peuvent valablement avoir droit.

Dans l'arbitrage, les parties doivent convaincre le tribunal arbitral du bien fondé de leurs prétentions. Selon l'article 355 du même code, le tribunal arbitral peut à tout moment durant les débats demander aux parties de produire tous documents

¹⁹ Pour plus amples détails sur l'arbitrage, voy. H. VERBIST et B. DE VUYST, *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits en Belgique, La charte* – Die Keure, 2002, p. 57 et s. aussi, P. ANCEL, « Convention d'arbitrage, conditions de fond, litiges arbitrables », *Jurisque*, Procédure civile, Fasc. 1024, O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 33 et s., G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruylant, Bruxelles, 1981, n°82 et s. J. LINSMEAU, « L'arbitrage volontaire en droit privé belge », *R.P.D.B.*, complément VII, n° 63 et s., M. de BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Ed. GLN, 1990, p. 24.

²⁰De l'article 337 à 370.

ou autres moyens de preuve et se transporter, le cas échéant, sur les lieux et y procéder à telles enquêtes qu'il estime nécessaires.

En outre, si pour la médiation et la conciliation, la décision du tiers, par elle-même est dépourvue d'une force obligatoire, il n'en est pas de même pour l'arbitrage où la contestation est tranchée par une décision obligatoire émanant d'une personne dotée d'un pouvoir juridictionnel. L'article 365 du code de procédure civile dispose à ce sujet que la sentence arbitrale, à défaut d'exécution amiable, est rendue exécutoire par l'ordonnance du Président de la Cour d'Appel du lieu de l'exécution saisi sur requête de la partie la plus diligente. Cette ordonnance n'est susceptible d'aucun recours. Elle est revêtue de la formule exécutoire, précise l'article 366 du même code.

1.1.4. La transaction

L'accord des parties sur la solution du litige qui les oppose peut constituer une transaction ; que cet accord intervienne au cours d'une instance judiciaire ou indépendamment de toute procédure, qu'il soit le fruit de l'intervention d'un tiers ou ait été dégagé par les parties seules. Ceci pour dire que la transaction peut être le point d'aboutissement, la toile de fond de la conciliation et de la médiation.

On connaît déjà la définition de la transaction des articles 583 du code civil burundais.: « *La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître (...)* ».

Les éléments constitutifs de la transaction sont donc l'existence ou la possibilité d'une situation litigieuse à laquelle les parties souhaitent mettre fin. Mais, même si la définition légale ne le précise pas, l'essence de la transaction réside d'abord

dans l'existence des concessions réciproques. Le litige doit en effet s'éteindre au prix d'un abandon, par chacune des parties, d'une partie de ses prétentions²¹. La transaction s'apparente à l'œuvre des juridictions puisque, indépendamment d'un titre pouvant être établi par un juge et de ses formes procédurales, le contenu du contrat est revêtu de la force obligatoire de la chose convenue.

En effet, selon les termes de l'article 591 du code civil burundais, la transaction a, entre parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Cette expression ambiguë ne signifie certes pas que la transaction doit être assimilée à un jugement, mais que la chose transigée, comme la chose jugée en dernier ressort, est immuable, intangible et s'impose aux parties comme au juge²². Les parties ont vidé la contestation et s'interdisent mutuellement d'utiliser les voies juridictionnelles pour remettre en cause ce qu'elles ont décidé. Elles ont, en effet, préféré librement juger elles-mêmes du bien et du mal fondé de leurs prétentions et ont couru le risque de se tromper²³. Il s'en suit donc que la transaction se substitue au procès et constitue une exception péremptoire contre la partie qui voudrait entamer et poursuivre la procédure²⁴.

²¹ De PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. IV, Bruylant, 3^e éd, Bruxelles, 1972, p.472 ; Cass., 19 juin 1989, Pas., 1989, I, p. 1145.

²² Ibidem.

²³ J.TIMST, « La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative », *Gaz.Pal*, nov. 2001, n° 318 à 319, p. 53 et s., spéc.p.60.

²⁴H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, *op.cit.* pp. 471 à 520 ; J. GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, Bruylant, Bruxelles, 1967, P.-. A FORIERS, « Aspects du contrat de transaction et du règlement transactionnel », in *Les contrats spéciaux*, Formation permanente CUP, vol. XXXIV, nov. 199, pp. 105 à 154 ; voir aussi, X. LAGARDE, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », *Rev. Arb.*, 2001/3, pp. 423 et s., spéc. n°15., ²⁴F.LIGOT, « Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords », *Ann. Dr. Louvain*, 1996., pp.79-81.

1.2. Les mérites et les limites des M.A.R.C

Les modes alternatifs de règlement des conflits font couler beaucoup d'encre et de salive dans le débat juridique actuel relatif à l'accès du citoyen à la justice. Si des arguments objectifs peuvent être retenus en leur faveur, le doute méthodique est aussi fondé surtout quand il s'agit des litiges de consommation.

1.2.1. Les mérites des M.A.R.C

Les arguments avancés en faveur des M.A.R.C sont multiples. On les analyse en se situant à trois niveaux : pour le consommateur, pour le professionnel et pour les pouvoirs publics.

a. Pour le consommateur

L'intérêt souvent avancé pour le consommateur consiste dans la constatation et la reconnaissance efficace et rapide de ses droits. Les contrats usuels conclus avec le consommateur sont l'achat des biens de consommation ou des services correspondant qui impliquent une relation de court terme entre les parties au contrat. De ce fait, les parties ne souhaitent pas toujours se soumettre à un règlement des litiges de longue durée.

En effet, les obstacles qui se dressent devant le consommateur sont multiples. On peut relever d'abord les barrières financières. Le coût du procès est souvent disproportionné par rapport à l'enjeu du litige de consommation réputé de faible importance financière. En effet, le problème d'accès à la justice est un des plus épineux parce que les consommateurs, dans la plupart des cas, ont des litiges de

petite importance. Cela fait que le recours aux tribunaux est hors de proportion avec ces « petits litiges ». Nous pensons cependant qu'il n'y a pas de petits litiges pour une personne qui en est victime. Par ailleurs, ces litiges ne sont « petits » que si on les isole les uns des autres car si on les prend dans leur ensemble, ils représentent des intérêts considérables même si c'est le consommateur isolé qui doit subir les coûts du litige.

Ensuite, les barrières psychologiques sont aussi évoquées. La crainte de la justice, sentiment de malaise et inconfort que connaît la personne non initiée aux débats en audience publique ainsi qu'aux concepts et aux arcanes judiciaires²⁵. On souligne à propos de la difficulté de savoir à qui s'adresser, l'ésotérisme du langage juridique, l'architecture des palais de justice, jusqu'à la robe des magistrats et des avocats qui font naître chez le simple citoyen, le sentiment que la justice est un monde à part où il vaut mieux ne pas s'aventurer²⁶.

Enfin, la complexité et la lenteur de la procédure judiciaire sont aussi des facteurs particulièrement dissuasifs pour intenter une action judiciaire non seulement par le consommateur mais aussi par le citoyen en général. Bien patients sont ceux qui envisagent d'attendre un an ou plus pour obtenir la réparation ou le remplacement d'un objet défectueux²⁷. Au Burundi, un rapport sur la politique sectorielle du Ministère de la justice, précise que la durée moyenne d'un jugement définitif d'une affaire est de l'ordre de 5 à 10 ans²⁸. Cette lenteur est la conséquence d'un encombrement de tribunaux.

²⁵F. DOMONT-NAERT, N. FRASELLE et L. VERSCHINGEL, *Analyse et évaluation de l'action menée par le groupe C en matière d'aide juridique*, Rapport final, Centre de droit de la consommation, U.C.L., octobre 1991, p.26.

²⁶J. C. AULOY, *Droit de la consommation*, op. cit. p. 539.

²⁷ Ibidem.

²⁸ République du Burundi, Politique sectorielle 2006-2010 du Ministère de la justice, Bujumbura, juin 2006, p.20

L'arriéré judiciaire renforce ainsi la coupure entre le justiciable et le monde de la justice. Une situation qui s'aggrave lorsque la corruption s'en mêle²⁹. Les justiciables ont alors comme impression que la justice est une arme des riches et qu'ils sont perdants d'avance. Cette situation est générale en Afrique où certains justiciables ont le sentiment que les juridictions tranchent en faveur du riche contre le pauvre³⁰.

Sous un autre registre plus sociologique, la résolution amiable des différends est l'expression de l'évolution des solutions apportées, dans une société moderne, à la recherche de cohésion sociale et d'adaptation à la modernité³¹.

Le constat est que la justice des tribunaux sépare. Il est rare qu'un procès débouche sur une solution de conciliation. Il fait le plus souvent un vainqueur et un vaincu. Le débat judiciaire, tel qu'il est conçu, fait des plaideurs des adversaires et envenime le différend au lieu de l'apaiser. Il se traduit en termes de combat. L'un gagne, l'autre perd, pis encore succombe³² alors que les solutions négociées rendent aux parties la disposition de leur litige et leur permettent, par le biais des techniques de communication, de trouver elles-mêmes une solution qui s'inscrira dans un schéma « gagnant-gagnant »³³.

²⁹ J. du Bois de GAUDUSSON, « La justice en Afrique : nouveaux défis, nouveaux acteurs. Introduction thématique ». *Afrique contemporaine* 2014/2 (n° 250), p. 13-28.

³⁰ F.M SAWADOGO, « L'accès à la justice en Afrique : problèmes et perspectives- Le cas du Burkina Faso », in *Droit et accès à la justice des habitants des quartiers pauvres*, Actes du colloque tenu à Ouagadougou (Burkina Faso) du 18 au 20 avril 1995, p.3.

³¹ A. FULLEDA, « juge départiteur du conseil de prud'hommes de Béziers », voir : (<http://www.mediation-net.com>)

³² B. HESS, « Médiation et contentieux de la consommation », in *Médiation et arbitrage*, ouvrage collectif (sous la direction de L. CADIET), *op.cit.* pp. 69 et s.

³³ B. HESS, « Médiation et contentieux de la consommation », in *Médiation et arbitrage*, ouvrage collectif (sous la direction de L. CADIET), *op.cit.* pp. 69 et s., voir aussi C. NTAMPAKA, *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Presses universitaires de Namur, Belgique, 2004, p.10

b. Pour le professionnel

L'intérêt des professionnels concernant le règlement extra-judiciaire des litiges se réfère d'abord au maintien des relations avec les clients. Il n'est pas surprenant que ce soit essentiellement dans les secteurs des banques et des assurances que les procédures de l'Ombudsman ou de règlement interne des litiges aient été introduites.

Un autre intérêt des entreprises est d'éviter les dommages qui peuvent être causés par la publicité des sentences judiciaires. En revanche, l'établissement de procédures extrajudiciaires garantissant certains standards relatifs aux exigences de certification ou étant assurées par des ombudsmans reconnus³⁴ permet une publicité fondée sur la renommée et la réputation de l'institution. De plus, les médiateurs peuvent, par les propositions qu'ils tirent des médiations traitées, contribuer à la prévention des litiges de consommation et à la politique de qualité des secteurs concernés.

Enfin, les bureaux de réclamation peuvent servir de contrôle interne. Un intérêt primordial commercial se réfère à l'établissement des procédures de masse apte à régler un grand nombre de litiges de faible valeur. Dans cette hypothèse, la résolution peu coûteuse et rapide des différends est stratégique pour le professionnel. C'est pourquoi les « ombudsmans » jouent un rôle considérable dans ces secteurs. Et pour les entreprises, les frais de la médiation notamment les honoraires des médiateurs constituent des coûts déductibles dans la taxation.

³⁴Par exemple, les banques allemandes se font de la publicité au moyen de leur système de règlement extrajudiciaire des litiges « Ombudsmann der privaten banken ». voy. B.HESS, *Médiation et contentieux de la consommation*, *op. cit.* p.78.

c. Pour les pouvoirs publics

L'intérêt le plus important concerne le désengorgement de la justice en la déchargeant des procès de faible valeur, mais compliqués et coûteux vu l'administration mobilisée. Les M.A.R.C permettent donc moins de dépenses pour les pouvoirs publics.

Ces modes alternatifs de résolution des conflits apportent une réponse aux difficultés d'accès à la justice, auxquelles un grand nombre de pays doivent faire face. Ces difficultés s'expliquent par le fait que les litiges soumis aux tribunaux se multiplient, les procédures tendent à s'allonger et les frais exposés à l'occasion de ces procédures, à augmenter. La quantité, la complexité et la technicité des textes législatifs contribuent par ailleurs à rendre difficile l'accès à la justice. Ainsi, les M.A.R.C apparaissent comme des instruments au service de la paix sociale³⁵.

1.2.1. Les limites des M.A.R.C au Burundi

Les arguments en faveur des M.A.R.C recèlent la vérité. Mais ils ne sont pas totalement convaincants. Cela ne veut pas dire qu'il faut renoncer définitivement aux procédures de médiation et de conciliation pour régler les litiges, mais ces mécanismes ont généralement un rôle limité pour les litiges de consommation. Il serait donc utopique d'y voir le remède absolu et définitif au problème d'accès à la justice. Les quelques limites des M.A.R.C que nous développons dans les lignes qui suivent nous montrent que ces modes de résolution des conflits ne constituent pas une panacée au Burundi. Avec les M.A.R.C, le prétendu accès à la justice

³⁵ Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, présenté par la Commission des Communautés européennes le 19 avril 2002., point 1.2,p.7.

risque d'être illusoire et le risque de rendre une justice au rabais n'est pas à écarter.

a. Les limites liées à la compétence

Traditionnellement, si on s'en tient à la littérature développée³⁶ à propos des modes alternatifs de règlement des conflits au Burundi, l'institution d'Ubushingantahe³⁷ a toujours été présentée comme un mode adéquat de résolution des conflits au Burundi et ses origines remonteraient de la fondation de la monarchie au Burundi, il y a environ quatre siècles. Le Mushingantahe était réputé conciliateur, médiateur et même arbitre puisqu'il tranchait des litiges.

L'ancienne loi n°1/004 du 14 janvier 1987 portant Organisation et Compétence Judiciaires prévoyait même des dispositions pertinentes sur les différentes missions des notables et considérait ces derniers comme une institution auxiliaire

³⁶ Voir entre autres: A. NTABONA, « L'institution des Bashingantahe et la moralisation de la vie sociale et politique », in *Au Cœur de l'Afrique*, n° 4, 1992, pp. 432-481 ; A. NTABONA, « Le Concept d'Umushingantahe et ses implications sur l'éducation de la jeunesse aujourd'hui », in *Au Cœur de l'Afrique*, n° 5, 1985, pp 263-301 ; A. NTABONA, « L'institution des Bashingantahe à l'heure du pluralisme politique africain », in *Au Cœur de l'Afrique*, n° 2-3, 1991, pp. 263-264 ; L. RUKINGAMA, « Intahe et la gestion de la cité », in *Au cœur de l'Afrique*, n°1, 1995, pp.41-48 ; P. NTAHOMBAYE, « Ubushingantahe et la crise », in *Au Cœur de l'Afrique*, n°1, 1995,49-68 ; P. NDAYISHINGUJE, « Le rôle des Bashingantahe dans l'harmonisation de la communauté au Burundi », in *Au Cœur de l'Afrique*, n°, 1996, pp. 91-110 ; A. NTABONA, « Les ressources de l'institution des Bashingantahe/ Sages, pour la prévention et la résolution des conflits au Burundi », in *Vivons en Eglise*, n° 3-4, 1996, pp. 113-116 ; C. NDAGIJIMANA, « Kwatira abashingantahe. L'investiture des notables au Burundi », in *Que vous en semble*, n° 13, pp. 25bis-37 ; M. NKURUNZIZA, « La redynamisation de l'Institution d'Ubushingantahe telle que perçue par les étudiants burundais », in *Au Cœur de l'Afrique*, n° 1, 1997, pp. 181-185, , F.M. RODEGEM, *Dictionnaire français-Kirundi, Tervuren*, 1970, p.15, J. GAHAMA, « L'origine et l'évolution de l'institution des Bashingantahe », in *L'institution des Bashingantahe, Etude pluridisciplinaire*, Bujumbura, octobre, 1999, p.28.

³⁷NTAHOMBAYE, P., (sous la direction de), *L'institution des bashingantahe au Burundi. Etude pluridisciplinaire*, Bujumbura, INABU, octobre 1999, p. 267.

de justice³⁸. La saisine préalable des Bashingantahe avant toute instruction d'une affaire civile de la compétence du Tribunal de résidence était obligatoire.

De même, l'ancienne loi de 2005 portant organisation de l'administration communale³⁹, reconnaissait la place des Bashingantahe en disposant en son article 37, 2° que « *Sous la supervision du chef de colline ou de quartier, le conseil de colline ou de quartier a pour mission ... d'assurer, sur la colline ou au sein du quartier, avec les Bashingantahe de l'entité, l'arbitrage, la médiation, la conciliation ainsi que le règlement des conflits de voisinage* ».

Actuellement, ni loi n° 1/08 du 17 mars 2005⁴⁰ ni la loi de 2014⁴¹, ne consacrent aucune disposition relative à l'institution des Bashingantahe. En tout état de cause, il faut faire remarquer que la compétence du conseil de colline ou de quartier, tout comme celle des Bashingantahe, reste limitée aux conflits de voisinage.

Certes, il y a des affaires qui se terminent devant le conseil des notables et qui sont exécutées volontairement⁴², mais tout porte à croire que la technicité des litiges de consommation échappe à la compétence de ces institutions composées pour la plupart par des analphabètes.

³⁸ Le titre IV de l'ancien code qui consacrait le conseil des notables était relatif effectivement aux institutions auxiliaires de justice. Sur le conseil des notables, dix dispositions étaient prévues.

³⁹ Loi n°1/ 016 du 20 avril 2005 portant organisation de l'administration communale, *B.O.B* n°4 bis/2005, pp.1-13.

⁴⁰ Loi n° 1/08 du 17 mars 2005 portant code de l'organisation et de la compétence judiciaires, *B.O.B.*, 2005, n° 3quater, p. 19.

⁴¹ Loi n°1/ 33 du 28 novembre 2014 portant révision de la loi n°1/02 du 25 janvier 2010 portant organisation de l'administration communale.

⁴² Une étude réalisée par l'ONG belge RCN justice et Démocratie en 2002, révèle que plus de 60% des avis émis par le conseil des notables sont confirmés par les juridictions de base. Voy RCN, document spécial coutume, Bulletin n°8, 2^{ème} trimestre 2004 (avant la réforme puisqu'actuellement les parties ne sont pas tenues de passer par le dit conseil des notables).

Aussi, si un Tribunal arbitral tel que réglementé par le code de procédure civile au Burundi peut être compétent en matière de consommation⁴³, il y a lieu de douter de son efficacité au Burundi. En effet, moins coûteux qu'il puisse paraître, l'arbitrage ne peut pas être au secours des petits litiges. Si une contestation repose sur un enjeu de dix mille francs burundais par exemple⁴⁴, combien faudra-t-il alors payer l'arbitre ? Il en résulte qu'il serait *a priori* inconcevable que des arbitres consacrent leur expertise pour une affaire qui ne va pas rapporter financièrement.

b. Les limites liées à la qualité de la justice

Les modes alternatifs de règlement des conflits visent des solutions consensuelles sans l'application des dispositions légales. Or on ne doit pas perdre de vue que le droit matériel, souvent impératif, est destiné à imposer la conduite loyale des professionnels pour ne pas violer les droits des consommateurs.

En effet, les litiges de consommation reposent sur des droits légalement consacrés qu'on ne peut rétablir qu'en appliquant purement et simplement les règles de droit qui les définissent. Si on passe outre l'application stricte de la loi au profit de la voie négociée, le risque est d'aboutir à des solutions minimalistes qui étouffent le développement du droit surtout qu'il n'y aurait pas de jurisprudence en la matière. C'est pourquoi certains auteurs ainsi que les associations de défense des consommateurs estiment que la création systématique d'organismes non juridictionnels risque de créer une espèce de justice au rabais et d'être perçue par

⁴³ L'article 337 du code dispose en effet que « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ».

⁴⁴ L'équivalent de cinq dollars à peu près en 2018.

l'opinion publique comme l'aveu de l'inefficacité du système judiciaire⁴⁵. Si on assiste à un mouvement intense pour la création de ces organismes non juridictionnels, le législateur doit imposer des normes obligatoires qu'il faut suivre. L'Union Européenne, dans sa recommandation relative aux principes applicables aux organes responsables de la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, insiste sur le principe de légalité selon lequel le consommateur ne peut pas être privé de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi. C'est la raison pour laquelle les pays qui soumettent les litiges de consommation aux institutions spécialisées de règlement, prévoient la publication des décisions prises par ces dernières.

1.3. Alternative possible pour le Burundi: l'instauration des médiateurs professionnels

La suite de mon raisonnement aurait abouti à l'exclusion pure et simple de la voie négociée comme mode de résolution des conflits de consommation au Burundi. Mais tenant compte qu'il est permis aux sujets de droit dont les consommateurs, de disposer de leurs droits subjectifs pour autant que cela ne contrevienne pas à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Il serait donc contre-productif de ne pas leur permettre légalement cette voie si pour une raison ou une autre, le consommateur et le professionnel en litige ne veulent pas saisir le tribunal, mais qu'ils optent plutôt à une voie consensuelle.

Dans ce sillage et à titre prospectif, un cadre de médiation dans les entreprises évoluant dans le même secteur peut être utile surtout lorsqu'il s'agit des conflits

⁴⁵ J. C.AULOY, *Droit de la consommation... op.cit.*, p.544.

collectifs. C'est pour cette raison que nous proposons l'instauration des médiateurs professionnels.

En effet, la médiation au sein des entreprises ou dans des secteurs d'activités qui écoulent une masse considérable des biens et services sur le marché peut être utile à certains égards. Il serait le cas notamment du secteur des banques et assurances, du transport, de l'eau et de l'électricité, de la téléphonie, du secteur agro-alimentaire, de celui des vendeurs des biens de consommation importés et des marchés⁴⁶. Ces derniers constituent au Burundi des lieux de vente qui sont à la portée des consommateurs. La désignation d'un médiateur professionnel dans chaque secteur d'activités et dans chaque marché serait un moyen simple et efficace d'atteindre à une justice de proximité. Le médiateur serait alors appelé à recevoir les plaintes des consommateurs qui n'ont pas reçu satisfaction au sein des services internes des entreprises. Confrontant les arguments du professionnel et du consommateur en cause, le médiateur proposerait alors une recommandation à soumettre aux protagonistes. Ces derniers auraient le choix soit de converger vers la proposition soumise après discussions préalables soit de poursuivre l'action devant les tribunaux.

Mais comme les litiges de consommation présentent une certaine technicité, les médiateurs seraient agréés par une commission nationale instituée à cet effet. Cette commission nationale tiendrait compte dans sa composition de la représentation des professionnels, des consommateurs et des pouvoirs publics. Les postulants au titre de médiateur devraient remplir des conditions tenant notamment compte du diplôme en droit et de la compétence professionnelle solide.

⁴⁶ L'exemple du Marché de Nyabugogo au Rwanda est intéressant. Un médiateur est institué dans chaque Zone. Ce médiateur appelé conseiller est chargé, avec les autres conseiller du marché de résoudre les éventuels litiges.voy. F. NYIRANDATIYE, *Protection du consommateur contre la publicité mensongère en droit burundais*, mémoire, UNR, 2008, p.73.

Durant la médiation, les principes *minima* de procédure doivent être respectés. Même si ces principes ne constituent pas une fin en soi, ils sont toutefois destinés à assurer la crédibilité de tout médiateur. A ce sujet, le Burundi gagnerait à s'inspirer des principaux critères processuels qui sont compris dans les recommandations n° 98/ 257/CE et n° 2001/ 310/CE concernant la résolution extrajudiciaire des litiges⁴⁷. Ces critères reposent sur la liberté, l'égalité, la légalité, la transparence, le droit à l'information et l'indépendance durant la procédure de médiation.

Le médiateur professionnel doit offrir des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime dans l'esprit du consommateur. Cette impartialité tient compte des considérations de caractère fonctionnel ou organique (notamment ses émoluments, le mode et les conditions de sa nomination, les conditions de la cessation de sa fonction, les incompatibilités) mais aussi des considérations d'ordre subjectif. Le médiateur doit conduire la procédure et formuler ses suggestions en son âme et conscience, en l'absence de tout préjugé ou parti pris.

En définitive, la procédure doit offrir des stimulants destinés à encourager la participation du consommateur à la médiation. Sous ce dernier registre, les médiateurs professionnels devraient être rémunérés par l'Etat dans le cadre des programmes d'aide juridique destinés aux justiciables plus vulnérables, en l'occurrence, les consommateurs. D'autres éléments importants englobent la qualité et la réputation du médiateur qui serait nanti d'une formation et d'une expérience professionnelle jugée solide. Néanmoins, si le recours au médiateur

⁴⁷ Recommandation 2001/310/CE de la commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation, *J.O L* 109 du 19.4.2001, p.56; voy aussi la directive du parlement européen et du conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale du 21 mai 2008, *O.J.L* 136, 24.5.2008, p.3-22 ; aussi livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial du 19 avril 2002 : Doc. COM (2002).

professionnel n'est plus possible pour une raison ou une autre, il ne resterait qu'à saisir les cours et tribunaux.

II. LES VOIES JUDICIAIRES DU CONSOMMATEUR LESE

Le consommateur lésé qui ne veut pas la médiation ou qui n'obtient pas satisfaction à l'issue de cette voie négociée a le droit de saisir le Tribunal. Nous analysons dans cette section principalement deux éléments pour le règlement judiciaire des litiges de consommation. D'une part, il faut déterminer le tribunal compétent en la matière et d'autre part, les personnes qui sont admises à le saisir.

1. Quel est le tribunal compétent?

Avant de répondre à la question, il nous semble nécessaire de donner un bref aperçu du système judiciaire burundais.

1.1. Brève présentation du système judiciaire burundais

Comme l'article 210 de la nouvelle constitution du Burundi⁴⁸ le dispose, la justice burundaise est rendue par les cours et tribunaux, sur le territoire de la République, au nom du peuple burundais.

Parmi ces cours et tribunaux, on distingue les juridictions ordinaires des juridictions spécialisées. Les juridictions spécialisées connaissent des affaires en rapport avec le travail, le commerce, l'administration, la corruption, l'armée, la constitutionnalité des lois etc. Les juridictions ordinaires quant à elles

⁴⁸ Loi du 7 juin 2018 portant promulgation de la constitution de la République du Burundi.
Revue Burundaise de Droit et Société

comprennent la Cour Suprême, les cours d'Appel, les tribunaux de grande instance dans chaque province du pays, y compris la mairie de Bujumbura. Au bas de la hiérarchie des juridictions, se trouvent les tribunaux de résidence qui sont les juridictions les plus proches des justiciables. Chaque commune compte un tribunal de résidence.

1.2. La compétence matérielle

Les litiges de consommation relèvent généralement des juridictions ordinaires. Le tribunal qui est compétent au Burundi est, en principe, le tribunal de grande instance pour les litiges dont la valeur est supérieure à un million de FBu (autour de 500 dollars) et le tribunal de résidence pour les litiges dont la valeur est inférieure ou égale à cette somme.

S'agissant de la nature des litiges, l'article 12 du code portant organisation et compétence judiciaires au Burundi, indique que les tribunaux de résidence connaissent entre autres, des contestations entre personnes privées. Ces contestations peuvent donc porter sur des contrats conclus entre professionnels et consommateurs. Cela est, à plus forte raison, valable aussi pour les tribunaux de grande instance qui, selon l'article 22, connaissent de toutes les actions dont la compétence matérielle ou territoriale n'est pas attribuée à une autre juridiction.

Autant dire que les juridictions ordinaires sont compétentes pour connaître les litiges de consommation. C'est pourquoi, contrairement à certains développements en droit de la consommation⁴⁹, nous trouvons inopportun

⁴⁹TH. BOURGOIGNIE, *Propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs*, Bruxelles, C.E.R.D.C, p. 285 et s. voy SIHAYA B. *Avant-propos à la loi modèle pour la protection du consommateur en Afrique*, texte publié par l'Organisation internationale des *Revue Burundaise de Droit et Société*

d'instituer des juridictions spécialisées pour les litiges de la consommation au Burundi.

Non seulement le pays n'a pas les moyens pour le faire mais aussi et surtout, l'instauration de ces juridictions entraînerait des conflits de compétences énormes provoquant la désarticulation de tout l'appareil judiciaire burundais. Comme le précise J. VAN COMPERNOLLE⁵⁰, l'institution des compétences exclusives doit être exceptionnelle et justifiée par d'impérieuses raisons organiques ou fonctionnelles. Les litiges de consommation ne présentent pas une nature intrinsèquement spéciale qu'ils ne puissent être, à l'instar des litiges locatifs, relever de la compétence normale des juridictions ordinaires.

Par contre, pour rapprocher davantage la justice aux justiciables notamment les consommateurs et pour désengorger les tribunaux de Résidence non seulement en ce qui concerne les litiges de consommation mais également pour les autres contestations mineures en matière civile, il faut asseoir un mécanisme simplifié de rendre justice à la base.

Le code burundais portant organisation et compétence judiciaires a fait une avancée remarquable dans ce sens. Les articles 13 et 23 du code reconnaissent désormais la compétence d'un juge unique assisté d'un greffier. Certains pensent qu'une telle réforme risque d'occasionner la corruption et proposent même la

Consommateurs/ Consumers International (O.I.C. /C.I.), Bureau régional pour l'Afrique., p. 87 et s.

⁵⁰J. COMPERNOLLE, « Analyse critique des propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs : aspects de droit judiciaire », in *le droit de la consommation en mouvement, examen critique des propositions de la Commission d'étude pour la réforme du droit de la consommation*, (sous la dir), Th. BOURGOIGNIE, L. CORNELIS, H. COUSY Louvain La neuve, Centre du Droit de la consommation, Belgique, p.222.

suppression du juge unique⁵¹. C'est ce qui ressort de l'étude menée par l'ONG belge RCN, qui indique que l'institution à juge unique n'est pas toujours bien comprise ni acceptée par les justiciables. Ces derniers craignent qu'un jugement soit mal rendu par un juge unique, ce qui exposerait ce dernier à la critique et aux soupçons de corruption.

Si leur inquiétude peut être fondée en partie, on ne doit pas néanmoins verser dans le pessimisme car le modèle collégial n'est pas non plus le gage d'une justice non corrompue. Les causes de la corruption se situent souvent sous d'autres registres liés essentiellement aux garanties de la carrière, du statut des magistrats et de la moralité de ces derniers. Par ailleurs, le justiciable insatisfait du jugement rendu par le juge unique a les voies de recours qui sont prévues par la loi.

Nous pensons plutôt qu'il faut renforcer ce choix opéré par le législateur en permettant davantage l'accès au juge. Il faut que le juge unique soit un véritable juge de proximité avec une certaine autonomie d'action. Les juges de proximité auraient un statut spécial par rapport aux magistrats de carrière. La raison en est qu'il est plus facile actuellement de trouver des juristes formés et expérimentés mais qui évoluent dans d'autres secteurs sur tout le territoire. Il faut faire remarquer qu'à ce jour, il y a peu de juge licencié en droit qui œuvre au tribunal de résidence⁵². La reconnaissance des juges qui ne soient pas de carrière mais bien formés apporterait à la justice de base une efficacité et une compétence technique qui manquent actuellement.

⁵¹ RCN, *La justice de proximité au Burundi, Réalités et perspectives*, Bujumbura, décembre 2006, p. 26

⁵² BURUNDI, *Etude relative au fonctionnement du système judiciaire, op.cit.*, p.52
Revue Burundaise de Droit et Société

Une loi déterminerait le mode de recrutement, de nomination, de formation, de rémunération, d'incompatibilité et de discipline. En raison de la nécessité de présenter toutes garanties, leur recrutement serait soumis aux exigences d'une formation juridique jugée suffisante et d'une expérience professionnelle solide.

Pour ne pas heurter le principe du double degré de juridiction et rassurer les justiciables, les juges de proximité seraient placés au premier degré. En cas d'insatisfaction, le justiciable ferait appel au tribunal collégial du tribunal de résidence qui lui est proche au moment où le tribunal de grande instance qui est la juridiction d'appel se trouve à une longue distance.

1.3. La compétence territoriale

Le système juridique burundais se fonde sur la liberté de choix du plaignant. Normalement, le plaignant porte l'affaire devant le juge du domicile du défendeur ou de l'un des défendeurs. Cette règle générale est déterminée à l'article 93 du code burundais portant organisation et compétence judiciaires. Selon cette disposition, c'est la juridiction du domicile du défendeur qui, est par principe seule compétente pour connaître de la cause sans préjudice des dispositions particulières et à défaut d'accord entre parties.

Lorsqu'il y a plusieurs défendeurs, l'article 94 du même code dispose que la cause est à la portée, au choix du demandeur, devant la juridiction du domicile de l'un d'entre eux. De même, lorsqu'un domicile a été élu pour l'exécution d'un acte, l'action afférente à cet acte peut également être portée devant la juridiction du domicile élu. Si le défendeur est une personne morale, c'est le lieu de son siège, c'est-à-dire du siège administratif où l'entreprise est dirigée qui sera

considérée. En matière mobilière, le code précise en son article 97 que l'action peut également être portée devant la juridiction du lieu dans lequel l'obligation est née ou dans lequel elle doit être ou a été exécutée.

Ainsi, en vertu de cette disposition, le consommateur qui se prétend lésé à la suite de la conclusion d'un contrat peut intenter une action soit devant le tribunal du défendeur, si celui-ci se trouve être le lieu de la naissance des obligations contractuelles soit devant le tribunal du lieu où les obligations du contrat devraient être ou ont été exécutées. Au Burundi, le constat est que souvent les professionnels et leurs clients consommateurs habitent dans la même commune ce qui fait que c'est le tribunal de Résidence qui sera compétent pour autant que le litige ne dépasse pas la valeur d'un million indiqué par la loi. Le problème serait posé si le contrat renferme des clauses attributives de juridiction qui ont pour dessein de rendre le recours du consommateur irréalisable. Nous estimons même pour le Burundi et ce, à la lumière des enseignements tirés de l'arrêt *Panon*⁵³ que le juge devrait examiner d'office le caractère abusif d'une telle clause et le cas échéant, la sanctionner par la nullité.

2. Qui peut saisir le tribunal?

Le consommateur qui prétend que ses droits sont violés peut à titre individuel saisir le tribunal compétent. La saisine peut aussi être opérée par des groupements qui représentent les consommateurs. Nous analysons l'action individuelle d'une part et l'action collective d'autre part.

⁵³ La Cour de justice des Communautés européennes a jugé que les clauses potentiellement abusives contenues dans les contrats conclus entre un consommateur et un professionnel, devaient être examinées d'office par le juge national (*Pannon GSM Zrt. / Erzsébet Sustikné Gyórfi*, aff. C-243/08).

2.1. L'action individuelle

Le consommateur lésé comme tout citoyen a droit de saisir le tribunal pour se prévaloir de son droit violé. Ce droit d'accès à la justice est reconnu par les différents textes légaux qui consacrent les droits de l'homme tant au niveau national, régional qu'au niveau international⁵⁴. Autant dire que le consommateur a droit d'agir en justice lorsqu'il estime que ses intérêts ont été bafoués. On remarque parfois, dans les contrats de consommation, des clauses qui visent directement ou indirectement à priver le consommateur de son droit d'agir en justice, en formulant par exemple que « tout litige auquel pourra donner lieu le présent contrat sera obligatoirement réglé à l'amiable » ou le fait de faire renoncer le consommateur, en cas de conflit, à tout moyen de recours contre le vendeur. Ces clauses sont d'emblée contraires au principe formulé par les textes ci haut cités. De telles clauses sont réputées abusives et peuvent être sanctionnées par la nullité lorsqu'elles sont insérées dans les contrats entre professionnels et consommateurs⁵⁵.

Faisons remarquer que si l'accès à la justice est garanti d'une manière claire dans les textes légaux comme on vient de le montrer, cet accès reste problématique dans la pratique. On a déjà relevé les problèmes que rencontre le consommateur

⁵⁴Article 8 et 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, article 7 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples ; La constitution du Burundi qui, faisant siennes dans son préambule, les dispositions de ces textes, dispose en son article 38 que « toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit entendue équitablement et à être jugée dans un délai raisonnable ». De même l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme dispose que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi ».

⁵⁵L'article 75 §1 de la loi belge du 26 avril 2010 relative aux Pratiques du Marché et à la Protection du Consommateur. Le code de commerce burundais de 1993 en son article 92 déclarait également nulle, toute clause abusive. voy Décret-loi n°1/045 du 09 juillet 1993 portant dispositions générales du code de commerce. Bujumbura., *B.O.B* N°1/94.

lorsqu'il faut saisir le juge surtout pour les petits litiges. Le Burundi ne prévoit pas une assistance judiciaire aux citoyens les plus démunis y compris les consommateurs. Or, cette assistance et l'aide juridique facilitent l'accès à la justice des personnes ayant de revenus modestes. Nous pensons pour le cas du Burundi que certaines mesures sont possibles dont notamment : l'exemption des frais de justice, l'institution des bureaux d'écoute et d'orientation des justiciables, la vulgarisation du droit, etc. En effet, l'aide juridique accordée sous la forme de renseignements pratiques, d'information juridique, d'un premier avis juridique ou d'un renvoi vers une instance ou une organisation spécialisée reste envisageable. Cela suppose l'ouverture des guichets d'écoute et d'orientation auprès des cours et tribunaux.

Certaines Organisations Non Gouvernementales internationales et d'autres Associations Sans But Lucratif ont mis en place des « Cliniques Juridiques »⁵⁶ qui offrent des services gratuits d'écoute, d'orientation et de médiation aux personnes défavorisées. Cette expérience est bien accueillie par la population et certaines personnes bénéficient même des avocats-conseils. Il faudrait plutôt inclure un tel programme dans la politique générale du ministère de la justice et définir dans un texte légal les droits du justiciable en rapport avec l'assistance judiciaire et juridique.

2.2. L'action collective

Pendant longtemps, les associations des consommateurs n'étaient pas admises à agir en justice pour défendre l'intérêt collectif des consommateurs. Leur action se heurtait au principe selon lequel le ministère public est, sauf dérogation expresse,

⁵⁶C'est le cas notamment des ONG comme RCN, Avocats sans frontières, Global rights etc.
Revue Burundaise de Droit et Société

seul défenseur de l'intérêt général. Par ailleurs, l'action ne pouvait pas être admise que si le demandeur avait qualité et intérêt pour la former. Actuellement c'est chose admise en droit de la consommation⁵⁷ et dans les autres domaines⁵⁸. Ainsi, entre un consommateur quasi impuissant et un ministère public inactif, l'association se trouve être l'organe le plus apte à faire respecter les droits des consommateurs. Il existe deux catégories d'actions pouvant être exercées par les associations des consommateurs. Les unes sont exercées dans l'intérêt collectif des consommateurs, et les autres sont exercées dans les intérêts individuels de plusieurs consommateurs. Nous examinons successivement ces deux catégories.

2.2.1. L'action d'intérêt collectif

Il y a intérêt collectif lorsque les consommateurs sont lésés par un acte de large diffusion : une publicité trompeuse, un défaut constaté pour des objets fabriqués en série, une irrégularité commise dans la rédaction d'offres préalables de crédit, ou dans l'organisation d'une loterie promotionnelle, clauses abusives dans les contrats⁵⁹.

⁵⁷ Citons notamment l'article 98 de la loi belge du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (qui a été reproduite par le code de commerce de 1993 du Burundi en son article 97) : Le législateur fait du groupement professionnel ou interprofessionnel le « procureur de la profession armé pour agir, au nom du seul intérêt de celle-ci, en cessation d'actes contraires à la moralité professionnelle. Voy. aussi, Liège, 7è ch., 8 juin 2000, p. 1648 ; Liège, 30 juin 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1628.

⁵⁸ C'est le cas notamment des ordres professionnels (ordre des avocats, des médecins, des architectes, des chambres de notaires ou huissiers de justice en droit belge, le droit d'action en matière de protection de l'environnement. D. LAGASSE, « Le droit d'action en cessation environnementale au regard de la notion d'intérêt à agir en justice : vers une privatisation du ministère public ?, *B./R.D.J.P.*, 2003, pp. 148-157, pour l'ouvrage de synthèse Voy J. F. VAN DROOGHENBROECK (sous la dir), *Les actions en cessation*, CUP, Vol. 87, Larcier, Bruxelles, 2006 et les ouvrages cités.

⁵⁹ J.C. AULOY, *Droit de la consommation*, *op.cit.*, p.597.

Dans ce cas, l'action peut être exercée par les associations de consommateurs dans les limites définies par la loi. S'inspirant du droit belge et plus particulièrement de l'ancienne L.P.C.C⁶⁰, le droit positif burundais avait reconnu l'action d'intérêt collectif aux associations des consommateurs. L'ancien code de commerce permettait en effet en son article 97 qu'une association ayant pour objet la défense des intérêts des consommateurs et jouissant de la personnalité juridique pouvait intenter une action en cessation des pratiques contraires aux intérêts des consommateurs. L'article 94 du même code interdisait à ce sujet tout acte par lequel un vendeur porte atteinte aux intérêts d'un ou plusieurs consommateurs.

Il résulte de ces dispositions que le législateur semblait réserver cette action uniquement pour le cas d'une action en cessation contre un vendeur puisqu'il ne la prévoit que dans le chapitre 4 intitulés « De l'action en cessation des pratiques contraires aux intérêts des consommateurs ». Pourtant, sur le plan matériel, l'action d'intérêt collectif devrait permettre d'agir tant en cessation qu'en réparation et en octroi des dommages et intérêts⁶¹ et cela pour tous les contrats conclus entre les professionnels et les consommateurs.

En France, le principe est clairement posé par l'article L. 421-1 du code de la consommation qui dispose que « les associations agréées peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs ».

En vertu de cette disposition, la demande de l'association peut avoir trois objets : l'association peut d'abord réclamer des dommages et intérêts, destinés à réparer le

⁶⁰ Abrogé par la L.P.M.P.C laquelle reconnaît toujours l'action d'intérêt collectif aux associations des consommateurs (art. 113).

⁶¹ F. DOMONT-NAERT, M.VAN NUFFEL (sous la direction), *Le règlement des litiges de consommation : extension des acquis au citoyen*, UCL, CDC, LLN, 1997, p. 161

dommage causé à l'intérêt collectif des consommateurs. Les dommages et intérêts sont alloués, non aux consommateurs individuellement lésés, mais à l'association, qui personnifie l'intérêt collectif.

L'association peut aussi demander la cessation des agissements illicites. Cette possibilité a un rôle préventif évident. En effet, plus qu'une action en cessation, l'action des associations de consommateurs devient une action en responsabilité. Les dommages et intérêts réparent un préjudice déjà causé à l'intérêt collectif des consommateurs. L'action en cessation tend, elle par contre, à empêcher un préjudice futur. L'association peut demander par exemple le retrait d'un produit non-conforme à la réglementation, la cessation d'une publicité trompeuse ou d'une pratique commerciale déloyale.

L'association peut enfin demander que le public soit informé du jugement rendu, aux frais du condamné. La diffusion d'un tel message vise non seulement à informer le public sur une décision qui concerne l'intérêt collectif des consommateurs mais aussi elle apparaît comme une sanction du plaideur condamné.

2.2.2. L'action d'intérêt d'un groupe

L'action d'intérêt d'un groupe tend pour l'essentiel à permettre de regrouper les intérêts individuels concernés afin d'étendre la décision qui interviendra à l'ensemble des personnes se trouvant dans une situation identique⁶². Principalement, cette action a pour effet de permettre de franchir les

⁶²Le Comité économique et social européen (CESE) reconnaît la nécessité d'un mécanisme de recours collectif dans son rapport concernant les actions de groupes en matière de droit de la consommation : Avis du Comité économique et social européen sur la « Définition du rôle et du

Revue Burundaise de Droit et Société

barrières qui existent quant à l'accès individuel à la justice que sont habituellement le coût de la procédure par rapport à l'enjeu individuel, le temps, l'appréhension de l'administration de la justice, l'incertitude du résultat, etc. L'action permet également de réduire l'encombrement des tribunaux.

Des actions de ce type existent aux Etats-Unis, sous le nom de *class action*, et au Québec, sous celui de recours collectif⁶³. Dans ce système, le demandeur est un particulier faisant partie d'un groupe de personnes se trouvant dans une situation similaire : toutes ont été affectées, ou courent le risque d'être affectées prochainement, par la conduite du défendeur. L'action qui est exercée par le demandeur ne vise pas seulement à garantir son propre intérêt, mais également celui de tous les autres membres du groupe placés dans la même situation que lui. Le jugement qui interviendra dans cette action, produira des effets à l'égard de tous les membres du groupe.

Nous considérons que les *class action* sont également envisageables au Burundi mais en tenant compte du contexte burundais. Ainsi, seules les associations représentatives des consommateurs agréées seraient admises à saisir le tribunal. Cela permettrait d'éviter la surenchère ou la multiplication d'actions à l'initiative de consommateurs individuels. L'action du groupe se déroulerait par deux phases.

La première phase mettrait en cause l'association qui serait demanderesse, et le professionnel considéré comme défendeur. Elle donnerait lieu à plaidoirie

régime des actions de groupe dans le domaine du droit communautaire de la consommation », *J.O. C 162/1* du 25 juin 2008. Ce même rapport condamne par ailleurs le système de *class action* « à l'américaine » tout en reconnaissant par ailleurs que « les points faibles de la *class action* dénoncés comme donnant lieu à des dérives sont propres à ce système judiciaire et ne pourraient intervenir en Europe.

⁶³I. BUFFLIER, « Douze années de recours collectif au Québec : un espoir pour l'action en France », *RED com.* 1992.193 ; P.C. LAFOND, « Le recours collectif québécois : entre la commodité procédurale et la justice sociale » *RED cons.* 1999.215. P.C. LAFOND, « Consumer class action in Quebec to the year 2000: new incentives », *consumer law journal* 2000. 329.

contradictoire, et se terminerait par un jugement de principe, admettant ou rejetant la responsabilité du professionnel.

La seconde phase interviendrait dans le cas où la responsabilité du professionnel serait établie. Une publicité porterait le jugement à la connaissance des consommateurs concernés. Ceux-ci pourraient alors demander sur requête à bénéficier de la décision rendue en faisant en même temps une déclaration de créance. Les victimes ne désirant pas profiter du jugement resteraient libres d'exercer des actions individuelles.

Les *class actions* ouvertes aux associations peuvent être considérées comme un procédé utile au point de vu procédural. En admettant ce modèle, on éviterait que de nombreux membres du groupe, sinon tous, viennent individuellement encombrer le rôle des tribunaux. On réaliserait par là une économie de temps, de travail et d'argent.

Le résultat serait alors de rendre efficaces les droits appartenant à des groupes, quand les membres de ces groupes sont individuellement impuissants à citer leurs adversaires devant les tribunaux. Ainsi, les *class actions* peuvent être une arme efficace pour lutter contre les comportements déloyaux des professionnels. En permettant au demandeur de réclamer en justice la réparation de la totalité des dommages subis par tous les membres d'un groupe, la *class action* remplit une mission de la défense des consommateurs dans des petits litiges⁶⁴.

⁶⁴M. H. KÖTZ, La protection en justice des intérêts collectifs : tableau de droit comparé, in *Accès à la justice et Etat Providence*, CAPPELLETTI (sous la direction), *op.cit.*, p. 98 ;

CONCLUSION GENERALE

Nous avons remarqué que le consommateur éprouve beaucoup de difficultés à saisir le tribunal : le coût du procès, les barrières psychologiques, la complexité et la lenteur de la procédure judiciaire...sont autant d'obstacles qui dissuadent le consommateur à ester en justice. Nous avons alors souligné la nécessité d'instaurer une assistance judiciaire et juridique pour les justiciables consistant notamment à l'exemption des frais de justice, à l'institution des bureaux d'écoute et d'orientation des justiciables, à la vulgarisation du droit, etc.

Il nous a paru également opportun d'instaurer des médiateurs professionnels pour résoudre les litiges de consommation en dehors des tribunaux. La raison en est que les litiges de consommation échappent à la compétence des institutions traditionnelles de règlement des conflits au Burundi comme celle d'Ubushingantahe qui sont légalement et techniquement incompetentes pour résoudre des litiges de consommation. Les médiateurs professionnels seraient désignés pour aider à résoudre ces litiges dans des secteurs bien déterminés ainsi que dans des marchés et centres de négoce à travers tout le pays.

Le consommateur garde néanmoins son option de suivre la voie judiciaire. Dans ce cas, outre l'action individuelle du consommateur, l'action en cessation reste une arme pour faire cesser les agissements qui portent atteintes aux droits des consommateurs. Il faudrait aussi faciliter les associations qui luttent en faveur des consommateurs de pouvoir saisir le tribunal lorsque les intérêts d'un groupe de consommateurs sont lésés. Bref, il faut éviter que le consommateur soit résigné à son sort. La résignation entraîne en effet la frustration et celle-ci fait perdre la confiance des consommateurs vis-à-vis des gouvernants.

BIBLIOGRAPHIE

I Instruments juridiques universels

1. La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, <http://www.un.org/french/aboutun/dudh.htm>.
2. Résolution 39/248 sur la protection du consommateur, Assemblée Générale des Nations Unies, doc. A/Res/39/248, 16 avril 1985, 10p, disponible sur le site : http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_fr.pdf.
3. ONU, les principes directeurs pour la protection des consommateurs tel que révisés et adoptés par l'Assemblée générale dans sa résolution 70/186 du 22 décembre 2015, disponible sur: http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_fr.pdf.
4. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966. Résolution 2200 A (XXI), disponible sur le site des Nations Unies : http://www.unhcr.ch/french/html/intlinst_fr.htm.

II Instruments juridiques régionaux

1. Directive du parlement européen et du conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale du 21 mai 2008, *O.J L* 136, 24.5.2008, p.3-8. disponible sur le site : <http://data.europa.eu/eli/dir/2008/52/oj>
2. Recommandation 2001/310/CE de la commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation, *JO L* 109 du

19.4.2001, p.56. disponible sur le site :

<http://data.europa.eu/eli/reco/2001/310/oj>.

3. Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial du 19 avril 2002 : Doc. COM : (2002). Disponible sur le site : <http://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/sol0209.pdf>.
4. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 disponible sur le site de l'Union africaine : [http:// www.africa-union.org](http://www.africa-union.org).

III Instruments juridiques nationaux

1. Loi n° 1/ 010 du 7 juin 2018 portant promulgation de la constitution de la République du Burundi.
2. Loi n° 1/010 du 13 mai 2004 portant code de procédure civile au Burundi, *B.O.B.*, 2004, n° 5bis, pp.1-45
3. Loi n° 1/08 du 17 mars 2005 portant code de l'organisation et de la compétence judiciaires, *B.O.B.*, 2005, n° 3quater, pp.19-37.

IV Ouvrages

1. AULOY, J.C., *Le droit de la consommation*, 6e éd., Dalloz-Sirey, Paris, 2003, 640p.
2. BOURGOIGNIE TH., *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Collection Droit et Consommation, E. Story-Scientia, Bruxelles, 1988.

3. CADIET L. (sous la dir), *Médiation et arbitrage, Alternative dispute resolution, Alternative à la justice ou justice alternative, perspectives comparatives*, Litec, Paris, 2005.
1. CAMBIER C., *Fonction et organisation judiciaires*, Bruxelles, Larcier, 1974, p.174.
4. CAPPELLETTI(sous la dir),*Accès à la justice et Etat Providence*, Economica, Coll. Etudes juridiques comparatives, 1984, 361p.
2. DE LEVAL G.et HUBIN. J, (sous la dir), *Le rôle des partenaires sociaux, les modes alternatifs de règlement des conflits et l'analyse économique de la justice* , Larcier, Bruxelles, 2003, pp.399-551 ;
5. DE PAGE H, *Traité élémentaire de droit civil*, t. IV, 3 éd, Bruylant, Bruxelles, 1972, 1108p.
6. DOMONT-NAERT F., M.VAN NUFFEL (sous la dir.), *Le règlement des litiges de consommation : extension des acquis au citoyen*, UCL, CDC, LLN, 1997.
3. LAENENS.J, *Règlement alternatif des litiges en Belgique* , Bruylant 2002.
4. LEMERT.M, *La médiation*, éd. L.Pire, Paris, 2003,
7. LEVAL G, *Eléments de procédure civile*, 2è ed, Larcier, Bruxelles, 2005, 552 p.
5. M. LEMERET(sous la dir.) , *La médiation. L'accès au droit : « une justice pour tous »*, éd. Luc. Pire, 2001
6. Mélanges en l'honneur de Roget Perrot, *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, Paris, 1996.
8. NTAHOMBAYE Ph. (sous la dir.), *L'institution des Bashingantahe, Etude pluridisciplinaire*, Bujumbura, INABU, octobre, 1999,283p.
9. NTAMPAKA C., *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Presses universitaires de Namur, Belgique, 2004.

7. SCHNEEBALG. A et GALTON.E, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Kluwer, 2002.
8. TERRE F, (Les Mélanges), *L'avenir du Droit*, Paris, PUF, Dalloz-Juris-Classeur, Paris, 1999, 868p.
9. VAN DROOGHENBROECK J. F. (sous la dir), *Les actions en cessation*, CUP, Vol. 87, Larcier, Bruxelles, 2006. 480 p.
10. VERBIST H. et DE VUYST B., *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits en Belgique*, La charte – Die Keure, 2002 ; *Rapports belges au congrès de l'académie internationale de droit comparé à brisbane*, Bruylant 2002, pp. 287 à 352 ;

V Articles, Etudes et Rapports

1. BRANDON.I, « L'office du juge dans la conciliation », *J.T.*, 1995, p. 505 ;
2. BRAUDO.S, « La pratique de la médiation aux Etats-Unis », *Gazette du Palais*, 1996, 1 au 4 mai, p. 2 ;
3. BUFFLIER. I, « Douze années de recours collectif au Québec : un espoir pour l'action en France », *RED com.* 1992.193 ;
4. CANIVET. G, « Le juge et la recherche de la solution du conflit », *Act.dr.*2003p.35 ;
5. CHEVALIER. P., « Les MARL : perspectives et enjeux européens », *Act.dr.*, 2003, p. 46 ;
6. D'HUART V., « La médiation au cœur du barreau », note sous trib. Trav. Huy, 11 février 1998, *J.L.M.B.*, p. 693,
7. D'HUART. V., « A quand une loi sur la médiation comme mode alternatif de règlement des conflits en toutes matières ? », note sous Trib. Trav. Liège, 25 mai 2001, *J.L.M.B.*, p. 1150 ;

8. GOLDSMITH J.C., « Les modes de règlement amiable des différends », *Rev.dr.aff.int.*, 1996, p.222.
9. JARROSSON. C, « Médiation et conciliation : définition et statut juridique », *Gazette du Palais*, 1996, 21 et 22 août, p.3 ;
10. LAFOND P.C, « Consumer class action in Quebec to the year 2000: new incentives », *consumer law journal* 2000. 329.
11. LAFOND.P.C « Le recours collectif québécois : entre la commodité procédurale et la justice sociale » *RED cons*, 1999, 215.
12. LIGOT. F, « Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords », *Ann. Dr. Louvain*, 1996, pp. 71 et s. ;
13. OAG, *Analyse critique du fonctionnement de la justice de proximité au Burundi*, Bujumbura, mars 2007,160p.
14. OUEDRAOGO F., « L'accessibilité de la justice au Burkina. La voie parajudiciaire, *Rev.burk.dr.*, 1997, p. 7. et s.
15. PERROT.R, « La conciliation en matière civile et commerciale en France », journées de la société de législation comparée, vol. 10, 1988, p. 249 et s.
16. PICARD.C, « La médiation au Québec : quelques éléments de réflexion », *Les annonces de la seine*, 21 octobre 1996, p.9 ;
17. RCN, *La justice de proximité au Burundi, Réalités et perspectives*, Bujumbura, décembre 2006, p. 26 ;
18. République du Burundi, *Politique sectorielle 2006-2010 du Ministère de la justice*, Bujumbura, juin 2006.p.20
19. TIMST J., « La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative », *Gaz.Pal*, nov. 2001, n° 318 à 319, p. 53 et s., spéc.p.60.
20. VERBRAEKEN C. et VINCKE F., « Les méthodes alternatives de règlement des litiges », *J.T.*, 1996, p. 161.

LA RECONNAISSANCE CONTESTABLE DES IMMUNITES EN FAVEUR DES AUTORITES PUBLIQUES POUR LES CRIMES INTERNATIONAUX EN AFRIQUE

Par Egide MANIRAKIZA¹

INTRODUCTION GENERALE

01. Contexte et justification de l'étude

Le 27 juin 2014, les Chefs d'Etats et de gouvernement de l'Union Africaine ont adopté à Malabo (Guinée Equatoriale) le Protocole portant amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme².

La principale innovation qu'apporte ce Protocole est la création, sur le continent africain, d'une juridiction internationale ayant en son sein un organe chargé de la répression des crimes internationaux. Cette nouvelle juridiction africaine dénommée « Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples » sera composée de trois Sections³ dont une Section des droits de l'homme et des peuples qui sera compétente pour toutes les violations des droits de l'homme et des peuples⁴, une Section du droit international pénal qui sera compétente pour les crimes internationaux que définit le même protocole⁵ et une Section des affaires générales qui s'occupera de toutes les affaires à l'exception de celles conférées

¹ Professeur du Droit international public des droits de l'homme, Droit international humanitaire, Droit international des affaires à l'Université du Burundi et dans d'autres universités.

² Il faut préciser que ce Protocole n'est pas encore entré en vigueur car les 15 ratifications exigées pour son entrée en vigueur n'ont pas encore été obtenues (article 11 du Protocole).

³ Article 16.1. du Protocole

⁴ Article 17.2. du Protocole

⁵ Article 17.3. du Protocole

aux deux précédentes Sections⁶. Dans le préambule du Protocole sous examen, il est indiqué que la création de cette juridiction à compétence pénale en Afrique trouve son fondement dans l'engagement des Etats membres relativement au droit de l'Union africaine d'intervenir dans un Etat membre conformément à une décision de la conférence des Chefs d'Etat et de gouvernement dans certaines circonstances graves, à savoir : les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité ainsi qu'une menace sérieuse de l'ordre légitime pour restaurer la paix et la stabilité dans l'Etat membre de l'Union sur recommandation du Conseil de paix et de sécurité⁷.

De toutes les dispositions du Protocole de Malabo, cette étude portera uniquement sur l'article 46 A bis qui reconnaît les immunités en faveur des autorités publiques dans ces termes :

« Aucune procédure pénale n'est engagée ni poursuivie contre un Chef d'Etat ou de gouvernement de l'UA en fonction, ou toute personne agissant ou habilitée à agir en cette qualité ou tout autre Haut responsable public en raison de ses fonctions ». Le choix de cette unique disposition comme objet d'étude résulte du fait que c'est la disposition la plus controversée du Protocole qui a soulevé beaucoup de contestations et d'inquiétudes par tant d'observateurs africains ou d'ailleurs⁸ et qui a fait que le Protocole de Malabo soit connu négativement dans pas mal de milieux. Il se pose la question de la validité de cette norme en droit international. En vertu du droit international coutumier, les Chefs

⁶ Article 17.1. du Protocole

⁷ Huitième considérant du préambule qui se base sur l'article 4(h) de l'Acte constitutif de l'Union africaine.

⁸ Voy. Notamment l'étude AMNESTY INTERNATIONAL, « Protocole de Malabo, incidences juridiques et institutionnelles de la Cour africaine issue d'une fusion et à compétence élargie », janvier 2016.

d'Etat et de gouvernement en exercice jouissent d'une immunité devant une juridiction pénale d'un Etat tiers mais ne jouissent pas d'une immunité à l'égard des poursuites pénales engagées devant les cours pénales internationales telle que la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples. Le but de cette étude est de relever les arguments juridiques susceptibles d'être invoquées pour contester les immunités que vient de reconnaître cette disposition. D'où le choix de l'intitulé de l'étude « **La reconnaissance contestable des immunités en faveur des autorités publiques pour les crimes internationaux en Afrique** ».

Dans cette perspective, nous avons posé cette hypothèse de recherche : **Les immunités que reconnaît l'article 46 du Protocole de Malabo sont accordées en violation du droit international.**

Pour pouvoir confirmer ou infirmer notre hypothèse, nous nous sommes posé les questions de recherches suivantes :

- Est-ce que les Statuts des autres juridictions internationales pénales qui ont existé depuis le début de l'histoire de la justice internationale pénale jusqu'à l'heure actuelle ont connu les immunités en faveur des autorités publiques ?
- Est-ce que les immunités que reconnaît cet article ne constituent pas une violation de la Charte des Nations Unies ?
- Est-ce que cette disposition n'est pas en contradiction avec les engagements conventionnels que les Etats africains ont antérieurement contractés dans des traités multilatéraux en vigueur au niveau universel ?
- Est-ce que cet article ne viole pas les principes directeurs et les objectifs de l'Union africaine ?

02. Approche méthodologique

Au cours de notre réflexion, nous exploiterons plusieurs sources principalement la Charte des Nations unies ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; les textes organiques des juridictions internationales et des principes déjà posés par ces juridictions (le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg⁹ du 8 août 1945, la Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient¹⁰ du 19 janvier 1946, les Principes du Droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal¹¹ du 5 juin 1950, le Statut du Tribunal pénal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex Yougoslavie¹² du 25 mai 1993, le Statut du Tribunal pénal international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'Etats voisins¹³ entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994 du 8 novembre 1994, le Statut de Rome de la Cour Pénale internationale¹⁴ du 17 juillet 1998 ainsi que le Statut du mécanisme international chargé d'exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux¹⁵ du 22 décembre 2010. Nous consulterons également les textes organiques des juridictions pénales appelées mixtes ou hybrides que sont l' Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le

⁹ Voy. E.DAVID et al., *Code de droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 6^{ème} édition mise à jour au 1^{er} juin 2013, pp.546-551.

¹⁰ Idem, pp.553-557.

¹¹ Idem, p.552

¹² Idem, pp.558-569.

¹³ Idem, op.cit., pp. 625-683.

¹⁴ Idem, pp. 698-756.

¹⁵ Idem, pp. 684-697.

Gouvernement royal cambodgien concernant la poursuite, conformément au droit cambodgien, des auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique, Phnom Penh¹⁶ du 6 juin 2003; l'Accord sur la création et Statut du Tribunal spécial pour le Liban¹⁷ du 30 mai 2007 ; l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais portant création d'un Tribunal spécial résiduel pour la Sierra Leone¹⁸ du 11 août 2010. La jurisprudence de ces juridictions internationales ainsi que la doctrine seront également mises à contribution.

03. Enoncé du plan

Chaque question de recherche parmi celles-ci-haut indiquées fera l'objet d'une réflexion dans une subdivision à part. Ainsi, après avoir analysé la question des immunités que reconnaît le Protocole sous examen au regard des statuts des autres juridictions internationales pénales **(I)**, nous verrons si la même question n'est pas une violation de la Charte des Nations Unies **(II)**; des engagements conventionnels que les Etats africains ont antérieurement contractés dans des traités multilatéraux en vigueur au niveau universel **(III)** ainsi que des principes directeurs et des buts de l'Union africaine **(IV)**.

¹⁶ E-David, op.cit.,pp.890-910

¹⁷ Idem, pp. 911-925

¹⁸ Idem, pp. 872-878.

I. LA QUESTION DES IMMUNITES DES AUTORITES PUBLIQUES D'APRES LES STATUTS DES AUTRES JURIDICTIONS INTERNATIONALES PENALES OU MIXTES

L'histoire de la justice internationale pénale a commencé en 1946 avec la création des tribunaux militaires internationaux, l'un à Nuremberg et l'autre à Tokyo. Elle s'est poursuivie en 1993 et 1994 avec la création par le Conseil de Sécurité des Nations Unies des deux tribunaux pénaux internationaux, l'un pour l'ex-Yougoslavie (Tribunal pénal international pénal pour l'ex-Yougoslavie, TPIY) et l'autre pour le Rwanda (Tribunal international pénal pour le Rwanda, TPIR) ; en 1998 avec l'adoption du Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale et enfin en 2010 avec l'adoption du Statut du Mécanisme international chargé d'exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux.

La justice pénale internationale a connu également des tribunaux mixtes en 2002 avec l'Accord pour le statut du Tribunal spécial pour la Sierra Léone ; en 2003 avec l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le gouvernement royal cambodgien concernant la poursuite conformément au droit cambodgien, des auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique et enfin en 2007 avec l'Accord sur la création et Statut du Tribunal spécial pour le Liban.

La question que l'on peut dès lors se poser est de savoir si, comparativement au Protocole de Malabo, il y aurait un Statut de ces différentes juridictions internationales ou mixtes qui reconnaît les immunités des autorités publiques pour les crimes internationaux.

A la lecture de tous les Statuts de ces différentes juridictions, il apparaît que les immunités des autorités officielles qui seraient présumées d'avoir commis les crimes internationaux ne sont reconnues nulle part.

Ainsi, le Statut du Tribunal militaire de Nuremberg dispose, en son article 7 que « La situation officielle des accusés, soit comme chefs d'Etat, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire, ni comme un motif à diminution de la peine ».

Le Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient abonde dans le même sens en disposant que « Ni la position officielle d'un accusé, à aucun moment, ni le fait qu'un accusé a agi conformément aux ordres de son gouvernement ou d'un supérieur ne suffira, en soi, à dégager la responsabilité de cet accusé dans tout crime dont il est inculpé, mais des circonstances peuvent être considérées comme atténuantes dans le verdict, si le tribunal décide que la justice l'exige »¹⁹.

De même, le Statut du Tribunal pénal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex Yougoslavie et le Statut du Tribunal pénal international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'Etats voisins²⁰ entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994, excluent les immunités des autorités publiques dans des termes identiques « La qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'Etat ou

¹⁹ Article 6 de ce Statut.

²⁰ E.DAVID., op.cit., pp. 625-683.

de Gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine »²¹.

C'est dans ce même sens que dispose l'article 27 du Statut de la Cour pénale internationale intitulé « *Défaut de pertinence de la qualité officielle* » :

1. « Le présent Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'Etat ou de Gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou agent d'un Etat, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine.
2. Les immunités ou règles de procédures spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ».

De plus, le Statut du Mécanisme international chargé d'exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux ne dit pas le contraire. Il précise à ce sujet dans les points 1 et 2 de son article 1 que :

« 1. Le Mécanisme est habilité à juger, conformément aux dispositions du présent Statut, les personnes mises en accusation par le TPIY ou le TPIR qui font parties des plus hauts dirigeants soupçonnés de porter la responsabilité la plus lourde des crimes visés au paragraphe 1 du présent

²¹ Respectivement les articles 7.2. et 6.2. de ces Statuts.

article, compte tenu de la gravité des crimes reprochés et de la position hiérarchique de l'accusé ».

«2. Le Mécanisme est habilité à juger, conformément aux dispositions du présent Statut, les personnes mises en accusation par le TPIY ou le TPIR qui ne font pas parties des plus hauts dirigeants visés au paragraphe 2 du présent article, étant entendu qu'il ne les jugera, conformément aux dispositions du présent Statut, qu'après avoir épuisé toutes les solutions raisonnables pour renvoyer l'affaire comme l'envisage l'article 6 du présent Statut ».

Les Statuts des tribunaux mixtes ne reconnaissent guère également les immunités des autorités publiques pour les crimes internationaux.

Ainsi, l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal cambodgien concernant la poursuite, conformément au droit cambodgien, des auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique dispose, en son article 29 alinéa 2, que « La position ou le rang d'un suspect ne peut l'exonérer de sa responsabilité pénale ou mitiger sa peine ».

De même, l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais portant création d'un Tribunal spécial résiduel pour la Sierra Leone exclut les immunités des autorités officielles en suivant la même formulation que les Statuts du TPIY et du TPIR : « La qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'Etat ou de Gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine »²².

²² Article 6.2. de ce Statut.

Enfin, le Statut du Tribunal spécial pour le Liban exclut également les mêmes immunités en son article 3 en indiquant que toute personne est individuellement responsable des crimes relevant de la compétence du Tribunal spécial.

La jurisprudence de ces tribunaux hybrides abonde dans le même sens. Ainsi, le Tribunal spécial pour la Sierra Léone dans le cadre de l'affaire Charles Taylor a affirmé que « Le principe semble maintenant établi que l'égalité souveraine des Etats n'empêche pas un Chef d'Etat d'être poursuivi par une cour ou un tribunal pénal international »²³. Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens créées en vertu de l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal cambodgien concernant la poursuite, conformément au droit cambodgien, des auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique, ont affirmé dans le même sens que « La position ou le rang d'un suspect ne peut l'exonérer de sa responsabilité pénale ou atténuer la peine »²⁴.

En somme, il apparaît que dans l'histoire de la justice pénale internationale, il n'existe aucun statut d'une juridiction qui reconnaît des immunités en faveur des autorités officielles pour les crimes internationaux. Les immunités des autorités publiques en matière des crimes internationaux ne sont pas reconnues notamment par le fait que les crimes internationaux sont commis par ou avec la complicité des autorités publiques. Dans ce sens, reconnaître les immunités aux autorités publiques pour ce genre de crimes ne ferait que consacrer leur impunité. Le Protocole de Malabo s'est singularisé négativement et ce premier constat confirme notre hypothèse de recherche.

²³ Tribunal spécial pour la Sierra Léone, Procureur c. Charles Ghankay Taylor, cas No. SCSL-2003-01-1, Chambre d'appel, Décision sur l'immunité de la juridiction (31 mai 2004), § 52.

²⁴ Décision du 27 octobre 2004 (NS/RKM/1004/006).

II. LA RECONNAISSANCE DE CES IMMUNITES EST UNE VIOLATION DE LA CHARTE DES NATIONS UNIES

Presque tous les Etats africains sont parties à la Charte des Nations Unies²⁵. Conformément à l'article 103 de cette Charte aux termes duquel « En cas de conflit entre les obligations des membres des nations unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront », les Etats africains n'ont pas le droit de mettre en place une convention qui irait à l'encontre de la Charte des Nations Unies. Pourtant, lorsque le Protocole de Malabo reconnaît les immunités en faveur des autorités publiques pour les crimes internationaux, il viole cette Charte à un double titre d'abord en tant que violation d'une résolution de l'assemblée générale des nations unies, ensuite comme violation de plusieurs résolutions du Conseil de sécurité des nations unies.

II.1. LES IMMUNITES PREVUES PAR LE PROTOCOLE DE MALABO VIOLENT LA RESOLUTION 3(1) DE L'ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES

Les immunités que reconnaît le Protocole de Malabo violent la Résolution 3 (I) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 13 février 1946.

En effet, parmi les Principes de Nuremberg, issus des jugements rendus et codifiés en 1950 par l'Assemblée générale des Nations Unies, et qui résument les grandes règles qui ont été reprises en substance par les juridictions pénales internationales se trouve le Principe 3 aux termes duquel: *Le fait que l'auteur*

²⁵ Voy. Site de l'ONU : www.un.org consulté le 28 juillet 2017 : les Etats africains parties à la Charte des Nations Unies sont au nombre de 51.

d'un acte qui constitue un crime de droit international a agi en qualité de chef d'Etat ou de gouvernement ne dégage pas de sa responsabilité en droit international.

Les principes de Nuremberg qui forment actuellement le Droit de Nuremberg qui ne liait que les 23 Etats parties à l'accord de Londres²⁶ lient actuellement l'ensemble de la Communauté internationale suite à la Résolution 3 (I) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 13 février 1946. Ainsi, les Etats africains qui sont presque tous parties à la Charte des Nations unies sont liés par cette résolution et n'ont pas le droit d'adopter un instrument qui, à l'instar du Protocole de Malabo, contient une disposition qui va à l'encontre de cette résolution. Les immunités reconnues aux Chefs d'Etat et de Gouvernement africains constituent une violation de cette résolution et par voie de conséquence une violation de la Charte des Nations unies.

II.2. LES IMMUNITES PREVUES PAR LE PROTOCOLE DE MALABO VIOLENT PLUSIEURS RESOLUTIONS DU CONSEIL DE SECURITE DES NATIONS UNIES

Tous les Statuts des tribunaux pénaux internationaux ont été créés par résolution du Conseil de sécurité de l'ONU. Lorsque l'article sous examen du Protocole de Malabo reconnaît en faveur des autorités officielles des immunités, il viole tous ces statuts car aucun de ces derniers ne les reconnaissent. C'est une grave violation du droit international car les résolutions du Conseil de sécurité des

²⁶ L'accord de Londres du 8 août 1945 est l'accord conclu entre le Gouvernement provisoire de la République Française et les Gouvernements des Etats Unis d'Amérique, du Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques. Cet accord a mis en place le Tribunal de Nuremberg qui était chargé de juger et punir les grands criminels de guerre des puissances européennes de l'axe.

Nations Unies s'imposent obligatoirement à tous les Etats parties à la Charte des Nations en général et en particulier les Etats africains qui ont adopté le Protocole de Malabo. En effet, une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies est un texte ayant une valeur juridique contraignante. Elle est consacrée dans le droit international par l'article 25 de la Charte des Nations Unies qui dispose que « Les membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte ». Dans la terminologie employée au niveau du Conseil de sécurité, il existe une hiérarchie entre décisions en fonction de la question traitée et du mode d'adoption qui lui correspond. Dans cette perspective, il faut distinguer les termes « Décision », « Recommandation » et « Résolution ».

Le terme employé à l'origine dans la Charte des Nations Unies est « décision ». Le terme « Résolution » ne figurait nulle part dans la Charte. Le terme « décision » du Conseil de sécurité employé dans l'article 27 de la Charte fait référence à toutes les décisions que le Conseil de sécurité peut prendre, qu'elles soient prises au titre du chapitre V en ce qui concerne la procédure et l'organisation du Conseil, au titre du chapitre VI en relation avec le Règlement pacifique des différends, ou encore au titre du Chapitre VII pour les cas de menace à la paix et à la sécurité internationales et au titre du chapitre VIII relatif aux Accords. On distingue ainsi les décisions de procédure (qui ne requièrent qu'un vote affirmatif de neuf membres) et les décisions de substance prises par un vote affirmatif comprenant les voix des membres permanents (lesquelles sont donc soumises au droit de veto). Le terme de « décision » qui figure sous ce terme bien spécifique dans les travaux du Conseil de sécurité concerne la procédure. Tel est le cas par exemple des nominations de membres de la Cour internationale de

justice, l'adoption de l'ordre du jour, les invitations à participer aux débats du Conseil, la suspension d'une séance, l'envoi d'un médiateur, etc.

Le terme de « résolution » concerne les décisions de substance, c'est-à-dire portant sur le fond de la question traitée et engageant une action susceptible de modifier réellement la situation factuelle qui se trouve à l'origine du débat. En théorie les résolutions revêtent donc un caractère plus fort et plus obligatoire.

Au contraire de la décision, la recommandation n'engendre aucune obligation juridique et n'a pas de caractère exécutoire. Une recommandation du Conseil de sécurité est un instrument diplomatique destiné à faire pression sur les Etats auxquels elle s'adresse afin de les inciter à adopter le comportement qu'elle définit. Elle constitue dans beaucoup de cas la première étape d'un processus de négociations diplomatiques. Elle peut servir de base à une action ultérieure de l'ONU.

Les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies, à l'instar de celles qui ont mis en place les juridictions internationales pénales que nous avons connues jusqu'alors, sont donc obligatoires à tous Etats parties à la Charte des Nations unies, y compris les Etats africains qui ont adopté le Protocole de Malabo.

En définitive, il apparaît que le Protocole de Malabo a violé la Charte des Nations Unies et ce deuxième constat confirme notre hypothèse de recherche.

III. LES IMMUNITES RECONNUES PAR LE PROTOCOLE DE MALABO VIOLENT LES ENGAGEMENTS CONVENTIONNELS QUE LES ETATS AFRICAINS ONT ANTERIEUREMENT CONTRACTES DANS DES TRAITES MULTILATERAUX EN VIGUEUR AU NIVEAU UNIVERSEL

Les traités internationaux relatifs aux droits de l’homme ou d’autres traités auxquels la plupart des Etats africains sont parties et qui lient les autres Etats de la communauté internationale ne reconnaissent pas les immunités des Chefs d’Etat et de gouvernement ou d’autres fonctionnaires publics pour les crimes internationaux.

En ce qui concerne les traités relatifs aux droits de l’homme, on peut donner l’exemple du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui lient presque tous les Etats africains (50 Etats sur les 54 que compte l’Union africaine sont parties à ce Pacte²⁷) potentiellement parties au Protocole de Malabo. L’article 2.3. de ce Pacte interdit les immunités des autorités officielles dans ces termes :

« Les Etats parties au présent Pacte s’engagent à :

- a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d’un recours utile, **alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l’exercice de leurs fonctions officielles ;... ».**

Pour les autres traités, on peut donner l’exemple du Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale qui interdit les immunités et pour lequel

²⁷ <https://treaties.un.org> consulté le 28 juillet 2017

Nations Unies, Recueil des traités, vol.999, P. 171 et vol.1057, P.407

la plupart des Etats africains sont également parties. A l'heure actuelle, il y a 124 pays qui sont parties au Statut de Rome. Parmi eux, 34 sont membres du groupe des Etats d'Afrique, 19 sont des Etats d'Asie et du Pacifique, 18 sont des Etats d'Europe orientale, 28 sont des Etats d'Amérique latine et des Caraïbes, et 25 sont membres des groupes d'Etats d'Europe occidentale et autres Etats²⁸.

Le Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale exclut les immunités des autorités officielles pour les crimes internationaux, de manière beaucoup plus claire que les autres instruments internationaux relatifs à la justice pénale internationale, dans son article 27 intitulé *Défaut de pertinence de la qualité officielle* en disposant :

« 1. Le présent statut s'applique de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'Etat ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un Etat, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine.

2. Les immunités ou règles de procédures spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ».

Sur base de ces deux exemples et partant du principe qu'en droit des traités aucun traité n'a primauté sur un autre, la question que l'on peut se poser est de savoir les

²⁸ Source : site de la Cour pénale internationale : www.icc-cpi.int consulté le 30 octobre 2017.

Etats africains pouvaient juridiquement adopter un protocole qui contient une disposition incompatible à leurs engagements conventionnels antérieurs (en particulier ici le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Statut de Rome). La Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 répond par la négative à cette question en son article 41 intitulé **Accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement** dans ces termes :

« 1. Deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles seulement :

- a) Si la possibilité d'une telle modification est prévue par le traité ; ou
- b) Si la modification en question n'est pas interdite par le traité, à condition qu'elle :

- 1) Ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations ; et
- 2) Ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble.

- 3. A moins que, dans le cas prévu à l'alinéa a) du paragraphe 1, le traité n'en dispose autrement, les parties en question doivent notifier aux autres parties leur intention de conclure l'Accord et les modifications que ce dernier apporte au traité ».

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou le Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale n'a pas prévue cette possibilité pour certains Etats parties de conclure des accords ayant pour objet sa modification, raison pour laquelle le Protocole de Malabo viole les engagements conventionnels que les Etats africains ont antérieurement contractés. Ce troisième constat confirme notre hypothèse de recherche.

IV. LES IMMUNITÉS RECONNUES PAR LE PROTOCOLE DE MALABO VIOLENT LES OBJECTIFS ET LES PRINCIPES DIRECTEURS DE L'UNION AFRICAINE

L'Acte constitutif de l'Union africaine, aussi bien dans son préambule que dans ses dispositions, annonce des objectifs et des principes qui cadrent mal avec les immunités que reconnaît le Protocole de Malabo.

Ainsi, dans le 9^{ème} considérant, ledit Acte constitutif annonce que les Chefs d'Etat et de gouvernement sont « Résolus à promouvoir et à protéger les droits de l'homme et des peuples, à consolider les institutions et la culture démocratique, à promouvoir la bonne gouvernance et l'Etat de droit ».

Les objectifs de l'Union africaine sont indiqués dans l'article 3 du même Acte. Parmi ces objectifs, ceux que le Protocole de Malabo contredit sont :

- e) « favoriser la coopération internationale, en tenant dûment compte de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration universelle des droits de l'homme » ;
- h) « promouvoir et protéger les droits de l'homme et des peuples conformément à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et autres instruments pertinents relatifs aux droits de l'homme »²⁹.

Le Protocole de Malabo contredit les objectifs ainsi annoncés car comme nous l'avons déjà démontré³⁰, les immunités qu'il reconnaît constituent des violations des instruments internationaux que visent ces objectifs à savoir la Charte des Nations Unies et les instruments pertinents relatifs aux droits de l'homme car

²⁹ Cet objectif est repris dans le 4^{ème} considérant du Protocole de Malabo

³⁰ Voy. Les développements du point II de la présente étude.

aucun de ces instruments ne reconnaît les immunités des autorités publiques en cas de violations des droits de l'homme.

Les principes directeurs de l'Union africaine sont repris dans l'article 4 du même Acte. Parmi ces principes, ceux que le Protocole de Malabo viole sont les suivants :

- h) « le droit à l'Union africaine d'intervenir dans un Etat membre sur décision de la Conférence, dans certaines circonstances graves à savoir : des crimes de guerre, des actes de génocide et des crimes contre l'humanité »³¹ ;
- m) « respect des principes démocratiques, des droits de l'homme, de l'état de droit et de la bonne gouvernance »³² ;
- o) « respect du caractère sacro-saint de la vie humaine et condamnation et rejet de l'impunité, des assassinats politiques, des actes de terrorisme et des activités subversives »³³.

Le Protocole de Malabo contredit tous ces principes, particulièrement le principe o) de l'Acte constitutif de l'Union africaine dans la mesure où les immunités qu'il reconnaît ne feront que consacrer l'impunité des Chefs d'Etat et de gouvernement et de hauts fonctionnaires.

En effet, la clause d'immunité que prévoit ce Protocole empêchera effectivement la conduite d'enquêtes et de poursuites à l'égard des Chefs d'Etat et de gouvernement et des autres responsables publics en exercice qui peuvent utiliser leur fonction et leur pouvoir pour ordonner, planifier, financer ou orchestrer des

³¹ Ce principe est repris dans le 8^{ème} considérant du Protocole de Malabo

³² Ce principe est repris dans le 9^{ème} considérant du Protocole de Malabo

³³ Ce principe est repris dans les 10^{ème} et 11^{ème} considérants du Protocole de Malabo

crimes internationaux. En Afrique, comme partout ailleurs dans le monde, la réalité montre que ce sont ceux qui occupent des postes de pouvoir qui généralement pratiquent des abus de pouvoir et détournent les ressources publiques pour commettre les crimes internationaux. Les crimes commis pendant la deuxième guerre mondiale, les crimes de génocide et autres violations graves du droit international humanitaire en Ex Yougoslavie et au Rwanda n'ont été commis que par des autorités publiques (Chefs d'Etat et de gouvernement, hauts responsables dans l'armée et dans l'administration). La reconnaissance des immunités ne fait que promouvoir et renforcer la culture de l'impunité des autorités officielles, ce qui est une négation des principes directeurs de l'Union africaine.

Il découle de tout ce qui précède que la clause d'immunité viole les objectifs et les principes directeurs de l'Union africaine. Ce quatrième constat confirme notre hypothèse de recherche.

CONCLUSION GENERALE

Au terme de notre recherche, il convient de faire la synthèse des idées qui ont été progressivement développées. La question centrale de notre recherche concerne la validité en droit international des immunités que l'article 46 A bis du Protocole de Malabo a reconnues aux Chefs d'Etat et de Gouvernement pour les crimes internationaux. L'hypothèse de recherche que nous avons émise, et que les développements ont permis de confirmer, est que ces immunités violent le droit international. Le but de cette recherche était de relever les arguments juridiques qui peuvent être avancés pour contester cette clause d'immunité.

Le premier argument qui peut être avancé pour repousser ces immunités est que dans l'histoire de la justice internationale pénale, il n'existe, contrairement au Protocole de Malabo, aucun texte constitutif d'une juridiction pénale internationale qui reconnaît les immunités en faveur des autorités officielles pour les crimes internationaux. En vertu du droit international coutumier, les Chefs d'Etat et de gouvernement en exercice jouissent d'une immunité devant une juridiction pénale d'un Etat tiers mais ne jouissent pas d'une immunité à l'égard des poursuites pénales engagées devant les cours pénales internationales telle que la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples.

Le deuxième argument est que la clause d'immunité que prévoit cette disposition du Protocole de Malabo viole la Charte des Nations d'une part à travers la violation de résolution 3(I) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 13 février 1946 et d'autre part à travers la violation de plusieurs résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies alors que d'après l'article 103 de la Charte des Nations Unies, « En cas de conflit entre les obligations des membres des

nations unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront ».

Le troisième argument est qu'en prévoyant ces immunités, le Protocole de Malabo viole les engagements conventionnels que les Etats africains ont antérieurement contractés dans le cadre des traités multilatéraux qui concernent non seulement les Etats africains mais aussi tous les Etats de la communauté internationale à l'instar du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale. Une telle hypothèse, appelée incompatibilité des traités, est interdite par l'article 41 de la Convention de Vienne de 1969 relative aux traités conclus entre Etats.

Le quatrième et dernier argument est que la clause d'immunité viole les objectifs et les principes directeurs de l'Union africaine et que les immunités ainsi reconnues ne feront que consacrer l'impunité des Chefs d'Etat et de gouvernement et de hauts fonctionnaires en Afrique.

En définitive, nous proposons que l'article 46 A bis du Protocole de Malabo soit abrogé et remplacé par une disposition conforme aux normes internationales qui préciserait que la fonction officielle d'une personne ne devrait pas empêcher la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples d'exercer sa compétence sur cette personne.

BIBLIOGRAPHIE

I. TEXTES JURIDIQUES INTERNATIONAUX

1. La Charte des Nations Unies, disponible sur le site de l'ONU : www.un.org
2. Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg du 8 août 1945, voir DAVID E. et al., *Code de droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 6^{ème} édition mise à jour au 1^{er} juin 2013, pp.546-551.
3. Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient du 19 janvier 1946, voir DAVID E. et al., *Code de droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 6^{ème} édition mise à jour au 1^{er} juin 2013, pp.553-557.
4. Les Principes du Droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal du 5 juin 1950, voir DAVID E. et al., *Code de droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 6^{ème} édition mise à jour au 1^{er} juin 2013, p.552 ;
5. Pacte international relatif aux droits civils et politiques, voir DESCHUTTER O et al., *Code de droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp.17-34 ;
6. Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, voir DESCHUTTER O et al., *Code de droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp.766-781 ;
7. Statut du Tribunal pénal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex Yougoslavie du 25 mai 1993, voir

- DAVID E. et al., *Code de droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 6^{ème} édition mise à jour au 1^{er} juin 2013, pp. 558-569 ;
8. Statut du Tribunal pénal international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'Etats voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994 du 8 novembre 1994, voir DAVID E. et al., *Code de droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 6^{ème} édition mise à jour au 1^{er} juin 2013, pp. 625-683 ;
 9. Statut de Rome de la Cour Pénale internationale du 17 juillet 1998), voir DAVID E. et al., *Code de droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 6^{ème} édition mise à jour au 1^{er} juin 2013, pp. 698-756 ;
 10. Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal cambodgien concernant la poursuite, conformément au droit cambodgien, des auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique, Phnom Penh du 6 juin 2003, voir DAVID E. et al., *Code de droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 6^{ème} édition mise à jour au 1^{er} juin 2013, pp. 890-910 ;
 11. Accord sur la création et Statut du Tribunal spécial pour le Liban du 30 mai 2007, voir DAVID E. et al., *Code de droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 6^{ème} édition mise à jour au 1^{er} juin 2013, pp. 911-925 ;
 12. Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais portant création d'un Tribunal spécial résiduel pour la Sierra Leone du 11 août 2010, voir DAVID E. et al., *Code de droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 6^{ème} édition mise à jour au 1^{er} juin 2013, pp.872-878 ;

13. Statut du mécanisme international chargé d'exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux du 22 décembre 2010, voir DAVID E. et al., *Code de droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 6^{ème} édition mise à jour au 1^{er} juin 2013, pp. 684-697 ;
14. Protocole portant amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme adopté le 27 juin 2014 à Malabo en Guinée équatoriale, disponible sur le site de l'Union africaine :
www. http://www.africa-union.org/official_documents/treaties_%conventions_%protocoles/fmtreaties_conventions_&protocoles_fr.htm.

II. RECUEIL

Nations Unies, Recueil des traités, vol.999, P. 171 et vol.1057, P.407

III.DOCTRINE

AMNESTY INTERNATIONAL, « Protocole de Malabo, incidences juridiques et institutionnelles de la Cour africaine issue d'une fusion et à compétence élargie », janvier 2016.

IV.JURISPRUDENCE

Tribunal spécial pour la Sierra Léone, Procureur c. Charles Ghankay Taylor, cas No. SCSL-2003-01-1, Chambre d'appel, Décision sur l'immunité de la juridiction (31 mai 2004), § 52.

Décision du 27 octobre 2004 (NS/RKM/1004/006).

V.SITOLOGIE

1. www.un.org
2. <https://treaties.un.org>
3. www.icc-cpi.int

CONCEPTUALISATION DU CONSENTEMENT DANS L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT ENCADRÉ PAR LE CIRDI¹

Par **Jean Marie BARAMBONA**²

Et

Anaclet NZOHABONAYO³

INTRODUCTION GENERALE

La Convention CIRDI⁴ constitue un des rares instruments multilatéraux relatifs aux investissements ayant bénéficié d'une adhésion massive des États⁵. Ceux-ci ont offert à régler, par arbitrage, les différends qui les opposeraient aux investisseurs étrangers ressortissants d'autres États contractants (article 25 de ladite convention).

L'offre de consentement de l'État partie à l'arbitrage exprimé dans la Convention CIRDI ne suffit pas pour l'engager. L'État doit spécifiquement exprimer son consentement dans un autre instrument juridique qui peut être soit un traité bi- ou multilatéral d'investissement, soit dans une réglementation nationale relative aux

¹ Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements

² Professeur à l'Université du Burundi, Faculté de Droit

³ Professeur à l'École Nationale d'Administration au Burundi

⁴ Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, 18 mars 1965, 575 RTNU 159 [Convention CIRDI]. (en ligne : ICSID <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=French>>).

⁵ Au 12 avril 2016, 161 États ont signé la Convention CIRDI parmi lesquels pour le règlement des 153 États ont déposé leurs instruments de ratification. Pour plus d'information, voir CIRDI/3, liste des États contractants et signataires de la convention, en ligne : CIRDI <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/Liste%20des%20Etats%20Contractants%20et%20Signataires%20de%20la%20Convention%20-%20Latest.pdf>> consulté le 4 janvier 2018.

investissements⁶. L'investisseur quant à lui exprime son consentement lorsqu'il soumet sa requête d'arbitrage au CIRDI. La question au cœur de cette analyse consiste à savoir comment fonctionne et s'éteint le consentement à l'arbitrage CIRDI.

Pour répondre à cette problématique, nous plaçons le consentement dans la perspective de l'arbitrage en offrant une vue d'ensemble sur l'institution d'arbitrage CIRDI (A). Nous examinons sa création (I) et sa mission (II).

L'examen sur ce cadre institutionnel d'arbitrage débouche sur la mise en lumière des mécanismes d'expression du consentement à l'arbitrage CIRDI(B). Sur ce point, l'examen porte sur l'expression du consentement de l'État (I) et de l'investisseur étranger à l'arbitrage CIRDI (II). L'étude explore les mécanismes d'extinction du consentement à l'arbitrage CIRDI (C). À ce stade, l'examen porte sur l'extinction consécutive d'une part à la dénonciation de la convention CIRDI (I) et d'autre part l'extinction consécutive à la dénonciation des instruments juridiques contenant l'offre unilatérale d'arbitrage CIRDI (II). L'étude termine par une conclusion.

⁶Voir par exemple la loi no1/24 du 10 septembre 2008 portant code des investissements du Burundi en son article 17 (2) ; article 10 (5) du traité bilatéral d'investissement entre le Burundi et l'Allemagne concernant l'encouragement et la promotion réciproque des investissements signé à Bonn le 10 septembre 1984.

A. PRÉSENTATION DU CENTRE CIRDI ET DE SA MISSION

Le CIRDI a été créé par la Convention CIRDI(I). Ses concepteurs lui ont assigné la mission de régler par arbitrage les conflits d'investissement (II).

I. Centre CIRDI : une création de la Convention CIRDI

Le CIRDI est une institution d'arbitrage créée par la Convention CIRDI. En son article 1, cette convention prévoit qu'il est institué un Centre international pour le Règlement des Différends relatifs aux investissements⁷.

La convention CIRDI a été rédigée par les administrateurs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD ou Banque mondiale)⁸ et le CIRDI opère sous son parrainage⁹. Faut-il préciser que la Convention CIRDI offre seulement aux investisseurs étrangers une protection procédurale. Elle ne contient donc pas de règles de fond concernant le traitement des investissements étrangers. La saisine du CIRDI peut être effectuée à tout moment par un investisseur étranger qui s'estime lésé ; mais le CIRDI peut aussi être saisi par un État, ayant des griefs à faire valoir contre un investisseur étranger même si c'est rare dans les faits¹⁰.

⁷ Voir art 1 de la Convention CIRDI *supra* note 1.

⁸ Le préambule de la Convention CIRDI énonce : Attachant une importance particulière à la création de mécanismes pour la conciliation et l'arbitrage internationaux [... Désirant établir ces mécanismes sous les auspices de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement ;

⁹ Voir *Rapport des administrateurs sur la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, au para 16 [Rapport des administrateurs de la Convention]* ; Voir aussi Convention CIRDI *supra* note 1, art 2 et 5.

¹⁰ A. BROCHES, « The Convention on the settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States », RC, v. 136 (1972 — II), pp 348-9 [Broches, « The convention »].

La Convention CIRDI a été ouverte à la ratification le 18 mars 1965 à Washington et est entrée en vigueur le 14 octobre 1966. C'est la Banque mondiale qui en est le dépositaire. Les pays africains ont joué un rôle actif dans l'entrée en vigueur de cet instrument juridique, car le Nigéria a été le premier pays à déposer les instruments de ratifications le 23 août 1965. La vague africaine des ratifications a permis à la convention d'entrer vite en vigueur en rassemblant 16 des vingt ratifications qui étaient exigées pour son entrée en vigueur¹¹.

À la date du 12 avril 2016, 161 pays avaient déjà signé la Convention CIRDI et parmi ceux-là, 153 ont déposé leurs instruments de ratification consacrant de cette manière la compétence du CIRDI¹².

Le Président du Groupe de la Banque mondiale dirige le conseil d'administration du CIRDI¹³.

¹¹CIRDI : en ligne <

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/Liste%20des%20Etats%20Contractants%20et%20Signataires%20de%20la%20Convention%20-%20Latest.pdf> > ; Le Burundi a signé la convention le 17 février 1967. Il a déposé ses instruments de ratification le 5 novembre 1969 et la convention est entrée en vigueur le 5 décembre 1969.

¹²La liste des États contractants et autres signataires de la Convention (CIRDI/3) tenue par le CIRDI, en ligne : ICSID<<https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/icsiddocs/List-of-Member-States.aspx>> ; Le Gouvernement de la République de la Bolivie a transmis au dépositaire, le 2 mai 2007 une notification par écrit de la dénonciation de la Convention par la Bolivie qui a pris effet six mois après sa réception, c'est-à-dire le 3 novembre 2007. Le Gouvernement de la République de l'Équateur a transmis au dépositaire, le 6 juillet 2009, une notification par écrit de la dénonciation de la Convention par l'Équateur qui a pris effet six mois après réception de ladite notification, c'est-à-dire le 7 janvier 2010. Le Gouvernement de la República Bolivariana du Venezuela a transmis au dépositaire, le 24 janvier 2012, une notification par écrit de la dénonciation de la Convention par la República Bolivariana du Venezuela qui a pris effet six mois après réception de ladite notification, c'est-à-dire le 25 juillet 2012. Toutes ces notifications ont été faites en vertu de l'article 71 de la Convention CIRDI.

¹³Voir article 5 Convention CIRDI *supra* note 1. Rapport des administrateurs de la Convention, *supra* note 6 au para 18.

Ce conseil comprend un représentant de chaque État contractant¹⁴. Le Centre est doté d'un secrétariat à la tête duquel se trouve un secrétaire général nommé par le président du Groupe de la Banque mondiale et dont la mission est d'assurer son fonctionnement quotidien¹⁵.

II. Mission du CIRDI

L'inféodation du CIRDI au groupe de la Banque mondiale met en relief la connectivité des missions du centre à la dimension économique des activités de la Banque mondiale. Celle-ci a mis l'accent sur le rôle économique que la Convention CIRDI allait jouer pour les pays en développement¹⁶. Les administrateurs de la Banque mondiale ont enfilé leur justification de la Convention CIRDI dans la thématique de la promotion de la croissance économique des pays en développement ayant accédé à la souveraineté internationale. Pour les rédacteurs, cette croissance n'était atteignable que si ces pays pouvaient bénéficier d'investissements privés. Ceux-ci se heurtent aux nombreux obstacles, dont la suppression, sinon la réduction était devenue impérative dans les pays ayant le plus grand besoin de capitaux étrangers¹⁷.

Cet objectif de la convention était particulièrement alléchant surtout pour les pays africains en développement qui se battaient pour éradiquer une pauvrette

¹⁴Convention CIRDI *supra* note 1, art 4 (1).

¹⁵Pour les attributions du secrétariat, voir articles 9 à 11 de la Convention CIRDI *supra* note 1 et le Règlement administratif et financier).

¹⁶Historique de la Convention CIRDI, Volume I page 3<

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20I.pdf> >

¹⁷ *Ibid.*

chronique¹⁸. Le procédé de la convention pour contribuer au relèvement économique a été, par le truchement du CIRDI, de mettre en place un cadre juridique de règlement de différends prenant en compte les intérêts de toutes les parties, et surtout pour dépolitiser la résolution des conflits d'investissement¹⁹.

Ainsi se trouvaient justifiés les liens économiques qui servent de trait d'union entre le CIRDI et son organisme parrain. En énonçant la mission du CIRDI, la convention dispose que le Centre a pour objet « d'offrir des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements opposant des États contractants à des ressortissants d'autres États contractants, conformément aux dispositions de la présente Convention »²⁰.

En créant le CIRDI, les rédacteurs de la Convention CIRDI ont renoncé à plusieurs autres options de règlement de différends en raison du peu ou pas de sécurité qu'elles pouvaient offrir aux parties en conflit. D'une part, ils ont écarté les tribunaux locaux du pays d'accueil pour des préoccupations d'impartialité. Les juridictions nationales, relevant de l'État et manquant parfois d'indépendance et de compétence nécessaire pour censurer les comportements des États, ne constituaient pas une option fiable pour les investisseurs étrangers.

¹⁸CNUCED, « Rapport 2016 sur les pays les moins avancés : Le processus de reclassement et au-delà : tirer parti de la dynamique », Ce rapport affirme : Les projections établies aux fins du présent rapport ont des conséquences importantes pour la composition du groupe des PMA au cours des dix prochaines années. En 2025, si les projections s'avèrent correctes dans l'ensemble : Le groupe des PMA serait composé de 32 pays, tous situés à deux exceptions près (Cambodge et Haïti) en Afrique.

¹⁹Voir I. F. I. SHIHATA, « Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MIGA » (1986) 11CSID Review-FILJ1 à la p 26 [Shihata, « Depoliticization »] p 26 : *The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID or the Centre), was created by the Convention on the Settlement of Investment Disputes (the ICSID Convention) to provide a forum for conflict resolution in a framework which carefully balances the interests and requirements of all the parties involved, and attempts in particular to “depoliticize” the settlement of investment disputes.*

²⁰Art 1 (2) de la Convention CIRDI *supra* note 1.

D'autre part, le respect du principe d'immunité des États étrangers militait pour le rejet d'une procédure enclenchée contre l'État d'accueil dans le pays de territorialité de l'investisseur²¹.

Le CIRDI était par ailleurs une alternative à la protection diplomatique qui, dans le passé, a été abusivement utilisée²². Son usage inapproprié a suscité la méfiance des pays en développement en son égard et plus spécifiquement des dénonciations de cet outil juridique par certains pays notamment d'Amérique latine²³. Dans ce sens, la Convention CIRDI prévoit que l'État national de l'investisseur renonce, en cas d'arbitrage, à l'exercice de son droit de protection diplomatique et à formuler une revendication internationale à l'encontre de l'État partie au différend²⁴.

Le CIRDI arbitre la majeure partie des conflits d'investissement. Ceux-ci opposent les États et les investisseurs étrangers et se fondent sur la violation des dispositions contenues dans les traités bilatéraux d'investissement (TBI) ou dans

²¹Le principe de l'immunité des États étrangers a été posé pour la première fois par la Cour de cassation dans un arrêt du 22 janvier 1849 *Gouvernement espagnol c Lambeze et Pujol*, arrêt suivant lequel : « un gouvernement ne peut être soumis, pour les engagements qu'il contracte, à la juridiction d'un État étranger » (Bruno Poulain, « L'arbitrage investisseur État et le droit français des immunités de l'État étranger », en ligne : cbpavocats <<http://cbpavocats.com/wp-content/uploads/2013/05/Arbitrage-investisseur-Etat-et-immunit%C3%A9s.pdf>>).

²²Selon Shihata, « *Latin American countries in particular were exposed to abuses of diplomatic protection and, at times, to armed intervention and occupation by foreign forces dispatched by the governments of foreign investors* » (SHIHATA, « Depoliticization », *supra* note 16 p 1).

²³Rappelons que c'est dans ce cadre qu'est intervenue la deuxième Convention de la Haye portant renonciation à la force armée pour le recouvrement des dettes contractuelles (18 octobre 1907). Cette Convention est dite Drago-Porter, du nom de ces deux négociateurs, Luis Drago ministre argentin des affaires étrangères et Porter le général délégué des États-Unis à la conférence de la Haye [*Convention Drago-Porter*].

²⁴Convention CIRDI *supra* note 1, art. 27 (1) : « Aucun État contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre État contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre État contractant ne se conforme par à la sentence rendue à l'occasion du différend ».

les réglementations nationales sur l'investissement. Le CIRDI, par lui-même, ne concilie ni n'arbitre ; il procure aux parties des moyens pour l'instauration de Commissions de conciliation et de tribunaux arbitraux²⁵. Au sein du CIRDI, l'expression du consentement fondé sur la violation des dispositions des TBI ou des législations nationales sur l'investissement constitue la source majeure du déclenchement de la compétence CIRDI²⁶. En 2017, le consentement basé sur la violation des TBI s'évaluait à 59,8 % par rapport aux autres modes d'expression du consentement²⁷. Dans les nouveaux arbitrages enregistrés en 2016, ce type de consentement était utilisé dans 57 % des arbitrages²⁸.

En 1978, le CIRDI a connu une expansion en adoptant le règlement du mécanisme supplémentaire au cours de la conférence annuelle de son Conseil d'administration²⁹. Ce règlement permet au secrétariat du CIRDI d'administrer des procédures entre États et ressortissants d'autres États qui ne sont pas couverts

²⁵J.P. LAVIEC, « Protection et promotion des investissements », Genève, in *Étude de droit international économique*, 1985, p 269.

²⁶Jusqu'en 2016, 60 % des arbitrages encadrés par le CIRDI avaient pour fondement de compétence du CIRDI la violation des clauses des TBI. Voir *The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2016-2)* pp. 10-23, en ligne : [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202016-2%20\(English\)%20Sept%2020%20-%20corrected.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202016-2%20(English)%20Sept%2020%20-%20corrected.pdf). Pour les arbitrages initiées en 2016 seulement, l'expression du consentement fondée sur la violation des clauses des TBI était de 57 %. Voir UNCTAD, *Investor–State Dispute Settlement : Review Of Developments In 2016, 2017 issue 1* "About two thirds of investment arbitrations in 2016 were brought under BITs, most of them dating back to the 1980s and 1990s. The remaining arbitrations were based on treaties with investment provisions (TIPs). The IIAs most frequently invoked in 2016 were the ECT (with 10 cases), NAFTA and the Russian Federation–Ukraine BIT (3 cases each)" p. 3.

²⁷En

ligne : [ICSID<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20\(English\)%20Final.pdf>](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20(English)%20Final.pdf)

²⁸The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2017-1), p 24, en ligne : [ICSID<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20\(English\)%20Final.pdf>](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20(English)%20Final.pdf)

²⁹Règles du mécanisme supplémentaire du CIRDI, Doc ICSID/11. Ces règles ont été adoptées en septembre 1978 par le Conseil d'administration du CIRDI. Leur version amendée est entrée en vigueur en avril 2006, en ligne : [CIRDI<http://ICSID.worldbank.org/ICSID/ICSID/ViewNewsReleases.jsp>](http://ICSID.worldbank.org/ICSID/ICSID/ViewNewsReleases.jsp).

par le champ d'application de la Convention CIRDI³⁰. Au départ, l'application de ce règlement était prévue pour une période de cinq ans³¹. Mais, en raison de nombreux TBI qui l'ont intégré dans leurs dispositions, il a été définitivement adopté par le Conseil d'administration à sa session annuelle de 1984 sur recommandation du secrétariat³². Rappelons que la mise en place de ce cadre d'arbitrage CIRDI avait aussi pour objectif de dépolitiser les mécanismes de règlement des différends.

B. L'EXPRESSION DU CONSENTEMENT À L'ARBITRAGE DANS LES TBI

Le consentement est « l'épine dorsale » de tout déclenchement d'une procédure arbitrale. Les parties au différend doivent clairement exprimer leur consentement pour que le tribunal arbitral opérant sous les auspices du CIRDI soit compétent. À cet effet, le préambule de la Convention CIRDI³³ précise que le pays n'est pas engagé dans l'arbitrage par le seul fait de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention de Washington³⁴. L'État doit spécifiquement accepter de soumettre un conflit ou une classe de conflits particuliers à la compétence du CIRDI³⁵ (I). La manifestation du consentement de l'investisseur est aussi indispensable pour la mise en mouvement de l'arbitrage (II).

³⁰Voir art 2 Règles du mécanisme supplémentaire du CIRDI, Doc ICSID/11.

³¹C. F.-PETERSON, *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique latine : l'efficacité de son droit*, Paris, Harmattan, 2003, p 206.

³²C. F.-PETERSON, *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique latine : l'efficacité de son droit*, Paris, Harmattan, 2003, p 206.

³³Convention CIRDI *supra* note 1, préambule.

³⁴Cette partie du préambule est ainsi libellé : « Déclarant qu'aucun État contractant, par le seul fait de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la présente Convention et sans son consentement, ne sera réputé avoir assumé aucune obligation de recourir à la conciliation ou à l'arbitrage, en aucun cas particulier [...] » (voir Convention CIRDI *supra* note 1).

³⁵G. DELAUME, « ICSID Arbitration Practical Considerations » (1984) 1 J Int'l Arb101aux pp 104-05.

I. Le consentement de la partie étatique

En matière d'arbitrage d'investissement, le consentement inclus dans les TBI occupe une place prépondérante dans la saisine du CIRDI³⁶. Le consentement des parties est « la pierre angulaire de la compétence du centre CIRDI »³⁷. Schreuer ajoute que c'est la condition indispensable dans la saisine du CIRDI³⁸. Cet auteur affirme que la forme traditionnelle du consentement est établie par accord direct entre les parties³⁹. Or le mécanisme d'arbitrage État — investisseur fondé sur la violation des clauses des TBI déroge à ce schéma classique.

Le consentement exigé, dans l'arbitrage fondé sur la violation d'une clause du TBI, peut être donné dans une clause incluse dans l'accord d'investissement ou dans un compromis lorsqu'il s'agit d'un conflit déjà né⁴⁰. À la lecture des travaux préparatoires de la Convention CIRDI, on en a déduit qu'elle ne requiert pas que le consentement soit donné dans un instrument unique ou qu'il soit donné simultanément⁴¹. Les parties jouissent donc de beaucoup de liberté relativement au moment et ont la façon dont elles vont donner leur consentement⁴².

³⁶C. MCLACHLAN, L.SHORE, Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, Oxford University Press : 2007, p. 54. En parlant de l'arbitrage État-investisseur, nous désignons les arbitrages qui opposent les investisseurs étrangers et les États d'accueil de l'investisseur étranger.

³⁷Le rapport de la direction exécutive de la Convention CIRDI *supra* note 1, para 23.

³⁸C. H. SCHREUER, *The ICSID Convention :A Commentary*, Cambridge University press, Cambridge, U.K., 2001 p. 191 article 25, para. 241 in Stanimir «A. Alexandrov, The baby boom of Treaty based Arbitrations and the jurisdiction of ICSID tribunals», *The journal of World Investment and trade* Vol 6 n 3 june 2005, pp.387-388.

³⁹A. ALEXANDROV, *The baby boom of Treaty based Arbitrations and the jurisdiction of ICSID tribunals*», *The journal of World Investment and trade* Vol 6 n 3 june 2005, pp.387-388.

⁴⁰*Ibid.*

⁴¹A. BROCHES, « The convention », *supra*, p 643.

⁴²A. R. PARRA, « Provisions on the settlement of investment disputes in modern investment Laws, Bilateral investment treaties, and multilateral instruments on investment », 12 ICSID Rev. —FILJ. 2 871, 997 p 313 [Parra, "Provisions"].

L'État exprime son consentement à se soumettre à l'arbitrage soit dans une clause du traité bilatéral ou multilatéral d'investissement soit dans une réglementation nationale sur l'investissement. La configuration de la clause d'engagement à l'arbitrage diffère d'un traité à l'autre quoiqu'il existe plusieurs similitudes entre les clauses de ce genre. Dans la plupart des traités, le consentement est exprimé comme suit :

« Au cas où le différend ne peut être réglé par le biais de négociations dans un délai de 6 mois, à compter de la notification écrite (...), l'une ou l'autre des deux parties pourra soumettre le différend soit devant les juridictions compétentes de la partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été effectué, soit devant un tribunal arbitral international. À cette fin, chaque partie contractante donne, par la présente disposition, son consentement anticipé et irrévocable à ce que tout différend de cette nature soit soumis à ce tribunal. Ce consentement implique que chaque Partie contractante renonce aux recours administratifs ou judiciaires internes »⁴³.

C'est dans l'affaire *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) contre le Sri Lanka* que les arbitres ont statué pour la première fois sur la possibilité de lancer des poursuites contre les États d'accueil en se basant sur la violation d'une clause conventionnelle⁴⁴. En 1987, la société AAPL immatriculée à Hong Kong avait pris une participation minoritaire dans le capital d'une entreprise du Sri Lanka, *Serendib Seafood Ltd*. Elle a saisi le CIRDI d'une demande tendant à voir

⁴³Voir art 9 (3) de *l'Accord concernant la promotion et la protection réciproques des investissements*, Maurice et Burundi, 18 mai 2001, en ligne : Kluwer arbitration <<http://www.kluwerarbitration.com/BITs>. Consulté le 15 mai 2018

⁴⁴*Asian Agricultural Products Ltd. c le Sri Lanka*, Affaire CIRDI no ARB/87/3, Sentence, (27 juin 1990).

condamner la République du Sri Lanka du fait de la destruction du centre d'élevage au cours d'une opération militaire dirigée par les forces sri lankaises contre les rebelles qui s'y étaient réfugiés⁴⁵. Sa requête était dès lors, fondée sur l'article 8 du Traité de protection des investissements conclu en 1980 entre le Sri Lanka et le Royaume — uni.

L'article 8 (1) sur lequel s'est fondée l'entreprise était libellé comme suit :

*Each Contracting Party hereby consents to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (hereinafter referred to as 'the Centre') for settlement by conciliation or arbitration under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States opened for signature at Washington 18 March 1965 any legal disputes arising between that Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former*⁴⁶.

Le tribunal a jugé que par cette disposition, le Sri Lanka s'était engagé à régler tous les litiges avec les investisseurs nationaux du Royaume-Uni sans qu'il soit nécessaire qu'il ait un contrat comportant une clause compromissoire entre l'État et l'investisseur ni que celui-ci n'ait conclu un compromis avec l'État d'accueil⁴⁷. Le tribunal arbitral saisi a accueilli la plainte en l'absence de tout lien contractuel

⁴⁵En ligne : Legavox <https://www.legavox.fr/blog/le-journal-d-une-doctorante/sentence-cirdi-juin-1990-societe-10369.htm>, consulté le 15 mai 2018.

⁴⁶Agreement for the Promotion and Protection of Investment, Royaume Uni et Sri Lanka, 13 février 1980, (entrée en vigueur au Hong Kong : 14 janvier 1981).

⁴⁷C. LEBEN, « Evolution du droit international des investissements : un rapide survol » dans Charles Leben, dir, Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006, p16.

entre l'investisseur et le Sri Lanka. Il n'y avait pas non plus d'accord spécial d'arbitrage signé entre les parties.

La validité de l'expression du consentement de l'État sans accord spécial ni compromis avec l'investisseur sera réaffirmée dans l'affaire *Lanco international inc. contre l'Argentine*. Le tribunal a soutenu que « *Consent for the purposes of [jurisdiction] is understood to be given by the state party to the dispute in bilateral investment treaty from the moment the state extends a generic invitation to all the investors who are nationals of the other contracting state to submit the settlement of their possible disputes to the ICSID or [another arbitral] jurisdiction* »⁴⁸.

Après ces deux affaires, la violation des dispositions des TBI est devenue un fondement normal pour le déclenchement de l'arbitrage État-investisseur encadré par le CIRDI. Telle a été en substance la position du tribunal arbitral dans l'affaire *American Manufacturing and Trading inc. c. la République du Zaïre (AMT)*⁴⁹. Ceci était aussi le cas dans l'affaire *Affimet contre la République du Burundi*. Cette compagnie dont la majorité des actionnaires étaient des ressortissants belges a assigné le Burundi devant le CIRDI en se fondant sur une disposition du TBI⁵⁰

⁴⁸ICSID case No.ARB 97/6, decision on jurisdiction, 8 December 1998, 40 I.L.M.457, 2001 at 471 para 43.

⁴⁹ICSID case No ARB/93/1, Award, 21 Février 1997, 36 I.L.M. 1534, 1997, p 1545, para 5. 23.

⁵⁰Cette requête était fondée sur l'article 8 de la *Convention concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, Union économique belgo-luxembourgeoise et Burundi, 13 avril 1989, (entrée en vigueur : 12 septembre 1993, en ligne : Kluwer arbitration, <<http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn28569>>, consulté le 15 mai 2018. Cette demande fut enregistrée au secrétariat du CIRDI à la date du 18 décembre 1995 ; *Goetz et Consorts, supra* note 1 au para 18 [*Convention belgo-burundaise*].

entre le Burundi et l'Union économique belgo-luxembourgeoise⁵¹. Après cette contestation, l'usage de l'arbitrage d'investissement a explosé au sein du CIRDI⁵².

Cette explosion est consécutive à la prolifération des traités bilatéraux et multilatéraux⁵³ d'investissement qui consacrent l'arbitrage comme mode de règlement de différends⁵⁴.

La doctrine a aussi admis ce mode d'expression du consentement. Le consentement de l'État figure souvent dans des traités comme une invitation permanente aux investisseurs étrangers de soumettre leur différend à l'arbitrage⁵⁵. Cette notion de permanence de l'offre d'arbitrage est aussi soutenue par Cremades et Cairns. Pour ces auteurs, « *A state entering into a bilateral or multilateral Investment treaty makes an open offer to investors of another state. The investors acceptance of that offer... does not arise until the investor commences arbitration* »⁵⁶.

La seule ratification de la Convention CIRDI par un État partie ne constitue pas un consentement avec les investisseurs à l'arbitrage des différends devant les

⁵¹Goetz et consorts c Burundi, Affaire CIRDI no ARB/95/3, Sentence [10 février 1999] au para 81 [Goetz et consorts] au para 83.

⁵²CNUCED, *Latest Developments 2010*, supra note 3.

⁵³Parmi les grands traités multilatéraux d'investissement, nous pouvons citer : *Accord de libre-échange nord-américain*, Canada, États-Unis et Mexique, 17 décembre 1992, R T Can 1994 no2, 32 ILM 289, (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994), art 2006 [ALENA] ; *Traité sur la Charte de l'énergie*, 17 décembre 1994, JO L 380/24, (entré en vigueur le 17 décembre 1994), en ligne : *Traité de la Charte d'énergie* <<http://www.encharter.org/upload/1/ECT-French.pdf>> ; *Protocole de Colonia pour la Promotion et la Protection des Investissements dans le MERCOSUR* (1994) et le *Traité sur l'investissement conclu entre pays membres de l'ASEAN* (1987), consulté le 15 mai 2018.

⁵⁴On dénombrait 385 TBI en 1990. En 1996, on en comptait 1308. Ils ont atteint 2495 en 2005. Pour ces statistiques, voir CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1959–1999*, ITE/IIA/2 (2000).

⁵⁵A. STANIMIR, « The baby boom of Treaty based Arbitrations and the jurisdiction of ICSID tribunals », *The journal of World Investment and trade* Vol 6 no 3, juin 2005, pp 387-90.

⁵⁶B. M. CREMADES and D.J.A.CAIRNS « The brave New World of Global Arbitration », 3 J.W.I.2, April 2002, pp. 173-184; G.BURDEAU, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans les contentieux économiques intéressant les États », in *Revue de l'arbitrage*, 1995, p14).

tribunaux du CIRDI. Un acte additionnel est indispensable : l'État doit spécifiquement accepter de soumettre un conflit ou une classe de conflit particulier à la compétence du CIRDI⁵⁷. Cela est généralement fait à travers l'offre unilatérale d'arbitrage exprimée dans un traité qui sera subséquemment acceptée par l'investisseur⁵⁸.

Quoique ne faisant pas partie de notre étude, nous devons souligner en passant que l'État peut exprimer son consentement dans une loi nationale. Nous pouvons prendre l'exemple de la loi tunisienne du 27 décembre 1993 portant code d'incitation aux investissements qui dispose : « les tribunaux tunisiens sont compétents pour connaître de tout différend entre l'investisseur étranger et l'État tunisien, sauf accord prévu par une clause compromissoire ou permettant à l'une des parties de recourir à l'arbitrage selon des procédures de conciliation ou d'arbitrage *ad hoc*, ou en application des procédures de conciliation ou d'arbitrage prévues par l'une des conventions signées par la Tunisie » (art 67)⁵⁹.

La loi interne de l'État d'accueil prévoyant le recours à l'arbitrage notamment du CIRDI constitue l'offre ; et la requête d'arbitrage émanant de l'investisseur est une acceptation. Telle a été la position des administrateurs de la Banque mondiale dans leur rapport accompagnant la convention CIRDI. Ils avaient prévu la possibilité d'expression d'une offre d'arbitrage dans une loi nationale relative à la protection de l'investissement et que ce genre d'offre produit son effet dès que l'investisseur l'accepte par écrit.

⁵⁷DELAUME, «ICSID arbitration practical considerations», 1J. Int'l Arb.101, 1984 aux pp 104-05.

⁵⁸A. R. PARRA, ICSID and News trends in international disputes settlement, News from ICSID Vol. 10No 1 Winter 1993 aux pp 7-8.

⁵⁹L. DARGOUTH, « Les garanties de l'investissement étranger en Tunisie : La teneur et la portée de la protection internationalisée » in F. Horchani, *Où va le droit des investissements : Désordre normatif et recherche d'équilibre*, éd. pedone 2006, p 117.

La jurisprudence n'a pas tardé à valider cette position. Dans l'affaire, *Tradex c. Albanie*, le tribunal arbitral a décidé que « le consentement peut être donné unilatéralement par l'État contractant par le biais de ses lois nationales. Le consentement prenant effet au plus tard le jour où l'investisseur dépose sa requête auprès du CIRDI en invoquant la loi nationale en cause »⁶⁰.

II. Expression du consentement de l'investisseur étranger

Les administrateurs de la Banque mondiale qui ont dirigé les travaux de rédaction de la Convention de Washington ont fait de l'expression du consentement « la cheville ouvrière » de leur œuvre⁶¹. Dans leur conception, ils ont estimé comme suit les modalités d'expression du consentement :

Le consentement peut être donné, par exemple, dans une disposition d'un accord d'investissement prévoyant la soumission au Centre des différends auxquels il pourrait ultérieurement donner lieu, ou dans un compromis concernant un litige déjà né. La convention n'exige pas que le consentement des deux parties soit exprimé dans le même acte juridique. C'est ainsi qu'un État pourrait offrir, dans le cadre d'une législation destinée à promouvoir les investissements, de soumettre à la compétence du Centre les différends résultant de certaines catégories d'investissements, tandis que l'investisseur pourrait donner son consentement en acceptant l'offre par écrit.

⁶⁰Voir sentence sur la compétence du 26 décembre 1996, J.D.I 2000, pp 150 et s.

⁶¹C. H SCHREUER, *The ICSID Convention : À Commentary*, 2e éd, Cambridge (England), Cambridge University Press, 2009 aux pp 190–92 [Schreuer, *The ICSID Convention*, 2e éd] ; Broches, « The Convention », *supra* note 7.

Ces modalités, qui jusqu'à l'adoption de la Convention CIRDI, n'étaient qu'une hypothèse d'école, se sont vite matérialisées en des cas emblématiques ayant engendré une doctrine abondante quant à la théorisation de l'expression du consentement de l'investisseur étranger à l'arbitrage d'investissement CIRDI. La Convention CIRDI a révolutionné non pas le principe directeur de l'arbitrage qui reste l'existence du consentement, mais les modalités de la l'expression de ce dernier.

Traditionnellement, dans l'arbitrage commercial, chacune des parties doit exprimer sa volonté à aller en arbitrage et à être liée par la décision qui en sortira. Il y a donc un accord « direct » entre les deux parties en conflit⁶².

L'arbitrage d'investissement⁶³ se singularise par une particularité au regard de l'expression de consentement par l'investisseur étranger. Celui-ci n'étant pas partie à une Convention d'investissement, la Convention elle-même ne peut constituer l'expression du consentement requis par l'Article 25 (I)⁶⁴. Dans cet arbitrage, il n'y a pas de convention d'arbitrage entre l'investisseur étranger et l'État d'accueil. Autrement, entre l'investisseur poursuivant et l'État d'accueil poursuivi, il n'y a aucun engagement direct de recourir à l'arbitrage⁶⁵.

⁶²Pour la distinction entre l'arbitrage commercial classique et l'arbitrage d'investissement, voir V.P. KONSTANZE, « Biting the Bullet or Redefining 'Consent' in Investor-State Arbitration? Pre-Arbitration Requirements after BG Group v Argentina », 16 *Journal of World Investment and Trade* 695 (2015).

⁶³En parlant d'arbitrage d'investissement CIRDI, nous faisons référence aux conflits entre les investisseurs étrangers et les États d'accueil dont le consentement à l'arbitrage CIRDI résulte de la violation des obligations des TBI ou des accords de libre-échange bilatéraux ou multilatéraux qui comportent des dispositions autorisant les investisseurs étrangers à saisir le CIRDI. Pour désigner ce genre d'arbitrage, nous utilisons également les expressions arbitrage, différend ou conflit État-investisseur.

⁶⁴ICSID, « Model Clauses (Treaties) » Doc. ICSID/6 (1969), para. 20, p 10.

⁶⁵M. D. NOLAN, F.G. SOURGENS, « Limits Of Consent – Arbitration Without Privity And Beyond », en ligne <https://www.milbank.com/images/content/1/1/1106/073010_Liber_Amicorum_Update.pdf> consulté le 29 mai 2018.

Le demandeur, investisseur étranger dans bon nombre d'affaires, agit en vertu d'un droit dont la source est un traité bilatéral ou multilatéral d'investissement signé entre l'État de sa nationalité et l'État d'accueil. Mais l'investisseur étranger peut aussi tirer le droit d'actionner l'État d'un engagement de ce dernier qui offre unilatéralement, dans une réglementation sur l'investissement, de régler par arbitrage CIRDI les différends avec les potentiels investisseurs⁶⁶.

Paulsson a qualifié ce mode de consentement de « arbitration without privity »⁶⁷.

Cet auteur considère que « *This new world of arbitration is one where the claimant need not have a contractual relationship with the defendant and where the tables could not be turned: the defendant could not have initiated the arbitration nor is it certain of being able even to bring a counterclaim* »⁶⁸.

L'investisseur donne son consentement en acceptant l'offre étatique par écrit⁶⁹. Le dépôt d'une plainte d'arbitrage contre le gouvernement d'accueil constitue donc

⁶⁶Voir article 20 du code des investissements de la Côte d'Ivoire de 2012 qui dispose : Le consentement des parties à la compétence du CIRDI ou du mécanisme supplémentaire, selon le cas, requis par les instruments les régissant est constitué, pour la République de Côte d'Ivoire par le présent article dans *Société Resort Company Invest Abidjan, Stanislas and Gérard Bot v Republic of Côte d'Ivoire* (ICSID Case No. ARB/16/11) au para 58. Le Code burundais prévoit aussi cette possibilité en son article 17 : Le règlement des différends relatifs à l'application du code des investissements entre le Gouvernement et l'investisseur et qui ne sont réglés par voie amiable se réalise conformément aux lois et règlements de fonds et de procédure en vigueur au Burundi. Le règlement des différends peut-être réalisé, au choix de l'investisseur, par un arbitrage institutionnel interne ou par un arbitrage international.

Lorsqu'il est fait recours à l'arbitrage international, celui-ci se conformera aux règles d'arbitrage du Centre International pour le Règlement des Litiges relatifs aux investissements en vigueur au moment de la réalisation des investissements auxquels le différend est lié. Voir la loi n° 1/24 du 10 septembre 2008 Portant code des investissements du Burundi.

⁶⁷J. PAULSON, « Arbitration Without Privity », (1995) 10 ICSID Rev.-F.I.L.J.232.

⁶⁸*Ibid.*

⁶⁹ Dans l'affaire *Lanco*, le tribunal a affirmé : By contrast, in treaty-based arbitrations, the arbitration agreement is formed when the investor accepts the host state's offer to arbitrate contained in the dispute resolution clause of the relevant International Investment Agreement, usually by filing a notice of arbitration. "the consent of the investor who is a national of the other Contracting State, must be given by the investor in writing, since the consent of the State is not

une preuve, par écrit, d'acceptation de l'offre et une expression du consentement de l'investisseur étranger à l'arbitrage CIRDI⁷⁰. L'investisseur et l'État d'accueil expriment ainsi leurs consentements à des moments décalés⁷¹. Tout en étant d'accord que les moments d'émission du consentement diffèrent, la *Convention CIRDI*⁷² prohibe le retrait unilatéral du consentement déjà exprimé⁷³.

Lorsque l'offre unilatérale d'arbitrage figure dans un traité sur l'investissement, sa formulation varie d'un texte à l'autre. En se référant à l'article 9 al (3) du TBI Burundi-Maurice, il est dit :

Au cas où le différend ne peut être réglé par le biais de négociations dans un délai de 6 mois, à compter de la notification écrite, visée au paragraphe 2, l'une ou l'autre des deux parties pourra soumettre le différend soit devant les juridictions compétentes de la partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été effectué, soit devant un tribunal arbitral international. À cette fin, chaque partie contractante donne, par la présente disposition, son consentement anticipé et irrévocable à ce que tout différend de cette nature soit soumis à ce tribunal.

binding on the investor.” *Lanco International Inc v Argentina*, ICSID Case N° ARB/97/6, Preliminary Decision on Jurisdiction, dated December 8, 1998, at § 43. Voir *Rapport des administrateurs de la Convention supra* note 6 au para 24.

⁷⁰Dans l'affaire *Goetz et consorts c le Burundi*, le tribunal arbitral a jugé que « [l]e consentement de la République du Burundi ressort de sa ratification de la [C]onvention [de protection des investissements]; celui des requérants ressort du dépôt de la requête d'arbitrage » (*Goetz et consorts c le Burundi*, Affaire CIRDI no ARB/95/3, Sentence, [10 février 1999] au para 81 [*Goetz et consorts*]).

aux pp 202–05.

⁷¹PARRA, « Provisions », p 313.

⁷²Voir *Rapport des administrateurs de la Convention, supra* note 6 au para. 24.

⁷³Voir *Convention CIRDI, supra*, note 1art 25 (1).

Ce consentement implique que chaque Partie contractante renonce aux recours administratifs ou judiciaires internes⁷⁴.

La première des affaires qui a inauguré la saisine du CIRDI fondée sur le consentement émis dans une réglementation sur l'investissement est celle de *SSP contre la République d'Égypte*.

La société SSP a actionné l'Égypte avec succès en se fondant sur une offre unilatérale d'arbitrage contenue dans une réglementation sur la promotion des investissements⁷⁵. Après cette affaire, le déclenchement de l'arbitrage sur une promesse unilatérale d'arbitrage contenue dans les réglementations sur l'investissement est devenu une pratique courante dans la saisine des tribunaux arbitraux du CIRDI⁷⁶.

Après ce fondement de l'arbitrage sur une offre insérée dans une législation sur l'investissement, c'était le tour des arbitrages CIRDI fondés sur des offres unilatérales exprimées par les États d'accueil dans les TBI. Le recours à cet arbitrage d'investissement s'est matérialisé pour la première fois au sein du CIRDI en 1991 avec la réclamation de la société *AAPL contre le Sri Lanka*⁷⁷.

⁷⁴Voir aussi l'*Accord de promotion et de protection réciproque des investissements*, Burundi-Maurice, 18 mai 2001, art 4 (5), en ligne : Kluwer arbitration <<http://www.kluwerarbitration.com/BITS.aspx?country=Mauritius>>, consulté le 18 mai 2018.

⁷⁵Voir aussi *Southern Pacific Properties (SPP) Limited c la République Arabe d'Égypte* (1992), 32 ILM 933 p 1008 (CIRDI) [Southern Pacific Properties (SPP)]. La clause était ainsi libellée : *Investment disputes in respect of the implementation of the provisions of this Law shall be settled... within the framework of the convention for the settlement of investment disputes between the state and the nationals of other countries to which Egypt has adhered by virtue of law no 90 of 1971, where it applies*. Tel que tiré de Jan Paulsson, « Arbitration Without Privity » (1995) 10:2 ICSID rev 232.

⁷⁶Voir par exemple *Manufacturers Hanover Trust Company*, July 31 1995 ou encore *Gaith Pharaon c Tunisie* où l'investisseur s'est fondé sur une disposition du code des investissements tunisien de 1969 pour justifier la compétence du CIRDI.

⁷⁷*Asian Agricultural Products Limited c Republic of Sri Lanka*, (1991), 30 ILM 580 (CIRDI).

Parfois, les États contractants émettent des conditions pour le bénéfice de l'offre d'arbitrage. Et dans ce cas, le tribunal arbitral saisi peut voir sa compétence remise en cause si l'une des conditions venait à manquer. Ce problème s'est posé dans l'affaire *BG Group contre Argentina*⁷⁸. Le tribunal arbitral saisi s'est déclaré compétent pour connaître de l'affaire⁷⁹.

Se référant à cette décision de l'AMT, le tribunal arbitral dans l'affaire *Goetz et consorts contre la République du Burundi* a clairement expliqué que « le consentement de la République du Burundi ressort de sa ratification de la convention [de protection des investissements] ; [...] celui des requérants ressort du dépôt de la requête d'arbitrage »⁸⁰. Ce consentement connaît certaines limites en cas de dénonciation des instruments juridiques dans lesquels il est exprimé.

C. EXTINCTION DU CONSENTEMENT A L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

Nous allons analyser tour à tour l'extinction du consentement consécutive à la dénonciation de la convention CIRDI (I) ainsi que celle pouvant intervenir lors de la dénonciation de l'accord d'investissement (II).

⁷⁸BG Group Plc. V The Republic of Argentina, Final Award. 24 Dec 2007. Parmi les conditions posées par le TBI (Article 8 [2] [a]), arbitration was possible : (i) where, after a period of 18 months has elapsed from the moment when the dispute was submitted to the competent tribunal [i.e. a local Argentine court] ...,the said tribunal has not given its final decision; [or] (ii) where the final decision of the aforementioned tribunal has been made but the Parties are still in dispute. Alternatively, according to Article 8(2) (b) arbitration was possible: 'where the Contracting Party and the investor of the other Contracting Party have so agreed.

⁷⁹*Ibid* aux pp 155-57.

⁸⁰*Goetz et consorts c République du Burundi* (Goetz), ICSID case N° ARB/95/3, Award Embodying the parties settlement agreement, 10 february 1999,15 ICSID rev.-F.I.L.J. 457, 2000, aux pp 493-94 au para 81.

I. Extinction consécutive à la dénonciation de la Convention CIRDI

Dans l'arbitrage État-investisseur, ce qui propulse au rang de l'actualité, la problématique de consentement, c'est la possibilité de l'extinction qui a pris de l'importance pratique avec la dénonciation de la Convention CIRDI. Quoique les rédacteurs de la Convention CIRDI aient anticipé les effets de son éventuelle dénonciation, celle-ci restait une hypothèse d'école.

Mais, dès le 2 mai 2007, la dénonciation s'est concrétisée lorsque la Bolivie a transmis à la Banque mondiale, dépositaire la Convention CIRDI, une notification par écrit de la dénonciation de ladite Convention prenant effet six mois après sa réception, c'est-à-dire le 3 novembre 2007⁸¹. Le Gouvernement d'Équateur a aussi mis en exécution sa menace de retrait de la Convention CIRDI en le dénonçant le 6 juillet 2009 et le retrait effectif étant intervenu, six mois après soit le 7 janvier 2010. La dénonciation par le Venezuela, le 24 janvier 2012, a pris effet six mois après réception de ladite notification, c'est-à-dire le 25 juillet 2012⁸².

Sur le plan pratique, ces dénonciations posent la question suivante : l'investisseur étranger continue-t-il de bénéficier de la protection procédurale lui donnant l'accès à l'arbitrage d'investissement encadré par le CIRDI ?

⁸¹La Bolivie a envoyé une note de dénonciation de la Convention CIRDI sous l'article 71 de cette dernière. Pour plus de détails voir ICSID News Release, May 16, 2007. Le Nicaragua et le Cuba ont aussi menacé de dénoncer la convention CIRDI. Voir « Mark Weisbrot, IMF and World Bank Face Declining Authority as Venezuela Announces Withdrawal, Venezuela Analysis Report », dated May 4, 2007, en ligne, <https://www.huffingtonpost.com/mark-weisbrot/imf-and-world-bank-face-d_b_47562.html> consulté le 20 mai 2018.

⁸²ICSID, List of Contracting States and Other Signatories of the Convention (as of November 17, 2015) 4-5. Le 2 mai 2007, la Banque mondiale a reçu la notification de la dénonciation émanant de la Bolivie. Cette dénonciation est entrée en vigueur le 3 novembre 2007. Le 6 juillet 2009, la Banque mondiale a reçu la notification de l'Équateur dont les effets ont commencé le 7 janvier 2010 sous les termes de l'article 71. Le Venezuela a dénoncé la Convention en 2012.

La réponse varie selon que le TBI dans lequel l'État a exprimé son consentement à l'arbitrage d'investissement prévoit soit le seul recours à l'arbitrage CIRDI à l'exclusion de tous les autres systèmes d'arbitrage, soit la possibilité de saisine d'autres institutions d'arbitrage en plus du CIRDI.

En termes de révocation du consentement, la Convention CIRDI prévoit en son article 71 que : « Tout État contractant peut dénoncer la présente Convention par notification adressée au dépositaire de la présente Convention. La dénonciation prend effet six mois après réception de ladite notification »⁸³. La conséquence directe de cette dénonciation réside dans l'extinction du consentement et il en résulterait l'incompétence du CIRDI. Ainsi, si la dénonciation est devenue effective (six mois après la notification), l'État dénonçant n'est plus partie à la Convention CIRDI et les obligations attachées à la qualité d'État contractant s'éteignent.

Toutefois, il n'en serait ainsi que si et seulement si le TBI ou la réglementation nationale sur l'investissement dans lequel l'État a émis le consentement ne prévoit pas d'autres forums de règlement de différends⁸⁴. Lorsque tel n'est pas le cas, seule la compétence CIRDI serait paralysée, mais les autres forums comme l'arbitrage sous les règles de la CNUDCI resteraient fonctionnels.

Cependant, l'article 72 de la même Convention prévoit : « Aucune notification par un État contractant en vertu des articles 70 et 71 ne peut porter atteinte aux droits et obligations dudit État, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant

⁸³Voir article 71 de la *Convention CIRDI*, *supra* note 1.

⁸⁴S. RIPINSKY, «Venezuela's Withdrawal From ICSID: What it Does and Does Not Achieve» (13 April 2012) *Investment Treaty News* (online). Voir aussi art 8 (2) de l'accord entre le Chili et le Venezuela concernant la promotion et la protection réciproque des investissements signé le 2 avril 1993 (entré en vigueur le 25 mai 1995).

de lui ou d'un de ses ressortissants, aux termes de la présente Convention qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre donné par l'un d'eux antérieurement à la réception de ladite notification par le dépositaire »⁸⁵.

Dans cette ligne de pensée, nous soutenons qu'il est rationnel de considérer que les obligations intouchables dont l'article 72 énonce sont celles qui sont antérieures à la réception par le CIRDI de la notification de dénonciation. Tout compte fait, nous estimons que pendant la période de survie de six mois qui suivent la date de la notification, l'État dénonçant reste lié⁸⁶. C'est du moins la position du tribunal dans l'affaire Venoklim⁸⁷ qui a rejeté la prétention du Venezuela qui considérait que l'investisseur ne pouvait pas initier une réclamation dans les six mois suivant la notification de la dénonciation⁸⁸. Pour les arbitres dans cette affaire⁸⁹, la référence au consentement à l'arbitrage sous CIRDI contenu dans l'article se réfère à l'offre unilatérale du consentement à l'arbitrage par l'État d'accueil et non à un tel consentement une fois déjà accepté par l'investisseur⁹⁰.

D'ailleurs, la raison d'être de cette période de six mois serait de permettre d'une part à l'État de revenir sur sa décision s'il le juge nécessaire et d'autre part à l'investisseur étranger de saisir l'opportunité d'initier l'arbitrage avant qu'il ne soit forclos.

⁸⁵ *Convention CIRDI, supra* note 1, art 72.

⁸⁶ *Venoklim Holding BV v Venezuela*, ICSID Case No ARB/12/22, Award (3 April 2015) [62]-[63] (*Venoklim v Venezuela*).

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid* au para 65.

La logique d'une lecture cohérente de la Convention CIRDI impose une démarche interprétative des dispositions des articles 72 et 25 (1) qui promeut l'unité du consentement. L'article 25 (1) dispose qu'une fois que les parties donnent leur consentement, aucune d'entre elles ne peut le retirer unilatéralement⁹¹. C'est donc évident que le consentement dont il est question dans cette disposition est celui émanant des deux parties à savoir — l'investisseur et l'État. C'est ce consentement qui engendrerait des droits et obligations infranchissables que la dénonciation de la Convention ne pourrait enfreindre. L'écoulement des six mois après la notification paralyse toute action en arbitrage CIRDI de l'investisseur étranger⁹².

L'unité d'interprétation nous pousse à considérer que l'article 72 renvoie au consentement « parfait » né de la rencontre de volontés investisseur — État exprimées soit par une clause arbitrale contractuelle, soit par l'acceptation de l'investisseur de l'offre d'arbitrage d'un État, par exemple, à travers la saisine du CIRDI. Nous partageons donc l'idée qu'une offre étatique d'arbitrage qui n'a pas été acceptée par l'investisseur ne constituerait donc pas un « consentement » selon les termes de l'article 72 de la Convention CIRDI⁹³.

Hormis cette période de six mois, il n'y a pas une autre clause de survie qui permet à la Convention CIRDI de continuer à s'appliquer après les six mois contrairement aux autres accords internationaux d'investissement. Cela se

⁹¹ *Convention CIRDI, supra* note 1.

⁹² Voir UNCTAD, « Denunciation of the ICSID Convention and BITS: Impact on Investor-State Claims », (IIA Issues Note No 2, December 2010) [UNCTAD, « Denunciation »]

⁹³ M. D. NOLAN, et F. G. SOURGENS, « A Preliminary Comment – The Interplay Between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study », Septembre 2007, Transnational Dispute Management, p. 20. *The “offer” to arbitrate is not itself “consent in writing to submit to the Centre.” It is an offer to “consent in writing to submit to the Centre.” Thus, prior to being accepted, the “offer” does not on its own bind the state to arbitrate before ICSID, as the offer could always be withdrawn.*

comprend dans la mesure où la Convention CIRDI offre seulement une protection procédurale sous forme de forum de règlement de différend État-investisseur et non une protection substantielle. L'offre unilatérale d'arbitrage, émise par un pays dans une réglementation ou dans un accord sur l'investissement sous la Convention CIRDI, devient contraignante lorsqu'elle est acceptée par un investisseur⁹⁴.

En effet, « si le consentement peut résulter de la seule offre d'arbitrage exprimée dans une loi ou dans une convention internationale, l'État qui dénonce est obligé de maintenir ces offres d'arbitrage après la dénonciation et de recourir au CIRDI tant que les instruments qui contiennent ces offres sont en vigueur »⁹⁵. La dénonciation de la Convention de Washington deviendrait donc purement fictive, car l'existence d'une offre d'arbitrage qui pourrait être acceptée à tout moment par l'investisseur s'imposerait à elle⁹⁶. L'État serait ainsi soumis indéfiniment à une Convention dénoncée ce qui serait contraire au droit de retrait des États, reconnu par la Convention de Vienne sur le droit des traités⁹⁷.

⁹⁴C. SCHREUER, *the ICSID Convention: A Commentary* 1286 (2001): “*Consent is only perfected after it has been accepted by both parties. Therefore, a unilateral offer of consent by the host State through legislation or a treaty before a notice under Arts. 70 or 71 would not suffice. The effect of continued validity of consent would only arise if the offer was accepted in writing by the investor before the notice of denunciation or exclusion.*” [Schreuer, *the ICSID Convention*]

⁹⁵ B.H.WALID, «La dénonciation de la Convention de Washington : un adieu ou un simple au revoir, in Ferhat Horchani (dir.). CIRDI, quarante ans après : bilan d'un système », Paris, Pedone, 2011, p 117.

⁹⁶ Schreuer, “*the ICSID Convention*”, *supra* note 91 p 206 :

“*While a host State may express its consent to ICSID's jurisdiction through legislation, the investor must perform some reciprocal act to perfect consent. Even where consent is based on the host State's legislation, it can only come into existence through an agreement between the parties.*”

⁹⁷Article 54 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 UNTS 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980), art 2 (1) (d) [*Convention de Vienne*].

II. Extinction consécutive à la dénonciation des accords d'investissement

La dénonciation ou le retrait est un acte par lequel un État partie à un traité met fin unilatéralement à son statut d'État membre⁹⁸. Dans le cadre d'un traité bilatéral, la survenance de la dénonciation met fin audit traité puisqu'il est composé de deux membres par définition. Mais l'on ne doit pas oublier la clause survie qui est une pratique conventionnelle assez répandue⁹⁹.

Cette clause prolonge l'application des dispositions de l'accord « défunt » pendant une période supplémentaire de 5 à 20 ans¹⁰⁰. Elle limite la possibilité d'un État de procéder aux dénonciations unilatérales. Ainsi, si un pays opte pour la sortie du traité sans le consentement du cocontractant, il reste lié par les obligations de l'accord dénoncé pendant la période de la clause survie au regard des investissements effectués avant sa dénonciation¹⁰¹. La clause survie permet au pays non dénonçant de continuer à faire bénéficier de la protection aux investissements se trouvant dans le pays d'accueil dénonçant pour le reste de la période de la clause survie¹⁰². Tout comme l'ensemble de l'accord

⁹⁸UN Office of Legal Affairs, *Final Clauses of Multilateral Treaties Handbook* (UN Sales No E04V32003) ('Final Clauses Handbook') 109 ('*The words denunciation and withdrawal express the same legal concept*'). Anthony Aust asserts that '*although the term denunciation is sometimes used in relation to a multilateral treaty, the better term is withdrawal, since if a party leaves a multilateral treaty that will not normally result in its termination*'. A Aust, *Handbook of International Law* (CUP, Cambridge 2010) 93. Although there is much to recommend this view, in fact multilateral agreements use both terms interchangeably.

⁹⁹K. GORDON & J. POHL, «Investment Treaties over Time – Treaty Practice and Interpretation in a Changing World», OECD Working Papers on International Investment 19 (OECD Publishing 2015).

¹⁰⁰Dans le traité Colombie-France de 2014 par exemple cette période est de 5. Elle est de 20 ans dans le traité de 2013 entre Maurice et Koweït.

¹⁰¹Voir UNCTAD, «Denunciation», p 3 ; James Harrison, «The European Union and South Korea: The Legal Framework for Strengthening», p 121.

¹⁰²C. TITI, «Most-Favoured-Nation Treatment: Survival Clauses and Reform of International Investment Law », *Journal of International Arbitration* 33, n° 5 (2016), 425–40 [Catharine, «Most-Favoured-Nation»]

d'investissement, la clause survie reflète la volonté des parties contractantes à protéger les investissements.

La configuration de cette clause change selon les accords d'investissement mais dans l'ensemble la formulation qui suit est souvent utilisée :

« [...] En ce qui concerne les investissements effectués avant l'expiration du présent accord, les dispositions de ce dernier continueront de s'appliquer pendant *une période supplémentaire de dix ans à compter de ladite expiration ou pendant toute période plus longue convenue entre l'investisseur et la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été effectué* »¹⁰³[nos italiques].

D'autres accords d'investissement utilisent une forme beaucoup moins explicite en termes de durée. Telle est l'orientation dans le modèle de TBI des États-Unis de 2012 où l'art 22 (3) dispose que « *all other Articles shall continue to apply to covered investments established or acquired prior to the date of termination, except insofar as those Articles extend to the establishment or acquisition of covered investments* »¹⁰⁴.

Quel que soit le mode opératoire de la clause de survie, celle-ci ne devrait pas avoir pour effet de limiter la possibilité des États de terminer le traité, car c'est une prérogative de leur souveraineté¹⁰⁵. La Convention de Vienne sur le droit des

¹⁰³ Art 13 (2) (3) de l'*Accord de promotion et de protection réciproque des investissements*, Burundi-Maurice, 18 mai 2001, art 4 (5), en ligne : Kluwer arbitration <<http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Mauritius>> [*Accord Burundi-Maurice*].

¹⁰⁴ Voir Art 22 (3) du modèle de TBI américain de 2012 en ligne : Gouvernement américain <<http://www.state.gov/e/eb/ifd/bit/index.htm>>, consulté le 20 mai 2018.

¹⁰⁵ Voir article 54 de la *Convention de Vienne*, supra note 94 ; En son article 70 (1) cette Convention dispose :

traités confirme ce pouvoir des parties contractantes lorsqu'elle énonce : « L'extinction d'un traité ou le retrait d'une partie peuvent avoir lieu : a) conformément aux dispositions du traité ; ou, b) A tout moment, par consentement de toutes les parties, après consultation des autres États contractants »¹⁰⁶.

En prenant l'exemple des terminaisons mutuelles des accords d'investissement entre la République tchèque et les autres États membres de l'Union européenne¹⁰⁷, les parties contractantes ont non seulement négocié la fin de l'accord, mais elles ont aussi conclu une entente pour éteindre la clause survie et exclure son application¹⁰⁸. L'arrangement mutuel est une approche que l'Argentine et l'Indonésie ont également utilisée pour mettre fin à l'application de la clause survie de leur AI de 1995 et dont l'expiration était attendue en 2016¹⁰⁹. Lorsque l'Australie et le Chili ont terminé leur TBI pour le remplacer par un accord de libre-échange, ils ont amendé la clause de survie en ramenant son application à seulement trois ans au lieu de 15 ans initialement prévu¹¹⁰.

Lorsque les parties mettent fin à leur traité par consentement et le remplace par un autre nouveau, certains auteurs soutiennent que « *the survival clause in the*

« 1. À moins que le traité n'en dispose ou que les parties n'en conviennent autrement, le fait qu'un traité a pris fin en vertu de ses dispositions ou conformément à la présente Convention : a) libère les parties de l'obligation de continuer d'exécuter le traité ; b) ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique des parties, créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin. 2. Lorsqu'un État dénonce un traité multilatéral ou s'en retire, le paragraphe 1 s'applique dans les relations entre cet État et chacune des autres parties au traité à partir de la date à laquelle cette dénonciation ou ce retrait prend effet ».

¹⁰⁶ Art 54 Convention de Vienne *supra* note 94.

¹⁰⁷ Slovakia (1/5/ 2004), Italy (30 /4/2009), Slovenia (10/6/2009), Denmark (18/11/ 2009), Malta (30/9/2010), Estonia (20/2/ 2011), Ireland (1/12/ 2011) .

¹⁰⁸ Luke Eric Peterson, « Czech Republic terminates investment treaties in such a way as to cast doubt on residual legal protection for existing investments » (1 February 2011) Investment Arbitration Reporter (online) ;

¹⁰⁹ Catharine, « Most-Favoured-Nation » *supra* note 99.

¹¹⁰ Australia-Chile FTA, Annex 10-E, para 3 ('Termination of the Bilateral Investment Agreement').

original treaty is automatically extinguished without the need for an express agreement to that effect »¹¹¹. Mais pour éviter toute équivoque, lorsque les parties entendent dénoncer la clause de survie, elles doivent le faire de façon expresse pour limiter le consentement à l'arbitrage.

Dans l'affaire *Binder contre la République tchèque*¹¹², le tribunal a rejeté la prétention de la Tchécoslovaquie qui lui demandait de rejeter sa compétence au motif que « *the termination of both the BIT and the survival clause was not explicitly agreed by the parties; that the alleged termination took place in any event after the commencement of the dispute; and that EU law and policy on the issue of continuing intra-EU BITs were unresolved* »¹¹³.

La clause survie recouvre surtout son importance pratique en cas de dénonciation unilatérale¹¹⁴. Titi soutient que « *survival clauses are generally applicable in the case of unilateral treaty denunciations* »¹¹⁵. Dans le cas de la dénonciation unilatérale, le modèle de TBI des États-Unis prévoit : « *A Party may terminate this Treaty at the end of the initial ten-year period or at any time thereafter by giving one year's written notice to the other Party. For ten years from the date of termination, all other Articles shall continue to apply to covered investments established or acquired prior to the date of termination* »¹¹⁶.

Au regard des considérations précédentes, nous estimons que les parties qui mettent mutuellement fin à l'accord et qui par la suite décident de paralyser

¹¹¹Catharine, « Most-Favoured-Nation » *supra* note 99.

¹¹²*Binder v Czech Republic*, Ad Hoc Arbitration, UNCITRAL Rules, Award on Jurisdiction (6 juin 2007) aux para 63 et 66.

¹¹³T. VOON, and A.D. MITCHELL, « Denunciation, Termination and Survival: The Interplay of Treaty Law and International Investment Law » (2016) ICSID Review, p 23, en ligne : <<https://ssrn.com/abstract=2735974>>.

¹¹⁴CATHARINE, « Most-Favoured-Nation » *supra* note 99, p13.

¹¹⁵*Ibid.*

¹¹⁶Article 22 of the US Model BIT of 2012.

l'application de la clause survie, font que l'extinction du consentement à l'arbitrage CIRDI s'en suit. Mais comme analysé ci-dessus, la dénonciation unilatérale d'un accord d'investissement ne met pas nécessairement fin à la possibilité pour les investisseurs étrangers d'assigner les États sous le traité éteint.

Étant donné que sous l'arbitrage CIRDI, la problématique des clauses survies est d'une apparition récente, la question de leurs effets sur les garanties procédurales reste un champ béant des recherches¹¹⁷.

Le consentement, ou mieux l'offre à l'arbitrage CIRDI peut survivre à la dénonciation de l'accord d'investissement lorsque ce dernier contient une clause survie¹¹⁸. Le tribunal est arrivé au même constat dans l'affaire *Eastern Sugar v Czech Republic* où ce dernier prétendait que son accession à l'Union européenne avait évincé les dispositions du TBI et que ce dernier n'était plus d'application. Il a souligné que « *The Arbitral Tribunal can only reject the Czech Republic's argument that the implied termination of the BIT through accession also terminated the continuing effect expressly guaranteed by Art. 13 (3) of the BIT* »¹¹⁹. Les arbitres ont justement précisé qu'« *EU law has not automatically superseded the BIT as a result of the accession of the Czech Republic to the EU. It follows that the BIT, including its arbitration clause, is still in force* »¹²⁰.

¹¹⁷J. HARRISON, «The Life and Death of BITs: Legal Issues Concerning Survival Clauses and the Termination of Investment Treaties» (2012) 13 Journal of World Investment & Trade 928-50.

¹¹⁸A ce sujet, Brown estime que « *there is nothing that would suggest that the effects of the survival clause would be limited to the BIT's substantive protections. On the contrary the wording suggests that the clause equally applies to the dispute-settlement provisions. Commentaries on Selected Model Investment Treaties* », publié par Chester Brown, p588.

¹¹⁹*Eastern Sugar B.V.(Netherlands) v The Czech Republic*, Partial Award. 27 Mar 2007 au para 175.

¹²⁰*Binder v Czech Republic*, Ad Hoc Arbitration, UNCITRAL Rules, Award on Jurisdiction (6 June 2007) au para 172.

Le tribunal dans l'affaire *oostergetel v slovak republic* est allé dans la même direction en décidant que *if recourse is taken to the provisions of the BIT, it becomes apparent that the investor's rights thereunder are secured for another fifteen years after the termination of the BIT*¹²¹.

Le raisonnement du tribunal dans cette affaire est instructif au regard des États qui souhaitent limiter l'application de la clause survie à leur consentement. Ils doivent clairement exprimer leur intention en suivant la procédure prévue dans le traité bilatéral d'investissement¹²².

En somme, l'extinction du consentement à l'arbitrage CIRDI est loin d'être automatique. Les conditions dans lesquelles l'accord d'investissement a été dénoncé de même que le contenu de l'accord et de la clause survie restent des éléments fondamentaux pour décider du sort du consentement étatique.

¹²¹ *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v The Slovak Republic*, Case ID : UNCITRAL au para 97.

¹²² *Ibid.*

CONCLUSION GENERALE

Nous aurons constaté tout au long de l'étude que la notion de consentement est la pierre angulaire du fonctionnement du système CIRDI.

Du côté de l'État, le consentement est double. Il se manifeste d'une part par la ratification de la convention CIRDI non seulement par l'État d'accueil, mais également par l'État dont l'investisseur est ressortissant. Et d'autre part, l'État émet son consentement dans le cadre des accords qu'il noue avec les parties à l'investissement.

Dans ce dernier cas, l'État dispose de plusieurs options pour manifester son consentement. Il peut soit émettre directement son consentement par le biais d'une clause compromissoire contenue dans une convention d'investissement conclue avec l'investisseur étranger¹²³, il peut soit exprimer son consentement à travers une loi comme nous l'avons déjà indiqué¹²⁴. Enfin, le consentement de l'État peut aussi s'exprimer par le biais des traités internationaux qui peuvent être bilatéraux (TBI) ou multilatéraux. Dans tous les cas, ce consentement doit être exprimé d'une manière claire et non équivoque comme le dispose l'article 25 de la convention CIRDI. Cet article impose que le consentement de l'État soit donné par écrit, mais il laisse tout de même à l'État le libre choix de la forme de cette condition.

¹²³ M. PRECIGOUT, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit des investissements », RCDADI, Tome 302, (2003), p 201-86.

¹²⁴ De plus en plus de pays en voie de développement y recourent pour attirer les investissements. Voir à ce sujet les commentaires de SCHREUER, *The ICSID Convention : A Commentary*, Cambridge University Press (2009).

S'agissant du consentement de l'investisseur, sa forme peut aussi être variable. Outre qu'il peut être exprès dans les accords avec l'État d'accueil, l'investisseur l'exprime par la requête formée auprès du Centre lors d'une demande de conciliation ou d'un arbitrage¹²⁵.

Au demeurant, il sied de déduire de l'étude que la conceptualisation du consentement dans le cadre de l'arbitrage encadré par le CIRDI est pragmatique compte tenu des intérêts en présence. Mais la sécurité juridique des investissements recommande que le consentement émis mérite d'être maintenu.

La Convention CIRDI a prévu des balises à ce sujet même si l'extinction du consentement peut tout de même survenir parfois au détriment de l'investisseur. De là, la question de l'équilibre des pouvoirs entre l'État d'accueil et l'investisseur étranger se pose. On comprend d'un côté que les États veulent conserver au maximum leur souveraineté et leur prérogative, mais d'un autre côté, l'instabilité de leur consentement reste somme toute nuisible aux investissements à cause de la perte de confiance ce qui en définitive, désavantage aussi l'État et les citoyens. Heureusement, la pratique montre que les cas de l'extinction du consentement sont résiduels de sorte qu'on peut affirmer comme Fouillet, que le système mis en place par la convention de CIRDI représente encore aujourd'hui l'arbitrage dominant en matière d'investissement bien loin devant l'arbitrage CNUCED et l'arbitrage de la CCI¹²⁶.

¹²⁵ Il a été jugé en effet que cette requête constitue une formalité suffisante de la part de l'investisseur. Voir notamment les jugements : *Tradex v Albania*, Décision sur la Compétence du tribunal arbitral du 24 décembre 1996 ; *Zhinvali v Georgia*, décision du 24 janvier 2003.

¹²⁶ H. FOUILLET, « Le Consentement de l'État à l'Arbitrage du Centre International du Règlement des Différends relatifs à l'Investissement » 2011, p 29.

BIBLIOGRAPHIE

I. Instruments juridiques internationaux

1. *Accord concernant la promotion et la protection réciproques des investissements*, Maurice et Burundi, 18 mai 2001, en ligne : Kluwer arbitration <<http://www.kluwerarbitration.com/BITs>. Consulté le 15 mai 2018
2. *Accord de libre-échange nord-américain*, Canada, États-Unis et Mexique, 17 décembre 1992, R T Can 1994 no2, 32 ILM 289, (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994),
3. *Accord de promotion et de protection réciproque des investissements*, Burundi-Maurice, 18 mai 2001, art 4 (5), en ligne : Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Mauritius>
4. *Accord de promotion et de protection réciproque des investissements*, Burundi-Maurice, 18 mai 2001, art 4 (5), en ligne : Kluwer arbitration <<http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Mauritius>>
5. *Accord entre le Chili et le Venezuela concernant la promotion et la protection réciproque des investissements* signé le 2 avril 1993 (entré en vigueur le 25 mai 1995).
6. *Agreement for the Promotion and Protection of Investment*, Royaume Uni et Sri Lanka, 13 février 1980, (entrée en vigueur au Hong Kong : 14 janvier 1981).
7. *Australia-Chile FTA, Annex 10-E*.
8. *Convention de la Haye portant renonciation à la force armée pour le recouvrement des dettes contractuelles* (18 octobre 1907).

9. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 UNTS 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980), art 2 (1) (d)
10. *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 RTNU 159
11. Modèle de TBI américain de 2012 en ligne : Gouvernement américain <<http://www.state.gov/e/eb/ifd/bit/index.htm>>
12. *Protocole de Colonia pour la Promotion et la Protection des Investissements dans le MERCONSUR* (1994)
13. *Traité bilatéral d'investissement entre le Burundi et l'Allemagne concernant l'encouragement et la promotion réciproque des investissements* signé à Bonn le 10 septembre 1984.
14. *Traité Colombie-France* de 2014
15. *Traité* de 2013 entre Maurice et Koweït
16. *Traité sur l'investissement conclu entre pays membres de l'ASEAN* (1987)
17. *Traité sur la Charte de l'énergie*, 17 décembre 1994, JO L 380/24, (entré en vigueur le 17 décembre 1994)

II. Instruments juridiques nationaux

1. Loi n° 1/24 du 10 septembre 2008 portant code des investissements du Burundi
2. Loi n° 93-120 du 27 décembre 1993, portant promulgation du Code d'Incitations aux Investissements en Tunisie.

III. Ouvrages consultés

1. LEBEN Ch., «Evolution du droit international des investissements : un rapide survol» dans Charles Leben, dir, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Paris, L.G.D.J, 2006
2. MCLACHLAN C., SHORE L, WEINIGER M., *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, Oxford University Press: 2007
3. PETERSON C. F., *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique latine : l'efficacité de son droit*, Paris, Harmattan, 2003
4. SCHREUER C H, *The ICSID Convention : À Commentary*, 2e éd, Cambridge (England), Cambridge University Press, 2009
5. SCHREUER C. H, *The ICSID Convention : A Commentary*, Cambridge University Press (2009). UN Office of Legal Affairs, *Final Clauses of Multilateral Treaties Handbook* (UN Sales No E04V32003) ('Final Clauses Handbook') 109 (CUP, Cambridge 2010) 93.
6. SCHREUER C.H , *the ICSID Convention: A Commentary* 1286 (2001):
7. SCHREUER C.H., *The ICSID Convention :A Commentary*, Cambridge University press, Cambridge, U.K., 2001 p. 191 in Stanimir «A. Alexandrov, The baby boom of Treaty based Arbitrations and the jurisdiction of ICSID tribunals», *The journal of World Investment and trade* Vol 6 n 3 June 2005.

IV. Articles, études et rapports

1. BROCHES, «The Convention on the settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States », RC, v. 136 (1972 — II).

2. BROWN estime que « *there is nothing that would suggest that the effects of the survival clause would be limited to the BIT's substantive protections. On the contrary the wording suggests that the clause equally applies to the dispute-settlement provisions. Commentaries on Selected Model Investment Treaties* », publié par Chester Brown, p588.
3. CNUCED, « Rapport 2016 sur les pays les moins avancés : Le processus de reclassement et au-delà : tirer parti de la dynamique ».
4. CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1959–1999*, ITE/IIA/2 (2000).
5. CREMADES B. M. and CAIRNSJ.A. «The brave New World of Global Arbitration», 3 J.W.I.2, April 2002, pp. 173-184; BURDEAU G., «Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans les contentieux économiques intéressant les États », in *Revue de l'arbitrage*, 1995, p14).
6. DELAUME G. , « ICSID Arbitration Practical Considerations » (1984) 1 J Int'l Arb101.
7. DELAUME, «ICSID arbitration practical considerations», 1J. Int'l Arb.101, 1984.
8. FOUILLET H., «Le Consentement de l'État à l'Arbitrage du Centre International du Règlement des Différends relatifs à l'Investissement » 2011.
9. GORDON K & POHL J., «Investment Treaties over Time – Treaty Practice and Interpretation in a Changing World», OECD Working Papers on International Investment 19 (OECD Publishing 2015).
10. HARRISON J., «The European Union and South Korea: The Legal Framework for Strengthening ».
11. HARRISON J., «The Life and Death of BITs: Legal Issues Concerning Survival Clauses and the Termination of Investment Treaties» (2012) 13 Journal of World Investment & Trade 928-50.

12. ICSID News Release, May 16, 2007. Le Nicaragua et le Cuba ont aussi menacé de dénoncer la convention CIRDI. Mark Weisbrot, IMF and World Bank Face Declining Authority as Venezuela Announces Withdrawal, Venezuela Analysis Report», May 4, 2007, en ligne, <https://www.huffingtonpost.com/mark-weisbrot/imf-and-world-bank-face-d_b_47562.html>.
13. ICSID, « Model Clauses (Treaties) » Doc. ICSID/6 (1969).
14. ICSID, List of Contracting States and Other Signatories of the Convention (as of November 17, 2015).
15. KONSTANZE V.P., « Biting the Bullet or Redefining 'Consent' in Investor-State Arbitration? Pre-Arbitration Requirements after BG Group v Argentina », 16 Journal of World Investment and Trade 695 (2015).
16. LAMIA D, « Les garanties de l'investissement étranger en Tunisie : La teneur et la portée de la protection internationalisée » in F. Horchani, *Où va le droit des investissements : Désordre normatif et recherche d'équilibre*, éd. pedone 2006.
17. LAVIEC J.P, « Protection et promotion des investissements », Genève, in *Étude de droit international économique*, 1985.
18. NOLAN M.D., SOURGENS, F G. « A Preliminary Comment – The Interplay Between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study », Septembre 2007, Transnational Dispute Management.
19. NOLAN M.D., SOURGENS, F.G., « Limits Of Consent – Arbitration Without Privity And Beyond », en ligne <https://www.milbank.com/images/content/1/1/1106/073010_Liber_Amicorum_Update.pdf>.

20. PARRA A.R., «ICSID and News trends in international disputes settlement», News from ICSID Vol. 10 No 1 Winter 1993.
21. PARRA A.R., «Provisions on the settlement of investment disputes in modern investment Laws, Bilateral investment treaties, and multilateral instruments on investment », 12 ICSID Rev. —FILJ. 2 871, 997.
22. PAULSON J., « Arbitration Without Privity », (1995) 10 ICSID Rev.-F.I.L.J.232.
23. PETERSON L. E., «Czech Republic terminates investment treaties in such a way as to cast doubt on residual legal protection for existing investments » (1 February 2011) Investment Arbitration Reporter.
24. POULAIN B., «L'arbitrage investisseur État et le droit français des immunités de l'État étranger », en ligne : cbpavocats <<http://cbpavocats.com/wp-content/uploads/2013/05/Arbitrage-investisseur-Etat-et-immunit%C3%A9s.pdf>>).
25. PRECIGOUT M., « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit des investissements », RCDADI, Tome
26. *Rapport des administrateurs sur la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États.*
27. Règles du mécanisme supplémentaire du CIRDI, Doc ICSID/11 en ligne : CIRDI<<http://ICSID.worldbank.org/ICSID/ICSID/ViewNewsReleases.jsp>>.
28. RIPINSKY S., «Venezuela's Withdrawal From ICSID: What it Does and Does Not Achieve» (13 April 2012) Investment Treaty News.
29. SHIHATA F. I., «Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MIGA » (1986) 1ICSID Review-FILJ1 p26.

30. STANIMIR A., «The baby boom of Treaty based Arbitrations and the jurisdiction of ICSID tribunals », The journal of World Investment and trade Vol 6 no 3, june 2005.
31. TITI, C., «Most-Favoured-Nation Treatment: Survival Clauses and Reform of International Investment Law », Journal of International Arbitration 33, n° 5 (2016).
32. UNCTAD, «Denunciation of the ICSID Convention and BITS: Impact on Investor-State Claims», (IIA Issues Note No 2, December 2010).
33. UNCTAD, Investor–State Dispute Settlement : Review Of Developments In 2016, 2017 issue 1.
34. VOON, T. and MITCHELL A. D., «Denunciation, Termination and Survival: The Interplay of Treaty Law and International Investment Law» (2016) ICSID Review.
35. WALID B. H., «La dénonciation de la Convention de Washington : un adieu ou un simple au revoir, in Ferhat Horchani (dir.) CIRDI, quarante ans après : bilan d'un système », Paris, Pedone, 2011.

V. Jurisprudence

1. *Asian Agricultural Products Limited c Republic of Sri Lanka*, (1991), 30 ILM 580 (CIRDI).
2. *Asian Agricultural Products Ltd. c le Sri Lanka*, Affaire CIRDI no ARB/87/3, Sentence, (27 juin 1990).
3. *Binder v Czech Republic*, Ad Hoc Arbitration, UNCITRAL Rules, Award on Jurisdiction (6 June 2007).
4. *Binder v Czech Republic*, Ad Hoc Arbitration, UNCITRAL Rules, Award on Jurisdiction (6 June 2007).

5. *Eastern Sugar B.V.(Netherlands) v The Czech Republic*, Partial Award. 27 Mar 2007.
6. *Manufacturers Hanover Trust Company*, July 31 1995 ou encore *Gaith Pharaon c Tunisie*.
7. *Oostergetel Jan and Theodora Laurentius v The Slovak Republic*, Case ID : UNCITRAL.
8. *Société Resort Company Invest Abidjan, Stanislas and Gérard Bot v Republic of Côte d'Ivoire* (ICSID Case No. ARB/16/11).
9. *Southern Pacifique Properties (SPP) Limited c la République Arabe d'Égypte* (1992), 32 ILM 933 (CIRDI).
10. *Tradex v Albania*, Décision sur la Compétence du tribunal arbitral du 24 décembre 1996.
11. *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia (Case No. ARB/00/1) ICSID Tribunal, 24 January 2003*.
12. *BG Group Plc.v The Republic of Argentina*, Final Award. 24 Dec 2007.
13. *Goetz et consorts c le Burundi*, Affaire CIRDI no ARB/95/3, Sentence, [10 février 1999].
14. ICSID case No ARB/93/1, Award, 21 Février 1997, 36 I.L.M. 1534, 1997.
15. *Lanco International Inc v Argentina*, ICSID Case N° ARB/97/6, Preliminary Decision on Jurisdiction, dated December 8, 1998.
16. ICSID case No.ARB 97/6, decision on jurisdiction, 8 December 1998, 40 I.L.M.457, 2001.
17. *Venoklim Holding BV v Venezuela*, ICSID Case No ARB/12/22, Award (3 April 2015).

VI. Sites Internet

1. World Bank <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm>>.
2. Kluwer arbitration <<http://www.kluwerarbitration.com>>
3. CIRDI<<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/Liste%20des%20Etats%20Contractants%20et%20Signataires%20de%20la%20Convention%20-%20Latest.pdf>>
4. ICSID <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/Liste%20des%20Etats%20Contractants%20et%20Signataires%20de%20la%20Convention%20-%20Latest.pdf>>
5. ICSID<<https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/icsiddocs/List-of-Member-States.aspx>> ;
6. <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20I.pdf>>
7. Legavox<<https://www.legavox.fr/blog/le-journal-d-une-doctorante/sentence-cirdi-juin-1990-societe-10369.htm>> ,
8. ICSID<[https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202016-2%20\(English\)%20Sept%2020%20-%20corrected.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202016-2%20(English)%20Sept%2020%20-%20corrected.pdf)>.
9. ICSID<[https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20\(English\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20(English)%20Final.pdf)>

LEGISLATION

LE CADRE JURIDIQUE DE PROTECTION DES REFUGIES AU BURUNDI

Par Egide MANIRAKIZA¹

INTRODUCTION GENERALE

1. Enoncé de l'étude

L'asile est le fait pour l'État d'accorder la protection sur son territoire à des ressortissants d'un autre État qui fuient par crainte de la persécution ou d'un danger grave. Une personne qui se voit accorder l'asile devient un réfugié.

Le réfugié est ainsi la personne dont la demande d'asile a déjà fait l'objet d'une décision définitive de la part d'un pays d'accueil. Le réfugié est à distinguer du demandeur d'asile qui est la personne dont la demande d'asile n'a pas encore fait l'objet d'une décision définitive de la part d'un pays d'accueil².

Il existe quatre catégories de réfugiés à savoir le réfugié au sens de la Convention, le réfugié relevant du mandat du HCR, le réfugié statutaire ainsi que le réfugié sur place³.

¹ Professeur du Droit international public des droits de l'homme, Droit international humanitaire, Droit international des affaires à l'Université du Burundi et dans d'autres universités.

² Pour plus de précisions sur le concept « réfugié » et les autres notions qui lui sont voisines, voy. notamment :

- J-Y CARLIER et al., *Qu'est-ce qu'un réfugié ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998 ;
- C. D'ORSI, *La définition du « réfugié » dans les législations africaines : une analyse comparative critique*, working paper n°121, in new issues in refugee research, UNHCR, 2006.

³ HCR, PROTECTION DES REFUGIES : Guide sur le droit international relatif aux réfugiés qui été élaboré par les Parlementaires membres du Bureau de la Commission sur les questions

Le réfugié au sens de la Convention est la personne reconnue comme réfugiée par les États en vertu du critère de l'article 1 de la Convention internationale relative au statut des réfugiés de 1951, et jouissant de ce fait, aux termes de cette Convention, d'un certain nombre de droits.

Le réfugié relevant du mandat du HCR est une personne reconnue comme réfugiée par le HCR dans l'exercice de son mandat tel que défini par son statut et par les résolutions pertinentes de l'Assemblée générale des Nations Unies. Le statut de réfugié relevant du mandat est particulièrement important pour les États qui ne sont parties ni à la Convention de 1951 ni au Protocole de 1967.

Le réfugié statutaire est la personne considérée comme réfugiée aux termes des instruments internationaux qui étaient en vigueur avant la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés.

Le réfugié sur place est la personne qui n'était pas réfugiée lorsqu'elle a quitté son pays d'origine, mais qui devient réfugiée à une date ultérieure, en raison des faits survenus dans l'intervalle. Les réfugiés sur place peuvent craindre d'être persécutés en raison d'un changement survenu dans leur pays d'origine, par exemple du fait d'un coup d'État, ou en raison d'activités politiques menées de bonne foi dans leur pays d'accueil.

Au niveau juridique, le réfugié est d'abord protégé par les instruments internationaux. Les instruments internationaux relatifs aux réfugiés énoncent des

parlementaires, juridiques et des droits de l'homme et du Comité chargé de promouvoir le respect du droit international humanitaire de l'Union interparlementaire, à l'occasion du 50^{ème} anniversaire de l'adoption de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 2001, P.133.

normes ou des éléments fondamentaux qui doivent figurer dans toute législation nationale spécifique aux réfugiés.

Cette protection internationale du réfugié doit être complétée par une protection nationale car, protéger les réfugiés est une responsabilité qui incombe en premier lieu aux États.

En effet, l'adoption d'une législation nationale sur les réfugiés, fondée sur les normes internationales, est indispensable au renforcement de l'asile car elle accroît l'efficacité de la protection et fournit une assise à la recherche de solutions aux problèmes des réfugiés. L'asile demeure essentiellement un privilège des États⁴.

Dans cette étude intitulée « Cadre juridique de protection des réfugiés au Burundi », nous allons analyser le droit burundais relatif aux réfugiés afin de déterminer si oui ou non le droit positif burundais en la matière est conforme aux standards internationaux, particulièrement les éléments fondamentaux de la législation nationale relative aux réfugiés que prévoit le HCR⁵.

2. Approche méthodologique

L'approche suivie dans les développements relatifs à cette étude est essentiellement documentaire basée sur les recherches dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, les instruments internationaux spécifiques aux réfugiés, les textes nationaux relatifs aux réfugiés ainsi que les documents élaborés par le Haut Commissariat pour les Réfugiés et la doctrine.

⁴ J-Y CARLIER, L'état du droit international³, in F.RIGAUX, *Droit d'asile*, Bruxelles, Story Scientia, 1988, P.29.

⁵ HCR, op.cit., PP.107-110.

3. Enoncé du plan

Cette étude sera divisée en deux chapitres :

- Chapitre 1. Les textes juridiques protecteurs des réfugiés au Burundi
- Chapitre 2. Analyse du contenu de ces textes juridiques par rapport aux standards internationaux exigés dans toute législation nationale relative aux réfugiés.

Chapitre 1. LES TEXTES JURIDIQUES PROTECTEURS DES REFUGIES AU BURUNDI

Comme pour les autres pays, les réfugiés sont protégés au Burundi d'une part par les instruments internationaux auxquels le Burundi est partie et d'autre part par la législation interne.

Section 1. Les instruments internationaux

Dans cette catégorie, on distingue les instruments à vocation universelle et les instruments à vocation régionale. Certains de ces instruments ont été intégrés dans la Constitution du 18 mars 2005 actuellement en vigueur au Burundi⁶.

§ I. Les instruments à vocation universelle

Au sein des instruments universels, la protection des réfugiés est assurée non seulement par les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme mais aussi par des instruments internationaux spécifiques à cette catégorie de personnes.

⁶ Ces instruments sont énoncés dans l'article 19 de cette Constitution qui dispose que « Les droits et devoirs proclamés et garantis, entre autres, par la Déclaration universelle des droits de l'homme, les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et la Convention relative aux droits de l'enfant font partie intégrante de la Constitution de la République du Burundi ».

A. Les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme

1. La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948

Cette Déclaration que le Burundi a signée⁷ depuis 1962 comprend 3 articles qui font référence aux réfugiés:

- article 9 : « Nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ou exilé (...) »;
- article 13« (...) Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays »;
- L'article 14 est plus spécifique aux réfugiés et demandeurs d'asile « Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays (...) ».

2. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Ce Pacte auquel le Burundi est partie⁸ depuis 1990 contient deux articles qui font référence aux droits des réfugiés:

- Article 2: « Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler et d'y choisir librement sa résidence. Toute personne est libre de quitter tout pays, y compris le sien (...) »: Cet article fait référence au droit qu'a toute personne de quitter son pays pour s'établir ailleurs ou pour chercher l'asile en cas de persécution.

⁷ voy. BOB, 1962, P.61

⁸ Le Burundi est partie à ce Pacte depuis le Décret-loi n° 1/009 du 14 mars 1990 portant ratification du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Codes et lois du Burundi, 2010, T.1, P.156.

- Article 13: « Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un Etat partie ... ne peut être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et ... il doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente (...) ». Cet article conditionne l'expulsion d'un demandeur d'asile à l'exécution d'une décision prise conformément à la loi et par une autorité compétente.

3. La convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, entrée en vigueur le 26 juin 1987

Dans cette Convention qui lie⁹ le Burundi depuis 1992, les réfugiés sont protégés par l'article 3 qui dispose que : « Aucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ».

Cet article interdit aux Etats de refouler ou d'extrader une personne vers un Etat où sa vie, sa liberté seraient en danger ou dans un pays où il risque d'être soumis à la torture. C'est une manière de dire indirectement qu'au lieu d'expulser, d'extrader ou de refouler la personne soumise à ce risque, l'État partie à cette convention doit permettre son asile.

⁹ Le Burundi y est partie depuis le Décret-loi n° 1/047 du 31 décembre 1992 portant adhésion à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

B. Instruments spécifiques aux réfugiés

1. La Convention de Genève relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951

Cette Convention à laquelle le Burundi est partie¹⁰ depuis 1963 est le fondement du droit des réfugiés ou la pierre angulaire de la protection des réfugiés.

Elle définit en effet les concepts fondamentaux du régime de protection des réfugiés, dont elle est, encore aujourd'hui la pièce maîtresse.

2. Le Protocole relatif au statut des réfugiés du 31 janvier 1967

Burundi est partie¹¹ à ce Protocole depuis 1969. C'est un instrument indépendant de la Convention de 1951 mais à laquelle il est néanmoins intégralement lié. Il lève les limites géographiques et de temps contenues dans la définition du réfugié donné dans la Convention de 1951. La définition que la Convention de 1951 donne au réfugié est centrée sur les personnes qui se trouvent hors du pays dont elles ont la nationalité et qui se sont réfugiées par suite des événements survenus en Europe ou ailleurs avant le 1er janvier 1951. L'extension du champ temporel et géographique était nécessaire car de nouvelles crises de réfugiés ont eu lieu à la fin des années 50 et dans les autres coins du monde.

Ensemble, la Convention de 1951 et le Protocole couvrent trois grands sujets¹²:

¹⁰ Le Burundi a ratifié cette Convention par la lettre n°/049/403 du 19 juillet 1963.

¹¹ Le Burundi a adhéré à ce Protocole par le Décret-loi n°1/45 du 07 août 1969.

¹² H.C.R., op.cit., P.11.

- a. La définition du terme réfugié ainsi que les conditions de cessation et d'exclusion du statut de réfugié;
- b. Le statut juridique des réfugiés dans leur pays d'asile, leurs droits et leurs obligations, y compris le droit d'être protégé contre une expulsion ou le refoulement, vers un territoire où leur vie ou leur liberté serait menacée;
- c. Les obligations des États, y compris celle de coopérer avec le HCR dans l'exercice de ses fonctions, et celle de faciliter sa tâche de surveillance d'application de la Convention.

3. Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies: Déclaration sur l'asile territorial de 1967

Cette Déclaration s'adresse aux États et précise que l'octroi de l'asile est un acte pacifique et humanitaire qui ne saurait être considéré comme inamical à l'égard d'un autre État. La Déclaration souligne en outre qu'il appartient à l'État qui accorde l'asile de qualifier les causes qui le motivent.

4. Conclusions du Comité Exécutif du HCR

Le Comité Exécutif du HCR (COMEX) conseille le Haut Commissaire dans l'exercice de ses fonctions. Ses conclusions annuelles s'inscrivent dans le cadre du régime international de protection des réfugiés. Elles sont fondées sur les principes énoncés dans la Convention de 1951, elles sont élaborées et adoptées par consensus en réponse à des problèmes de protection particuliers. Les conclusions du Comité exécutif sont le fruit d'un accord entre plus de 50 pays qui portent un intérêt manifeste à la protection des réfugiés et ont une grande

expérience en la matière. Il est fréquent que ces pays et d'autres fassent référence aux conclusions du COMEX lorsqu'ils élaborent leurs propres lois et politiques.

§2. Les instruments à vocation régionale

Dans le cadre régional africain, les réfugiés sont protégés également non seulement par des instruments relatifs aux droits de l'homme auxquels le Burundi est partie mais aussi par des instruments qui leur sont spécifiques.

C. Les instruments relatifs aux droits de l'homme

1. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples¹³ à laquelle le Burundi est partie depuis 1989, en son article 12, protège les réfugiés dans ces termes:

- Article 12.2 « Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien... »
- Article 12.3. « Toute personne a le droit, en cas de persécution, de rechercher et de recevoir asile en territoire étranger, conformément à la loi de chaque pays et aux conventions internationales ».
- Article 12.4. « L'étranger admis sur le territoire d'un État partie à la présente Charte ne pourra en être expulsé qu'en vertu d'une décision conforme à la loi ».

¹³ Le Burundi est partie à cette Charte depuis le Décret-loi n° 1/029 du 28 juillet 1989 portant ratification de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, Codes et lois du Burundi, 2010, P.173

- Article 12.5. « L'expulsion collective d'étrangers est interdite. L'expulsion collective est celle qui vise globalement des groupes nationaux, raciaux, ethniques ou religieux ».

2. La Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant¹⁴ qui lie le Burundi depuis 2004 garantit des droits aux enfants réfugiés en son article qui dispose que :

«1. Les Etats parties à la présente Charte prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce qu'un enfant qui cherche à obtenir le statut de réfugié, ou qui est considéré comme réfugié en vertu du droit international ou du droit national applicable en la matière reçoive, qu'il soit accompagné ou non par ses parents, un tuteur légal ou un proche parent, la protection et l'assistance humanitaire à laquelle il peut prétendre dans l'exercice des droits qui lui sont reconnus par la présente Charte et par tout autre instrument international relatif aux droits de l'homme et au droit humanitaire auquel les Etats sont parties.

2. Les Etats parties aident les organisations internationales chargées de protéger et d'assister les réfugiés dans leurs efforts pour protéger et assister les enfants visés au paragraphe 1 du présent article et pour retrouver les parents ou les proches d'enfants réfugiés non accompagnés en vue d'obtenir les renseignements nécessaires pour les remettre à leurs familles.

3. Si aucun parent, tuteur légal ou proche parent ne peut être trouvé, l'enfant se verra accorder la même protection que tout autre enfant privé,

¹⁴ Le Burundi est partie à cette Charte depuis le 28/06/2004. Source : site de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples www.achpr.org visité le 16/11/2017.

temporairement ou en permanence, de son milieu familial pour quelque cause que ce soit.

4. Les dispositions du présent article s'appliquent *mutatis mutandis* aux enfants déplacés à l'intérieur d'un pays que ce soit par suite d'une catastrophe naturelle, d'un conflit interne, de troubles civils, d'un écroulement de l'édifice économique et social, ou de toute autre cause ».

&3. Les instruments spécifiques aux réfugiés

1. Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine (O.U.A.) régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique.

Le Burundi est lié¹⁵ à cette Convention depuis 1975.

L'élément le plus important de la Convention de l'OUA est sans doute la définition que celle-ci donne du terme « réfugié ». La Convention de l'OUA suit la définition de 1951 mais englobe une notion plus objective: est également considérée comme réfugiée toute personne qui, en raison « d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublants l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité » est obligée de quitter sa résidence habituelle.

Ceci signifie que les personnes qui fuient des troubles civils, la violence généralisée et la guerre ont le droit de demander le statut de réfugié dans les États qui sont parties à cette Convention, qu'elles craignent ou non avec raison d'être persécutées.

¹⁵ Le Burundi a ratifié cette Convention par la loi n° 1/209 du 31 octobre 1975
Revue Burundaise de Droit et Société

Les États parties à la Convention de 1951, au Protocole de 1967 et à la Convention de l'OUA sont tenus d'appliquer les dispositions suivantes¹⁶:

- 1° **Coopérer avec le HCR** (art.35 de la Convention, article II du protocole et article 8 de la Convention de l'OUA): coopérer avec le HCR dans l'exercice de ses fonctions et en particulier de faciliter sa tâche de surveillance de l'application de ces traités.

- 2° **Renseignements sur la législation nationale**: communiquer au Secrétaire général des Nations Unies les lois et les règlements qu'ils promulguent pour assurer l'application de ces textes (pour la Convention de 1951 et le protocole de 1969). La Convention de l'OUA quant elle impose aux États parties de communiquer avec le Secrétaire Général de l'OUA et les organes de l'OUA¹⁷.

- 3° **Dispense de réciprocité**: Le principe de réciprocité, en application duquel l'octroi d'un droit à un étranger est soumis à celui d'un traitement similaire par le pays dont l'étranger a la nationalité, ne s'applique pas aux réfugiés car ceux-ci ne jouissent pas de la protection de leur pays d'origine.

¹⁶ H.C.R, op.cit., P. 11.

¹⁷ *Mutatis mutandis* l'Organisation de l'unité africaine (OUA) a été remplacée par l'Union africaine (U.A.) par l'Acte constitutif de l'Union africaine du 11 juillet 2000.

2. La Déclaration de Carthagène (Colombie)

En 1984, un colloque de représentants des gouvernements et d'éminents juristes latino-américains s'est tenu à Carthagène, pour débattre de la protection internationale des réfugiés dans la région. Ce colloque a adopté un document, la Déclaration de Carthagène, qui recommande que le concept de réfugié utilisé dans toute la région latino-américaine englobe non seulement les éléments de la Convention de 1951 mais aussi s'étend aux personnes qui ont fui leur pays parce que leur vie, leur sécurité ou leur liberté étaient menacées par une violence généralisée, une agression étrangère, des conflits internes, une violation massive des droits de l'homme ou d'autres circonstances ayant perturbé gravement l'ordre public.

Bien que la Déclaration n'ait pas force exécutoire pour les États, la plupart des pays d'Amérique latine appliquent la définition dans la pratique et certains l'ont intégrée dans leur législation nationale. La Déclaration a reçu l'aval de l'Organisation des États Américains (O.E.A.), de l'Assemblée générale des Nations Unies et du Comité exécutif du HCR.

Le fait que cette Déclaration ait été avalisée par l'Assemblée générale des Nations unies et le Comité exécutif du H.C.R. entraîne qu'elle devienne une source d'inspiration de la législation burundaise relative à l'asile et à la protection des réfugiés.

Section 2. La législation interne

Protéger les réfugiés est une responsabilité qui incombe en premier lieu aux États. L'adoption d'une législation nationale sur les réfugiés, fondée sur les normes internationales, est indispensable au renforcement de l'asile car d'une part elle accroît l'efficacité de la protection et fournit une assise à la recherche de solutions aux problèmes des réfugiés ; d'autre part elle comble le vide dans les domaines que ne couvre pas la Convention de 1951, comme les procédures de détermination du statut de réfugié.

En droit positif burundais, le réfugié est protégé par un arsenal de textes juridiques au premier rang desquels se trouve la Constitution du 18 mars 2005 actuellement en vigueur¹⁸. L'article 50 alinéa 1 de cette constitution dispose que « Le droit d'asile est reconnu dans les conditions définies par la loi ».

Cette loi qu'énonce cette disposition constitutionnelle est actuellement la loi n° 1/32 du 13 novembre 2008 sur l'asile et la protection des réfugiés au Burundi. Cette loi est la version améliorée de la loi adoptée par le Parlement¹⁹ à la fin du mois de décembre 2007 et promulguée le 04 février 2008. Quelques coquilles bloquèrent²⁰ sa diffusion et la version actuelle amendée fut promulguée le 13 novembre 2008.

Les modalités d'application de cette loi du 13 novembre 2008 actuellement en vigueur se trouvent précisées dans trois ordonnances du Ministre ayant l'intérieur dans ses attributions à savoir l'Ordonnance ministérielle n° 530/442 du 7 avril

¹⁸ Loi n° 1 /610 portant promulgation de la Constitution du Burundi, in B.O.B. 2005 ; n°3ter, P.1.

¹⁹ BOB n°11/2008, P.1820.

²⁰ ASF, *Analyse de la conformité des décisions de détermination du statut de réfugié au Burundi aux normes internationales*, Bujumbura, août 2014, P.2.

2009 portant mesures d'application de la loi n° 1/32 du 13 novembre 2008 sur l'asile et la protection des réfugiés au Burundi et portant sur les procédures de demande d'asile²¹ ; l'Ordonnance ministérielle n° 530/443 du 7 avril 2009 portant mesures d'application de la loi n° 1/32 du 13 novembre 2008 sur l'asile et la protection des réfugiés au Burundi et portant composition, organisation et fonctionnement de la Commission consultative pour les étrangers et réfugiés (CCER) et du Comité de recours²² (CR) ainsi que l'Ordonnance ministérielle n°555/1001 du 29/09/2008 portant création de l'Office national de protection des réfugiés et apatrides (ONPRA).

Avant cette loi sur l'asile et la protection des réfugiés du 13 novembre 2008 et ses deux ordonnances d'application, le domaine des réfugiés au Burundi était régi par le Décret-loi n°1/007 du 20 mars 1989 portant réglementation de l'accès, du séjour, de l'établissement des étrangers sur le territoire du Burundi et de leur éloignement²³. Les modalités d'application de ce Décret-loi avaient été précisées par l'Ordonnance ministérielle²⁴ n° 530/166 du 10 juillet 1989. La protection des réfugiés à travers ces deux textes était dérisoire dans la mesure où le Décret-loi susvisé ne contenait que deux articles consacrés à l'asile et son ordonnance d'application ne précisait les modalités que dans six articles.

Peu avant ce Décret-loi de 1989 et depuis la période où le Burundi était partie à la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, c'était le Haut commissariat pour les réfugiés (HCR) qui avait tout le pouvoir en matière de détermination du statut de réfugié et la protection internationale des réfugiés. Le HCR a transféré aux autorités burundaises la responsabilité de traiter les

²¹ B.O.B., 2009, n° 4, p. 791.

²² B.O.B., 2009, n° 4, p. 795.

²³ BOB n° 3/1989, P. 87.

²⁴ B.O.B, 1989, n°8, P.226.

demandeurs d'asile dès l'adoption de la loi de 2008 et la création de l'Office national de protection des réfugiés et apatrides (ONPRA) en septembre 2009.

Avant la ratification par le Burundi de la Convention de Genève en 1963, il n'y avait pas de cadre juridique de protection des réfugiés. C'est l'hospitalité de la population qui a permis de recueillir les réfugiés depuis 1959, année à laquelle le Burundi a commencé à accueillir des mouvements des réfugiés composés essentiellement des Rwandais²⁵.

Tels sont les instruments tant internationaux que nationaux qui protègent le réfugié au Burundi. Dans le second chapitre, nous allons analyser si ces textes juridiques qui protègent les réfugiés au Burundi contiennent ou non les éléments fondamentaux ou les standards internationaux qui doivent figurer dans toute législation nationale.

²⁵ Etude ASF déjà citée, P.2.

CHAPITRE 2. ANALYSE DU CONTENU DE CES TEXTES JURIDIQUES PAR RAPPORT AUX STANDARDS INTERNATIONAUX EXIGES DANS TOUTE LEGISLATION NATIONALE RELATIVE AUX REFUGIES

Les normes et les traités internationaux susvisés exigent que certains éléments fondamentaux ou standards internationaux doivent figurer dans toute législation nationale relative à la protection des réfugiés. Dans cette perspective, nous allons analyser si le droit positif burundais relatif à cette matière, essentiellement la loi de 2008 sur l’asile et la protection des réfugiés ainsi que ses trois ordonnances d’application contiennent ou non ces standards internationaux.

Nous allons relever ces éléments fondamentaux un à un et vérifier systématiquement s’ils ont été intégrés ou pas dans ces textes légaux actuellement en vigueur au Burundi.

Section 1. Non-discrimination²⁶

Cette première norme internationale contient une double exigence. D’une part, elle exige que les dispositions préliminaires de chaque loi nationale devraient garantir que la législation sera appliquée sans discrimination aucune de race, de religion, de nationalité, d’appartenance à un groupe social particulier, d’opinion politique, ou de pays d’origine, à toutes les personnes reconnues comme réfugiées.

²⁶ Art. 3 de la Convention de 1951 ; Art. IV de la Convention de l’OUA ; Art. 2 de la Déclaration universelle des droits de l’homme

D'autre part, elle exige que la définition du demandeur d'asile devrait couvrir tout individu qui exprime le souhait de bénéficier de l'asile, qu'une demande formelle ait été soumise ou pas.

La législation burundaise sur l'asile et la protection des réfugiés ne s'est pas conformée à cette norme car aucune de ces deux exigences ne se trouve affirmée dans aucun texte légal en vigueur au Burundi spécifique à cette matière.

Section 2. Critères de la définition du terme « réfugié »²⁷

Cette norme internationale contient trois exigences.

En premier lieu, elle signifie que dans le cas des États parties à la Convention de 1951 et au Protocole de 1967, les critères nationaux utilisés pour définir le réfugié doivent correspondre au moins à ceux de la définition contenue dans le traité. Les États parties à la Convention de l'OUA devraient utiliser la définition qui est donnée dans cet instrument.

Le HCR encourage les États à envisager d'adopter la définition large contenue dans la définition de l'OUA et la Déclaration de Carthagène.

La communauté internationale n'est pas encore parvenue à un consensus qui lierait les États dans leur réponse aux personnes qui répondent aux critères de la définition élargie du réfugié. De ce fait, les responsabilités que l'Assemblée générale des Nations Unies a conférées au HCR au fil des années ne vont pas de pair avec les obligations qu'assument les États. Cela signifie que la protection de

²⁷ Art.1 A et B de la Convention de 1951 ; paragraphe 6 A et B du statut du HCR ; Art. 1(1), (2) et (3) de la Convention de l'OUA

ces personnes se fonde sur le pouvoir discrétionnaire de l'État plutôt que sur le droit international.

En deuxième lieu, la même norme sous examen veut dire que les clauses excluant certaines catégories de réfugiés de la protection internationale font aussi partie des critères énoncés dans la définition du réfugié. Les clauses d'exclusion sont l'article 1.D, E et F de la Convention de 1951, et l'article 1(5) de la Convention de l'OUA. La liste des causes d'exclusion énoncées dans la Convention étant exhaustive, la législation nationale ne devait ni les modifier ni les développer.

En troisième lieu, la même norme sous analyse signifie que les clauses qui définissent les conditions dans lesquelles il est mis fin au statut de réfugié font aussi partie des critères de définition du réfugié. Les clauses de cessation sont l'article 1.C de la Convention de 1951 et l'article 1(4) de la Convention de l'OUA. La liste des causes de cessation énoncées dans la Convention étant exhaustive, la législation nationale ne devait ni les modifier ni les développer.

Quid de la législation burundaise sur les trois significations qu'englobe cette deuxième norme internationale ?

La première exigence a été bien intégrée dans le droit interne burundais. En effet, l'article 5 de la loi du 13 novembre 2008 est très généreux en faveur des réfugiés et demandeurs d'asile dans la mesure où il dépasse les critères visés dans les articles : Art.1 A et B de la Convention de 1951 ; paragraphe 6 A et B du statut du HCR ; Art. 1(1), (2) et (3) de la Convention de l'OUA.

La deuxième exigence a été également bien intégrée dans la législation burundaise. En effet, les causes qui excluent certaines personnes de la protection internationale se trouvent indiquées dans l'article 6 de la loi burundaise sur l'asile et la protection des réfugiés actuellement en vigueur dans les mêmes termes que l'article 1 (5) de la Convention de l'OUA. De cette manière, la loi burundaise a respecté la recommandation suivant laquelle ces clauses d'exclusion prévues dans la Convention des Nations Unies de 1951 et dans la Convention de l'OUA sont limitatives.

La troisième exigence n'a pas été bien respectée par le droit positif burundais. En effet, les clauses qui définissent les conditions dans lesquelles il est mis fin au statut de réfugié se trouvent à l'article 61 de la loi burundaise du 13 novembre 2008 relative à cette matière. Toutefois, contrairement à la recommandation suivant laquelle la liste des clauses de cessation prévues par la Convention de 1951 et dans la Convention de l'OUA soit exhaustive, cette disposition de la loi burundaise prévoit 10 cas de perte du statut de réfugié au moment où la Convention de 1951 prévoit 6 cas et la Convention de l'OUA 7 cas. De la sorte, on peut affirmer que la loi burundaise n'a pas respecté totalement cette recommandation.

Section 3. Procédures à appliquer pour déterminer le statut de réfugié²⁸

D'après cette troisième norme internationale, la législation nationale doit prévoir les procédures à suivre pour la détermination du statut de réfugié.

²⁸ HCR, op.cit., P.108.

En effet, la détermination du statut est la pierre angulaire de la protection des réfugiés. Pourtant, la Convention de 1951 ou la Convention de l'O.U.A. ne définit aucune procédure en la matière.

De nombreux pays et le HCR ont accumulé une immense expérience en ce qui concerne l'application de la définition du réfugié. Toutefois, c'est là encore un domaine où les structures, les ressources et les besoins nationaux jouent un rôle majeur.

A l'échelon international, le Comité exécutif du HCR a recommandé quelques normes minima à appliquer pour déterminer le statut de réfugié²⁹.

Est-ce que le droit positif burundais a respecté cette norme internationale ?

Oui, la législation burundaise a intégré cette recommandation. En effet, les procédures de détermination du statut de réfugié sont prévues dans le Chapitre III de la loi burundaise relative à la matière sous examen aux articles 25 à 50. Ces dispositions légales ont été par ailleurs complétées utilement par l'ordonnance ministérielle n° 530/442 du 7 avril 2009 portant mesures d'application de la loi n° 1/32 du 13 novembre 2008 sur l'asile et la protection des réfugiés au Burundi et portant sur les procédures de demande d'asile.

²⁹ Ces normes minima peuvent être consultées notamment dans H.C.R., Guide sur le droit international relatif aux réfugiés qui été élaboré par les Parlementaires membres du Bureau de la Commission sur les questions parlementaires, juridiques et des droits de l'homme et du Comité chargé de promouvoir le respect du droit international humanitaire de l'Union interparlementaire, à l'occasion du 50^{ème} anniversaire de l'adoption de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, en 2001, Chapitre 3.

Section 4. Non-refoulement et expulsion des réfugiés³⁰

D'après cette norme internationale, la législation nationale devrait explicitement protéger les réfugiés et les demandeurs d'asile contre le refoulement, de quelque manière que ce soit, sur les frontières où leur vie ou leur liberté serait menacée en raison de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leur appartenance à un groupe social ou de leurs opinions politiques.

Le principe de non-refoulement est codifié à l'article 33 de la Convention de 1951. Cet article contient une exception importante : le bénéfice du non-refoulement ne peut être invoqué par un réfugié s'il y a des raisons sérieuses de le considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve, ou s'il a fait l'objet d'une condamnation définitive pour un délit particulièrement grave et qu'il constitue une menace pour la communauté.

La législation devrait en outre prévoir qu'un réfugié se trouvant régulièrement dans le pays ne peut être expulsé que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public. Le réfugié a droit, avant l'expulsion, à certaines garanties procédurales.

La loi burundaise sur l'asile et la protection des réfugiés a respecté cette norme dans toute sa portée. En effet, les articles 19, 20 et 21 de cette loi reprennent à la lettre le contenu de cette exigence internationale.

³⁰ Art. 32 et 33 de la Convention de 1951 ; Art. II (3) de la Convention de l'OUA ; Conclusion N° 6 (XXVIII) du Comité exécutif du HCR ; Conclusion N°7 (XXVIII) du Comité exécutif du HCR

Section 5. Entrée irrégulière et détention³¹

Cette cinquième norme internationale signifie que les réfugiés et les demandeurs d'asile qui entrent ou séjournent sans autorisation dans un pays ne devraient pas être l'objet de sanctions s'ils se présentent sans délai aux autorités compétentes et leur exposent des raisons reconnues valables.

L'article 76 de la loi burundaise sur l'asile et la protection des réfugiés reprend à la lettre le contenu de cette norme internationale. Ainsi, on peut affirmer que la législation burundaise est conforme à ce standard international.

Section 6. Pièces d'identité et titres de voyage³²

D'après cette sixième norme internationale, la législation devrait prévoir la délivrance de papiers d'identité aux réfugiés reconnus comme tels et de titres de voyage aux réfugiés résidant régulièrement sur le territoire.

Le fait que des documents de voyage aient été délivrés n'implique pas l'octroi de la nationalité. Toutefois, ces documents revêtent une importance particulière pour les réfugiés car ils permettent de se rendre dans d'autres pays pour y faire des études, pour y travailler ou pour des raisons de santé ou de réinstallation.

Il est possible de demander conseil au bureau local du HCR.

³¹ Art. 31 de la Convention de 1951 ; Conclusion N°44 (XXXVII) du Comité exécutif ; Principes directeurs du H.C.R. concernant la détention des demandeurs d'asile.

³² : Articles 27 et 28 de la Convention de 1951, avec Annexes ; Art.VI de la Convention de l'OUA ; Conclusion N° 35(XXXV) du Comité exécutif ; Conclusion N° 49 (XXXVIII) du Comité exécutif

Cette exigence a été respectée par la législation burundaise. En effet, les articles 70 à 73 de la loi burundaise sur l'asile et la protection des réfugiés de la Section 4 intitulée « De l'assistance administrative, des pièces d'identité et des titres de voyage » affirment clairement le droit pour les réfugiés d'avoir des pièces d'identité et des titres de voyage.

Section 7. Accueil et assistance³³

D'après cette septième norme internationale, sous réserve des ressources disponibles dans le pays, une assistance peut être fournie aux postulants à l'asile qui sont dans le besoin, en attendant que leur demande d'asile fasse l'objet d'une décision finale. L'assistance dont il est l'objet ici couvre notamment les domaines suivants :

- Besoins essentiels et protection sociale le cas échéant ;
- Conseils sur la manière de déposer et présenter une demande de statut, et sur les questions administratives ;
- Orientation sociale ;
- Aide juridique.

Dans tous ces domaines d'assistance, la législation burundaise sur l'asile et la protection des réfugiés prévoit :

1°/ Conseils sur la manière de déposer et présenter une demande de statut, et sur les questions administratives et aide juridique dans les articles suivants :

³³ H.C.R, op.cit., P.110.

- l'article 24 de la loi sur l'asile et la protection des réfugiés « Pendant toute la procédure devant la Commission consultative et devant le Comité de recours, le demandeur peut se faire assister par un avocat ou une personne de son choix à condition qu'elle ne soit pas elle-même demandeur d'asile » ;
 - l'article 24 de l'Ordonnance ministérielle sur les procédures de demande d'asile « Lors d'un entretien personnel, le demandeur d'asile peut être assisté d'un conseiller juridique de son choix. Si l'ONPRA juge que celui-ci n'est pas qualifié ou ne convient pas pour une autre raison pour participer à l'entretien, sa présence peut être refusée » ;
 - l'article 27 de la loi sur l'asile et la protection des réfugiés « Lors du dépôt de la demande, le demandeur est informé de ses droits et devoirs pendant la procédure de demande d'asile » ;
 - l'article 69 de la loi sur l'asile et la protection des réfugiés qui parle de l'assistance administrative dans ces termes « Lorsque l'exercice d'un droit par un réfugié nécessite normalement le concours d'autorités étrangères auxquelles il ne peut recourir, les autorités burundaises veillent à ce que ce concours lui soit fourni soit par leurs propres services, soit par une autorité internationale sur demande de l'autorité nationale ».
- 2°/ Besoins essentiels et protection sociale le cas échéant dans les dispositions suivantes de l'Ordonnance ministérielle sur les procédures d'asile :
- l'article 2 attribue cette responsabilité à la Commission consultative pour les étrangers et les réfugiés (CCER) ;

- les articles 33 et 36 de qui parlent sommairement de l'assistance humanitaire en cas d'afflux massif des réfugiés.

Toutes ces dispositions n'apportent pas toutes les précisions voulues en matière d'accueil et d'assistance des réfugiés et demandeurs d'asile. En effet, ces derniers doivent avoir les moyens élémentaires de satisfaire à leurs besoins fondamentaux (nourriture, logement, soins de santé, prise en charge psychologique, etc.) et toutes ces dispositions n'y apportent pas toutes les clarifications notamment la provenance des moyens pour pouvoir satisfaire à ces besoins de base. Attribuer cette responsabilité à la CCER qui n'a pas de budget propre ne suffit pas ; il aurait fallu préciser là où cette Commission trouvera les moyens pour s'acquitter de cette mission.

Il découle de tout ce qui précède que la législation burundaise sur l'asile ne s'est conformée que partiellement à cette septième norme internationale.

Section 8. Droits et obligations des réfugiés³⁴

D'après cette huitième norme internationale, la législation nationale doit d'une part reconnaître des droits et d'autre part énoncer les obligations qui incombent aux réfugiés.

§1. Les droits

Les droits suivants devraient être accordés, conformément aux normes applicables aux ressortissants du pays :

³⁴ Chapitres II, III, IV et V de la Convention de 1951

- Pratique de la religion et instruction élémentaire : aucune réserve n'est admise ;
- Enseignement public élémentaire ;
- Assistance publique, sécurité sociale et législation du travail ;
- Droit d'ester en justice : aucune réserve n'est admise ;
- Assistance juridique ;
- Droit de la propriété intellectuelle et industrielle.

La Convention de 1951 couvre en outre tout un éventail de droits qui influent considérablement sur la vie quotidienne d'un réfugié, par exemple :

- Acquisition des biens mobiliers et immobiliers³⁵;
- Emplois lucratifs³⁶;
- Logement³⁷;
- Assistance publique³⁸;
- Législation du travail et sécurité sociale³⁹.

En ce qui concerne les droits des réfugiés, la loi burundaise sur l'asile et la protection des réfugiés prévoit uniquement les droits suivants :

- Droit du travail et à l'exercice d'une profession libérale⁴⁰;
- Droit à l'éducation publique et aux soins de santé⁴¹;
- Droit à l'assistance administrative⁴² ;

³⁵ Article 13

³⁶ Articles 17, 18 et 18

³⁷ Article 21

³⁸ Article 23

³⁹ Article 24.

⁴⁰ Articles 65 et 66

⁴¹ Articles 67 et 68

- Liberté de circulation⁴³;
- Droit au transfert des avoirs⁴⁴.

Il découle de cette transcription que la législation burundaise ne s'est conformée qu'en partie à cette huitième norme internationale.

§2. Les obligations

Tout réfugié a des devoirs à l'égard du pays où il se trouve, il doit notamment se conformer aux lois et règlements ainsi qu'aux mesures prises pour le maintien de l'ordre⁴⁵.

A ce sujet, la loi burundaise sur l'asile et la protection des réfugiés s'est conformée totalement à cette norme internationale en prévoyant dans son article 56 que le réfugié doit respecter les lois et règlements.

Section 9. Rôle du HCR⁴⁶

Cette neuvième norme internationale exige que la législation nationale devrait contenir des dispositions spécifiques, par lesquelles l'État s'engage à coopérer avec le HCR et à faciliter sa tâche de surveillance, notamment en fournissant des informations et des données statistiques sur la situation des réfugiés dans le pays, la mise en œuvre des traités internationaux pertinents, ainsi que les lois, règlements et décrets relatifs aux réfugiés.

⁴² Article 69

⁴³ Article 74

⁴⁴ Article 75.

⁴⁵ Article 2 de la Convention de 1951.

⁴⁶ Art. 35 de la Convention de 1951 ; Art. VIII de la Convention de l'OUA

Cette exigence est parfaitement remplie par la loi burundaise sur l'asile et la protection des réfugiés. En effet, cette loi y réserve le Titre IV intitulé « De la coopération des autorités burundaises avec le Haut commissariat des nations unies pour les réfugiés » qui comprend les articles 90 à 92. Ces trois articles reprennent fidèlement le prescrit de cette neuvième norme internationale.

Section 10. Confidentialité⁴⁷

D'après cette dixième norme internationale, la confidentialité des informations personnelles concernant les demandeurs d'asile et les réfugiés doit être préservée.

La divulgation de ces informations personnelles à des tiers devrait toujours être soumise au consentement du demandeur d'asile ou du réfugié concerné.

Cette norme a été intégrée parfaitement en droit burundais.

En effet, l'obligation de confidentialité dans le traitement des données à caractère personnel se trouve précisée dans les articles 42 et 43 de la loi sur l'asile et la protection des réfugiés ainsi que dans les articles 31 et 32 de l'Ordonnance Ministérielle N° 530/442 du 7 avril 2009 portant mesures d'application de cette loi et portant sur les procédures de demande d'asile.

Section 11. Droits de l'homme⁴⁸

D'après cette dixième norme, il est important de s'assurer qu'aucune des dispositions contenues dans la législation ne permet à aucune autorité, quelle

⁴⁷ HCR, op.cit., P.111.

⁴⁸ Ibidem

qu'elle soit, de prendre à l'égard des demandeurs d'asile ou des réfugiés, une mesure qui violerait l'un quelconque de leurs droits humains et de leurs libertés fondamentales aux termes du droit international des droits de l'homme.

La législation burundaise ne s'est pas conformée à cette norme car aucune disposition des textes constitutifs du droit positif burundais relatif à l'asile et la protection des réfugiés ne contient une telle précision.

CONCLUSION GENERALE

Au terme de cette étude portant sur le cadre juridique de protection des réfugiés au Burundi, il importe de noter que les développements y relatifs permettent de retenir essentiellement ce qui suit.

En ce qui concerne les instruments protecteurs des réfugiés au Burundi, le réfugié est protégé par les instruments internationaux et les textes nationaux. Les instruments internationaux qui protègent le réfugié, à vocation universelle et à vocation régionale, sont d'une part des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et d'autre part, les instruments internationaux spécifiques aux réfugiés.

Les textes nationaux relatifs à la protection des réfugiés sont la Constitution de la République du Burundi (article 50 alinéa 1) ; la loi N° 1/32 du 13 novembre 2008 sur l'asile et la protection des réfugiés au Burundi ; l'Ordonnance ministérielle N° 530/442 du 7 avril 2009 portant mesures d'application de la loi n° 1/32 du 13 novembre 2008 sur l'asile et la protection des réfugiés au Burundi et portant sur les procédures de demande d'asile ; l'Ordonnance ministérielle N° 530/443 du 7 avril 2009 portant mesures d'application de la loi n° 1/32 du 13 novembre 2008 sur l'asile et la protection des réfugiés au Burundi et portant composition, organisation et fonctionnement de la Commission consultative pour les étrangers et réfugiés et du comité de recours ainsi que l'Ordonnance ministérielle n° 555/1001 du 29/09/2008 portant création de l'Office national de protection des réfugiés et apatrides.

Les instruments internationaux relatifs aux réfugiés énoncent des éléments fondamentaux qui doivent figurer dans toute législation nationale car la protection des réfugiés est en premier lieu une responsabilité qui incombe aux États. Ces éléments fondamentaux sont la non-discrimination, les critères de la définition du réfugié, les procédures à appliquer pour déterminer le statut du réfugié, le non-refoulement et expulsion des réfugiés, l'entrée irrégulière et détention des réfugiés, les pièces d'identité et titres de voyage, l'accueil et assistance, les droits et les obligations des réfugiés, le rôle du HCR, la confidentialité ainsi que la reconnaissance aux réfugiés et demandeurs d'asile des droits de l'homme.

Après avoir parcouru le droit positif burundais relatif aux réfugiés sur chacun de ces éléments fondamentaux, il apparaît que de manière générale la législation burundaise contient la plupart de ces éléments fondamentaux. Les seuls éléments fondamentaux qui n'ont pas été bien précisés soit partiellement ou totalement sont les suivants :

- 1°/ La non discrimination des réfugiés dans sa double exigence ;
- 2°/ la liste des clauses de cessation du statut de réfugié dépasse la liste prévue par la Convention de 1951 et celle prévue par la Convention de l'OUA alors que d'après ces textes internationaux, la liste était limitative et exhaustive.
- 3°/ la législation burundaise est peu explicite sur les droits qui doivent être reconnus aux réfugiés. Dans cette perspective, il manque notamment l'affirmation des droits suivants : pratique de la religion, droit d'ester en justice, droit de la propriété intellectuelle et industrielle, logement, acquisition des biens mobiliers et immobiliers, etc.

4°/ la législation burundaise sur l'asile et la protection des réfugiés s'est conformée partiellement au prescrit de la septième norme internationale relative à l'accueil et l'assistance des réfugiés. Il y manque des précisions notamment sur la couverture des besoins essentiels et la protection sociale des réfugiés ainsi que sur leur orientation sociale.

5°/ enfin, au sujet des droits de l'homme en général, aucune disposition des textes étudiés ne prend le soin de prévoir qu'aucune des dispositions contenues dans la législation ne permet à aucune autorité, quelle qu'elle soit, de prendre à l'égard des demandeurs d'asile ou des réfugiés, une mesure qui violerait l'un quelconque de leurs droits humains et de leurs libertés fondamentales aux termes du droit international des droits de l'homme. Pour que la législation burundaise relative aux réfugiés soit conforme aux standards internationaux, nous invitons le législateur burundais à enrichir le droit existant en y intégrant ces cinq éléments.

BIBLIOGRAPHIE

I. INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

A. Instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme

1. La Déclaration universelle des droits de l'homme, décembre 1948, disponible sur le site des Nations Unies : http://www.unhcr.ch/french/html/intlinst_fr.htm ;
2. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 3 juin 1966, disponible sur le site des Nations Unies : http://www.unhcr.ch/french/html/intlinst_fr.htm ;
3. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 1981 ; disponible sur le site de l'Union africaine : http://www.africaunion.org/official_documents/treaties_%conventions_%protocols/fmtreaties_conventions_&_protocols_fr.htm
4. La Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, disponible sur le site de l'Union africaine : http://www.africaunion.org/official_documents/treaties_%conventions_%protocols/fmtreaties_conventions_&_protocols_fr.htm

B. Instruments internationaux spécifiques aux réfugiés

1. La Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, disponible sur le site du HCR : www.unhcr.ch
2. Protocole relatif au statut des réfugiés du 4 octobre 1967, disponible sur le site du HCR : www.unhcr.ch

3. Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies : Déclaration sur l'asile territoriale de 1967, disponible sur le site du HCR : www.unhcr.ch
4. Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, disponible sur le site de l'Union africaine : http://www.africa-union.org/official_documents/treaties_%conventions_%protocols/fmtreaties_conventions_&_protocols_fr.htm
5. Déclaration de Carthagène de 1984, disponible sur le site du HCR : www.unhcr.ch

II. LEGISLATION NATIONALE

1. Décret-loi n°1/007 du 20 mars 1989 portant réglementation de l'accès, du séjour, de l'établissement des étrangers sur le territoire du Burundi et de leur éloignement, in BOB n° 3/1989, P. 87.
2. Ordonnance ministérielle n° 530/166 du 10 juillet 1989 portant réglementation de l'accès, du séjour, de l'établissement des étrangers sur le territoire du Burundi et de leur éloignement, in B.O.B, 1989, n°8, P.226.
3. Constitution de la République du Burundi du 18 mars 2005, Codes et Lois du Burundi, 2010, Tome 1, pp.3- 23.
4. Loi n° 1/32 du 13 novembre 2008 sur l'asile et la protection des réfugiés au Burundi, in B.O.B. n°11/2008, P.1820.
5. Ordonnance Ministérielle N° 530/442 du 7 avril 2009 portant mesures d'application de la loi n° 1/32 du 13 novembre 2008 sur l'asile et la protection des réfugiés au Burundi et portant sur les procédures de demande d'asile, in BOB, 2009, n° 4, p.791.

6. Ordonnance Ministérielle N° 530/443 du 7 avril 2009 portant mesures d'application de la loi n° 1/32 du 13 novembre 2008 sur l'asile et la protection des réfugiés au Burundi et portant composition, organisation et fonctionnement de la Commission consultative pour les étrangers et réfugiés et du Comité de recours, in BOB, 2009, n° 4, p. 795.

III. DOCTRINE

1. CARLIER J-Y, *Qu'est-ce qu'un réfugié ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 859 pages.
2. CARLIER J-Y, L'état du droit international³, in F.RIGAUX, *Droit d'asile*, Bruxelles, Story Scientia, 1988, P.29.
3. C. D'ORSI C. D', *La définition du « réfugié » dans les législations africaines : une analyse comparative critique*, working paper n°121, in new issues in refugee research, UNHCR, 2006.

IV. DOCUMENTS DU HCR

1. Conclusions du Comité Exécutif du HCR (COMEX)
2. H.C.R., Guide sur le droit international relatif aux réfugiés qui a été élaboré par les Parlementaires membres du Bureau de la Commission sur les questions parlementaires, juridiques et des droits de l'homme et du Comité chargé de promouvoir le respect du droit international humanitaire de l'Union interparlementaire, à l'occasion du 50^{ème} anniversaire de l'adoption de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, en 2001.

V. DOCUMENT D'AVOCATS SANS FRONTIERES BURUNDI

ASF, Analyse de la conformité des décisions de détermination du statut de réfugié au Burundi aux normes internationales, Bujumbura, août 2014, 48 pages.

VI. SITE INTERNET

www.achpr.org

LE SYSTEME D'INDEMNISATION DES VICTIMES DES DOMMAGES CORPORELS¹ ENTRAINEES PAR DES ACCIDENTS CAUSES PAR DES VEHICULES AUTOMOTEURS INSTAURE PAR LA LOI N°1/02 DU 7 JANVIER 2014 PORTANT CODE DES ASSURANCES AU BURUNDI

Par Dr Laurent NZOSABA²

INTRODUCTION GENERALE

Le 7 janvier 2014, une loi portant Code des assurances a été promulguée. L'une des plus importantes innovations apportées par cette loi est d'avoir introduit un nouveau système d'indemnisations des victimes des dommages corporels entraînés par des accidents causés par des véhicules automoteurs. L'indemnisation est organisée par les articles 149 à 201 du Code et s'inscrit dans le cadre de l'assurance obligatoire de responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs qui fait l'objet du titre I du livre II³.

Après plus de quatre années d'application, le système est encore jusqu'aujourd'hui inconnu des usagers de la route. Certes, il a fait l'objet de plusieurs travaux de mémoires mais ces derniers restent, à notre avis, inaccessibles et lacunaires. C'est sur base de ce constat que nous nous sommes

¹ Par dommages corporels, il faut entendre les conséquences pécuniaires de lésion corporelle ou du décès provoqué par un accident dans lequel est impliqué un véhicule automoteur (voir l'article 124 3° de la loi n°1/02 du 7 janvier 2014 portant code des assurances, BOB n°1/2014). Un véhicule automoteur est défini comme tout véhicule destiné à circuler sur le sol et qui peut être actionné par une force mécanique sans être lié par une voie ferrée. La remorque attelée ou non à ce véhicule est considérée comme en faisant partie (voir l'article 124 1° de la loi précitée). Avant de faire circuler un véhicule automoteur, son propriétaire doit obligatoirement souscrire une assurance destinée à la réparation des dommages susceptibles d'être causés aux tiers par l'utilisation de cet engin.

² Professeur à l'Université du Burundi, Faculté de Droit et Doyen.

³ Articles 124 et s. de la loi précitée.

proposé, par ce papier, d'y jeter un éclairage. Pour ce faire, nous recourons parfois à la comparaison du nouveau système au système antérieurement en vigueur, en soulignant la plus-value que les usagers de la route et les assureurs sont en droit d'attendre.

I. Augmentation du nombre de victimes indemnisables

La loi n° 1/02 du 7 janvier 2014 portant Code des assurances a entraîné une augmentation du nombre de victimes de dommages corporels susceptibles d'être indemnisées dans le cadre de l'assurance obligatoire de responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs.

Ce changement est dû à deux facteurs : la suppression des exclusions qui frappaient les proches de l'assuré sous le régime précédent et les dérogations apportées au régime de la responsabilité civile de droit commun.

A. Suppression des exclusions

Avant la loi de 2014, l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs était régie par le Décret-Loi n°1/18 du 29 juin 1977. Sous l'empire de ce texte, ne pouvaient pas prétendre à l'indemnisation :

*« Le conducteur du véhicule ayant occasionné l'accident, le preneur d'assurance, le propriétaire et tous ceux dont la responsabilité est couverte par la police ⁴ ;
Le conjoint des personnes visées ci-haut ainsi que leurs ascendants ou alliés en ligne directe ainsi que ceux dont ils ont la charge en vertu de la loi, à condition qu'ils habitent sous leur toit et soient entretenus par les derniers ⁵ ».*

⁴ Article 7 litera d, D-L n°1/18 du 29 juin 1977 instaurant l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière des véhicules automoteurs, in *B.O.B* n°1/1977, p.471.

L'exclusion du conducteur, du preneur d'assurance et du propriétaire était fondée sur leur qualité d'assuré. Dans une assurance de responsabilité, l'assureur s'engage à réparer les dommages que l'assuré cause à autrui et non ceux qu'il cause à lui-même. Ainsi, en instaurant l'exclusion, le législateur considère que dans le cadre d'une assurance de responsabilité, il n'y a pas lieu de cumuler les qualités d'assuré et de victime.

L'exclusion des proches des assurés, c'est-à-dire le conjoint de l'assuré, les ascendants des assurés, leurs alliés en ligne directe ainsi que ceux dont ils ont la charge était basée sur la suspicion.

Le législateur suspectait ces personnes de pouvoir fomenter des sinistres avec l'assuré en vue de récolter des indemnités. Deux conditions suffisaient pour que ces proches soient exclus : qu'ils habitent sous le toit de l'assuré et qu'ils soient entretenus avec ces deniers. Le législateur redoutait donc la fraude à l'assurance.

Le résultat était choquant. Si la victime était une personne sans aucun lien avec le conducteur, le preneur d'assurance ou le propriétaire du véhicule, elle était indemnisée. Par contre, si la victime était le conjoint, l'ascendant, l'allié en ligne directe de l'assuré ou une personne dont il a la charge selon la loi, elle ne bénéficiait d'aucune indemnité.

La Loi n°1/02 du 7 janvier 2014 a heureusement supprimé ces exclusions. Aux termes des dispositions de l'article 126, al.4 de cette loi, « *les membres de la*

⁵ Article 7 litera d, du D-L n°1/18 du 29 juin 1977 instaurant l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière des véhicules automoteurs, in *B.O.B* n°1/1977, p.471.

famille du conducteur ou de l'assuré sont considérés comme des tiers au sens de l'alinéa 1 du présent article⁶ ».

Actuellement, le cercle de personnes qui étaient exclues sous l'empire du Décret-loi n°1/18 du 29 juin 1977 en raison de leur proximité avec l'assuré peut prétendre à l'indemnisation. Ce qui entraîne une augmentation des victimes indemnisables.

B. Dérogations au système de la responsabilité civile de droit commun

Le Décret-loi n°1/18 du 29 juin 1977 qui organisait le système d'indemnisation des victimes des dommages corporels entraînés par des accidents causés par des véhicules automoteurs était basé sur la responsabilité civile de droit commun dite aussi la responsabilité civile basée sur la faute.

En qualité de demandeur, la victime qui réclame l'indemnisation devait apporter la preuve de trois éléments : la faute de l'auteur de l'accident, le dommage subi par la victime ainsi que le lien de causalité entre la faute et le dommage⁷.

En revanche, le défendeur en qualité de l'auteur de l'accident ou son assureur pouvait valablement repousser la demande en invoquant les causes d'exonération de la responsabilité civile. Ces dernières sont la force majeure, le fait d'un tiers et

⁶ L'article 126 alinéa premier ne définit pas la notion de tiers mais l'alinéa 4 de cet article exprime bien la volonté du législateur de considérer les membres de la famille des assurés comme des personnes pouvant prétendre à l'indemnisation au même titre que les autres tiers lésés ou personnes lésées. Au sens de la loi n°1/02 du 07 janvier 2014, la personne lésée est une expression utilisée dans les assurances de responsabilité pour désigner la personne qui est victime d'un dommage dont l'assuré est responsable et qui peut prétendre à l'indemnisation, voir aussi l'article 1,6° de la loi précitée.

⁷ Y.BUFFELAN-LANONE, *Droit civil*, 4^{ème} éd., Paris, Masson, 1991, p.257.

la faute de la victime. Concrètement, l'auteur de l'accident pouvait refuser l'indemnisation en invoquant que ce dernier a été causé par un événement imprévu, insurmontable et indépendant de sa volonté⁸.

L'auteur présumé de l'accident pouvait également échapper à l'obligation d'indemniser la victime en invoquant la faute d'un tiers. Celle-ci constitue une cause d'exonération de la responsabilité dans la mesure où elle a concouru à la réalisation du dommage⁹.

Pour écarter sa responsabilité civile, l'auteur présumé de l'accident pouvait avancer comme argument la faute de la victime.

La faute de la victime n'est pleinement exonératoire que s'il peut être démontré qu'elle a été la cause unique du dommage, et elle n'est la cause unique du dommage qu'autant qu'elle a été, pour l'auteur présumé de l'accident, imprévisible et irrésistible¹⁰. Par contre, la faute de la victime peut donner lieu à un partage de responsabilité si elle a eu une certaine part dans la production du dommage.

La loi n°1/02 du 7 janvier 2014 déroge au droit commun de la responsabilité civile en introduisant un système d'inopposabilité des causes d'exonération aux victimes des dommages corporels entraînés par des accidents causés par des véhicules automoteurs. Sous l'empire de la nouvelle loi, les victimes non conductrices ne peuvent se voir opposer ni la force majeure, ni la faute d'un tiers, ni la faute de la victime. Il s'agit d'un système d'indemnisation très favorable.

⁸ P. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 2^{ème} éd. Paris, Dalloz, 1976, p.206.

⁹ P.JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, 7^{ème} éd, Paris, Dalloz, 2007, p.115.

¹⁰ E.RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, L.G.D.J, 1957, p.297.

Les victimes non conductrices sont indemnisées quand bien même, suivant le droit commun de la responsabilité civile, l'auteur présumé de l'accident aurait eu le droit de refuser leur indemnisation en arguant que les dommages qu'elles ont subis sont dus soit à la force majeure, soit à la faute d'un tiers, soit à leur propre faute. La loi consacre un système d'indemnisation quasi-automatique en faveur des victimes non conductrices. L'auteur présumé de l'accident ne peut opposer à la victime non conductrice sa propre faute que s'il parvient à démontrer qu'elle a volontairement recherché le dommage qu'elle a subi. En effet, selon les dispositions de l'article 152 de la loi n°1/02 du 7 janvier 2014 portant code des assurances, *« les victimes, hormis les conducteurs des véhicules terrestres à moteur sont indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne sans que puisse leur être opposée leur propre faute à l'exception du cas où elles ont volontairement recherché les dommages subis »*. L'auteur présumé de l'accident appelé à démontrer que la victime a volontairement recherché les dommages subis n'a pas tâche facile.

Comme les victimes non conductrices, les victimes conductrices ne peuvent se voir opposer ni la force majeure, ni la faute d'un tiers. Suivant le prescrit de l'article 150 de la loi n°1/02 du 7 janvier 2014 portant code des assurances, *« les victimes, y compris les conducteurs ne peuvent se voir opposer la force majeure ou la faute d'un tiers par le conducteur ou le gardien du véhicule terrestre à moteur impliqué dans l'accident »*.

Toutefois, le conducteur peut se voir opposer sa propre faute. Aux termes des dispositions de l'article 151, al.1^{er} de la loi n°1/02 du 7 janvier 2014 portant code des assurances, *« la faute commise par le conducteur du véhicule terrestre à*

moteur a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des dommages corporels ou matériels qu'il a subis ».

Le conducteur est susceptible d'être exclu de l'indemnisation lorsque l'auteur présumé de l'accident parvient à démontrer que la faute de la victime conductrice est l'unique cause de l'accident. Il ne sera indemnisé qu'en partie lorsque sa faute n'est que la cause partielle du dommage qu'il a subi.

Il ressort des développements précédents que la loi n°1/02 du 7 janvier 2014 a facilité l'indemnisation des victimes. Elle a ouvert le droit à l'indemnisation à des victimes qui pouvaient en être exclues selon le droit commun de la responsabilité civile. Le législateur de 2014 a ainsi élargi le cercle des victimes pouvant prétendre à l'indemnisation et, par voie de conséquence, il a augmenté le coût d'indemnisation au détriment des assureurs de responsabilité civile automobile.

II. Dérogations au principe de l'appréciation souveraine du juge

Juridiquement, le préjudice se définit comme une perte subie par une personne dans son corps, ses biens, ses sentiments ou son humeur.

En droit commun de la responsabilité civile, il appartient à la personne lésée qui réclame l'indemnisation de prouver les pertes qu'elle a éprouvées suite à l'accident. En même temps que la victime formule les différents chefs de préjudices subis, elle en fait une évaluation soumise au juge. Toutefois, il ne s'agit là qu'une demande susceptible d'être contredite par l'auteur de l'accident. La décision définitive revient au juge qui apprécie souverainement les préjudices indemnisables en se faisant éclairer, le cas échéant, par une expertise médicale.

La loi n°1/02 du 7 janvier 2014 a porté atteinte au principe de l'appréciation souveraine du juge en déterminant elle-même les préjudices indemnifiables et en introduisant des barèmes.

A. Détermination des préjudices indemnifiables

Le législateur déroge au principe de l'appréciation souveraine du juge en déterminant lui-même les préjudices indemnifiables. Selon l'article 181 de la loi n°1/02 du 7 janvier 2014 portant Code des assurances, « *les seuls préjudices susceptibles d'être indemnifiés sont ceux mentionnés aux articles 182 à 190* ».

Sous ces articles évoqués, sont énumérés les frais¹¹, l'incapacité temporaire¹², l'incapacité permanente¹³ qui englobe le préjudice physiologique, le préjudice économique et le préjudice moral, l'assistance d'une tierce personne¹⁴, la souffrance physique et le préjudice esthétique¹⁵, le préjudice de carrière¹⁶, les frais funéraires¹⁷, le préjudice économique des ayants droit du décédé¹⁸ et le préjudice moral des ayants droits du décédé¹⁹. En prévoyant les dispositions de l'article 181, le législateur burundais a expressément voulu lier le juge en écartant toute tentation d'appréciation susceptible de conduire à la création d'autres postes de préjudices indemnifiables et, par voie de conséquence, à l'alourdissement du coût de l'indemnisation.

¹¹ Article 182 de la loi n°1/02 du 7 janvier 2014 portant Code des assurances au Burundi, in *B.O.B.* n°1/2014., p. 34.

¹² Article 183 de la loi précitée.

¹³ Article 184 de la loi précitée.

¹⁴ Article 185 de la loi précitée.

¹⁵ Article 186 de la loi précitée.

¹⁶ Article 187 de la loi précitée.

¹⁷ Article 188 de la loi précitée.

¹⁸ Article 189 de la loi précitée.

¹⁹ Article 190 de la loi précitée.

Pour plus de clarté, il convient d'expliquer chacun des préjudices indemnifiables imposés par la loi dans l'ordre suivant lequel ils sont énumérés.

La victime d'accident impliquant un véhicule terrestre à moteur est généralement amenée à dépenser divers frais tels les frais d'ambulance, les frais médicaux, chirurgicaux et pharmaceutiques, etc. Ces frais constituent effectivement un poste de préjudices indemnifiables. Ils sont pris en charge par l'assureur de responsabilité civile du véhicule terrestre à moteur impliqué dans l'accident.

La perte de revenu liée à l'incapacité temporaire peut aussi être compensée. Le législateur considère qu'au cours du traitement, la victime ne peut pas vaquer à ses activités qui lui rapportaient normalement un revenu. Il en résulte alors un préjudice indemnifiable par l'auteur de l'accident ou de son assureur.

Après les soins, l'état de la victime est consolidé mais cela ne veut pas dire qu'elle recouvre pour autant toute sa capacité. Elle peut continuer à souffrir d'une incapacité qualifiée cette fois-ci de permanente. Sous ce titre, le législateur burundais y aligne trois types de préjudices : le préjudice physiologique, le préjudice économique et le préjudice moral.

Le préjudice physiologique est constitué par la perte de qualité de vie dans le chef de la victime en raison des séquelles de l'accident ou de la maladie professionnelle. Ce préjudice résulte du fait que la victime doit fournir un effort accru dans l'ensemble de ses activités professionnelles et privées en raison de l'atteinte corporelle subie²⁰.

²⁰ « Nomenclature des préjudices de la victime directe » in [www.justice](http://www.justice.gouv.fr/publication), gov. fr/publication visité le 5/8/2018

La perte économique et l'atteinte aux valeurs morales résultant de l'incapacité permanente sont également retenues parmi les préjudices indemnifiables. Toutefois, le préjudice économique n'est indemnisé que s'il est lié à l'attribution d'un taux d'incapacité permanente d'au moins 50%²¹ tandis que le préjudice moral n'est indemnisé que s'il est lié à l'attribution d'un taux d'incapacité permanente d'au moins 80%²².

Le législateur burundais mentionne aussi la souffrance physique dans la catégorie des préjudices susceptibles d'être indemnisés. Par souffrance physique, il faut entendre la souffrance endurée par la victime du jour de l'accident à celui de la consolidation²³. Cette souffrance est souvent désignée sous l'expression « *pretium doloris* ».

Un autre préjudice inscrit dans le groupe des préjudices à indemniser est le préjudice esthétique, c'est-à-dire le préjudice lié aux cicatrices, disgrâces et déformations entraînées par un accident corporel. Pour l'évaluer, le médecin expert prendra en compte l'âge, le sexe et la situation de la victime.

Le préjudice de carrière résulte de la perte de chance certaine d'une carrière à laquelle peut prétendre raisonnablement un élève ou un étudiant. La certitude doit être prouvée par la victime qui prétend à l'indemnisation ou son avocat. Le préjudice de carrière traduit également la perte de carrière subie par une personne déjà engagée dans la vie active.

²¹ Article 184, 2° de la loi n°1/02 du 07 janvier 2014 portant Code des assurances au Burundi, in *B.O.B* n°1/2014, p.35.

²² Article 184, 4° de la loi n°1/02 du 07 janvier 2014 portant Code des assurances au Burundi, in *B.O.B* n°1/2014, p.35.

²³ Voir « la nomenclature Dintihac 2001 » in www.accidents-victimes.com/visité le 5/8/2018. Dintihac a établi une nomenclature des préjudices corporels indemnifiables en droit français et il a défini chaque poste de préjudice.

Les préjudices que nous venons d'expliquer sont subis par les victimes directes, c'est-à-dire les personnes directement touchées par l'accident. Mais il y a d'autres préjudices subis par les victimes indirectes appelées aussi victimes par ricochet parce qu'elles souffrent indirectement en raison de l'atteinte corporelle subie par une autre personne. A ce titre, le législateur a prévu les frais funéraires, le préjudice économique et le préjudice moral des ayants droit de la victime directe décédée à cause de l'accident.

Lorsque la victime directe est décédée, ses ayants droit doivent organiser des funérailles. Les frais funéraires sont alors supportés par l'auteur de l'accident ou son assureur. En plus, les ayants droit éprouvent un préjudice économique ; ils perdent le revenu que la victime directe leur apportait. Cette perte est aussi compensée par la personne responsable de l'accident ou son assureur. Les personnes qui partageaient la vie avec la victime directe subissent également un préjudice moral dénommé le préjudice d'affection. Ce dommage doit être réparé.

B. Introduction des barèmes

En matière de droit commun de responsabilité civile, l'évaluation est laissée à l'appréciation souveraine du juge. Toutefois, certains chefs de préjudices indemnisables sont difficiles à évaluer. Leur évaluation laisse une très grande manœuvre à la subjectivité. Il en résulte une disparité des indemnités allouées pour les mêmes préjudices à cause de la diversité dans l'appréciation des juges. Pour éviter cet inconvénient, le législateur burundais a introduit des barèmes pour une série de préjudices indemnisables tels le préjudice physiologique, le *pretium doloris*, le préjudice esthétique, le préjudice économique et le préjudice moral des ayants droit de la victime directe décédée.

Pour guider l'évaluation du préjudice physiologique, il a été mis au point un tableau indicatif de l'échelle de valeur du point d'incapacité²⁴. Le degré d'incapacité est déterminé en pourcentage par expertise médicale et la valeur du point varie en fonction du taux d'incapacité et de l'âge de la victime.

Le *pretium doloris* et le préjudice esthétique constituent des préjudices difficiles à évaluer. Le législateur a facilité leur évaluation en introduisant une échelle de référence comportant huit degrés²⁵ : très léger, léger, modéré, moyen, assez important, important, très important, exceptionnel. Ces degrés sont fixés par expertise médicale. Le législateur a déterminé l'indemnité à allouer pour chaque degré en pourcentage du revenu annuel de la victime : 6% pour le degré « très léger », 10% pour le degré « léger », 20% pour le degré « modéré », 40% pour le degré « moyen », 60% pour le degré « assez important », 100% pour le degré « important », 150% pour le degré « très important », 300% pour le degré « exceptionnel ».

A titre d'exemple, une victime réclame l'indemnisation du *pretium doloris* et d'un préjudice esthétique. A l'issue de l'expertise médicale, le médecin conclut que le degré de la souffrance de la personne est modéré tandis que son préjudice esthétique est important. Le revenu mensuel de la victime est estimé à 200.000 fbw.

Pour fixer l'indemnité à allouer à la victime, le juge n'aura qu'à calculer le revenu annuel en multipliant par douze et en multipliant le montant annuel par le taux correspondant au degré déterminé par l'expert pour chaque chef de préjudice.

²⁴ Article 184, al.1^{er} de la loi n°1/02 du 07 janvier 2014 portant Code des assurances au Burundi, B.O. B. n°1/2014, p. 35

²⁵ Article 186 de la loi précitée.

En appliquant cette formule :

- L'indemnité destinée à compenser le *pretium doloris* est calculée comme suit : $200.000 \text{ fbu} \times 12 \times 20 \% = 480.000 \text{ fbu}$
- L'indemnité destinée à compenser le préjudice esthétique est déterminée de la manière suivante : $200.000 \text{ frbu} \times 12 \times 100\% = 2.400.000 \text{ fbu}$

Le préjudice économique subi par les ayants droit de la victime directe décédée suscite un problème à deux niveaux : la détermination des ayants droit pouvant prétendre à l'indemnisation et la clé de répartition de l'indemnité entre les victimes indirectes indemnisables. Pour ne pas laisser libre cours à l'arbitraire des juges, le législateur burundais a précisé les personnes habilitées à réclamer la réparation de ce type de préjudice²⁶. Ce sont les père et mère, le conjoint et les enfants à charge de la victime directe décédée. La clé de répartition de l'indemnité entre les victimes indemnisables dépend du nombre d'enfants à charge de la victime directe décédée. Jusqu'à quatre enfants à charge, 5% de l'indemnité est allouée aux ascendants en ligne directe, 40 % au conjoint et 55% aux enfants.

Au-delà de quatre enfants à charge, 5% de l'indemnité est réparti entre les ascendants, 35% est attribué au conjoint et 60 % distribué aux enfants. Il convient de noter que les ascendants et les enfants à charge de la victime décédée se partagent équitablement l'indemnité qui leur est due.

De même, lorsque la victime directe est décédée, il est difficile de déterminer les personnes pouvant prétendre à l'indemnisation du chef du préjudice d'affection.

²⁶ Article 189 de la loi n°1/02 du 07 janvier 2014 portant Code des assurances au Burundi, *B.O.B.*, n°1/2014, p. 36

Cette détermination peut ouvrir la porte aux spéculations et parfois à l'arbitraire. Certaines personnes n'ayant aucun lien de parenté avec la victime directe décédée peuvent alléguer un préjudice d'affection du fait de cette disparition. Le législateur burundais a eu le soin de préciser les personnes indemnisables du chef de ce préjudice²⁷ : ce sont le conjoint légalement marié, les enfants mineurs, les enfants majeurs, les ascendants au premier degré ainsi que les frères et sœurs encore en vie de la victime. L'indemnité qui leur est allouée est déterminée respectivement comme suit : 150%, 75%, 50%, 50% et 25% du revenu de la victime décédée. Il en résulte que l'indemnité allouée du chef du préjudice d'affection dépend du revenu de la victime décédée et du taux attribué à chaque catégorie de ses proches.

III. Dérogation au principe de la réparation intégrale : plafonnement des indemnités

L'une des principes sacro-saints qui guident l'indemnisation en matière de droit commun de la responsabilité civile est le principe de la réparation intégrale.

La finalité du principe de la réparation intégrale est de rétablir l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu²⁸.

La loi n°1/02 du 07 janvier 2014 portant code des assurances a dérogé à ce principe en instaurant des plafonds d'indemnités dans la réparation de diverses sortes de préjudices déclarés indemnisables par le législateur.

²⁷ Article 190 de la loi n°1/02 du 7 janvier 2014 portant code des assurances.

²⁸ R.SAVATIER, *Traité de responsabilité civile en droit français, Civil, Administratif, Professionnel et Procédural*, t. I, 2^{ème} éd, Paris, L.G.D.J, 1951, p.61.

Ainsi, les coûts relatifs aux soins médicaux sont limités à deux fois le tarif le plus élevé des hôpitaux publics en service au Burundi et en cas d'évacuation sanitaire justifiée par expertise médicale à une fois le tarif le plus élevé des hôpitaux publics du pays d'accueil²⁹.

L'indemnité destinée à compenser la perte de revenu résultant de l'incapacité temporaire peut également gonfler le coût de l'indemnisation lorsque la victime percevait un revenu très élevé. Pour éviter cela, le législateur a plafonné la réparation de ce chef de préjudice à trois fois le revenu annuel de la victime³⁰.

L'indemnisation du préjudice économique et du préjudice moral entraînés par l'incapacité permanente de la victime a été aussi limitée. L'indemnité allouée à ces postes de préjudice ne peut dépasser sept fois le montant du revenu annuel de la personne lésée en ce qui concerne le préjudice économique et une fois en ce qui est du préjudice moral³¹.

Le montant octroyé à la victime pour compenser l'assistance d'une tierce personne rendue nécessaire par l'accident ne peut dépasser 25% de l'indemnité fixée pour l'incapacité permanente³².

L'indemnité allouée au titre de la perte d'une chance de carrière est plafonnée à douze fois le produit national brut par habitant (PNB/ha)³³.

²⁹ Article 181, al.2 de la loi n°1/02 du 7 janvier 2014 portant code des assurances, *B.O.B.* n°1/2014, p.34.

³⁰ Article 183, al.2 de la loi n°1/02 du 7 janvier 2014 portant Code des assurances, *B.O.B.*, n°1/2014, p.35.

³¹ Article 184 de la loi n°1/02 du 7 janvier 2014 portant Code des assurances, *B.O.B.* n°1/2014, p.35.

³² Article 185 de la loi n°1/02 du 7 janvier 2014 portant Code des assurances.

Tandis que celle destinée à compenser la perte de carrière déjà en cours est limitée à six mois de revenu de la personne lésée³⁴.

Les frais funéraires versés aux ayants droit ne peuvent dépasser un montant équivalant à une fois le revenu de la victime directe décédée. Les indemnités versées pour compenser les préjudices économique et moral subis par ces derniers sont respectivement plafonnées à soixante-cinq fois³⁵ et quinze fois³⁶ le revenu annuel de la personne morte par suite de l'accident.

IV. Organisation de la procédure d'indemnisation

La loi n°1/02 du 07 janvier 2014 portant Code des assurances au Burundi a organisé la procédure d'indemnisation. Elle précise les délais de déclaration du sinistre, la manière de communiquer les procès-verbaux, les délais de présentation de l'offre d'indemnisation ainsi que la sanction du retard.

A. Déclaration du sinistre et communication des procès-verbaux

L'obligation de déclarer le sinistre incombe à l'assuré. Dès qu'il a eu connaissance de l'accident, l'assuré a l'obligation de donner avis à l'assureur dans

³³ Le produit national brut par habitant est fixé à 387.900 BIF par l'ordonnance ministérielle du 27 février 2014 portant détermination de la base de calcul des indemnités des victimes d'accidents de la circulation routière ne justifiant pas de revenus, *B.O.B.* n°3/2014.

³⁴ Article 187, al.2 de la loi n°1/02 du 7 janvier 2014 portant Code des assurances, *B.O.B.* n°1/2014, p.36.

³⁵ Article 189 de la loi n°1/02 du 7 janvier 2014 portant Code des assurances, *B.O.B.* n°1/2014, p.36.

³⁶ Article 190 de la loi n°1/02 du 7 janvier 2014 portant Code des assurances, *B.O.B.* n°1/2014, p.37.

un délai de 15 jours au plus sauf dans le cas de force majeure, de tout évènement de nature à entraîner la garantie de l'assureur³⁷.

Dans la pratique, il existe un formulaire que toute compagnie d'assurance met à la disposition des assurés et qui doit être complété en cas d'accident.

Généralement, l'accident de la circulation routière impliquant un véhicule automoteur est constaté par l'officier de police judiciaire qui clôture le dossier par un procès-verbal. La loi impose qu'un exemplaire de tout procès-verbal relatif à un accident corporel ou matériel de la circulation soit transmis par l'officier de police judiciaire au Ministère Public et aux assureurs impliqués dans l'accident dans un délai de quinze jours ouvrables à compter de la date de survenance de l'accident. L'officier du Ministère public ayant reçu le procès-verbal dispose, à son tour, d'un délai de deux mois, à compter de la date de réception du dossier transmis par l'officier de la police judiciaire, pour transmettre le procès-verbal aux assureurs impliqués dans l'accident³⁸.

B. Présentation de l'offre

L'assureur de la responsabilité civile du fait d'un véhicule terrestre à moteur est tenu de présenter, dans un délai maximal de trois mois à compter de la date de l'établissement définitif de la responsabilité, une offre d'indemnité à la victime qui a subi une atteinte à sa personne³⁹.

³⁷ Article 29, al.1^{er} de la loi n°1/02 du 7 janvier 2014 portant Code des assurances au Burundi, in *B.O.B* n°1/2014, p.8.

³⁸ Article 154 de la loi n°1/002 du 7 janvier 2014 portant Code des assurances au Burundi.

³⁹ Article 155 de la loi n°1/02 du 7 janvier 2014 portant Code des assurances au Burundi, in *B.O.B* n°1/2014, p. 29.

Lorsque l'assureur n'a pas été avisé de l'accident de la circulation dans le mois de l'accident, le délai de trois mois pour présenter l'offre d'indemnité est suspendu à l'expiration du délai d'un mois jusqu'à la réception par l'assureur de cet avis⁴⁰. Il en est de même lorsque la victime décède plus d'un mois après le jour de l'accident, le délai est prorogé du temps écoulé entre la date de l'accident et le jour du décès.

Lorsque la victime réside à l'étranger, le délai imparti à l'assureur pour présenter l'offre d'indemnisation est prorogé d'un mois⁴¹.

Lorsque la victime est décédée, l'offre est faite aux ayants droit dans les huit mois qui suivent le décès.

L'offre d'indemnisation peut être faite même avant la consolidation de l'état de la victime. Dans cette situation, elle a un caractère provisionnel. L'offre définitive est alors faite six mois après la confirmation de la consolidation par le médecin.

L'offre comprend tous les préjudices indemnifiables. Elle précise l'évaluation de chaque chef de préjudice et les sommes qui reviennent au bénéficiaire. L'assureur peut y mentionner aussi les limitations ou les exclusions de la garantie qu'il entend opposer à la victime et il y détermine les motifs⁴².

⁴⁰ Article 170 de la loi n°1/02 du 7 janvier 2014 portant Code des assurances au Burundi, in *B.O.B* n°1/2014, p. 32.

⁴¹ Article 170 de la Loi n°1/02 du 7 janvier 2014 portant Code des assurances au Burundi, in *B.O.B* n°1/2014, p. 33.

⁴² Article 166 de la loi n°1/02 du 7 janvier 2014 portant Code des assurances au Burundi.

C. Sanction d'une offre tardive

Lorsque l'offre n'a pas été faite dans les délais impartis, le montant des indemnités produit de plein droit un intérêt égal au double du taux d'escompte dans la limite du taux de l'usure à compter de l'expiration du délai jusqu'au jour de l'offre devenue définitive⁴³. Cette sanction est réduite ou annulée si le retard est attribuable à des circonstances non imputables à l'assureur. Il en est ainsi par exemple lorsque ce dernier ne dispose pas de l'adresse de la victime⁴⁴.

V. Promesse d'un fonds de garantie automobile

Les pays qui instaurent une assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs à l'instar du Burundi créent généralement en même temps un fonds de garantie automobile pour relayer la couverture d'assurance chaque fois qu'elle se révèle inefficace. Ainsi, le fonds complète la protection des victimes.

Au Burundi, le législateur a promis sa création depuis 1977. L'article 16 du Décret-Loi n°1/18 du 29 juin 1977 portant création de l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs prévoyait :

« Un décret instituera un fonds national de garantie pour les victimes des accidents de la route. Le décret déterminera le fonctionnement, les attributions et les ressources du fonds. Il fixera également ses limites d'intervention et la procédure selon laquelle il pourra être valablement saisi.

⁴³ Article 156 de loi n°1/02 du 7 janvier 2014 portant Code des assurances au Burundi, in *B.O.B* n°1/2014, p.30.

⁴⁴ Article 156 de la loi précitée.

La mission du fonds consistera à garantir la réparation des dommages corporels subies par un tiers et qui résultent de l'utilisation sur le territoire du Burundi d'un véhicule qui ne serait pas couvert ou par une police régulière d'assurance de responsabilité civile ou dont la couverture ne pourrait sortir ses effets[...]⁴⁵ »

Là où il existe, le fonds est, en grande partie, alimenté par des cotisations prélevées sur les primes perçues par les assureurs opérant dans la branche responsabilité civile automobile⁴⁶.

Or, à l'époque où le législateur annonçait la perspective de création du fonds de garantie automobile, il n'existait qu'un seul assureur sur le marché burundais ; la SOCABU qui venait d'être créée⁴⁷. Il y a lieu de comprendre, dans ces circonstances, pourquoi le fonds ne fut pas instauré. Toutefois, depuis 1982, la SOCABU a perdu le monopole⁴⁸ et les assureurs se sont multipliés sur le marché. Néanmoins, le législateur n'a pas pensé à honorer la promesse. Force est de constater que quarante ans plus tard, le fonds n'a jamais été institué.

Avec la loi n°1/02 du 7 janvier 2014, le législateur burundais a renouvelé la promesse mais de manière indirecte. Le législateur fait allusion à cet organisme à

⁴⁵ Article 16 du Décret-Loi du 29 juin 1977 portant création de l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs, *B.O.B.*, 1977, n°10, p.528.

⁴⁶ Voir le financement du fonds au Maroc, au Rwanda, au Cameroun, en Belgique et en France respectivement sur les sites suivants : L. BOUMAHROU, « Fonds de garantie automobile : l'indemnisation en cas de non assurance » in www.maghress.com ; A. GAKWAYA, « Le Rwanda exhorte ses voisins à créer des fonds de garantie automobile » in manews.com ; Y.R. KALIEU ELONGO, « Le fonds de garantie automobile au Cameroun, deux ans après, ... » in Kaliu-elongo.com, B. GYSELS, « Fonds commun de garantie automobile » in www.Circulation-routiere-be/assurances/fonds-commun-de-garantie-automobiles/, « Agir pour les victimes au nom de la solidarité » in www.fondsdegarantie.fr visité le 5/8/2018.

⁴⁷ La SOCABU a été créée en 1977 par le Décret-Loi n°1/19 du 29 juin 1977.

⁴⁸ Voir le Décret n°100/120 du 2 novembre 1982 portant suppression du monopole de toutes les opérations d'assurances en République du Burundi accordé à la Société d'Assurance du Burundi (SOCABU), *B.O.B.*, 1983, n°7-9, p.186.

l'article 198 sous la section consacrée à l'indemnisation pour compte d'autrui, système appliqué lorsque plusieurs véhicules participent à la survenance de l'accident et à ses conséquences corporelles. Le système permet de déterminer quel assureur est tenu de présenter l'offre et d'indemniser la ou le(s) victime(s) ainsi que la part contributive des autres assureurs qui couvrent la responsabilité civile des autres véhicules impliqués dans l'accident. A ce sujet, l'article 198, al.4 et 5 dispose :

« En cas d'impossibilité de se prononcer sur l'étendue des responsabilités encourues, le montant du dommage indemnifié est partagé entre les assureurs de responsabilité par parts égales.

La part non-acquittée par un auteur ou un coauteur inconnu ou non assuré est supportée par le Fonds National de Garantie pour les victimes des accidents de la route qui est institué par décret. Ce décret détermine le fonctionnement et les ressources du Fonds ».

C'est effectivement le rôle du fonds de garantie automobile, celui d'intervenir lorsqu'aucune personne ne peut indemniser les personnes lésées.

Même si le législateur mesure bien l'importance du fonds de garantie automobile, ce dernier reste malheureusement toujours attendu.

CONCLUSION GENERALE

La loi n°1/02 du 7 janvier 2014 portant code des assurances au Burundi présente deux facettes.

D'une part, elle est très favorable aux victimes à deux niveaux.

Premièrement, elle a dérogé aux principes du droit commun de la responsabilité civile en supprimant les causes d'exonération que le défendeur dans l'action en indemnisation pouvait opposer à la victime demanderesse.

Deuxièmement, elle a supprimé les exclusions archaïques à l'indemnisation des proches de l'assuré qui prévalaient depuis 1977. Cette sollicitude du législateur à l'égard des personnes lésées entraîne évidemment une augmentation du nombre de personnes indemnissables et, par conséquent, un alourdissement du coût de l'indemnisation.

D'autre part, la loi protège les assureurs contre le poids de la réparation qui aurait, autrement, menacé l'industrie d'assurance. Pour ce faire, elle a introduit des barèmes pour les préjudices difficilement évaluables et pouvant conduire à l'arbitraire des juges. Là où les montants d'indemnités sont susceptibles d'être élevés, la loi a introduit des plafonds en dérogeant au principe de la réparation intégrale qui guide normalement l'indemnisation en droit commun de la responsabilité civile. En ce qui concerne le préjudice d'affection, la loi a limitativement déterminé les membres de la famille pouvant prétendre à la réparation du chef de ce préjudice.

Le législateur n'a pas perdu de vue la procédure d'indemnisation. La loi n°1/02 du 7 janvier 2014 organise la communication des procès-verbaux relatifs à l'accident et l'offre d'indemnisation. Elle prévoit même des sanctions en cas d'offre d'indemnisation mais cette réglementation ne suffira pas pour accélérer la procédure de réparation.

Il convient de noter que les délais de présentation de l'offre commence à être comptés à partir de l'établissement de la responsabilité civile de l'auteur de l'accident. Cette étape est parfois difficile à franchir car lorsque les montants d'indemnités sont élevés, l'assureur est tenté d'engager la victime sur le terrain judiciaire et d'épuiser toutes les voies de recours. Ce parcours peut se révéler souvent très long et épuisant pour les personnes lésées.

Il y a lieu de féliciter le législateur pour avoir songé, encore une fois, à l'importance du fonds de garantie automobile dans l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation routière mais sa mise en place effective est toujours en attente plus de quatre ans après l'entrée en vigueur de la loi n°1/02 du 7 janvier 2014.

BIBLIOGRAPHIE

I. Textes législatifs et réglementaires

1. La loi n°1/02 du 7 janvier 2014 portant Code des assurances, *BOB* n°1/2014, *B.O.B* n°1/2014.
2. Le Décret-Loi n°1/18 du 29 juin 1977 instaurant l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière des véhicules automoteurs , in *B.O.B* n°1/1977.
3. Le Décret n°100/120 du 2 novembre 1982 portant suppression du monopole de toutes les opérations d'assurances en République du Burundi accordé à la Société d'Assurance du Burundi (SOCABU), *B.O.B.*, 1983, n°7-9.
4. L'ordonnance ministérielle n° 540 du 27 février 2014 portant détermination de la base de calcul des indemnités des victimes d'accidents de la circulation routière ne justifiant pas de revenus, *B.O.B.* n°3/2014.

II. Ouvrages

1. BUFFELAN-LANONE Y. , *Droit civil* , 4^{ème} éd., Paris, Masson, 1991.
2. JOURDAIN P., *Les principes de la responsabilité civile* , 7^{ème} éd, Paris , Dalloz,2007.
3. SAVATIER R. , *Traité de responsabilité civile en droit français, Civil, Administratif, Professionnel et Procédural* , t. I , 2^{ème} éd, Paris, L.G.D.J, 1951.
4. LE TOURNEAU P., *La responsabilité civile*, 2^{ème} éd. Paris, Dalloz, 1976.

5. RIPERT E. et BOULANGER J. , *Traité de droit civil* , t. II , Paris , L.G.D.J, 1957.

III. Sitologie

1. « Agir pour les victimes au nom de la solidarité » in www.fondsdegarantie.fr
2. BOUMAHROU L. , « Fonds de garantie automobile : l'indemnisation en cas de non assurance » in www.maghress.com.
3. GAKWAYA A., « Le Rwanda exhorte ses voisins à créer des fonds de garantie automobile » in manews.com .
4. GYSELS B. , « Fonds commun de garantie automobile » in www.Circulation-routière-be/assurances/fonds-commun-de-garantie-automobiles
5. KALIEU ELONGO Y. R. , « *Le fonds de garantie automobile au Cameroun, deux ans après, ...* » in Kalieu-elongo.com.
6. « Nomenclature des préjudices de la victime directe » in www.justice.gouv.fr/publications.
7. « Nomenclature Dintihac 2001in www.accidents-victimes.com.

IV. VARIA

« LA DETENTION AVANT JUGEMENT EN DROIT BURUNDAIS DE LA PROCEDURE PENALE : LA PORTEE LIMITEE DE SON CARACTERE EXCEPTIONNEL »

Résumé de la thèse de doctorat soutenue par M. NTAHIRAJA Bernard à la Katolieke Universiteit Leuven (KUL), Faculté de Droit, Institut de droit pénal, en date du 8 novembre 2017.¹

En droit pénal moderne, la privation de liberté avant jugement est source de polémique. Elle constitue un lieu de conflit dialectique entre deux intérêts, d'une part, l'intérêt de l'inculpé détenu alors qu'il est présumé innocent, d'autre part, le droit concurrent de la communauté à la protection et à la sécurité.² Ne pouvant fonder la détention avant jugement sur le principe de rétribution à l'image de la peine, certains auteurs estiment qu'il s'agit d'une « *institution étrangère à toute idée de justice.* »³ Ils voient en elle une forme d'hérésie juridique. La défense de

¹Entre la soutenance de la thèse et la rédaction/publication de ce résumé dans la « *Revue burundaise de droit et société* », le code de procédure pénale a été modifié. La loi n°1/10 du 03 avril 2013 portant code de procédure pénale a été revue par la loi n°1/09 du 11 mai 2018 portant modification du code de procédure pénale. Les dispositions régissant la matière de la thèse ont, pour l'essentiel, été littéralement reconduites. Deux ajouts méritent néanmoins d'être soulignés. En matière de contrôle de régularité de la détention préventive, l'article 155, al. 4 de la nouvelle loi crée un délai qui n'existait pas dans le texte précédent. C'est le délai de quinze jours donné au Président de la juridiction pour organiser l'audience en chambre de conseil. Il est compté à partir de la saisine de la juridiction par le Ministère Public ou par l'inculpé. En outre, l'extension de la durée maximale du délibéré de la chambre de conseil sur demande de l'inculpé pour les besoins de sa défense passe de quarante-huit heures à trois jours. Pour rendre la lecture aisée et compte tenu de la finalité de ce résumé (information, éducation de la communauté), les numéros d'articles du code de procédure pénale auxquels renvoie ce résumé sont ceux de la nouvelle loi. A toutes fins utiles, relevons également, quoique ce texte ne soit que d'importance secondaire pour la matière, qu'en date du 7 juin 2018, une nouvelle constitution a révisé celle en vigueur au moment de la soutenance de la thèse, à savoir la loi n°1/610 du 18 mars 2005 portant promulgation de la constitution de la République du Burundi. Ici aussi et pour les raisons déjà précisées, les numéros d'articles auxquels il est renvoyé sont ceux du nouveau texte.

² P. ROBERT. (dir.) : *Entre l'ordre et la liberté, la détention provisoire : deux siècles de débats*, L'Harmattan, Paris, 1992, p.12.

³ R. GARRAUD, *Traité d'instruction criminelle*, t.III, Paris, 1907, p.128.

cette forme de privation de liberté ne peut se faire que sur le terrain de la nécessité pratique. Il s'agit, en effet, d'une mesure qui facilite l'instruction, écartant ainsi le péril d'une justice désarmée.⁴ Elle garantit aussi l'exécution de la peine, congédiant de la sorte le risque d'une justice impuissante et vaine⁵. Il peut aussi y être fait recours, dans le cadre d'une procédure pénale, pour répondre à un besoin de sécurité/sûreté publique. Une certaine doctrine la présente ainsi comme une forme d'« *injustice nécessaire* »⁶.

Cette difficulté de fonder en théorie la détention avant jugement transparait également à travers les règles du droit positif qui l'organisent. Ainsi, le droit international des droits de l'homme n'interdit pas aux Etats de recourir à la détention avant jugement - comme il leur interdit radicalement de recourir à la torture, par exemple - ⁷. Il leur enjoint seulement d'en user de manière exceptionnelle et d'en sanctionner les abus, le cas échéant⁸.

Les Etats parties aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme légifèrent sur la détention avant jugement en recherchant toujours un équilibre entre l'intérêt de l'inculpé présumé innocent - sa liberté - et celui de la collectivité - la nécessité d'instruire en vue de réprimer le fait antisocial et le maintien de la sécurité publique - . Le point d'équilibre entre les deux nécessités est

⁴ Voir, pour plus de détails, F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Bruylant, Bruxelles, 1869, 843p.

⁵ Ibidem.

⁶ L. LACCHE, *Ordre et liberté en Italie : discipline de la détention préventive et sauvegarde de la liberté individuelle après l'unité* in ROBERT, P. (dir.), *op.cit.*, pp.11, 201.

⁷ L'article 2, al.2 de la convention contre la torture dispose comme suit : « *Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture.* »

⁸ Voir notamment l'article 9 du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques (PIDCP) et l'article 6 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP).

essentiellement instable et toujours mouvant. Il varie d'une société à l'autre et d'une époque à l'autre.

Le caractère exceptionnel de la détention avant jugement est explicitement consacré par certains instruments⁹ et implicitement suggéré par d'autres.¹⁰ Le Burundi est partie à des instruments de ces deux types et a incorporé la substance de leurs règles dans sa constitution.¹¹ Il s'est également doté d'un code de procédure pénale reconnaissant le caractère exceptionnel de la détention avant jugement.¹²

En cette matière comme en beaucoup d'autres, la reconnaissance théorique du principe est insuffisante. En ce qui touche à la détention avant jugement, les facteurs déterminants sont plutôt la relative étendue des préalables conditionnant le recours à la garde à vue, à la détention préventive, à la mise en dépôt ou à une quelconque autre mesure de privation de liberté avant jugement; l'organisation institutionnelle de l'instruction préparatoire du procès pénal, la distribution des pouvoirs en matière de détention ; l'existence et l'accessibilité des alternatives à la détention dans l'arsenal juridique interne ainsi que le traitement (civil, pénal et disciplinaire) d'éventuels abus.

L'objet de cette recherche n'était donc pas du tout de rediscuter philosophiquement de la justesse de la détention avant jugement. L'étude a plutôt

⁹ Article 9, al.3 du pacte international relatif aux droits civils et politiques

¹⁰ Article 6 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples).

¹¹ Voir notamment les articles 19 et 39 de la Constitution du 7 juin 2018. Au surplus, la Constitution dispose elle-même et de manière directe, en son article 39, que « nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est conformément à la loi. ».¹¹ Sur la même lancée, l'article 42 proscribit la soumission à des mesures de sûreté, sauf dans les cas et les formes prévus par la loi, notamment pour des raisons d'ordre public ou de sécurité de l'Etat¹¹.

¹² Voir notamment l'article 154 de la loi n°1/09 du 11 mai 2018 portant modification du code de procédure pénale. Voir aussi l'article 90 de la même loi.

pris pour point de départ la position du droit positif international et régional africain des droits de l'homme - les règles liant le Burundi - sur la question, comme indiqué plus haut. L'étude a alors consisté à analyser comment le droit positif burundais met en œuvre cette règle, à déceler les insuffisances de cette mise en œuvre afin de proposer des pistes de réformes, le cas échéant.

Sur le plan méthodologique, l'évaluation du droit burundais s'est faite par rapport aux standards internationaux essentiellement tirés de la jurisprudence internationale et régionale relative aux droits de l'homme. La réflexion s'est également enrichie du droit comparé, avec un accent particulier sur les droits belge, français, rwandais et tanzanien.

L'un des constats majeurs est que le Code de Procédure Pénale du Burundi accorde d'énormes pouvoirs à la Police Judiciaire et au Ministère Public en ce qui concerne les privations de liberté et ces pouvoirs rendent problématique le respect des dispositions des instruments plus haut mentionnés. En ce qui concerne la Police Judiciaire et à titre purement exemplatif, l'Officier de Police Judiciaire (OPJ) dispose du pouvoir autonome de retenir une personne, *pour les nécessités d'une enquête* ou pour l'exécution d'une commission rogatoire, pour une durée de sept jours, renouvelable sur autorisation du parquet - pour faire quatorze - ¹³.

Contrairement à beaucoup de législations étrangères comme le droit belge, l'OPJ burundais dispose de ce pouvoir de rétention aussi bien en situation de flagrant délit ou crime que dans toute banale enquête préliminaire, c.-à-d. de droit commun. La décision n'est, en outre, soumise à aucune autre condition relative ni à la gravité de l'infraction, ni aux circonstances présumées de sa commission. Elle

¹³Articles 33 et 34 de la loi n°1/09 du 11 mai 2018 portant modification du code de procédure pénale (mêmes numéros d'articles dans le texte revu).

relève de l'entière appréciation de l'OPJ. Les personnes pouvant tomber sous le coup de cette mesure sont, quant à elles, non seulement la personne suspectée d'avoir commis l'infraction mais aussi « *toute personne susceptible de donner des renseignements sur l'infraction et sur ses auteurs* »¹⁴.

Ce pouvoir de l'OPJ s'ajoute à une autre prérogative qui, elle, peut trouver des équivalents en droit comparé¹⁵ et qui consiste à arrêter et retenir un suspect pendant une brève durée - trente- six heures en droit burundais - en vue de le conduire auprès de l'Officier du Ministère Public.¹⁶ Il importe aussi de préciser que la qualité d'OPJ - et donc le pouvoir de placer en garde à vue - est très largement distribuée.¹⁷

Le Ministère Public, quant à lui, est l'autorité qui, par ses officiers, émet le mandat d'arrêt, titre de détention d'une validité de quinze jours. Ce titre est, plus tard, « confirmé » par la Chambre de Conseil du Tribunal compétent pour connaître du fond¹⁸. Le délai des quinze jours peut légalement s'ajouter à celui des quatorze jours de garde à vue prorogée - et tel est d'ailleurs généralement le cas -¹⁹ pour ainsi faire vingt-neuf jours d'incarcération avant la saisine de la juridiction

¹⁴ Article 33, al. 1^{er} du C.P.P., lu conjointement avec les articles 10, al. 4 et 26, al.2 du même code.

¹⁵ Nous pensons notamment ici à la garde à vue de droit belge dont la durée est constitutionnellement limitée à 24 heures.

¹⁶ Article 15 du Code de Procédure Pénale.

¹⁷ En vertu de l'article 1^{er} du Code de Procédure Pénale, les missions de police judiciaire sont exercées aussi bien par des officiers de la « *Police Judiciaire* » que par les « *personnes auxquelles des lois spéciales confèrent des pouvoirs de police judiciaire* ». Il s'agit de fonctionnaires de plusieurs administrations (service national des renseignements, brigade spéciale anti - corruption, office burundais des recettes, ministère ayant le commerce dans ses attributions, etc.).

¹⁸ En droit burundais, la juridiction qui contrôle la détention est la même que celle qui connaît du fond.

¹⁹ RCN Justice & Démocratie, *Etude sur le fonctionnement de la chaîne pénale a Burundi*, Bujumbura, 2010.

compétente.²⁰ Dans la nouvelle loi portant modification du code de procédure pénale – adoptée et promulguée après la soutenance de la thèse -, le président de la juridiction saisie dispose d'un délai de quinze jours pour organiser l'audience en chambre de conseil.²¹ Etant donné que le Tribunal dispose, en principe, d'un délai de quarante-huit heures pour rendre sa décision²², délai pouvant être prorogé de trois jours si l'inculpé le demande pour les besoins de sa défense, le premier titre *judiciaire* pourra alors - légalement, sans abus - n'intervenir qu'au terme de quarante neuf jours de privation de liberté.

En outre, le même Ministère Public exerce à la fois les fonctions d'instruction et de poursuite. En effet, comme relevé plus haut, l'architecture institutionnelle de l'instruction préparatoire en droit burundais ignore l'institution du juge d'instruction – ou son équivalent - . Cette confusion des pouvoirs entraîne un conflit d'intérêt qui ne peut que nuire au régime des libertés. En y ajoutant les brèches procédurales offertes au Ministère Public pour neutraliser les éventuelles ordonnances de libération de la Chambre de Conseil²³, l'on aboutit à une économie de la procédure dans laquelle la liberté de l'inculpé ou du prévenu dépend largement du bon vouloir d'une partie au procès pénal : le Ministère Public avec la Police Judiciaire à son service. Comment alors ne pas suspecter un éventuel détournement de la détention préventive à des fins probatoires et même punitives ?

²⁰ La loi de 2018 vient d'ajouter un autre délai de quinze jours donné à la juridiction saisie pour organiser l'audience en chambre de conseil

²¹ Article 155, al.4 du CPP

²² Article 157 du CPP.

²³ L'article 174, al. 2 du Code de Procédure Pénale permet par exemple au magistrat instructeur - qui est un magistrat du parquet - qui fait appel d'une ordonnance refusant d'autoriser/proroger la détention de maintenir en prison l'inculpé, pourvu que l'infraction pour laquelle il est poursuivi soit punissable de dix ans de servitude pénale au moins.

La problématique des alternatives à la détention avant jugement a également été discutée. Leur nécessité pratique pour un système cherchant à rendre exceptionnelle la détention avant jugement est assez évidente étant donné qu'aucune législation ne peut raisonnablement garantir à l'inculpé la liberté entière et absolue au cours de l'enquête et de l'instruction, c'est - à - dire, en d'autres termes, disposer qu'en aucune hypothèse, l'individu ne pourrait voir sa liberté restreinte ou surveillée qu'après une décision de condamnation coulée en force de chose jugée. Il a ainsi été relevé que le droit burundais des alternatives à la détention souffre d'une importante tare, celle de ne comporter qu'une seule mesure : la liberté provisoire sous caution. Dans le contexte socio-économique du Burundi - extrême pauvreté - , la limitation est de taille. Le caractère facultatif de la mesure a également été mis en évidence.

En effet, il n'existe aucune circonstance de fait ou de droit pouvant contraindre le juge à l'envisager en lieu et place de la détention préventive. La décision relève de son entière discrétion. En outre, il ne peut agir que sur demande de l'inculpé. Dans un contexte d'analphabétisme juridique généralisé et d'un accès très limité à l'assistance judiciaire, cette limite n'est pas des moindres. La partie pertinente de ce travail a également mis en évidence que des catégories entières de justiciables ne peuvent aucunement prétendre à cette alternative. Il s'agit des personnes inculpés d'infractions de violences sexuelles, d'inculpés d'autres infractions punissables de vingt ans de servitude pénale ou plus ainsi que d'inculpés qui n'ont pas encore restitué les sommes d'argent ou biens objets ou fruits de l'infraction.²⁴

²⁴ Article 161 du code de procédure pénale

Tous ces éléments, en plus d'autres détails d'ordre procédural²⁵, font que l'unique alternative à la détention avant jugement prévue par le droit burundais ne soit que de très peu d'utilité, c'est-à-dire ne limite que fort peu le recours à l'enfermement préventif.

Dans un contexte comme celui du Burundi où le prescrit de la loi et la réalité peuvent significativement différer, il s'est avéré indispensable de se focaliser aussi sur les règles de la responsabilité - disciplinaire, pénale et civile - des agents de la chaîne pénale pour voir dans quelle mesure leurs lacunes encouragent - ou du moins échouent à dissuader- le recours intempestif à la détention avant jugement.

L'étude de la responsabilité disciplinaire des Officiers de Police Judiciaire et du Ministère Public pour détention arbitraire a révélé que le plus grand défi est celui de l'effectivité. Les sanctions disciplinaires pour fautes liées à la détention arbitraire ne sont presque jamais administrées bien malgré le fait qu'il y soit très emphatiquement fait allusion par le code de procédure pénale. Le caractère fermé de la procédure et la solidarité négative entre membres de ces corps sont, entre autres, à la base de l'ineffectivité de ces règles. *Mutatis mutandis*, les mêmes obstacles empêchent la mise en œuvre effective de la responsabilité pénale des mêmes agents pour détention arbitraire.

L'étude du droit de la réparation des préjudices résultant d'une détention avant jugement qui n'aurait pas dû avoir lieu a distingué les problèmes juridiques se posant en matière de réparation pour détention illégale et ceux qui touchent au

²⁵ L'exemple-type en est l'interdiction faite au juge de se prononcer sur la demande de liberté provisoire avant l'audition de la victime présumée de l'infraction : Article 158, al.3 de la loi (article 114, al.2 dans la loi revue).

domaine de la réparation pour détention inopérante. En termes de principe, le droit burundais reconnaît la possibilité d'une réparation pour détention illégale et à plus forte raison arbitraire.²⁶ Le problème demeure cependant que la jurisprudence requiert que la faute invoquée soit imputable à un agent déterminé de l'Etat. Or, un grand nombre de situations de détentions illégales sont plutôt le résultat des dysfonctionnements des services publics de la police et de la justice et ne sont donc pas des fautes directement imputables aux agents. Contrairement aux développements qui s'opèrent dans plusieurs systèmes juridiques étudiés par comparaison, le dommage résultant de la faute du service lui-même reste insusceptible de réparation en droit burundais. Tout aussi inexistant est le droit à la réparation pour détention préventive inopérante.

Tous ces éléments mis ensemble ont conduit à la conclusion que si l'agent public qui enquête (OPJ) ou instruit un dossier pénal (magistrat du parquet) recourt à la privation de liberté avant jugement sans se poser beaucoup de questions, c'est en partie parce qu'il n'a aucunement peur de payer le prix de ses abus ni avec sa carrière, ni avec sa propre liberté ni, encore moins, avec son portefeuille. De la même manière, si l'Etat investit peu dans la prévention de tels abus, c'est en partie parce qu'ils lui coûtent très peu - ou presque rien - en termes financiers. Le cadre limité de cette étude ne permettait pas de réfléchir sur d'autres coûts de ces abus et notamment sur ceux évaluables en termes de légitimité politique.

Suivant les problèmes identifiés au cours de l'étude, des propositions de réforme ont été formulées. Elles vont de l'instauration d'un délai constitutionnel de garde

²⁶ En la matière, le principe de base que mettent en œuvre les règles sur la responsabilité de la puissance publique est l'article 23 de la constitution (même numéro dans les textes de 2005 et de 2018) selon lequel « *Nul ne sera traité de manière arbitraire par l'Etat ou ses organes. L'Etat a l'obligation d'indemniser toute personne victime de traitement arbitraire de son fait ou du fait de ses organes.* » (C'est nous qui soulignons).

à vue à la mise en place d'un mécanisme de réparation pour détention préventive inopérante en passant par l'instauration d'un seuil minimal de gravité de l'infraction « justifiant » une garde à vue, l'élévation du seuil de gravité minimale en matière de détention préventive, l'érection en principe de la libération automatique à l'expiration du titre de détention, la transformation de l'instance actuelle de la chambre de conseil en une véritable juridiction *de l'instruction*, l'ouverture du pourvoi en cassation à la matière de la détention préventive, l'élaboration d'un système étoffé de liberté surveillée sans caution, etc.

Les réformes juridiques proposées ne pourront significativement changer la réalité, c'est - à - dire faire de la détention avant jugement une mesure véritablement exceptionnelle que si certains obstacles non juridiques sont levés. Ils sont culturels, politiques et socio- économiques. Le temps se charge lentement de certains d'entre eux. Nous pensons notamment ici à l'élévation progressive de la liberté individuelle en une véritable valeur, en un bien susceptible d'être revendiqué contre le groupe/la société. Cette évolution fait que le sacrosaint ordre public perde progressivement sa légitimité tous azimuts au sein du corps social.

Ce mouvement s'accélère avec l'ouverture de la société burundaise au monde extérieur. Le développement des technologies de l'information et de la communication y joue un rôle significatif. D'autres évolutions devront sûrement suivre. Les plus urgentes sont l'émergence d'une véritable culture de la légalité. C'est un truisme que de souligner que les meilleures règles ne servent à rien sans la volonté de les faire respecter. L'administration des institutions policière et judiciaire devra aussi sûrement être davantage professionnelle et consciencieuse.

Des moyens conséquents en termes financiers et de ressources humaines devront être alloués aux services concernés. Enfin, aucun système juridique ne peut améliorer la liberté individuelle si ses destinataires n'ont pas les moyens intellectuels de mettre en œuvre les garanties qu'il offre. Ceci érige la généralisation de l'assistance judiciaire en une véritable urgence.

Chacun de ces problèmes de fait pourrait, à lui seul, faire l'objet d'une étude à part sous un angle sociologique, économique, anthropologique, philosophique, etc. La présente s'est focalisée sur la discussion du droit positif en restant tout de même conscient des réalités concrètes dans lesquelles « vivent » les règles étudiées. Les propositions de réforme ont été formulées dans cet état d'esprit.