

KIGALI INDEPENDENT UNIVERSITY (ULK)

P.O BOX : 2280 KIGALI
Tel.:(+250) 0788304081, 0788303667,
0788308792, 0788304086
Website : [http:// www.ul.k.ac.rw](http://www.ul.k.ac.rw)
e-mail: ulk@rwanda1.com



SCIENTIFIC REVIEW OF THE UNIVERSITY

N°26

EDITIONS OF THE KIGALI INDEPENDENT UNIVERSITY

October 2012

TABLE OF CONTENTS

1. Legal and institutional framework of the crime of money laundering within East African Community member states

By Titien HABUMUGISHA.....7

2. Problematique de l'application du principe du consensualisme dans le contrat de credit a la consommation en droit Rwandais

By Munyamahoro René55

3. Reflexion sur le respect des droits humains dans la lutte contre la pandémie du VIH/SIDA

By Dr Alfred MWENEDATA.....113

4. The prohibition of torture as an international norm of customary law

By Jean de Dieu ZIKAMABAHARI.....177



Editorial

This issue presents quality research on topics of critical concern in the field of law. The journal provides a platform for the publication of innovative research carried out by Kigali Independent University lecturers affiliated to the faculty of law. In the line with the mission of Kigali Independent University, these publications are put to public access in the sake of serving the community through research and promoting research in Rwandan scholars.

To start with, the fact that most of time bankers provide in their contracts of loan unfair clauses which stipulate an excessive interest rate in case of delay in payment, has pushed Mr. Rene MUNYAMAHORO, Lecturer and Head of Law Department, to explore the application of the loan contract clauses comparing to the normal interest rate provided by banks to the interest rate in case of delay. Again the clauses in many contracts which give the banks unilateral right of modifying contract when it is considered that is not fitting them entail unfairness to the other party is another issue. In the first article the researcher suggests mechanism to solve the raised issues.

The second article expounds how money laundering is a complex process, especially in developing countries like EAC member states where data and records are frequently not kept, to some extent corruption is predominant, institutions are fragile and, in many instances and sometimes, the rule of law is not respected. The Author, Lecturer HABUMUGISHA Titien, Dean of the Faculty of Law discusses the full extent as to how the crime of money laundering impacted negatively on the economics of East African Community member states. The problems associated with money laundering call for both national and international legal responses that are

appropriate to the financial and economic realities of each of EAC member country..

According to Senior Lecturer Dr. Alfred MWENEDATA, throughout the third article, certain fundamental rights related to the pandemic are respected neither by Governments nor by individuals themselves. The understanding of this problem attracts the way of solution. His article is a critical analysis on the respect of human rights in combating the HIV/AIDS pandemic exclusively the rights related to the pandemic; notably, the right to education, the right to health care, the right to equality, the right to employment, and the right to sustainable development.

The forth article by lecturer Jean de Dicu ZIKAMABAHARI explores the prohibition of torture in accordance with which customary international law has to bind the State in its treaty relations and with respect to acts of the legislature, executive and judiciary. The author finds that there is a universal consensus in the international community that torture and other forms of cruel, inhuman, or degrading punishment or treatment cannot be reconciled with a global order fundamentally committed to basic respect and human dignity.

Receive the issue 26th of ULK scientific review and read on.

Dr SEKIBIBI Ezechiel

Rector of ULK



Legal and institutional framework of the crime of money laundering within East African Community member states

By Titien Habumugisha, LL.M*

* One year after being elected the Head of the Department of Law, Mr. Titien Habumugisha was elected the Dean of the Faculty of Law at Kigali Independent University (ULK). Most of the courses he teaches include Economic and Financial Law, Labor and Social security, commercial law and insurance law, Competition Law and Consumer Protect and many other business related courses.

Abstract

There is a general agreement that money laundering is a process of disguising the financial proceeds of a crime. Money laundering is a serious economic crime and the well-known incidents of money laundering involving large amounts of money generated from crime are of stunning and striking public interest and are therefore given wide publicity. A wide range of national and international agencies have attempted to measure organized crime and components of money laundering in their particular sphere of interest².

The major objective of this research paper was to ascertain that the issue of legal and institutional framework of the crime of money laundering within East African Community is acute. Furthermore, money legally obtained could be used to finance illegal activities, just as the proceeds of illegal activities are used to finance legal economic activities.

Research findings have revealed that money laundering is a complex process, especially in developing countries like EAC member states where data and records are frequently not kept, to some extent corruption is predominant, institutions are fragile and, in many instances and sometimes, the rule of law is not respected.

To what extent has the crime of money laundering impacted negatively on the economies of East African Community member states? In this regard, Anti-money laundering legal and institutional mechanisms within EAC member states was analyzed. The problems associated with money laundering call for both national and international legal responses that

² J. Walker, «Modeling Global Money Laundering Flows - some findings», available on <http://www.johnwalkercriminology.com.au/ML%20method.htm>, accessed on 7/5/2012.
L. Jacques and W.S. Thompson, *Why the global anti-money laundering regime is ill-equipped to fight the war on terrorism and what to do about it*, Master of Arts in Law and Diplomacy, 2004, p. 8.

are appropriate to the financial and economic realities of each of EAC member country.

The author suggests procedure measures for fighting against money laundering, application of sanctions against Money Laundering and Financing Terrorism is a necessity, the need of capacity building to cope with money laundering, effective enforcement of anti-money laundering laws within East African Community member states, internal institutional collaboration, strong international and regional cooperation to prevent the commission of the crime of money laundering. These are some of effective and efficient mechanisms to handle the legal and institutional issues and negative effects of money laundering on the economies of EAC Member States.

Key words: money laundering, economic crime, dirt money, illegal proceeds.

General introduction

Money laundering was defined in 1988 by the United Nations Office on Drug Enforcement and Crime Prevention as consisting of an attempt to conceal unlawful origin of funds in order to invest them with complete impunity in international economic and financial circuits to transform them into lawful earnings³.

It has been suggested that there are three steps in the money laundering process: cash is injected into the legal economic activity of the (foreign) country, or, alternatively measures are taken to transfer the money to another country; funds are invested offshore; and then laundered money is injected back into the regular economy⁴.

Money laundering is a domestic and transnational problem that is engendered by organized crime and illegal acts. Until recently, the definition of money laundering was limited to the disguising of dirty money and property obtained from criminal activities. However, with terrorism being financed with laundered money, the definition has been widened to include legal or illegal funds laundered for terrorist purposes (noting also that terrorism is a form of organized crime)⁵. In this context, money laundering is not only the disguise of illegitimate proceeds, but also the use of legitimate funds for illegal purposes.

The East African Community (EAC) is a high-risk jurisdictional area for organized crime and money laundering, owing to the lack of a strong legal and institutional framework for the effective control of these activities.

³ The 1998 United Nations Office on Drug Enforcement and Crime Prevention

⁴ A.K. Mullei, *Establishment of anti-money laundering regime in the member states of A.C.B.-eastern Africa Sub-region, recent experience, regional co-operation and the role of Central Banks*, without date, p. 2.

⁵ J. Kimanuka, *The bank secrecy and the fight against money laundering: a case study of Rwandan Law*, Dissertation, Kigali, ULK, Faculty of Law, 2011, p.1, unpublished.

In East African Community (EAC), the law enforcement agencies lack trained capacity and have poor facilities to detect economic crime. The law enforcement agencies in the East African Community (EAC) are also technologically under-resourced to contend with organized criminal groups. Money laundering has negative effects on the economies of East African Community (EAC). The issue now is to know to what extent money laundering has impacted on economies of East African Community member states and different mechanisms to use to cope with the effects of money laundering within East African Community (EAC).

From the above discussions, one may ask a central question to know whether the legal and institutional framework of the crime of money laundering of EAC member states is efficient and effective. What are the mechanisms to be used to curb the crime of money laundering in East African Community member states?

The problem of money laundering is fundamental and aggravated by the fact that in some jurisdictions, the principle of bank secrecy is sometimes considered as one of the main aspects of private banking. The lack of cooperation within EAC member states to curb the crime of money laundering is acute. East African Community member states should initiate a series of legislative and administrative measures to cope with the negative effects of the crime of money laundering.

I. Issue of money laundering in East African Community

I.1. Regulatory deficiencies impacting on Anti Money Laundering Measures in Kenya

Kenya currently risks being black listed by the OECD⁶ Financial Action Task Force (FATF) as a jurisdiction with key deficiencies in the control against money laundering⁷. The poor record of law enforcement in Kenya and the poor keeping of public records on registered businesses registered land, make it difficult to detect instances of money laundering, and also reduce the need to launder money in Kenya as will be shown below⁸.

The Corruption Perception Index published by Transparency International in 1996 ranked Kenya third from the bottom in the (ascending) list of the most corrupt countries in the world. Only Pakistan and Nigeria were perceived to be more corrupt than Kenya. In 1998 Kenya ranked 78th out of the 85 countries surveyed; in 1999, it was 90th out of 99; in 2000, it was 82nd out of 90; and in 2001, out of 91 countries, Kenya ranked 84⁹.

Both the judiciary and the police in Kenya are perceived as corrupt and weak. A local survey conducted in early 2002 to determine public perceptions of corruption in public institutions in Kenya showed that the police are perceived as the most corrupt public institution in Kenya. The judiciary was sixth on the list¹⁰. In May 2001, three judges of the

6 Organisation for Economic Co-operation and Development.

7 C. Wang'ahu, *Regulatory deficiencies impacting on Anti Money Laundering measures*, Wednesday, April 11th, 2012, p. 4.

8 G. Kegoro, "Money laundering patterns in Kenya", available at <http://www.iss.co.za/pubs/Monographs/No90/Chap5.html>, accessed on 10/5/2012.

9 See M. Mati and J Githongo, *Judicial decisions and the fight against corruption in Kenya*, an unpublished paper contributed to the *International Commission of Jurists state of the rule of law report*, Nairobi, 2001.

10 Transparency International, *Urban bribery index*, Transparency International (Kenya),

Court of Appeal, Kenya's highest court publicly accused one another of corruption. The fallout from this incredible incident was massive. The three judges later publicly apologized for any embarrassment they may have caused the public and the matter ended there¹¹.

In May 2002, a panel of judges from Tanzania, Uganda, South Africa and Canada was invited to review the state of the administration of justice and advice on how to bolster public confidence in the institutions responsible for justice. After interviewing several people, including members of the judiciary, the judges declared that they were amazed at the depths to which the standards in Kenya's judiciary had fallen. In their view, Kenya's judiciary was in need of "a short sharp shock"¹².

The Financial Action Task Force (FATF) is an inter-governmental body whose purpose is the development and promotion of policies, both at national and international levels, to combat money laundering and terrorist financing. It is worth noting that the Task Force is therefore a "policy-making body" which works to generate the necessary political will to bring about national legislative and regulatory reforms in these areas.

In its report of February 2012 the Task Force mentions Kenya as a jurisdiction with strategic anti money laundering deficiencies and has not made sufficient progress in addressing them as part of its commitment under its Memorandum of Understanding (MoU). Kenya signed an MOU in 2008 under The Eastern and Southern Africa Anti Money Laundering (ESAAMLG) committing to adopt and implement the forty (40) recommendations and other special

Nairobi, 2002, p 13.

¹¹ *Ibidem*.

¹² See, for example, the Constitution of Kenya Review Commission *Main Report of the Constitution of Kenya Review Commission*, 18 September 2002, p 163.



recommendations of the Financial Action Task Force (FATF). The purpose of ESAAMLG¹³ is to combat money laundering by implementing the FATF¹⁴ Forty Recommendations¹⁵.

The sanctions for non-conformity with FATF¹⁶ include the possibility of non-correspondence by banks in other countries, which includes the telegraphic or electronic transfers of money which facilitates transactions for businesses as foreign banks carry out transactions on behalf of another bank's customers. The impact on the export industry including the all important horticultural and tourism business cannot be gainsaid. While a lower standard of compliance of the FATF recommendations' may be accepted prior to the blacklisting, Kenya would have to implement enhanced measures to be removed from the list¹⁷.

The enactment of the POCAMLA¹⁸ of 2009 was viewed as government commitment to effect the recommendations of the financial action taskforce. The act imposes anti-money laundering obligations on financial institutions as well as non-financial institutions such as casinos, real estate agencies, dealers of precious stones and metals, and non-governmental organizations.

The Act also provides for the establishment of a Financial Intelligence Unit named "the Financial Reporting Centre" which will assist in the identification of the proceeds of crime and the principal function of the Centre shall be to disseminate information collected by it pursuant to the provisions of the Act, to investigating authorities and other bodies and to ensure compliance with international standards in anti-money laundering measures¹⁹.

13 Eastern and Southern Africa Anti-Money Laundering Group.

14 Financial Action Task Force.

15 Charles Wanganui, *op. cit.*, p. 12.

16 Financial Action Task Force.

17 Charles Wanganui, *op. cit.*, p. 12.

18 Proceeds of Crime and Anti-Money Laundering.

19 Charles Wanganui, *op. cit.*, p. 13.

However, the implementation of the act is severely impacted by the failure to establish a financial reporting Centre. It remains a significant hindrance to implementing the act and fulfilling obligations under the FATF recommendations.

Additionally, the act is yet to be used to prosecute any crimes, and as such it is relatively unproven in its ability to curb money laundering²⁰.

As Kenya enters an election year and a possibility of laundered funds being diverted to subvert the democratic process the need for a regulatory authority is increased. The lack of enhanced due diligence measures for politically exposed persons as exist in other jurisdictions exercising FATF recommendations may leave the electoral system exposed to illicit funds. In 2010 for example, the balance of payment statistics of the central bank of Kenya showed a large foreign currency injection, of approximately \$2 billion dollars in hard currency, which was unaccounted for²¹.

Developing countries have increased efforts to curb money laundering including in offshore havens and these efforts have led to a shifting of money laundering activities to emerging markets. The weaker or less effective enforcement the more attractive a financial system will appear to money launderers further compromising their financial system. In some instances laundered money may be used to buy influence in regulators and security apparatus and may inch the country closer towards becoming a criminalized state.

Overall, money laundering has serious social and political costs, if left unchecked it causes economic distortion and instability. Additionally, it may have an effect on a country's

²⁰ *Id.*, p. 12.

²¹ *Ibidem.*

competitiveness as the setting up of front businesses; it can place legitimate businesses at a disadvantage by unrealistic pricing as the primary aim is the laundering of the illicit gains rather than profit taking. Laundered money may target segments of markets like the property markets causing fake booms which may lead to collapse of entire sections of the economy, as rather than being driven by demand and supply forces the aim is the laundering of funds²².

To demonstrate seriousness and commitment in prosecuting money laundering, the Kenyan government must prioritize key actions. Prior to the FATF meeting in June 2011 the immediate set up of a Financial Reporting Centre would seem a crucial first step in averting the blacklisting of the country²³.

It is quite clear that the crime of money laundering is at its worst in Kenya and the legal and institutional framework for combating it is not efficient. There is a need of a strong cooperation with its neighboring countries and a strong institutional and legal framework for the fight of money laundering. There is also a need to punish severely the offenders of AML²⁴. After these developments regarding the crime of money laundering in Kenya, it is necessary to carry out a scientific study on the issue of money laundering in Burundi.

²² Mutahi Ngunyi, Liberalizing a bandit economy, *Daily Nation*, 9 July 2000.

²³ Charles Wanguhu, *op.cit.* p. 13.

²⁴ Anti-Money Laundering laws.

I.2. Crime of money laundering in Burundi

This section looks at the current situation of the legal framework of anti-money laundering in Burundi, formulates some criticisms on the efforts to cope with money laundering and enforcement and implementation issues.

I.2.1. Current situation of the legal framework for anti-money laundering

In Burundi, in 2008, a law was passed requiring all transactions of 20 million Burundian Francs (approximately \$1,700) or more to be reported to a newly established financial intelligence unit (FIU). However, the law is rarely enforced and the FIU seems largely inactive²⁵.

In addition, Banking laws require that financial institutions refuse suspicious transactions and report them to the Central Bank, but this requirement is rarely enforced. All foreign exchange transactions must be reported to the Central Bank, although these rules are currently being relaxed.

Enforcement of Anti-Money Laundering laws and legislation in general is hindered by a dysfunctional and corrupt administration and a severe lack of capacity in supervisory, investigative and enforcement bodies²⁶. In the paragraph below, we are going to analyze the efforts put in place in order to deal with the crime of money laundering in Burundi.

²⁵ X, <http://www.aegisaml.com/index.php/home/Burundi>, accessed on 7/5/2012.

²⁶ X, <http://www.aegisaml.com/index.php/home/Burundi>, accessed on 7/5/2012.

1.2.2. Critics on the efforts to cope with money laundering

The research clear indicates that Burundi is not considered a significant center for money laundering and terrorist financing. The Government of Burundi has created anti-money laundering/ counter-terrorist financing (AML/CFT) laws and signed conventions. One of the most crucial issue in Burundi concerns funding, training, policies and political will to counter money laundering²⁷.

As mentioned earlier before, enforcement of laws in general is stalled by a dysfunctional and corrupt administration and a severe lack of institutional capacity in supervisory, investigative and enforcement bodies.

According to US State Department Money Laundering Report – 2011, neither the Financial Crime Unit (FCU) of the Burundian National Police nor the Financial Intelligence Unit (FIU) of the Ministry of Finance has conducted any investigations. It is necessary to note that corruption is a major problem in Burundi and corrupt Burundian politicians are adept at devising methods of laundering Burundian assets abroad, enjoying near impunity of their thefts of public funds²⁸.

1.2.3. Enforcement and implementation issues

The Central Bank of Burundi is supposed to supervise and examine financial institutions for compliance with Anti Money Laundering/Counter Terrorism Financing laws and regulations. A law requiring banks to report large deposits or transactions to the police is under consideration, but banks and financial institutions are currently not required to report individuals engaging in significant transactions²⁹.

²⁷ X, <http://www.aegisaml.com/index.php/home/Burundi>, accessed on 7/5/2012.

²⁸ US State Department Money Laundering Report – 2011.

²⁹ *Ibidem*.

The US State Department Money Laundering Report of 2011 states that there are significant problems that deter effective anti-money laundering/counter-terrorist financing (AML/CFT) efforts. Although laws exist, there appears to be little political will to prosecute or commit the resources to investigate crimes, particularly those that could implicate high-level government officials. Burundi is listed 170 out of 178 countries surveyed in Transparency International's International Corruption Perception Index³⁰.

Furthermore, Burundian law enforcement officials lack training and expertise in investigating financial crimes. The Government of Burundi **should** develop an oversight capability and provide sufficient resources, funding, and training to the new Financial Intelligence Unit and the Financial Crime Unit.

The Government of Burundi should ratify the UN International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism³¹ and become a party to the UN Convention against Transnational Organized Crime³².

I.3. Money laundering in Tanzania

The study of money laundering in Tanzania requires presenting successively the types of money laundering in Tanzania, some examples of internal money laundering, legislative and institutional mechanisms for preventing, detecting and controlling money laundering, Strengths and shortcomings of the legal and institutional framework in the control of money laundering in Tanzania.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ International Convention for the suppression of financing terrorism of January 2000.

³² United Nations Convention against illicit traffic in narcotic drugs and Psychotropic Substances of 1998.

1.3.1. Types of money laundering in Tanzania

For a better understanding of different types of money laundering in Tanzania, it is necessary to present in this sub-section, the internal laundering before tackling the external laundering.

1.3.1.1. Internal laundering

In internal laundering, a particular country is the base for money laundering activities. The main actors are internally based and the process of money laundering is within the domestic jurisdiction. However, the process and proceeds also have an external dimension, for example when illegal funds are externalized. The main actors include government officials and their allies outside the state system. Their prominence in money laundering stems from the fact that they control the major means of production in the state sector. The bureaucrats controlling and managing the public economy are the **main actors in money laundering through bureaucratic and political corruption**³³.

To determine the extent of bureaucratic and political corruption, it is useful to refer to the Controller and Auditor-General's (CAG) Annual Reports, which show the pattern of public pilferage and fraud.

State actors collude and collaborate with their allies outside the state system. The basis for these collaborations is that the government is a source of lucrative contract work to **private operators and suppliers. Those who enjoy the collaboration operate on the basis of political patronage.**

³³ United Nations Convention against illicit traffic in narcotic drugs and Psychotropic Substances of 1998.

Internal organized crime yields proceeds that are laundered internally.

The internal jurisdiction presents criminals with low risk environment because the institutions for monitoring compliance, detecting crime and implementing the law, and the methods and process of doing so, are ineffective. The system leaks from within and this allows the laundering of the proceeds of organized crime within the country to flourish. The external dimensions of money laundering compound the problem when linkages between criminal groups are established.

It is possible to construct a typology of internal money laundering by analyzing the areas in which the proceeds of crime are invested. For example, an analysis of the properties and businesses of suspected government officials would show that they conceal illicit funds in the accounts of legal businesses that are likely to produce a heavy flow of cash, such as wholesale businesses, laundrettes, commuter transport, beach hotels and boutiques. On the whole, the trend in Tanzania is that the service sector attracts most investment from bureaucrats in the government.

1.3.1.2. External laundering

In this case, the actors are externally based and use the receiving country as an investment location or a transit location (for example, when funds are channeled into resident banks, laundered through the accounts of shell companies and then sent on to offshore banks)³⁴. Illegal profits and the proceeds of transnational organized crime move from one country to another according to the logic of global development. The developing areas, because they are

34 P. Reeves, "Tougher laws to tackle international corruption", *Guardian*, 30 May 2002.



low risk jurisdictions, have a high capacity for absorbing illicit proceeds³⁵.

The most usual method of transference is to send the money to an offshore centre, where legal constraints are less stringent and policing and judicial cooperation are virtually non-existent. Transnational crimes, which give rise to most transnational money laundering, are drug trafficking and international corruption. In the case of Tanzania, to measure the extent of external money laundering each typology must be constructed as an independent variable, whereby the actors and transactions in each typology are distinct from other typologies³⁶.

It is possible to measure the extent of money laundering in each typology, especially in those involving the public economy sectors. It is more difficult to measure the extent of money laundering which takes place in the private sector. International organized crime groups have huge amounts of cash, which they have been known to use to fund their activities and legal business as a means of concealing ill-gotten funds³⁷.

International trading companies and multinationals bribe government officials to award them contracts, especially for projects in developing areas. They usually do this by paying "commission". A news correspondent, Peter Reeves, states the following: «Bribery and corruption lead to a society where economic and political decisions become twisted. They slow social progress, hamper economic development and drive up prices for products and services»³⁸.

35 *Ibidem*.

36 *Ibidem*.

37 P. Reeves, *op cit*, p. 5.

38 *Id.*, p. 6.

I.3.2. Examples of internal money laundering in Tanzania

I.3.2.1. Corruption

In 2000 Transparency International listed Tanzania as the ninth most corrupt country in the world. The state sector was singled out as the most corrupt sector, with law enforcement agencies, especially the police, the judiciary, the Revenue Authority and Public Procurement topping the list of the most corrupt departments in the state system³⁹.

It should be noted that Ministers, permanent secretaries and senior civil servants build mansions, form business partnerships with foreign companies, and send their children abroad to study at expensive schools. The wealth they accumulate is far above what they officially earn. The research indicates that a number of senior government officials have accounts with foreign banks. Some have bought flats and mansions abroad⁴⁰.

I.3.2.2. Misappropriation of public funds

In Tanzania, every year the Controller and Auditor-General (CAG) issues the Annual Audit Report of Expenditure of Government Finances. The reports also mention the unaccounted for and unauthorized expenditure of tens of billions of Tanzanian Shillings (TSh) specifically in public procurement. This lack of accountability and control has caused the government loss of huge amounts of public and donor funds⁴¹.

According to the CAG, Blandina Nyoni, «payment documents submitted by the Ministries and departments for goods, services and utilities amounted to US\$106.2 million but

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibidem.*

after verification the figure dropped to \$88 million⁴². The amounts involved might appear small, but they are not negligible in Tanzania's underdeveloped economy⁴³.

Government departments have been occasionally defrauded, such as by the use of ghost workers. In the 1998/1999 financial year it was discovered that 20 000 ghost workers had cost the government up to US\$2.4 million annually since 1990. This immense loss of public resources is the work of organized criminal groups within the state sector⁴⁴.

The most recent public procurement case involves the awarding of a tender for importing maize for food security⁴⁵. The Parliamentary Public Accounts Committee, which scrutinized the accounts of the Ministry of Agriculture and Cooperatives, discovered that there had been a conflict between the Ministry of Agriculture and Cooperatives and the Central Tender Board concerning the awarding of the tender. The conflict came into the open when both institutions placed advertisements in the newspapers at different times calling for open public tenders for the importation of white maize. The conflict and confusion that ensued necessitated cancellation of the contract that had been awarded to M/S Southern Atlantic Grains Agents (Pty) Ltd of South Africa. The company eventually brought a civil case against the government for breach of contract. The case was heard in the High Court of Tanzania⁴⁶

The exercise of selecting companies to import and sell maize to the government did not adhere to laid down regulations concerning public procurement. It does not show that the

42 Statement by Blandina Nyoni, Controller and Auditor General, *Guardian*, 4 July 2002

43 *Ibidem*.

44 *Ibidem*.

45 Ref. N° MA 116 of 31 March 2010.

46 Case N° 12 of 2009.

government decision to import maize was prompted by a disaster⁴⁷.

The sale of the contract to the third party was dubious, which is how Tanzania Packages Manufacturers (1998) Ltd came into the picture when M/S EECO Traders reneged on the contract. The discovery that the contract sale was dubiously done between the parties meant that the government had to forego over US\$29,000, its commission for opening Letters of Credit with the National Bank of Commerce in favor of M/S EECO Traders.

There was a shortfall in the loads of maize imported into the country of 1,662,985 tons. The government did not bother to recover the shortfall. Two private companies had been contracted to bring maize worth US\$6 million into the country. The government lost over US\$83,000 in opening Letters of Credit, because of their cancellation due to changing of company in which the letters of credit had been designated.

Over US\$1,113,788,942 was paid to Tanzania Package Manufacturers (1998), a company owned by a Member of Parliament. The auditors could not verify whether any contract existed between the government and this company, or whether the maize paid for had actually been imported into the country.

⁴⁷ *Ibidem*.

1.3.2.3. Tax exemptions

Various tax systems grant a tax exemption to certain organizations, persons, income, property or other items taxable under the system. Tax exemption may also refer to a personal allowance or specific monetary exemption which may be claimed by an individual to reduce taxable income under some systems. Tax exempt status may provide a potential taxpayer complete relief from tax at a reduced rate, or tax on only a portion of the items subject to tax.

Examples include exemption of charitable organizations from property taxes and income taxes, exemptions provided to veterans, and exemptions under cross-border or multi-jurisdictional principles. Tax exemption generally refers to a statutory exception to a general rule rather than the mere absence of taxation in particular circumstances (i.e., exclusion). Tax exemption also generally refers to removal from taxation of a particular item or class rather than a reduction of taxable items by way of deduction of other items (i.e., a deduction). Tax exemptions may theoretically be granted at any governmental level that imposes taxation, though in some broader systems restraints are imposed on such exemptions by lower tier governmental units⁴⁸.

In the first half of the 1990s, tax exemptions and uncollected taxes were estimated to be 70% of the total revenue for the financial year (1994). In 1994, the then Minister of Finance admitted to Parliament that donors had cut off aid because of tax exemptions. He admitted that exemptions had occasioned the loss of TSh80.4 billion in revenue between April and September 1994. TSh30.33 billions of this was due to exemptions, TSh31.48 billions was due to uncollected taxed, and another TSh18 billion had been lost

⁴⁸ http://en.wikipedia.org/wiki/Tax_exemption, accessed on 15/5/2012

for other reasons. It appears that those who have the power to grant tax exemptions are liable to receive payoffs from those who receive them, and then launder the kickbacks through foreign banks in London, Zurich and Luxembourg.

I.3.2.4. Foreign exchange control

Foreign exchange controls are various forms of controls imposed by a government on the purchase/sale of foreign currencies by residents or on the purchase/sale of local currency by nonresidents⁴⁹.

In 1988, Capt. Aziz, a pilot with the Zanzibar Air Charter Company, was caught red-handed with thousands of US dollars that he was intending to smuggle out of the country for an unnamed person. He could not account for the origin of such a huge amount of foreign currency. The money was seized because it contravened foreign exchange control regulations. In court, Capt. Aziz pleaded guilty and the money was forfeited. He received a prison sentence of twenty years⁵⁰.

I.3.2.5. Use of religious donations and informal lending organizations

Tanzania has a large number of citizens of Indian origin. They have kept their faiths and traditions, which they practice exclusively within their own sects. There have been claims from members of some sects, for example the Bohras, Ithnasheris and Ismailis, that they are forced to make contributions to the sects, ultimately to be handed over to religious leaders on their annual or biennial visits. The money collected is advanced to leading businessmen with foreign

49 A. Herbert, *op.cit.*, pp. 11-12.

50 P. Reeves, *op.cit.*, p. 6.

accounts, from which an equivalent sum in foreign currency is credited to the benefactor, the Religious Supreme Leader or Authority. No physical transfer of Tanzanian currency is involved, but the money collected by the religious institutions is presented as gift to the visiting titular head. Since the money cannot be sent abroad, it is advanced to businessmen of the same religion who have external accounts abroad and are obliged to pay the supreme leader of their religion⁵¹.

This category is believed to include certain trusts and foundations, for example Islamic, Christian and Indian subtypes that have international connections or are dependent on donations from abroad. Since the Iranian Revolution of 1979, there has been an enormous increase in the number of religious trusts and foundations. Their activities do not seem to be monitored, especially their access to external financial resources and accountability⁵².

In April 2002 the BOT circulated an internal memo to local banks instructing them to monitor and scrutinize forty-eight bank accounts belonging to various individuals and companies. This measure was prompted by accusations by the United States government that certain individuals and religious bodies were involved in funding international terrorism. An article in the *East African* claimed that "One director of a firm opened a bank account with \$100; a week later deposited \$2.58 million"⁵³.

A commercial bank in which the money was deposited alerted the BOT, which immediately froze the account. Up

51 The *East African*, Bank of Tanzania orders bank account frozen 17 April 2002. Tanzania is listed as a country in which some terrorist operatives are transiting or operating. There is increased activity by Police and FBI to try to uncover terrorist cells or operatives, mainly people of Middle East origin involved in irregular activities.

52 C. Maina, Combating organized crime in Tanzania, in C. Goredema (ed), *Organized crime in Southern Africa: Assessing legislation*, ISS Monograph series No, 56, Pretoria, Institute for Security Studies, 2001, pp 73-86.

53 *Ibidem*.

to the time of writing, four accounts belonging to Islamic trusts and foundations have been frozen. The identities of the individuals, trusts, foundations and companies that are under investigation could not be verified with the BOT. Furthermore, it is difficult for investigators to track exactly who has received money and from whom, because the transactions are usually conducted in unmarked cash. However, it is clear that the banks in Tanzania report some suspicious deposits and transactions to the BOT⁵⁴.

1.3.2.6. Misappropriation of donor funds

Donor funds are sometimes misappropriated, especially in projects that are implemented at district level, for example, health projects. Tanzania has been decentralizing its administration by making the district the strategic focus for public health service delivery and public Medicare⁵⁵.

Thus, in the 1990s and at the beginning of the 21st century, districts became responsible for receiving resources, distributing them equitably to meet local needs and ensuring accountability to local communities. Donors select districts that have critical development problems and provide funds to implement projects, specifically the healthcare project through the District Council. Funds for countrywide campaigns underwritten by donors, for example the anti-polio campaign, are transferred to the District Councils to meet the financial requirements of the public health campaign⁵⁶.

54 C. Maina, *op.cit.* Pp. 73–86.

55 *Ibidem*.

56 Tanzania has a big community of Indians and Pakistanis who use the *hawala* and *hundi* system to send money to their countries of origin. A good many people who are involved in these transactions are honest and prefer the system because it is cheap, simple and expeditious. However, organized criminal groups exploit the system to engage in money laundering and probably support terrorist group networks.

Another case involved the Ministry of Health headquarters, where foreign donor funds earmarked for the districts and already advanced to them were recalled, so that they could be used for purposes for which they had not been intended. The amount involved is estimated to be in the tens of millions of Tanzanian shillings. Donors threatened to call off the anti-polio campaign in 2009.

This would have embarrassed the government nationally and internationally. The Principal Secretary in the Ministry of Health was forced to resign. The government departments that used to receive huge amounts of donor funds faced the problem of accountability. These include the departments of Transport and Works, Health, Education and Agriculture⁵⁷.

I.3.3. Mechanisms for preventing, detecting and controlling money laundering in Tanzania

It is about legislative and institutional mechanisms for preventing, detecting and controlling money laundering in Tanzania.

I.3.3.1. Legislative mechanisms

Tanzania has taken a number of measures and passed a series of Bills to fight corruption, organized crime and money laundering. These include the establishment of the Permanent Commission of Inquiry, or Ombudsman, 1966; the Foreign Exchange Control Act 1966; the Anti-Corruption Act 1971; the establishment of an anti-corruption squad in 1975; the Economic Sabotage Act 1983; the Economic and Organized Crime Act 1984; the Proceeds of Crime Act 1991; the Leadership Code (Declaration of Assets) Act 1995.

⁵⁷ C. Maina, *op. cit.*, pp. 73-86.

Regarding institutional mechanisms, one can speak of the appointment of the Presidential Commission of Inquiry into Corruption, 1996, the BOT Circular to Banking and Non-banking Financial Institutions, N°8 of 2000, on Money Laundering. A Bill on money laundering is forthcoming; the Drugs and Illicit Traffic of Drugs Act 1995, the Arms and Ammunition Act 1991, the Mutual Assistance in Criminal Matters Act 1991, the Tanzania Intelligence and Security Act 1998⁵⁸.

In one way or another, Acts and regulations directly or indirectly target the proceeds of corruption and organized crime, and money laundering. Their focus is on corruption. Earlier concerns were with corruption within the state sector, corruption on the part of public officials, and abuse of power by officials. Concerns with organized crime, the proceeds of crime and money laundering were a later development.

The Prevention of Corruption Act (1971) covered a good deal of ground. It provides for preventive detection, requires persons under investigation to give an account of their properties and allow investigation of their bank accounts, prohibits transfer of advantage or property corruptly acquired, and it provides for forfeiture of assets.

1.3.3.2. Institutional mechanisms

In this paragraph, it is about the Prevention of Corruption Bureau, banking and non-banking institutions, bureau de change, civil society organizations, and the media.

1.3.3.2.1. Prevention of Corruption Bureau

The Prevention of Corruption Bureau (PCB) is a law enforcement agency. Its function is to detect and confiscate

⁵⁸ C. Maina, *op.cit.* pp. 73-86.

illegal proceeds, and carry out prosecutions. It is also intended to be an instrument for preventive action and for raising public awareness about corruption. It has to prepare an annual report on the state of corruption in Tanzania⁵⁹.

There have been calls from academics and Members of Parliament for the Bureau to be an autonomous institution, rather than falling under the ambit of the President's Office. Further, it should have the power to prosecute cases, rather than having to seek the permission of the Attorney-General to do so. Up to now, the Bureau still works under the supervision of the President's Office. Due to the fact that political and campaign financing is unregulated, political corruption, considered a major form of corruption, continues unabated⁶⁰.

1.3.3.2.2. Banking and non-banking institutions

Banks and other financial institutions are expected to regulate themselves to an extent. Such self-regulation would include: keeping records on all clients, whether they are account-holders or not; keeping a register of all transactions; investigation suspicious money flows and withdrawals; maintaining a transactions profile and keeping a list of suspicious transactions; training employees to be aware of suspicious transactions; not warning customers who are under investigation; and administrative sanctions for non-compliance: this applies to commercial merchant and investment banks in the country, which show laxity and allow acts of illegality to happen within their banks.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ C. Maina, *op.cit.* pp. 73–86.

I.3.3.2.3. Foreign Exchange Bureau and civil society organizations

Bureaux de change should require clients to declare the sources of the funds that are exchanged. Sectoral civil society organizations have been mobilized in the Integrity Program in the National Anti-Corruption Strategy and Action Plan, to fight corruption at the grassroots level and in policy debate and formulation⁶¹.

There are quite a number of non-governmental organizations (NGOs) involved in policy debate and advocacy against corruption in Tanzania. Transparency International is an international NGO that carries out research and produces annual reports on the state of global corruption, ranking countries on their level of corruption. It has consistently ranked Tanzania as one of the most corrupt countries in the world⁶².

I.3.3.3. Strengths and shortcomings in the control of money laundering in Tanzania

It is worth noting that existing Acts cover the major areas but indirectly on money laundering. There is a positive perception that money laundering is transnational. There is a move towards harmonization of money laundering law in the EAC region.

According to C. Maina, the main shortcoming is that the Acts focus on corruption and drug trafficking, but money laundering is not given priority. There is lack of political will on the part of the political leadership and political establishment⁶³. The Proceeds of Crime Act 1991 was based

61 C. Maina, *op. cit.*, p. 86.

62 *Ibid.*

63 *Ibid.*

on common law. Establishing whether a predicate crime has been committed is a problem that makes prosecution difficult or impossible. Law enforcement agencies are given little incentive to go into an area or to investigate a politician unless they have the permission of the Chief Executive.

The Prevention of Corruption Bureau plays a dual role as a law enforcement agency and as a creator of public awareness. Financial institutions have been given guidelines on reporting, detection and customer profiling, and what to do about suspicious transactions.

Political figures reported by PCB are known to have not been prosecuted after intervention by the Attorney-General on the behest of the President. Many corruption cases are quashed or dismissed because of the ambiguity of the Prevention of Corruption Bureau Establishment Act.

There is no single centre to co-ordinate matters relating to money laundering. It would be helpful to have one technical centre that receives and analyses data from different sources. There is no institutional capacity for detection, data analysis and research.

I.4. Money laundering in Rwanda

This section spells out the meaning of money laundering according to Rwandan law, effects of money laundering in Rwanda and factors which support money laundering in Rwanda.

1.4.1. Meaning of money laundering according to Rwandan law

According to the Law n°47/2008 of 09/09/2008 on prevention and penalizing the crime of money laundering and financing terrorism, the offense of money laundering is characterized by the following acts: the conversion, transfer or handling of property whose author knows that they are derived from felony or misdemeanor crimes, or from an act of participation in such offence, for the purpose of concealing or disguising the illicit origin of the property or assisting any person involved in the commission of such an offence to escape justice; the concealment or disguise of the true nature, origin, location, disposition, donation, rights with respect to or ownership of property, knowing that such a property is derived from felony or misdemeanor crimes or from an act of participation in such offences; acquisition, possession or use of property, knowing, at the time of receipt, that such a property is derived from felony or misdemeanor crimes or from an act of participation in such offences; Participation in, association⁶⁴ to commit, attempts to commit, aiding, inciting, abetting, facilitating or counseling the commission of any of the acts set forth in accordance with this Article⁶⁴.

Money laundering is committed even if the original acts leading to the acquisition, possession or transfer of the property to be laundered and the protection of the offender are carried out in the territory of another State.

1.4.2. Current Anti-Money Laundering legislation in Rwanda

As earlier mentioned, Rwanda has made a tremendous efforts to enact a specific law governing money laundering.

⁶⁴ Article 3 of the law n°47/2008 of 09/09/2008 on prevention and penalizing the crime of money laundering and financing terrorism, in *Official Gazette of the Republic of Rwanda*, N° 12bis of 23 03 2009.



It is the law n°47/2008 of 09/09/2008 on prevention and penalizing the crime of money laundering and financing terrorism. This law came to fill to some extent the gaps of the law N°08/99 of 18/6/1999 on regulation of banks and other financial institutions (Banking law).

The Law n°47/2008 of 09/09/2008 on prevention and penalizing the crime of money laundering and financing terrorism contains significant language on money laundering. The law n° 08/99 of 18/06/1999 on regulation of banks and other financial institutions (Banking Law) is replaced by the Law N° 007/2008 of 8/4/2008 concerning organization of banking.

Article 16 Paragraph 2 of this Law stipulates that *« banks are bound to provide the Central Bank with any information concerning the funds linked with illegal activities and must refuse the transfer or management of those funds »*. Moreover, article 78 Paragraph 2 of the same law states that *« banks and financial institutions must make sure of the lawful origin of funds they receive from their clients »*.

In addition to those specific provisions, there are other anti-money laundering provisions contained in the Penal Code⁶⁵ and Law N° 23/2003 of 7th August, 2003 on prevention and repression of corruption and related breaches⁶⁶, as well as the United Nations Convention against Organized Transnational Criminality which was ratified by Rwanda.

It should be noted that there is a need to increase penalties for financing terrorist activities and place greater restrictions on certain money-transferring businesses⁶⁷. The evidence suggests that the enforcement of anti-money laundering provisions is acute because when receiving money funds

65 Organic Law n°01/2012/OL of 02/5/2012 instituting the penal code, *Official Gazette* of the Republic of Rwanda, n° special of 14 June 2012.

66 Law n° 23/2003 of 7th August, 2003 on prevention and repression of corruption and related breaches.

67 Article 3 of the law n°47/2008 of 09/09/2008 on prevention and penalizing the crime of money laundering and financing terrorism, in *OG* N° 12bis of 23 03 2009.

form the public, the banks' concern is the origin of the funds. The most important thing for the banks is the big amount of money which will allow them to do their businesses. This is illustrated by the fact that so far the Rwandan case law in money laundering matters is not developed.

I.4.3. Problems generated by poor enforcement of the law governing money laundering

Money laundering is inextricably linked to underlying criminal activities that generate it. Laundering therefore promotes criminal activities and indeed reflects inadequate controls⁶⁸. In Rwanda, the crimes such as money laundering are prelude to other criminal activities such as drug trafficking, corruption, embezzlement, prostitution, terrorism among others⁶⁹.

It is important to note that money laundering undermines the soundness and the integrity of the country's financial system. Reputation for integrity is one of the most valuable assets of a financial institution. If funds from criminal activity can be easily processed through a particular institution it could be drawn into active complicity with criminals and become part of the criminal network itself.

Evidence of such complicity will have a damaging effect on the attitudes of the financial intermediaries and of regulatory authorities, as well as ordinary customers. In addition, it should be mentioned that money laundering inflates the local currencies⁷⁰.

I.4.4. Factors which support money laundering in Rwanda

This section presents the inadequate capacity among law enforcement and judicial officers and finally the unstable neighboring regimes.

⁶⁸ Rwanda National Police, *Poverty alleviation: a catalyst for crime reduction*, Kigali, Police Magazine n°002, p. 30.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*

I.4.4.1. Inadequate capacity among law enforcement and judicial officers

Despite the achievement registered by the Rwanda National Police to curb the crimes of money laundering, it is important to note that the FIU⁷¹ faces several challenges. For example as a new department, FIU⁷² is still struggling with capacity building issues. The existence of inadequate capacity among law enforcement, judicial officers and regulators to deal with the money laundering process is reported in Rwanda⁷³.

I.4.4.2. Unstable neighboring regimes and porous borders

Rwanda has porous borders and is surrounded by some politically unstable countries. The politically unstable countries therefore export criminalities to Rwanda. These situations are highly conducive to money laundering and complicate the fight against the crime.

I.5. Money laundering in Uganda

This section deals with the current situation of the fight against money laundering and the enforcement and implementation issues.

I.5.1. Current situation of the fight against money laundering

As earlier mentioned, money laundering is the processing of criminal proceeds to disguise their illegal origin. This is done by disguising the sources, changing the form or moving the funds to a place where they are less likely to

71 Financial Investigative Unit.

72 Financial Investigative Unit.

73 Rwanda National Police, *op.cit.*, p. 30.

attract attention⁷⁴. Money laundering is⁷⁵ in simple terms a term used to describe investment or other transfer of money flowing from racketeering, drug, transactions and other general signification, comprehends or sources into legitimate channels so that its original source can not be traced⁷⁶.

The US State Department Money Laundering Report-2011 denotes that Uganda is not a major center for narcotics trafficking or terrorist financing, but it is a growing site for money laundering⁷⁷. The fight against money laundering should include legal and institutional framework. This framework should be efficient in order to combat efficiently the crime of money laundering.

It should be mentioned that Ugandan efforts to combat money laundering are hindered by the continued absence of comprehensive anti-money laundering legislation, severe resource constraints, and internal government corruption. The Report of Transparency International shows that Uganda is among the first corrupt countries within East African Community⁷⁸.

Uganda's inability to monitor formal and informal financial transactions, particularly along porous borders with Sudan, Kenya, Tanzania, and the Democratic Republic of Congo render Uganda vulnerable to more advanced money laundering activities and potential terrorist financing.

74 A.K Mulci, *Establishment of anti-money laundering regime in the member states of AACB-Eastern Africa sub region: recent experience, regional co-operation, the role of Central Banks*. Nairobi, 2012, p. 2.

75 X., <http://www.spiegel.de/international/business/html>, accessed on 7/5/2012.

76 Z. Myret, *Le secret bancaire est mort, vive l'évasion fiscale*, Edition Favre, 2010, p. 49.

77 US State Department Money Laundering Report - 2011.

78 The Transparency International Report -2011.

It should be noted that in Uganda, like in many other East African Countries, money laundering derives from a wide range of activities, including government corruption, misappropriation of public funds and foreign assistance, abuse of the public procurement process, abuse of religious charities, land speculation, car theft, arms and natural resource smuggling, and exchange control violations⁷⁹.

Uganda's active informal economy also provides a fertile environment for money laundering as Uganda's black market for smuggled and counterfeit goods takes advantage of porous borders and lack of customs and tax collection enforcement capacity.

1.5.2. Anti-money laundering law enforcement and implementation issues

The US State Department Money Laundering Report–2011 shows that Uganda has not criminalized money laundering. The Uganda Anti-Money Laundering Committee (UAMLC), comprised of multiple Ugandan government ministries and chaired by the Bank of Uganda (BOU), has worked with advisors to draft a comprehensive anti-money laundering (AML) bill based on international standards. It is worth noting that the UAMLC completed the draft AML bill in 2003, and Cabinet approved the bill in January 2005. The draft legislation was submitted to Parliament in 2009 and has not come up for a vote⁸⁰.

In these perspectives, current efforts to combat money-laundering are piecemeal and based on other legislation such as the Anti-Terrorist Act of 2002⁸¹ and the Financial

⁷⁹ X, <http://www.knowyourcountry.com/uganda1111.html>, visited on 30/5/2012.

⁸⁰ US State Department Money Laundering Report – 2011.

⁸¹ Anti-Terrorist Act of 2002 in Uganda.

Institutions Act of 2004⁸². One can criticize the Anti-Terrorist Act because it makes terrorist financing illegal, but does not place it in the overarching framework of money laundering, and there is no evidence that it has been used to effectively prosecute financiers of terrorism. There is no suspicious transaction reporting requirement for terrorist financing under this act.

The Financial Institutions Act provides the BOU with the ability to freeze accounts they believe hold funds which are the proceeds of crime, but does not provide procedures for releasing funds or forfeiture. It also gives the BOU authority to set know-your-customer and suspicious transaction reporting requirements for financial institutions, foreign exchange bureaus, and deposit-taking microfinance institutions.

However, reporting procedures remain unclear and insufficient whistleblower protection limit the efficacy of these regulations. Another very important to mention here is that the Insurance Commission and Capital Markets Authority also have know-your-customer and suspicious transaction reporting guidelines for their regulated entities, but no firm regulations.

The Criminal Investigations Department (CID) of the Ugandan Police Force is responsible for investigating financial crimes. However, until Parliament approves the AML legislation, the CID maintains only limited authority to investigate and prosecute money laundering violations. Like in many other East African Community member states, such as Rwanda, Tanzania and Burundi, the Ugandan Criminal Investigations Department (CID) is understaffed and lacks adequate training in financial investigation techniques related to

82 Financial Institutions Act of 2004.

Anti Money Laundering and terrorist financing⁸³. Internal corruption within the CID also hampers police investigative capacity. According to GOU officials, criminals often have access to technology that is more sophisticated than what is available to police investigators. The Inspectorate General of Government has the power to investigate cases brought to it by the public, but in practice has not investigated Anti-Money Laundering and terrorist financing cases.

Many Ugandans working abroad use an informal cash-based remittance system to send money to their families. Annual remittances are Uganda's largest single source of foreign currency and totaled \$414 million in 2008/2009. Remittances are used primarily for consumption purchases.

In a nutshell, the Government of Uganda should become a party to the UN Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and the UN Convention against Transnational Organized Crime.

II. Mechanisms to cope with money laundering in East African Community

This chapter deals with the legislative and institutional framework for fighting against money laundering in East African Community member states.

II.1. Legislative mechanisms to fight against money laundering

II.1.1. Procedure measures for fight against money laundering

The procedure of established companies would not allow creating screen companies designed for money laundering.

⁸³ US State Department Money Laundering Report – 2011.

Concerning bank transactions, the banking regulation particularly the exchange regulation, imposes that the related reports be recorded and transmitted to the Central Bank for verification of their lawfulness.

II.1.2. Regulation of bank secrecy

EAC laws do not clearly describe the nature of bank secrecy but in some jurisdictions, the principle of bank secrecy is sometimes considered as one of the main aspects of private banking⁸⁴. It was also been accused by non governmental organizations and governments of being of the main instruments of underground economy and organized crime⁸⁵. From the above, it is important to suggest the effective and efficient enforcement of bank secrecy regulations.

However, banks should always provide the EAC Central Banks with any information concerning the funds linked with illegal activities and must refuse the transfer or management of those funds. In addition, banks and financial institutions should make sure of the lawful origin of funds they receive from their clients.

II.1.3. Application of sanctions against Money Laundering and Financing Terrorism

It is quite clear that anti-money laundering laws have been enacted in most EAC Member states⁸⁶. But, the application of those sanctions provided by such laws is acute. The most important thing is to note that the crime of money laundering

84 J.MUNEZERO, *De l'obligation d'opérations suspectes comme exception au secret professionnel des banquiers en droit rwandais*, Mémoire, Kigali, ULK, Faculté de droit, 2006, p. 14, unpublished.

85 H. LEROY «Bank secrecy», <http://www.Lematin.ch/actu/-debat/myret-zaki-suisse-fait-235019>, accessed on 24/5012.

86 See in Rwanda for example articles 48-50 of the Law n°47/2008 of 29/9/2008 on the prevention and penalizing the crime of money laundering and financing terrorism, *Official Gazette*, n°12 bis of 23/3/2009.

should be severely punished in a harmonious way. In addition, the jurisprudence in East African Community is silent as regards the punishment of money laundering. The sanction against money laundering should effectively and efficiently be applied by the courts.

II.2. Institutional mechanisms to fight against money laundering

This section deals successively with the reinforcement of the Central Bank Commission, reinforcement of Financial Investigative Unit (FIU), Monitoring of accounts transactions, the role of UNODC Eastern Africa, Public awareness and regional and international cooperation.

II.2.1. Role of Central Banks

As the main regulator and supervisor of banks, the Central Banks of East African Community are supposed to carry out the functions of Financial Intelligence Unit with the Bank Supervision Division being the unit responsible for ensuring compliance with any legislation on Anti-Money Laundering as well as acting as the main national co-ordination centre on AML issues.

The Central banks are responsible for supervising the implementation of laws and regulations governing the operations of financial institutions such as banks, and exchange bureau. With regards to Anti Money Laundering issues, it ensures that such institutions verify and keep records of the identity of customers, keep records of financial transactions and report unusual or suspicious transactions to the Central Banks which later carries out further investigations. After having established that a case of suspected money laundering exists, the Central Banks forward the case to the Commissioner of the Police⁸⁷.

⁸⁷ A.K. Mulici, *op. cit.*, p. 21.

In Rwanda, on 3rd September 2002, the Central Bank of Rwanda signed an Order n° 23/2002 creating a Commission in charge of examining the ways and means of fighting against money laundering and the financing of terrorism activities. Based on the Commission's report, the bank management has requested and obtained support from the World Bank and International Monetary Fund for leveling its legal institutional system for the fight against money laundering and the financing of terrorism activities.

It is in this connection that a joint Mission of the World Bank and International Monetary Fund visited Kigali from 3rd-10th July, 2004 to examine the areas where necessary assistance could be provided. The Mission prepared an action plan of activities to be implemented, namely, the laws to be set up, the Financial Intelligence Unit to be created, as well as training activities⁸⁸.

It should be noted the role of central banks is obvious and it should be reinforced. In addition, the information regarding money laundering is kept as a secret by banking institutions in most of banks. Central Banks of EAC should adopt strategies to combat money laundering. They should also request all banking institutions and micro-finance institutions to play an active role in fighting against money laundering. Central banks should also collaborate when drafting anti-money laundering policies.

II.2.2. Reinforcement of Financial Investigative Unit (FIU)

The Financial Investigative Unit is endowed with responsibilities including collecting, analyzing, disseminating the information and investing in view of combating money laundering and financing of terrorism in accordance with the law on prevention and penalizing the crime of money laundering and terrorism financing⁸⁹.

88 J. Kimanuka, *Bank secrecy and money laundering under Rwandan Law*, Dissertation, Kigali, Kigali Independent University, 2011, p. 40, unpublished.

89 International Convention for the suppression of financing terrorism of January 2000 ratified

Financial Investigative Units face several challenges. Efforts are needed to cope with those challenges. These include the struggling with capacity building issues. The FIU staff needs to be trained in legal and financial operations. They also need to be able to understand and interpret the new financial laws.

II.2.3. Monitoring of accounts transactions

A sufficient monitoring program should be put in place. The concerned staff should be familiar with significant transactions and increased activity in the account and will be especially aware of odd or mistrustful activities and there be management information system for timely provision of information needed to identify, analyze and effectively monitor high risk customer accounts⁹⁰.

Ultimately, banking institutions should pay particular attention to all complex, oddly large transactions and all abnormal patterns of transactions that have no apparent or visible economic or lawful purposes⁹¹.

II.2.4 The role of UNODC Eastern Africa

In February 2008 UNODC Eastern Africa⁹² launched a regional project addressing money laundering and financing of terrorism in Rwanda, Tanzania and Uganda. The project aims at strengthening the capacities of these countries to combat money laundering and financing of terrorism with particular focus on asset forfeiture. The project strategy envisages establishment of legislative and institutional mechanisms as well as building of capacity of relevant government authorities and financial institutions

by the Presidential Order n° 14/4/2002 in OG n° 14, 2002.

90 Bank Populaire du Rwanda (BPR), *Anti-Money Laundering Policy*, Kigali, 2010, pp. 13-15.

91 C. BARBARA, *Introduction to Banking*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 32.

92 The UNODC means United Nations Office on Drugs and Crime. Its regional Office in Eastern Africa is located in the complex of United Nations Office at Nairobi, Kenya. It covers thirteen countries: Burundi, Comoros, Djibouti, Eritrea, Ethiopia, Kenya, Madagascar, Mauritius, Rwanda, Seychelles, Somalia, Tanzania and Uganda.

in combating terrorism financing, money laundering and asset forfeiture.

UNODC established close partnership with the Eastern and Southern Africa Anti-Money Laundering Group (ESAAMLG) based in Dar-Es-Salaam, Tanzania. A UNODC expert was based at ESAAMLG to provide technical assistance to fourteen member countries. UNODC has provided hardware to set for Computer Based Training on anti money-laundering to Kenya and Uganda⁹³.

The UNODC is strengthening its partnership with the Eastern African governments and is assisting them in tackling their drug, crime and terrorism challenges in a more comprehensive and focused manner. Keeping in mind the peculiarity of the political and socio-economic context of the sub-region, UNODC has developed a strategy that is intended to help countries build the necessary local capacity and enhance regional cooperation to ensure a sustainable and long lasting impact of their interventions against drugs, crime, and terrorism that threaten to impede many of their development goals.

II.2.4. Public awareness

Lack of public awareness is another crucial challenge in combating money laundering. At the moment in most EAC, very few individuals realize that money laundering is a crime. Tools such as radio, TV talk show, adverts and probably a countrywide tour should be used because they can also contribute to the fight against money laundering. It should be noted that to avoid money laundering necessitates the use of financial institutions to transfer large sums of money. The information regarding money laundering should be shared to ensure that the units become proactive in prevention of money laundering.

93 X, «Money laundering and East African Community», <http://www.unodc.org/easternafrica/en/money-laundering/index.html>, accessed on 7/5/2012.



II.2.5. Regional cooperation

Cooperation among EAC member states is a necessity to fight against money laundering. This cooperation should be oriented especially in the exchange of information, in investigation and procedure with regard to protective measures, seizures and confiscation of the instruments, funds and property related to money laundering and financing of terrorism, for the purposes of extradition and the purposes of mutual technical assistance⁹⁴.

Given the extent of the crime of money laundering and its consequences of economies of EAC member states, the request for cooperation to prevent the commission of this crime should not be refused. It has been criticized in East African Community member states that the level of cooperation is still low.

94 F.S. MISHKIN, *The economics of money, Banking and Financial markets*, 8th Ed., Pearson, 2007, p.114

GENERAL CONCLUSION

Now that we have come to the end of this article, it should be noted that money laundering crime is predominantly committed through the financial sector and involves a three-stage process. Firstly, the placement of unlawful proceeds into the financial institutions through deposits, wire transfers and others; secondly, layering by separating the criminal activity proceeds from their origin by creating complex layers of financial transactions designed to disguise the audit trail and; thirdly, integration by using an apparently legitimate transaction to disguise illicit proceeds, that is, re-introducing the laundered proceeds of illegally acquired money back into the economy in such a way that they re-enter the financial system albeit as normal business funds.

In this article, it has been shown that the crime of money laundering is at its worst in East African Community member states. The related process is of critical importance, as it enables practitioners to enjoy the proceeds without jeopardizing the sources. It has been clear that money launders, however, target activities that are easy to be disguised. Research indicates that these activities, *inter alia*, include private banking, currency exchange houses, stock brokerage houses, gold dealers, casinos, automobile dealers, insurance companies, free trade zones, trade financing and others.

The major concern in this article was to show that in five East African Community member states, the crime of money laundering is overriding. East African Community member states need to answer to the prevalence of economic and financial crimes especially money laundering and its overwhelming economic consequences by adopting a series of legislative and institutional mechanisms.

In this regard, it is necessary to avoid money laundering and use financial institutions to transfer large sums of money. It is worth noting that in East African Community, there is a need to share information as regards money laundering to make sure that the institutions become proactive in prevention of money laundering. In doing this, no doubt will curb the negative effects of money laundering.

In nutshell, this paper has analyzed the legal and institutional framework of money laundering within East African Community. The research has shown that the crime of money laundering is acute and hampering the socio-economic development of East African Community member states.

Given the extent of the crime of money laundering and its consequences on the economies of East African Community member states, the following suggestions are worth mentioning:

- ✓ Procedure measures for fighting against money laundering are necessary ;
- ✓ Application of sanctions against Money Laundering and Financing Terrorism is a necessity;
- ✓ The need of capacity building is necessary to cope with money laundering;
- ✓ Efforts are needed for effective enforcement of anti-money laundering laws within East African Community member states;
- ✓ Request for internal institutional collaboration is necessary;

- ✓ There is a strong need for international and regional cooperation to prevent the commission of the crime of money laundering.

By respecting these suggestions, countries would eradicate the crime of money laundering which is at its worst in East African Community.

BIBLIOGRAPHY

A. Legislation

1. United Nations Convention against illicit traffic in narcotic drugs and Psychotropic Substances of 1998.
2. International Convention for the suppression of financing terrorism of January 2000 ratified by the Presidential Order n° 14/4/2002 in *Official Gazette*, n°14, 2002.
3. International Convention for the suppression of financing terrorism of January 2000.
4. Constitution of Kenya Review Commission *Main Report of the Constitution of Kenya Review Commission*, 18 September 2002.
5. Organic Law N°01/2012/OL of 02/5/2011 instituting the Penal Code, in *Official Gazette of the Republic of Rwanda* n° special of 14/6/2012.
6. Law n°47/2008 of 29/9/2008 on the prevention and penalizing the crime of money laundering and financing terrorism, *Official Gazette*, n°12 bis of 23/3/2009.

7. Law n°07/2009 of 27/4/2009 on commercial companies amending the law n°06/1988 of 12/2/1988.
8. Law N°007/2008 of 8/4/2008 concerning organization of banking.
9. Law N° 23/2003 of 7th August 2003 on prevention and repression of corruption and related breaches.

B. Books

1. *Banque Populaire du Rwanda (BPR), Anti-Money Laundering Policy*, Kigali, 2010.
2. Barbara, C., *Introduction to Banking*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
3. Mishkin, F.S., *The economics of money, Banking and Financial markets*, 8th Ed., Peason, 2007.
4. Mulei, A. K., *Establishment of anti-money laundering regime in the member states of AACB-Eastern Africa sub region: recent experience, regional co-operation, the role of Central Banks*, Nairobi, 2012.
5. Myret, Z., *Le secret bancaire est mort, vive l'évasion fiscale*, Edition Favre, 2010.
6. Transparency International, *Urban bribery index*, Transparency International (Kenya), Nairobi, 2002.
7. Wanguhu, C., *Regulatory deficiencies impacting on Anti Money laundering measures*, Wednesday, April 11th, 2012.

C. Dissertations, Lecture notes, Article and report

1. Kimanuka, J., *The bank secrecy and the fight against money laundering: a case study of Rwandan Law*, Dissertation, Kigali, ULK, Faculty of Law, 2011,

unpublished.

2. Kizito, S., *Commercial law*, course notes, Kigali, ULK, Faculty of Law, 2012.
3. Maina, C., «Combating organized crime in Tanzania», in C Goredema (ed), *Organized crime in Southern Africa: Assessing legislation*, ISS Monograph series No. 56, Pretoria, Institute for Security Studies, 2001.
4. MUNEZERO, J., *De l'obligation d'opération suspectes comme exception au secret professionnel des banquiers en droit rwandais*, Mémoire, Kigali, ULK , Faculté de droit, 2006.
5. Rwanda National Police, *Poverty alleviation: a catalyst for crime reduction*, Kigali, Police Magazine n°002, 2010.
6. Mutahi Ngunyi, «Liberalising a bandit economy», *Daily Nation*, 9 July 2000.
7. US State Department Money Laundering Report – 2011.

D. ELECTRONIC SOURCES

1. Kegoro, G., «Money laundering patterns in Kenya», available at <http://www.iss.co.za/pubs/Monographs/No90/Chap5.html>, accessed on 10/5/2012.
2. LEROY, H., «Bank secrecy», <http://www.Lematin.ch/actu/-debat/myret-zaki-suisse-fait-235019>, accessed on 24/5/2012.
3. Walker, J., «Modeling Global Money Laundering Flows - some findings», available on <http://www.johnwalkercrimetrendsanalysis.com.au/ML%20method.htm>, accessed on 7/5/2012.

4. X, <http://www.aegisaml.com/index.php/home/Burundi>, accessed on 7/5/2012.
5. X, <http://www.aegisaml.com/index.php/home/Burundi>, accessed on 7/5/2012.
6. X, «Money laundering and East African Community», <http://www.unodc.org/easternafrika/en/money-laundering/index.html>, accessed on 7/5/2012.
7. X., <http://www.spiegel.de/international/business/html>, accessed on 7/5/2012.

**PROBLEMATIQUE DE L'APPLICATION DU
PRINCIPE DU CONSENSUALISME DANS LE
CONTRAT DE CREDIT A LA CONSOMMATION
EN DROIT RWANDAIS**

By MUNYAMAHORO René*

* MUNYAMAHORO René est enseignant permanent à l'Université Libre de Kigali depuis 2006. Actuellement il est chef de département de Droit.

ABSTRACT

The principle of freedom of contract is regarded as the formal expression of parties' will, which are "naturally" predisposed to fulfill their agreements and signed deals. By promising, the promisor devotes himself to act in the future in favor of the other contractual party, in this way manifesting his will to plainly comply with his contractual obligation. Consequently, signing a contract has the consequence of binding one party to the other, influencing his future actions and behavior.

However, this seems frequently unfair when parties to the contract are not equal, generally consumer contracts, and more especially in credit contract, where one party, the borrower, is usually in a weaker bargaining position than the lender. Asymmetry in the allocation of information, together with personal and economic conditions, may lead to "inequality of bargaining power", between contracting parties

The contract of credit for consumption as in many other adhesive contracts, is a contract made between two or more persons who are in different level of awareness. Being a pre-established contract by the professional, it contains sometimes unfair terms which give to the moneylender more advantages than the borrower of money.

In this research, we found that most of time, bankers provide in their contracts of loan terms which stipulate an excessive interest rate in case of delay in payment. When analyzing that rate, we have found that these terms are unfair. Basing on that interest in case of delay stipulated, when comparing the latter with the interest provided in case of the normal execution, we found that it is abusive since the normal interest rate provides by banks varies between 1.2 % to 1.5% and this per year varies between 14% and 18%. In case of delay when it is per month, varies between 4% and 10% per month which is 48% to 120% per year.

Another problem is the existence of terms in many contracts which give the banks unilateral right of modifying contract when it is considered that is not fitting them. At the end of this work, we have proposed mechanisms with the aim of solveing the issue raised. Among these we have enumeration of terms which are considered to be inballanced, increase of thec role of the Central bank and the Ministry of Finance and that of the Ministry of commerce, etc.

INTRODUCTION

Dans le monde des contrats, le consensualisme occupe une grande partie. Cette liberté de conclure ou de ne pas conclure justifie le fait que la plupart de lois en matière contractuelle sont supplétives et interprétatives de volonté. Ces lois s'appliquent parce que les parties l'ont voulu et peuvent de leur volonté, les écarter et donner à leur contrat un contenu et des effets différents de ceux qui sont prévus dans la loi¹.

La conséquence de cette volonté est la création d'une loi des parties qui est appelée « convention-loi » et par conséquent devait répondre aux exigences de l'article 64 de la loi sur les contrats qui prévoit que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi »¹. Cette notion fait que le contrat reste irrévocable tant que les parties n'ont pas, d'un commun accord, changé son contenu, et elles ont l'obligation de l'exécuter.

Néanmoins, dans les relations entre professionnels et consommateurs, les choses changent. En considérant les principes énoncés par le code civil, nous remarquons la faiblesse du principe de la convention-loi du point de vue pratique. Ses exigences sont nettement élevées. Elles sont même au dessus de ce que les simples citoyens sont capables de concevoir. Le droit civil exige de la part des justiciables, lorsqu'ils contractent, de la prévoyance, du discernement et du jugement.

La pratique bancaire rwandaise nous montre que les emprunteurs se présentent devant les banques sollicitant un crédit auprès d'elles, ces dernières leur présentent un

¹ A. NGAGI, *Cours de droit civil des obligations*, manuel pour étudiant, Butare, Editions de l'UNR, 2004, p. 23.

formulaire à remplir. Les emprunteurs signent quelquefois sans toutefois lire ou après avoir lu mais sans analyse, ou même sans le droit de proposer les modifications parce qu'ils sont sous la pression soit du besoin de l'argent soit de leur ignorance.

Or, dans la plupart des cas, ces contrats d'adhésion contiennent des clauses qui tendent à protéger les intérêts des prêteurs au détriment de ceux des emprunteurs. Il en est par exemple des clauses qui fixent les taux d'intérêt, les intérêts moratoires en cas de retard dans l'exécution, la clause de résolution unilatérale en faveur de la banque, l'obligation de souscrire une assurance dans telle ou telle compagnie d'assurance, etc.

L'article 7 du formulaire de contrecession de l'ECOBANK² précise que : « au cas où le paiement attendu ne sera pas entièrement effectué à l'échéance convenue, le créancier se réserve le droit de réclamer des intérêts de retard au taux unique de 10% par jour de retard calculé sur l'encours du crédit restant impayé à cette date ». Cette clause une fois acceptée, l'emprunteur a l'obligation de l'exécuter même lorsqu'elle est abusive.

Pour d'autres banques, la question est la même. Les clauses qui prévoient les intérêts moratoires sont quelque fois injustifiés. Il en est par exemple des contrats de prêts de la Banque Commerciale du Rwanda³, Banque Populaire du Rwanda Ltd⁴ et de la Banque de Kigali⁵. Pour la Banque Populaire du Rwanda, l'article 3 du contrat de prêt prévoit que le taux moratoire est de 7%, quant à la Banque Commerciale du Rwanda, l'article 5 du contrat de crédit hypothécaire prévoit que le taux d'intérêt de retard est de 2%. Toutes ces clauses ne précisent pas si ce taux est

² ECOBANK est l'ancienne Banque de Commerce et d'Industrie (BCDI).

³ Contrat de crédit hypothécaire de la Banque Commerciale du Rwanda Ltd.

⁴ Contrat de prêt de la Banque de Kigali Ltd.

⁵ Contrat de prêt à tempérament de la Banque Populaire Ltd.

appliqué à quoi (assiette) ou si c'est par jour de retard, mois ou par an.

L'article 4 du contrat de prêt à tempérament de la Banque de Kigali, quant à lui présente un caractère ambigu. Cet article prévoit que « le solde restant dû, augmenté des intérêts et des frais majorés à titre de dommages- intérêts d'une indemnité fixée à 1/10^e de ce solde avec minimum de deux cent cinquante Francs Rwandais. – portée à cinq cents francs rwandais. En cas de recours en justice deviendra exigible immédiatement et de plein droit si l'emprunteur est en défaut de paiement d'au moins deux échéances ou d'une somme équivalent à 20% du montant de prêt, et ne s'exécute pas dans le délai de 30 jours à compter du dépôt à la poste d'une lettre recommandée contenant mise en demeure ».

Ces contrats nous ont poussé à nous poser la question de savoir le sort d'un débiteur qui ne paie pas à temps à qui on applique ce taux soit par jour ou par mois. Il y a le risque qu'il payera approximativement le double de ce qu'il avait reçu.

Quant au délai de rétractation, l'article 18 de la loi belge sur le crédit à la consommation accorde aux consommateurs un délai de réflexion lorsque le contrat a été conclu le jour à partir duquel l'offre est valable ou lorsque la conclusion du contrat a eu lieu en dehors de l'entreprise de prêteur ou de l'intermédiaire. Ce délai de rétractation étant fixé à sept jours en Belgique et en France⁶ et à deux jours au Québec⁷.

Au Rwanda, il n'existe pas de législation prévoyant un tel délai de réflexion ou de rétraction en faveur du consommateur. Au contraire, les cas qui existent au Rwanda sont ceux dont les banques après avoir conclu un contrat de crédit

6 Loi citée par A. NGAGI, *La protection des intérêts économiques des consommateurs dans le cadre du libéralisme économique en droit rwandais*, Butare, Editions de l'UNR, 2004, p.299.

7 A. NGAGI, *op. cit.*, p. 299.

se rétractent sans même prendre soins d'avertir son client⁸.

Face à ce raisonnement controversé, nous nous sommes posé des questions suivantes :

- L'application du principe de l'exécution de bonne foi dans le contrat de crédit à la consommation est-il absolu ? Quid si ce contrat contient des clauses abusives ?
- Quels sont les mécanismes qui peuvent établir l'équilibre contractuel entre le prêteur et l'emprunteur ?

Telles sont les interrogations qui vont guider notre recherche.



⁸ N. U. GATSINZI, *La protection de consommateur contre les clauses abusives en droit rwandais*, mémoire, Butare, UNR, 2005, p. 68, inédit.

CHAPITRE I. RAPPORTS ENTRE PARTIES DANS LE CONTRAT DE CREDIT A LA CONSOMMATION

La plupart de contrats de consommation sont des contrats d'adhésion que les professionnels mettent à la disposition des clients⁹. Le crédit à la consommation est parmi ce genre des contrats que, dans la plupart de cas, sont préparés par les prêteurs ; des contrats auxquels les emprunteurs ne viendront que pour adhérer. La particularité de ce type de contrat est qu'il constitue l'un des moteurs les plus puissants de la vie économique, en général et de la consommation en particulier¹⁰. Le fait que ce contrat fait impliquer des personnes de différentes catégories, ce contrat présente beaucoup d'abus.

Dans ce chapitre nous allons analyser le déséquilibre contractuel dans un contrat de crédit à la consommation, en commençant d'abord par certaines généralités en rapport avec ce contrat.

Section 1. Généralités sur le contrat de crédit

A. Définition

Etymologiquement, le mot crédit vient du mot latin '*credere*' qui signifie croire, avoir confiance¹¹. Dans son acception la plus courante, le mot crédit est synonyme de prêt d'argent. Lorsque le banquier octroie un crédit à une personne, il fait confiance non seulement à cette personne, mais aussi à son avenir. La confiance étant alors l'élément plus important dans le crédit auquel nous pouvons y ajouter un délai de paiement.

9 L. LJLKOFF, « La protection des consommateurs en droit civil canadien », in *RCDB*, 1973-1974, p.636.

10 A. M. NGAGI, *Op. cit.*, p. 294.

11 H. BAUDOUIN, *Crédit et banque*, Paris, LGD], 1962, p.78.

La loi sur l'activité bancaire en son article 1(9), définit le crédit comme une opération par laquelle une personne, agissant à titre onéreux, prête ou promet de prêter des fonds à une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement ou use de toute autre forme de garantie en tenant compte du statut du garant¹². Le crédit est l'expression de la confiance dont chaque emprunteur jouit en fonction de son patrimoine, de son revenu, mais aussi de ses aptitudes professionnelles des conditions de sa gestion et de sa vie morale¹³.

Quant au crédit à la consommation, la loi belge sur le crédit à la consommation en son article 1, 4° définit le contrat de crédit comme tout contrat en vertu duquel un prêteur consent ou s'engage à consentir à un consommateur, sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt ou de toute autre facilité de paiement similaire¹⁴.

Le code civil rwandais définit aussi le contrat de prêt de droit commun en ses articles 447 et suivants du CCLIII. L'article 448 précise qu'il ya deux sortes de prêt : celui des choses dont on peut user sans les détruire et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en a fait. L'article 448 quant à lui continue en disant que le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge pour le preneur de la rendre après s'en être servi. L'article 465 quant à lui définit le prêt de consommation en ces mots : contrat par lequel l'une parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui rendre autant de mêmes espèces et qualité.

12 Loi n° 07/2008 de la 08/04/2008 portant organisation de l'activité bancaire, *JORR*, n°12 du 15 juin 2008.

13 G. PETIT-DUTALLIS, *Le risque du crédit, condition et modalités d'octroi du crédit aux entreprises et aux particuliers*, Paris, Clet, 1981, p. 19.

14 Loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation en ligne sur <http://mincco.fgov.be>, consulté le 25/08/2012 et <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionid=...> visité le 08/12/2011, cette définition a été reprise par les auteurs F DOMONT-NAERT, *op.cit.*, p. 1, et E. BALATE, P. DEJEMEPPE et F. DE PATOUT, *op.cit.*, p. 54.

Le crédit serait alors considéré comme une opération qui permet à une personne d'obtenir immédiatement une prestation (somme d'argent, bien ou service), dont elle paiera la valeur plus tard¹⁵. C'est donc le décalage dans le temps qui caractérise le crédit, c'est-à-dire que le fournisseur de crédit accepte d'attendre un certain temps pour exiger le paiement de sa créance¹⁶. Le crédit à la consommation quant à lui est ce crédit que le professionnel consent à l'emprunteur consommateur.

B. Opération de crédit

L'opération de crédit est tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux, met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne¹⁷. Ce crédit est défini comme une opération d'échange de biens et de services en contrepartie d'une promesse d'un paiement futur. Le crédit est encore un instrument de paiement qui constitue un transfert d'un bien ou un service présent¹⁸.

L'opération de crédit est aussi définie comme tout contrat en vertu duquel un prêteur consent ou s'engage à consentir à un consommateur un crédit, sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt ou de toute autre facilité de paiement similaire¹⁹. Le crédit est alors caractérisé par trois éléments à savoir : la confiance, la durée et le risque.

Concernant la durée, il n'y a pas de crédit s'il n'y a pas une certaine durée. Le mot crédit et le mot créancier ont un même radical *credere* qui signifie confiance. La confiance n'a de sens que dans une situation de risque potentiel.

15 J. CALAIS-AULOY et E. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 374.

16 E. BALATE, P. DEJEMEPPE et E. DE PATOUT, *op. cit.*, p. 54.

17 L. MUJYAMBERE, *Mécanisme de droit des crédits par les institutions bancaires et leurs impacts sur la trésorerie (cas de la Banque Populaire de Ngoma)*, Mémoire, ULK, 2007, p.12, inédit.

18 *Ibidem*.

19 E. DOMONT-NAERT, *op.cit.*, p. 1.

Le crédit exclut normalement la spéculation, le créancier doit uniquement percevoir une rémunération au loyer de l'argent avancé²⁰. Ainsi, après avoir défini le crédit, il s'avère nécessaire de donner des précisions sur le crédit à la consommation.

Section 2. Crédit à la consommation

Le crédit à la consommation peut avoir plusieurs formes et consenti à des fins différentes, mais entre professionnel et consommateur. Dans cette partie, nous allons définir le contrat de crédit à la consommation puis ses différentes formes.

A. Définition du crédit à la consommation

Le crédit à la consommation n'a pas été défini par la législation rwandaise. La législation belge notamment la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation en son article 1(4), (a) quant à lui le définit comme tout contrat en vertu duquel un prêteur consent ou s'engage à consentir à un consommateur un crédit, sous forme d'un délai de paiement, d'un prêt ou de toute autre facilité de paiement similaire

Pour que le contrat de crédit soit qualifié de consommation, il doit s'agir des crédits consentis par des professionnels à des consommateurs. Du côté du fournisseur de crédit, peu importe qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale mais il faut, pour que la loi s'applique, que le crédit soit consenti à titre habituel²¹.

De cet état des choses, le contrat de crédit consenti à un non professionnel est un contrat à la consommation, dans la mesure où il met en scène deux parties dont l'emprunteur

20 L. MUJYAMBERE, *op. cit.*, p. 13, inédit.

21 J. CALAIS-AULROY ET E. STEINMETZ, *op. cit.*, p. 374.

qui, en réalité se trouve dans la position de faiblesse, étant donné qu'il est dans le besoin de l'argent pour usage individuel, ainsi que le prêteur qui est une personne morale exerçant ses activités à titre professionnel.

B. Différentes formes du contrat de crédit à la consommation

En s'inspirant de la loi belge du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation et l'avis des plusieurs auteurs²², il y a lieu de constater que le crédit à la consommation vise les activités ci-après : la vente à tempérament, le prêt à tempérament, le contrat d'ouverture de crédit, le contrat de crédit-bail. Dans la partie suivante nous allons essayer de définir brièvement ces différentes formes de crédit à la consommation.

1. Prêt à tempérament

Le prêt à tempérament, est un contrat de crédit au terme duquel une somme d'argent ou un autre moyen de paiement est mis à la disposition d'un consommateur qui, en contre partie s'engage à rembourser le prêt par versement périodique²³.

2. Contrat d'ouverture de crédit

L'ouverture de crédit est un contrat de crédit par lequel un pouvoir d'achat, une somme d'argent ou tout autre moyen de paiement est mis à la disposition du consommateur qui peut l'utiliser en prélevant de l'argent et qui est tenu au remboursement à la date de son choix.

3. Contrat de crédit-bail

Il importe de rappeler que seul le contrat de crédit-bail ou leasing est règlementé en droit rwandais. Il se définit

22 F. DOMONT-NAERT, *op.cit.*, p.1.

23 F. DOMONT-NAERT, *Le crédit à la consommation*, Kluwer, Editions Juridiques, 1997, p.1.

comme un contrat par lequel une des parties s'engage à fournir à l'autre la jouissance d'un bien meuble corporel à un prix déterminé que cette dernière s'engage à payer périodiquement, et qui comporte, de manière expresse ou tacite, une offre d'achat. Dans le même sens, l'article 1 de la loi n° 06/2005 du 03/06/2005 portant réglementation des activités de crédit-bail et conditions d'exercices de ces activités, définit le crédit-bail comme contrat entre deux parties où une partie appelée *crédit bailleur* loue un bien pour usage à l'autre partie appelée *crédit-preneur*, pour une durée déterminée et moyennant des paiements convenus entre les deux parties²⁴.

L'article 2 de la même loi sur le crédit-bail ajoute que les opérations de crédit-bail sont des transactions commerciales faites par un établissement qui achète les biens meubles ou les biens immeubles en vue de les mettre à la disposition des locataires professionnels ou pour usage individuel. Au vu de cette définition, le crédit-bail peut porter également sur un bien immeuble, ce qui n'est pas le cas pour le droit belge.

En outre, les crédits preneurs peuvent acquérir tout ou partie des biens loués au plus tard à l'expiration du bail, moyennant un prix convenu et en tenant compte des versements effectués à titre des loyers. Parmi les biens faisant l'objet du crédit bail figurent les biens immeubles destinés à l'usage professionnel, individuel et technique, les biens durables et non durables.

A la lumière de l'article 2 de la loi précitée, le locataire peut acquérir un bien soit pour usage individuel et dans ce cas, il est un consommateur et bénéficie de la protection du droit de la consommation, soit pour usage professionnel et dans cette situation, il n'est pas consommateur et échappe à l'application du droit de la consommation. Seule la relation

²⁴ Article 1 de la loi n° 06/2005 du 03/06/2005 portant réglementation des activités de crédit-bail et conditions d'exercices de ces activités, in J.O.R.R. n° 13 du 1/07/2005.

entre le crédit-bailleur et le crédit-preneur agissant pour usage individuel nous intéresse dans ce travail.

Dans le même ordre d'idées, selon Michel de WOLF, le crédit à la consommation constitue le type même de l'acte mixte : civil dans le chef d'une des parties c'est-à-dire l'emprunteur et commercial pour l'autre dont le prêteur²⁵. Les actes de commerce mixtes sont ceux qui sont conclus entre deux personnes dont l'une est commerçante et l'autre ne l'est pas. L'acte mixte n'est commercial que dans le chef du commerçant. L'obligation du particulier demeure civile. Ainsi dans les contrats conclus entre commerçant et consommateur, la doctrine et la jurisprudence réputent le contrat commercial pour le commerçant et civil pour le consommateur. L'achat d'une voiture chez un garagiste par un médecin est un acte de commerce mixte²⁶.

En ce qui concerne les activités de crédit-bail, il sied de préciser quelques caractéristiques de ce contrat en tant que contrat de consommation. En effet, l'article 2 de la loi susdite, précise que les opérations de crédit-bail sont des transactions commerciales faites par un établissement qui achète les biens meubles ou immeubles en vue de les mettre à la disposition des locataires professionnels ou pour usage individuel.

Dans la même perspective de rendre les activités de crédit-bail plus professionnelles, l'article 15 al. 2 de la loi sous examen dispose que seules les sociétés constituées suivant la législation régissant les sociétés anonymes, les sociétés à responsabilité limitée peuvent agir comme crédit preneurs. Notons que la nouvelle loi sur les sociétés commerciales ne prévoit plus ces formes des sociétés. En son article 5 prévoit qu'une société peut être soit publique ou privée. La même loi ajoute en son article 8 les formes des sociétés en ces mots : conformément aux catégories de sociétés

²⁵ M. DE WOLF, *op. cit.*, p. 75.

²⁶ A. M. NGAGI, *Cours de droit commercial*, Notes de cours, ULK, Gisenyi, 2009, inédites.

prévues par la présente loi, les sociétés sont de types suivants: 1° société à responsabilité limitée par actions; 2° société à responsabilité limitée par garantie; 3° société à responsabilité limitée par actions et par garantie; 4° société à responsabilité illimitée²⁷. A notre avis cette dernière forme de société peut avoir la forme d'une société anonyme.

Contrairement au contrat de prêt régi par le code civil et considéré comme un contrat réel (contrat qui prend naissance par la remise de la somme prêtée) et unilatéral (l'obligation ne subsiste que dans le chef de l'emprunteur), le contrat de crédit tel que régi par la loi belge du 12 juin 1991 revêt le caractère d'un contrat consensuel et synallagmatique. En ce qui concerne l'exception d'inexécution laquelle est toujours sous-entendue dans tous les contrats synallagmatiques, la doctrine enseigne que cette exception ne présente d'utilité pour le prêteur que dans la période qui précède la remise des fonds²⁸.

Le contrat de crédit est un contrat consensuel, contrairement au contrat de prêt régi par les dispositions du code civil et selon lequel la remise des fonds détermine la naissance du contrat et le contrat qui serait signé sans remise concomitante des fonds s'analyse comme une simple promesse de prêt²⁹ qui d'ailleurs n'est pas un prêt. Le contrat de crédit par contre est un contrat par lequel le prêteur consent ou s'engage à consentir un crédit³⁰. De ce fait, le contrat de crédit est valable de part la volonté des parties sur tous les éléments essentiels du contrat, et la remise des fonds n'est pas nécessairement faite immédiatement.

27 Loi n°7/2009 du 27 avril 2009 Relatives aux sociétés commerciales, in *JORR*, n°17bis du 27 avril 2009.

28 E. BALATE, P. DEJEMEPPE et F. DE PATOUT, *op.cit.*, p.57.

29 *Idem.*, p. 55.

30 *Ibidem*, voir aussi, M. A. NGAGI, *La protection des intérêts économiques des consommateurs dans le cadre du libéralisme économique en droit rwandais op. cit.*, p. 295.

Section III. Etat des lieux de l'application du principe consensualisme et la protection du consommateur de crédit au Rwanda

Au Rwanda, il existe des dispositions disparates régissant la matière de crédit consommation. Ces dispositions sont disséminées dans divers codes, rendant ainsi la référence à une action immédiate difficile. Cette situation est générale comme dans la plupart des pays ne disposant pas des lois globales pour la protection du consommateur³¹. Il sied de souligner que protéger le consommateur, c'est lui assurer un équilibre contractuel en redressant les inégalités qui existent entre le professionnel et le consommateur de produits ou de services, ou mieux en les supprimant³².

Dans ce cadre, nous pouvons citer certaines dispositions du code civil et du code pénal. Ceci montre que le législateur rwandais devrait mettre en place une loi particulière sur la protection des consommateurs en général et les consommateurs des crédits en particulier.

A. Convention-loi et ses conséquences sur le contrat de crédit à la consommation

Le principe de la convention-loi trouve son siège en droit civil à l'article 64 de la loi sur les contrats qui prévoit que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (...), », et cette disposition applique le principe de *pacta sunt servanda*, c'est-à-dire que les accords doivent être respectés par les parties. Comme l'affirment F. TERRE et consorts, le contrat une fois conclu s'impose aux parties comme la règle de droit s'impose à l'ensemble des

31 Voy. ROAR, « Du droit du consommateur à la loi modèle. Lente évolution en Afrique » in *Consommation & Développement* Vol. IV n° 26, 1999, p.1 cité par A. M. NGAGI, *La protection des intérêts économiques des consommateurs dans le cadre du libéralisme économique en droit rwandais*, op. cit., p.5.

32 Voy. MAYAUX, « L'égalité en droit civil », JCP, 1992, I, 3611, cité par A. M. NGAGI, op.cit, p.11.

citoyens³³. Le contrat ainsi conclu, doit être stable parce que les parties ont donné leurs paroles.

M. A. NGAGI, précise quant à lui que la règle de l'article 64 de la loi sur les contrats est la conséquence de l'autonomie de la volonté : la volonté est toute puissante ; elle engage l'individu à l'égard de la loi ; ni le législateur, ni le juge ne sauraient délier les contractants. Cette liberté contractuelle donne fondement à la stabilité du contrat car, c'est l'individu qui est au centre même du droit³⁴. Après avoir exprimé leur volonté, les parties deviennent liées par ce qu'elles ont réellement conclu. En matière de crédit, compte tenu du déséquilibre contractuel, nous nous demandons si ce contrat doit toujours être exécuté comme formulé par les parties en dépit de l'existence des clauses abusives.

Dans le contrat de crédit à la consommation, quelques fois l'application du principe de convention-loi pose pas mal d'interrogations. Dans la plupart des cas, ces contrats contiennent des clauses abusives. C'est l'exemple des clauses qui prévoient les taux d'intérêt de retard et le droit de résolution unilatérale de la part du prêteur. Il en est ainsi, de la clause de l'article 3 du règlement des ouvertures de crédit de la Banque de Kigali³⁵ qui prévoit que la Banque peut à toute époque au cours du crédit soumettre à modifications des intérêts et commissions stipulées. Ces modifications seront notifiées au crédit par simple lettre et la preuve de la notification résultera à suffisance de la production par la banque de la copie de cette lettre ; les modifications seront censées être acceptées par le crédit, faute de réponse de sa part dans le mois de la date d'envoi de ladite lettre. Les changements résultant des taux de l'institut de l'émission ne donneront lieu à aucune notification.

33 F. TERRE, P. SMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p.402

34 A. M. NGAGI, *Cours de droit civil des obligations, op. cit.*, p.81.

35 Règlement des ouvertures de crédit de la Banque de Kigali Ltd.

Un autre exemple est celui du taux d'intérêt moratoire. L'article 3 du contrat type du crédit de l'IMF UNGUKA, stipule que le taux d'intérêts débiteurs appliqués par mois est de 4% . Il en est de même pour le contrat de crédit de prêt à la Banque Populaire du Rwanda Ltd en son article 3. Nous pensons que ces taux d'intérêts excèdent le taux normal même si au Rwanda il n'y a pas un taux légal. En considérant le taux d'intérêt global convenus, et le taux d'intérêt moratoire convenus, il a été constaté que ce dernier est plus de double de l'intérêt global convenu³⁶ , une situation que nous avons considérée comme anormale.

En Belgique par exemple, la loi du 12 juin 1991 sur le credit à la consommation en son article 28, stipule que l'intérêt de retard convenu ne peut dépasser la moyenne entre le taux d'intérêt légal et le taux annuel effectif global convenu. L'article 90- de la même loi ajoute que, lorsque l'intérêt de retard convenu dépasse le taux visé à l'article 28, il est de plein droit réduit à ce taux³⁷.

Un autre abus rencontré est le fait pour la banque d'imposer les intérêts de retard à partir du premier jour de retard. L'article 3 du contrat de credit de l'IMF UNGUKA *in fine* précise que « en cas de non respect son calendrier de remboursement, le client se verra charger à partir de la première journée de retard, des pénalités à raison de 4% par mois du solde restant dû »³⁸.

Ce déséquilibre se constate aussi dans la faculté que les banques se réservent de modifier les contrats. Il en est par exemple du contrat de credit de la Banque Populaire du Rwanda SA en son article 3 *in fine* où il est dit que « ... toutefois, la banque peut modifier les taux d'intérêts suivant la conjoncture économique ».

36 Pour la Banque Populaire, le taux d'intérêts convenus est de 18% par an au moment où le taux d'intérêt moratoire est de 48%. A l'IMF UNGUKA le taux d'intérêt global varie entre 14 et 18%.

37 Loi belge du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation,

38 Contrat de crédit de l'IMF UNGUKA.

L'analyse de ces clauses montre clairement qu'il y a un déséquilibre entre les parties. Ce qui est déplorable est que la jurisprudence rwandaise a épousé ce principe. Dans la plupart des jugements que nous avons trouvés, nous avons constaté que les juges fondent toujours leurs arguments à l'article 64 de la loi sur les contrats qui prévoit que les contrats doivent être exécutés de bonne foi sans tenir compte du déséquilibre contractuel qui peut caractériser ce contrat.

La protection du consommateur de crédit à la consommation paraît alors nécessaire lors de l'exécution du contrat comme le précise N. RZEPECKI dans ces mots « (...), le législateur devrait intervenir. Son intervention a pris la forme de dispositions qui intéressent, non seulement l'exécution du contrat, mais encore les suites de son exécution »³⁹.

Cette intervention devrait se faire en dérogeant aux principes généraux du contrat préconisés par le droit commun de contrat. Cette politique devrait être élaborée en considérant les dangers courus par celui qui dispense le crédit et des garanties qu'il faut lui accorder. Puis, il est apparu que des dangers plus graves encore, quoique d'une autre nature, guettent l'utilisateur du crédit, spécialement lorsqu'il est consommateur⁴⁰.

L'effet pour le juge d'écarter les clauses abusives dans le contrat a été soutenu par certains auteurs comme Th. BOURGOIGNIE. Selon lui, le juge se réserve la possibilité d'écarter certaines clauses du contrat, voire plus exceptionnellement le contrat dans son ensemble, en puisant aux principes généraux de la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs, de la bonne foi et de l'abus de droit⁴¹.

39 N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Marseille, Presses Universitaires d' Aix-Marseille, 2002, p. 177.

40 J. CALAIS-AULOY ET E. STEINMETZ, *op. cit.*, p.371.

41 T. BOURGOIGNIE, « Le contrôle des conditions générales et des clauses abusives en droit belge », in *table ronde du 12 décembre 1990, op cit.*, p. 255.

B. Exécution de bonne foi dans un contrat de crédit à la consommation

La bonne foi est un moyen de faire pénétrer la règle morale dans le droit positif⁴².

Les parties doivent faire note de loyauté, de coopération et de collaboration. Dans l'exécution du contrat, les parties doivent être honnêtes, et éviter d'induire le partenaire en erreur. Il doit aussi, dans le cadre de la collaboration et la coopération, demander qu'on puisse donner des renseignements utiles à l'autre partie⁴³.

L'attitude active et loyale exigée au travers de l'obligation de bonne foi, implique de répondre de façon satisfaisante aux attentes de l'autre partie. Cette obligation d'exécuter les conventions de bonne foi exige la prestation en donnant le maximum d'utilité et cette utilité est mutuelle.

Dans le cadre du contrat de crédit, l'exécution de bonne foi crée beaucoup de confusions. Dans la plupart de cas comme nous l'avons évoqué dans la partie précédente, les juges rwandais maintiennent souvent la lettre du contrat, une situation qui, de notre avis, paraît injuste et confuse.

Elle est injuste, car si le juge trouve par exemple que le taux d'intérêt prévu dans le contrat est exorbitant, il devrait ramener cet intérêt au taux normal en se basant sur l'article 73 de la loi sur les contrats qui régleme la lésion⁴⁴. L'application de l'article 131 *bis* (équivalent de l'article 1674 du code civil français), pose un problème dans son application. Selon cet article les ventes des immeubles peuvent être rescindées lorsque le vendeur subit une lésion

42 A. M. NGAGI, *La protection des intérêts économiques des consommateurs dans le cadre du libéralisme économique en droit rwandais op. cit.*, p. 405.

43 A. BENABENT, *Droit civil, les obligations*, 9^e Edition, Montchrestien, Paris, 2003, p. 208.

44 Lorsqu'un contrat ou les clauses d'un contrat contiennent une lésion au moment de la formation du contrat, la partie lésée peut demander au tribunal d'ordonner la non-exécution du contrat, ou décider de faire exécuter le reste du contrat excepté les clauses contenant

de plus de 7/12 c'est-à-dire quand il obtient un montant inférieur à 5/7 de celui qui aurait correspondu à la valeur de l'immeuble⁴⁵.

La réponse à cette question de lésion est double. D'un côté, à la question de savoir si le déséquilibre doit être manifeste, si nous considérons le taux de 4% par mois appliqué par la plupart des banques, par an ce taux est de 48%. Or, le taux global imposé par ces banques varie entre 14 et 18% par an c'est-à-dire 1,2 et 1.5 par mois. En considérant la différence qui existe entre ces deux types d'intérêt, nous pouvons conclure que le taux d'intérêt moratoire est manifestement excessif.

D'un autre côté, nous pensons que la solution proposée par le code belge de crédit à la consommation en ses articles 28 et 90 devrait s'appliquer. Ces dispositions précisent que lorsque l'intérêt de retard convenu dépasse la moyenne entre le taux d'intérêt global et le taux d'intérêt légal, il est de plein droit réduit à ce taux. Comme il n'y a pas un taux légal, le juge considérant le taux global convenu sans toutefois attendre que le déséquilibre soit manifestement excessif.

Cette situation est confuse dans ce sens que les juges ignorent la portée même du principe de l'exécution de bonne foi. Comme nous l'avons précisé, la bonne foi oblige une coopération entre le créancier et le débiteur afin de permettre à ce dernier d'exécuter le contrat. Bien plus, la bonne foi interdit aussi au créancier d'exploiter abusivement sa situation.

Ce qui est déplorable est que la jurisprudence rwandaise a épousé ce principe sans tenir compte de la situation sur laquelle il est appelé à prendre jugé. Dans la plupart des jugements que nous avons trouvés, il a été constaté que les juges fondent toujours leurs arguments sur l'article 64 de la loi sur les contrats⁴⁶.

45 A. M. NGAGI, *Cours de droit civil des obligations*, op. cit, pp. 60-64.

46 Tribunal de commerce de Huye RCOM 0483/08/TC/HYE du 8/01/2009, Banque populaire du

Il en est par exemple de l'affaire Succession H. E. et I. S. contre la BACAR sa. H. E. et I. S. ont contracté un contrat de crédit le 27/05/1993 pour un taux d'intérêt moratoire de 18% par six mois. Le montant reçu était de 30.000.000Frws. Ce crédit était couvert par une hypothèque d'une maison qui, malheureusement a été détruite en 1994. En 1995 H. E. n'a pas pu payer. Jusqu'en 2008, cette succession devrait payer les intérêts moratoires de 170.852.655Frws. Pour une dette non remboursée de 19.783.314Frws⁴⁷.

La Cour a, en dépit de ces obligations de la part de l'emprunteur qui dépassent ses capacités, décidé que ces intérêts doivent être exécutés tels que exigés. Elle a oublié que la dette était couverte par une hypothèque, et que celle-ci a été détruite par force majeure ; une cause indépendante de la volonté de l'emprunteur et par conséquent, pouvant le libérer⁴⁸.

Afin de lever cette équivoque, nous pensons que le législateur rwandais devrait emboîter le pas de son collègue

Rwanda SA contre BY. JO., Inédit, Tribunal de commerce de Musanze RCOM 0188/08/TC/MUS du 09/10/2008, Banque populaire du Rwanda SA contre HIA, Jo, Inédit, Tribunal de commerce de Nyarugenge RCOM 2178/TC/Nyge du 06/04/2009, BRD SA contre ZAMUKA MUKINZI et consorts, Inédit, RCOM 2186/08/TC/ /Nyge du 03/03/2009, ZIGAMA CSS, contre G.A, Tribunal de commerce de Nyarugenge RCOM 2012/08/TC/ /Nyge du 27/ 02/2009, Banque Populaire du Rwanda SA contre GA. P., Inédit Tribunal de commerce de Nyarugenge RCOM 2237/08/TC/ /Nyge du 13 avril 2009, Populaire du Rwanda SA contre ns. V. inédit, etc. Dans tous ces jugements, les juges ont obligé l'emprunteur de respecter le contrat tel que signé. C'est qui est malheureux, est qu'aucun juge n'a fait référence aux principes qui protègent le consommateur. Pourtant ces genres des contrats contiennent des clauses abusives. Si nous prenons le contrat par exemple signé entre H. S et la Banque Populaire SA en son article 3 qui prévoyait que la banque peut modifier les taux d'intérêts suivant la conjoncture économique. Toute modification est notifiée par lettre recommandée ou à défaut par simple lettre remise en mains, (...), la non acceptation de la modification survenue et notifiée entraîne dénonciation du crédit. A notre avis cette clause viole le principe du nominalisme monétaire prévu à l'article 468 du CCLIII qui prévoit que l'obligation qui résulte d'un prêt d'argent n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat. S'il y a augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme, dans les espèces ayant cours légal au moment de paiement.

47 RCOM, 0025/08/HCC rendu le 17 mars 2009 voir aussi l'affaire RCOM 0178/08/HCC en cause M.D contre GWIZA Micro finance rendue le 09 mars 2009.

48 Article 46 CCLIII.

du Québec qui dit que « lorsque le tribunal doit apprécier le consentement donné par un consommateur à un contrat, il tient compte de la condition des parties, des circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu et des avantages qui résultent du contrat pour le consommateur⁴⁹. »

Ceci est d'ailleurs la position qui a aussi marqué les juridictions françaises comme le précise A. BENABENT « l'alinéa 3 de l'article 1134, (...), cette disposition longtemps assoupie n' a été redécouverte par les tribunaux que depuis une quinzaine d'années, ce qui correspond à un changement général d'attitude des juges, moins respectueux de la volonté des parties et plus désireux d'introduire par toutes les voies possibles un contrôle de la moralité et de justice dans les contrats⁵⁰ ». Et là nous pensons que les juges rwandais devraient agir aussi dans le même sens en modifiant si possible, le contenu d'un contrat qui paraît injuste compte tenu des clauses qui y sont insérées.

§2. Clauses abusives dans le contrat de crédit

Dans les rapports avec les prêteurs, le consommateur est souvent confronté à des clauses qui, souvent mettent le professionnel dans une position supérieure. Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat⁵¹. Le contrat de crédit connaît beaucoup de clauses abusives notamment les clauses pénales, les clauses résolutoires unilatérales, les clauses relatives aux garanties, etc.

49 Article 9 de la loi sur la protection du consommateur, J. M. BRISSON et N. KASIRER, *Code civil du Québec, édition critiqué 2005-2006*, 13^e Edition, Edition Yvon Blais, Québec, 2005, p. 2246.

50 Haute Cour de commerce, RCOM, 0025/08/HCC, *op. cit*

51 J. ALEXANDRE, <http://alexandre-jullien.over-blog.com/article-574737.html>, visité le 27/11/2011.

A. Clauses pénales

Les clauses pénales sont définies comme celle par laquelle une personne pour assurer l'exécution d'une convention s'engage à quelque chose en cas d'inexécution. Elles sont en outre définies comme les pénalités évaluées en avance par les parties au contrat en **qualité des dommages et intérêts** en cas de retard ou d'inexécution⁵². Les **clauses pénales** dans un contrat de crédit à la consommation se présentent souvent dans la fixation des taux d'intérêt en cas de retard dans le paiement. Il en est par exemple⁵³, des clauses qui prévoient que « le solde restant dû, **augmenté des intérêts** et **des frais majorés à titre des -dommages-intérêts d'une** indemnité fixée à 1/10^e de ce solde avec minimum de FRWS 250 porté à FRWS 500⁵⁴. Les clauses pénales ne sont pas illicites en elles-mêmes, elles le sont seulement si elles sont abusives⁵⁵.

En matière de crédit à la consommation, les clauses abusives prévoient souvent des taux d'intérêt exorbitant, de pouvoir de résolution unilatérale⁵⁶, etc. Une interrogation qui nous survient est de savoir si la fixation des intérêts moratoires n'est pas une forme de clauses pénales. En considérant la définition des clauses pénales, nous pouvons affirmer que le fait de prévoir les taux d'intérêt avant la survenance du dommage, constitue une clause pénale⁵⁷.

En effet, dans la totalité des contrats de crédit, il existe des clauses pénales qui déterminent par avance les indemnités

52 *Ibidem*.

53 Voir à ce sujet le contrat de crédit de la Banque Populaire du Rwanda SA en son article 3, voir aussi l'article 3 du contrat de crédit à l'IMF UNGUKA, article 3 du contrat de crédit de Microfinance AL IIALAAL SA, etc.

54 Contrat de prêt à tempérament de la Banque de Kigali en son article 4.

55 M. RUGWIZANGOGA, *Protection des consommateurs contre le déséquilibre contractuel en droit rwandais*, mémoire, ULK, 2008, p. 33, inédit.

56 Voir à ce sujet les contrats de crédit de la BCR, BK, UBPR et ECOBANK précité supra

57 La clause pénale est définie comme celle par laquelle une personne pour assurer l'exécution d'une convention s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.

que devra régler l'emprunteur à titre des dommages et intérêts s'il ne respecte pas ses obligations, notamment le paiement des mensualités du crédit aux dates convenues⁵⁸.

C'est dans ce cadre que plusieurs dispositions de la loi belge du 12 juin 1991 concernent le régime des clauses pénales. Ainsi l'article. 28 limite le taux d'intérêt de retard, car il ne peut dépasser la moyenne entre le taux d'intérêt légal et le taux d'intérêt annuel effectif global. En conséquence, le taux de l'intérêt de retard est nécessairement inférieur au taux annuel effectif global, puisqu'il est égal à la moyenne entre le taux annuel effectif global convenu et le taux de l'intérêt légal et que le taux annuel effectif global consenti par un professionnel est le plus souvent supérieur aux taux de l'intérêt légal⁵⁹.

L'art. L. 311-30 du Code français de la consommation prévoit que, les intérêts de retard sont calculés à un taux égal à celui du prêt, courant jusqu'à la date du remboursement effectif par l'emprunteur ; et si l'établissement de crédit décide de poursuivre l'exécution du contrat, il peut exiger un intérêt de retard égal ou plus à 8% du montant des échéances échues que l'emprunteur n'a pas honoré. Si le professionnel stipule des pénalités supérieures à celles indiquées par la loi, le juge les réduit de plein droit au taux fixé par la loi.

De même en droit belge, l'article 90 al2 de la loi du 12 juin 1991 précitée, prévoit que si le juge estime que les clauses pénales ou les dommages et intérêts convenus ou appliqués, notamment sous la forme de clause pénale, en cas d'inexécution sont excessifs ou injustifiés, il peut d'office les réduire ou en relever entièrement le consommateur.

58 E. DE FRANCE « Crédit à la consommation », en ligne sur <http://sos-net.eu.org/Conso/code/infoda1.ap.htm>, consultée le 13 décembre 2011.

59 C. BIQUET MATTHEU, « La loi du 12 juin et les clauses abusives », in *La protection des intérêts des consommateurs dans une économie des marchés*, *op. cit.*, p. 520.

En outre, en France, le législateur a conféré au juge un pouvoir modérateur⁶⁰, et à l'article 1152 (équivalent à l'art. 73 précité), la formule suivante a été ajoutée : « Lorsqu'un contrat ou les clauses d'un contrat contiennent une lésion au moment de la formation du contrat, la partie lésée peut demander au tribunal d'ordonner la non-exécution du contrat, ou décider de faire exécuter le reste du contrat excepté les clauses contenant ». Et une loi du 11 octobre 1985 a permis au juge de décider cette révision même d'office, c'est-à-dire même si le débiteur n'a pas expressément sollicité la révision⁶¹.

Au Rwanda, nous ne pouvons que déplorer la situation de l'emprunteur défaillant, ce dernier est confronté aux clauses pénales abusives. A titre d'exemple, nous pouvons citer les clauses suivantes : « Au cas où le paiement attendu ne serait pas entièrement effectué à l'échéance convenue, le créancier se réserve le droit de réclamer des intérêts de retard au taux unique de 10% par jour de retard calculé sur l'encours du crédit resté impayé à cette date. » ou encore : « En cas de retard non négocié avec la banque, le prêt personnel sera automatiquement reconduit et un taux de pénalité de 21% sera appliqué sur le solde restant dû jusqu'à la fin du remboursement effectif du crédit. »⁶².

Face à cette situation, le droit commun n'accorde qu'une protection insuffisante. A l'instar du législateur français, il serait souhaitable, que le législateur rwandais confère au juge un pouvoir modérateur des clauses pénales et cela au moment de la formation du contrat.

L'intervention du juge et du législateur contre les clauses pénales abusives s'avère donc nécessaire. La même rigueur devrait être tenue à l'égard des clauses relatives à la résolution unilatérale.

60 P. NECTOUX, *La révision judiciaire des clauses pénales*, in S. J, 1978, p. 2913 cité par BARASUKANA, N., *Des clauses abusives dans les contrats d'adhésion*, mémoire, Butare, Fac.de droit, UNR, 2005, p. 45.

61 A. SINAY-CYTERMANN, « Clauses pénales et clauses abusives : vers un rapprochement », in J. GHESTIN, *les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, op. cit., p. 172.

B. Clauses résolutoires unilatérales

Aux termes de l'article 79 de la loi sur les contrats, la condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. La loi poursuit quant à lui en disant que, la condition résolutoire est toujours sous entendue dans les contrats synallagmatiques, mais cette résolution doit être demandée en justice.

Les clauses résolutoires ne sont pas aussi abusives. Elles ne deviennent abusives que quand elles sont unilatérales et non judiciaires. Selon A BENABANT, en France par exemple, le jeu d'une clause résolutoire est rarement certain et, si elle paraît trop rigoureuse ou même abusive, le juge peut intervenir pour paralyser, pour réintroduire son pouvoir d'appréciation⁶².

Au Rwanda par contre, ce genre des clauses sont fréquentes dans les contrats de crédit. Il en est par exemple de l'article 6 du règlement des ouvertures de crédit de la Banque de Kigali. Cette clause prévoit que la banque a la faculté de mettre fin au crédit immédiatement et sans préavis, moyennant simple notification faite au crédité par lettre recommandée au cas où le crédité n'obéit pas à ses engagements, il décède, devient incapable, tombe en faillite, etc. Nous pensons que la banque devrait suivre la procédure normale judiciaire. Si non ceci est considéré comme le fait de se faire justice à lui-même.

C. Clauses relatives aux garanties

Certaines garanties auxquelles les prêteurs soumettent leurs créances sont injustifiées. Il s'agit notamment de la lettre de change, de l'obligation de souscrire un contrat d'assurance⁶³.

62 A. BENABANT, *Droit civil*, 8^e éd., Paris, Mont chrétien, 2001, p.260.

63 M. RUGWIZANGOGA, *op. cit.*, p.41.

Selon l'article 64 de la loi sur les contrats de la loi belge sur le crédit à la consommation, il est interdit au consommateur, à la caution ou à toute autre personne qui constitue une sûreté personnelle, de promettre ou de garantir au moyen d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, le paiement des engagements qu'il a contractés en vertu d'un contrat de crédit. Or, dans certains contrats de crédits que nous avons trouvés, nous pouvons affirmer qu'une telle clause n'existe pas au Rwanda. Dans le règlement des ouvertures de crédit de la BK que nous avons cité, il y a toute une partie qui réglemente les opérations d'escompte⁶⁴.

L'exposé de motif de cette loi belge citée par E. BALATE et consorts, précisent que l'interdiction a pour objet d'éviter le risque pour le consommateur d'être contraint en cas de retard de paiement, au remboursement intégral et immédiat de sa dette sur base de ses obligations cambiales⁶⁵. Il est également interdit de faire signer un chèque à titre de garantie du remboursement des fonds prêtés⁶⁶.

La pratique rwandaise montre que le fait de demander aux consommateurs la souscription d'une assurance est devenu une condition. Avant de déboursier la somme due dans le contrat le prêteur exige à l'emprunteur de souscrire une assurance et d'ailleurs chez un assureur bien connu. Il en est par exemple de la pratique à la Banque Populaire du Rwanda SA où on oblige aux clients d'aller souscrire des contrats d'assurances à la SORAS Ltd⁶⁷.

Ce qui est étonnant est que même si ces garanties sont données, les banques continuent toujours à poursuivre

64 Le fait de donner une lettre de change, un billet à ordre pour garantir le paiement à la Banque de Kigali est réglementé par le titre dénommée « dispositions particulières aux opérations d'escompte. A partir de l'article 18 à l'article 26 ».

65 Exposé de motif de la loi belge cité par E. BALATE, *op. cit.*, p. 224.

66 A. M. NGAGI, *La protection des intérêts économiques des consommateurs dans le cadre du libéralisme économique en droit rwandais op. cit.*, p. 302, voir aussi M. RUGWIZANGOGA, *op. cit.*, p. 36., inédit.

67 Entretien avec les clients de la Banque Populaire du Rwanda Ltd.

le crédit. L'article 12 du contrat de prêt de la Banque Populaire du Rwanda SA prévoit qu'en cas du décès du crédit, si la compagnie d'assurance ne rembourse pas le crédit, le crédit est remboursé par les accrédités survivants et les ayants droit universels du crédit. Nous pensons que ce genre de garantie revêt plutôt le caractère d'une caution qui, souvent apparaît comme garantie subsidiaire.

Dans le même ordre d'idées, la Banque Commerciale du Rwanda SA dans le contrat de crédit hypothécaire a inséré une clause qui stipule que le crédit et le tiers intervenant s'engagent à faire assurer immédiatement par compagnie agréée par la Banque, contre l'incendie, la foudre, les explosions, les tornades, les éruption volcaniques, les tremblements de terre et les dégâts d'électricité. Ils s'engagent à maintenir et à renouveler ces assurances et à en payer régulièrement les primes et frais, ce dont il sera justifié par la production des quittances⁶⁸.

Le respect du principe de la convention-loi dans le contrat de crédit à la consommation crée beaucoup de problèmes. Etant un contrat entre deux personnes ne se trouvant pas sur le pied d'égalité, ce contrat contient souvent des clauses abusives. Pire encore, le juge rwandais fonde sa décision sur l'article 64 de la loi sur les contrats qui préconise le principe de la convention-loi. Face à ces interrogations, dans le chapitre qui suit nous allons essayer de proposer des mesures adéquates qui peuvent atténuer ce déséquilibre ou dans la mesure du possible résoudre ces problèmes de façon satisfaisante.

68 Article V du contrat hypothécaire de la Banque Commerciale du Rwanda Ltd,

CHAPITRE II. MESURES DE RETABLISSEMENT DE L'EQUILIBRE CONTRACTUEL DANS UN CONTRAT DE CREDIT A LA CONSOMMATION

Section 1. Information précontractuelle et droits de l'emprunteur

L'on s'accorde à admettre que la mise en œuvre de la protection du consommateur de crédit contre son propre entraînement suppose une bonne information préalable sur les caractéristiques intrinsèques du produit et services proposés, de sorte que le consommateur puisse se déterminer en toute connaissance de cause. Le droit rwandais accuse un mutisme absolu en la matière. Par contre, les législateurs belge et français ont témoigné d'un souci aigu de voir le candidat éclairé à tous les stades du processus de consommation. Qu'il s'agisse de son information préparatoire sous forme de publicité ou de son information préalable avant le passage à l'acte (information précontractuelle), les lois poursuivent un objectif global de clarification dans l'espoir qu'il en résultera des engagements plus conscients parce que mieux réfléchis⁶⁹.

A. Information précontractuelle à travers l'offre préalable

Comme nous l'avons souligné précédemment, le législateur rwandais n'a pas encore pris soin de réglementer le domaine de crédit à la consommation, alors que celui-ci constitue le secteur clé pour le développement économique. Par contre, son homologue français a prévu des mentions obligatoires qui doivent figurer dans l'offre préalable et assortie des sanctions pénales. Le but visé est de fournir au consommateur l'information la plus complète possible sur le crédit qui lui est proposé⁷⁰. L'information est ici plus précise que celle fournie par la publicité.

69 E. NTEZIRYAYO, *op. cit.*, p. 409.

70 J. CALAIS-AULOY et E. STEINMETZ, *op. cit.*, p. 379.

L'article L- 311-8 du code français de la consommation énonce des mentions obligatoires que doit contenir l'offre d'un crédit, notamment le coût total du crédit et le taux effectif global. L'offre doit également indiquer le montant du crédit, la nature, l'objet et les modalités du contrat, et le cas échéant, le bien ou le service financé⁷¹. En imposant l'indication de taux effectif global, la doctrine affirme que le législateur cherche à lutter contre deux pratiques abusives. Dans ce sens, l'une consiste à annoncer un taux relativement bas. A ce sujet, les emprunteurs devront payer des frais de dossier, commission et autre rémunération. L'autre consiste à indiquer un taux calculé d'après le capital prêté à l'origine, en feignant d'oublier que ce capital sera remboursé par fractions et que le montant du prêt diminuera donc à chaque échéance⁷².

Outre le manque de réglementation du contrat de crédit, la pratique au Rwanda montre que les clients des banques reçoivent des offres rédigées en termes techniques. De même, le client peut recevoir l'offre et signer immédiatement sans bénéficier d'aucun délai de réflexion. Il est donc évident que le législateur rwandais doit emboîter le pas de son homologue français et belge dans le sens favorable au consommateur.

Il faut par ailleurs noter que le prêteur qui ne remet pas, avant la conclusion du contrat, une offre satisfaisante aux conditions légales encourt une amende prévue par le Code de la consommation⁷³. Des telles sanctions devraient s'appliquer aussi aux prêteurs qui ne fournissent pas des informations suffisantes aux emprunteurs.

De ce qui précède l'obligation d'information contraint le professionnel à fournir au consommateur toutes les informations nécessaires à une exécution satisfaisante du

71 Article L- 311-8 du code français de la consommation précité.

72 J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *op. cit.*, p. 381.

73 Article L- 311-34.



contrat⁷⁴. Parmi ces informations, le consommateur doit connaître le taux annuel effectif global ou s'il fait défaut, le montant total qu'il est tenu de payer en demandant le crédit⁷⁵.

Le professionnel a donc la véritable obligation de conseil qui implique celle d'informer et celle de renseigner⁷⁶. A ce stade, l'information doit être plus précise que celle fournie par la publicité. Cette information permettra au consommateur d'apprécier le coût net de la fourniture du crédit et de juger si l'opération est mieux adaptée à sa situation, compte tenu de l'affectation des fonds empruntés et de la capacité de remboursement⁷⁷. Le professionnel doit, non seulement éclairer le consommateur par des renseignements, mais aussi donner une appréciation qui oriente la décision de l'autre partie⁷⁸.

B. Délai de réflexion ou faculté de rétractation .

Selon la doctrine française, l'offre, dans la conclusion du contrat de crédit à la consommation, doit reproduire certaines dispositions légales, notamment celles qui accordent à l'emprunteur un délai de réflexion⁷⁹. Dans ce cadre, le professionnel doit accorder au consommateur un temps relativement suffisant, afin de lui permettre d'apprécier les conséquences de l'acte qu'il veut entreprendre. Selon le code de la consommation français, les opérations de crédit sont conclues dans les termes d'une offre préalable, remise en double exemplaire à l'emprunteur (consommateur) et, éventuellement, en un exemplaire aux cautions⁸⁰.

74 N. RZEPICK, *op. cit.*, p.131.

75 X, « Le crédit à la consommation », [http:// www.lexinter.net/ff/contrat_de_consommation.html](http://www.lexinter.net/ff/contrat_de_consommation.html), consulté le 15/08/2011.

76 E. BALATE, P. DEJEMEPPE et E. DE PATOUT, *op. cit.*, p. 156.

77 A.M. NGAGI, *La protection des intérêts économiques des consommateurs dans le cadre du libéralisme économique en droit rwandais*, *op. cit.*, p. 295.

78 *Idem*, p. 233.

79 J. CALAIS-AULROY et E. STEINMETZ, *op. cit.*, p. 380.

80 Article L- 311-15.

Pendant le délai de réflexion, la somme prêtée reste dans les mains du prêteur. En cas de renonciation de l'offre par l'une ou l'autre partie, aucune rétribution, frais ni indemnité ne peuvent être exigés ni de l'un ni de l'autre⁸¹.

La remise de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de quinze jours à compter de son émission⁸². Le code français de la consommation accorde également au consommateur une faculté de rétractation pendant sept jours à compter de l'acceptation de l'offre⁸³. Ce délai de réflexion ou la faculté de renonciation est un procédé par lequel le consommateur peut se dégager d'un engagement inconsidéré et revenir sur une décision prise dans des circonstances où la séduction du professionnel l'emporte sur le consentement libre et éclairé du consommateur⁸⁴.

A ce sujet, J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ enseignent qu'à partir de la remise de l'offre écrite, la loi accorde au consommateur un délai qu'il peut mettre au profit pour lire l'offre à tête reposée, demander conseil et s'interroger sur l'intérêt que présente pour lui l'achat à crédit⁸⁵. La faculté de rétractation de l'emprunteur témoigne la détermination des pouvoirs publics à endiguer les dérèglements provoqués dans l'économie domestique des consommateurs par la tentation au crédit⁸⁶. Dans le but de conserver au consommateur sa liberté de renonciation, la loi interdit tout versement, dans un sens ou dans l'autre, tant que le délai de réflexion n'est pas encore expiré.

81 F. DOMONT-NAERT, *Consommateurs défavorisé*, op. cit., p.113.

82 J.P. PIZZIO, op. cit., p. 311.

83 Article L- 311-15 et L- 311-16 du code français de la consommation

84 N. L'HEUREUX, cité par A. M. NGAGI, op. cit., p. 298, voir aussi S. MBARUBUKYE, *Délai de réflexion en tant que moyen de protection du consentement de consommateur en droit positif rwandais*, Thèse, UNR, Kigali, 2008, p.38, inédite.

85 J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, op. cit., p. 382.

86 F. NTEZIRYAYO, op. cit., p. 411.

L'objectif de cette mesure est d'informer le consommateur et de stimuler la concurrence entre les prêteurs. En effet, le consommateur doit, d'une part, savoir à quoi il s'engage et, doit d'autre part avoir la possibilité de s'adresser aux différents prêteurs pour choisir l'offre la plus adéquate possible⁸⁷. Le crédit ne doit pas résulter d'un acte irréflecti, mais doit être le résultat d'une confiance calculée⁸⁸.

Il faut par ailleurs noter que le délai de sept jours, bien qu'institué dans l'intérêt des consommateurs, peut gêner certains d'entre eux, pressés d'obtenir un objet dont ils ont un besoin urgent. Pour satisfaire les consommateurs pressés, la loi leur donne la possibilité de solliciter une livraison anticipée⁸⁹. Dans ce cas le délai de réflexion est réduit à trois jours. Cependant cette possibilité de réduire le délai à trois jours disparaît, si l'achat à crédit a été proposé par le démarchage à domicile⁹⁰. Le risque d'engagement irréflecti est alors trop grand.

Il est déplorable qu'en droit rwandais un tel délai de réflexion ou de rétractation n'existe pas sur tout que, le droit de crédit est quasi-inexistant. Nous pouvons tout simplement inviter le législateur rwandais de réglementer dans ce sens, afin d'éviter que les banques et autres établissements financiers usent de leur position de force, pour imposer les consommateurs les clauses du contrat qui n'ont pas fait objet d'une réflexion suffisante.

La renonciation par l'emprunteur au crédit a pour effet d'anéantir le contrat conclu avec le prêteur. Cette faculté trouve son fondement dans une présomption légale que la volonté du consommateur est affaiblie par la publicité qui l'entoure de toutes parts et qui l'incite à se procurer à crédit ce qu'il ne peut payer au comptant, et de son défaut

87 E. BALATE, P. DEJEMEPPE et E. DE PATOUT, *op.cit.*, p. 165.

88 A. M. NGAGI, *La protection des intérêts économiques des consommateurs dans le cadre du libéralisme économique en droit rwandais op. cit.*, p. 296.

89 J. CALAIS-AULOY ET E. STEINMETZ, *op. cit.*, p. 387.

90 Article L-311-24 du Code français de la consommation.

d'apprécier convenablement la situation financière⁹¹. Outre ce qui vient d'être dit précédemment, la réglementation des clauses abusives devrait attirer l'attention du législateur rwandais en matière de crédit à la consommation.

Section II. Nécessité d'une réglementation des clauses abusives en matière de crédit à la consommation

Dans cette section, il importe d'analyser la protection des consommateurs par la mise en place des dispositions sanctionnant des clauses abusives, de l'élimination des clauses abusives et par l'élaboration des listes des clauses abusives.

A. Mise en place des dispositions générales sanctionnant les clauses abusives

La solution la plus favorable à l'élimination des clauses abusives dans les contrats prérédigé, serait en premier lieu la mise en place des dispositions définissant et sanctionnant les clauses abusives. Malheureusement, ces dispositions font défaut en droit rwandais en général et en droit de crédit à la consommation en particulier. Dans ce sens, le législateur rwandais devrait s'inspirer de la norme générale déjà élaborée par son homologue français.

En effet, l'article L 132 al.1 du code français de la consommation dispose que dans les contrats conclus entre professionnel et non professionnel ou consommateur, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer au détriment du non professionnel ou consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Le 4^{ème} alinéa du même article dispose que les clauses abusives sont réputées non écrites. L'article 8 du

91 A. M. NGAGI, *La protection des intérêts économiques des consommateurs dans le cadre du libéralisme économique en droit rwandais*, op. cit., pp. 298-299.

code québécois de la consommation quant à lui dispose que le consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent, lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à l'exploitation du consommateur, ou que l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante⁹².

Faisant du désavantage créé au détriment de l'une des parties l'un des éléments du caractère abusif des clauses contractuelles, la norme générale devrait sanctionner indirectement la lésion existant dans le contrat⁹³. En outre, elle devrait définir la clause abusive à partir de deux paramètres à savoir, le **principe de l'exécution de bonne foi**⁹⁴ du contrat et du juste **équilibre des contre-prestations**⁹⁵.

La réglementation des clauses abusives pourrait également se référer au caractère raisonnable et habituel de la stipulation contractuelle, eu égard au contenu du contrat, aux circonstances ayant entourés la formation du contrat tenant également aux événements subséquents ou à d'autres circonstances⁹⁶. Ainsi, toutes ces clauses contenues dans les contrats de crédit à la consommation, qui sont sensiblement défavorables au consommateur, devraient être jugées abusives et ne devraient en aucun cas lier le consommateur.

La règle générale à elle seule ne suffirait pas pour lutter contre les clauses abusives, la mise en place des listes clauses abusives en matière de crédit à la consommation s'avère aussi nécessaire.

92 J. M. BRISSON et N. KASIRER, *op. cit.*, 2005-2006, 13^e Edition, Edition Yvon Blais, Québec, 2005, p. 2246.

93 I. DE LAMBERTERIE, A. RIEG et D. TALLON, *op. cit.*, p. 50.

94 l'article 64 de la loi sur les contrats

95 J. GHESTIN et I. MARCHESSEAU VAN-MELLE, « Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe », in GHESTIN, J.(dir.), *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 50.

96 *Idem*, p. 46.

B. Enumération des clauses abusives dans un contrat de crédit à la consommation

Pour être efficace, l'élimination des clauses abusives pourrait se faire par l'élaboration d'une liste de clauses tenues pour abusives et partant interdites dans les contrats liant un consommateur et un professionnel, spécialement en matière de crédit à la consommation.

Illustrant l'intention du législateur, les listes des clauses abusives guident le juge dans la mise en œuvre de la règle générale et permet tant aux rédacteurs des contrats d'adhésion qu'aux consommateurs de mieux saisir ce que le législateur a entendu prohiber par la norme générale⁹⁷.

Cette liste pourrait se présenter sous deux formes : une liste de clauses noires et une liste de clauses grises. Les clauses noires et les clauses grises se distingueraient par la nature de la présomption d'abus qui leur serait attaché, et qui pourrait être simple ou irréfragable⁹⁸.

En effet, la liste noire présenterait des clauses contractuelles dont l'utilisation serait interdite, de façon générale, tandis que la liste grise donnerait des clauses présumées abusives, c'est-à-dire que le consommateur ne serait pas dispensé d'apporter la preuve du caractère abusif et qu'il serait loisible pour le professionnel de prouver le contraire. Les clauses grises appelleraient ainsi une interprétation, contrairement aux clauses noires qui seraient réputées abusives par elles-mêmes⁹⁹.

Ailleurs, notamment en Belgique et en France, les listes des clauses abusives noires ou grises sont déjà élaborées. A titre d'exemple, nous pouvons citer l'article 32 de la loi belge du

97 M. A. LOPEZ SANCHEZ, *Las condiciones generales de los contratos en el derecho español*, cité par J.GHESTIN et I. MARCHESSEAU-VAN -MELLE, Op. cit., p. 45.

98 *Idem.*, pp. 46-47.

99 A. M. NGAGI, *La protection des intérêts économiques des consommateurs dans le cadre du libéralisme économique en droit rwandais op. cit.*, pp 243 et ss.

14 juillet 1991 sur les pratiques et sur l'information et la protection du consommateur qui a mis en place une liste noire qui contient 29 clauses qui doivent être considérées comme abusives. Cette loi prévoit à titre indicatif ce qui suit¹⁰⁰ :

- prévoir lors de la signature du contrat un engagement immédiat et définitif du consommateur lorsque le professionnel contracte sous une condition dont la résiliation dépend de sa seule volonté ;
- réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du produit à livrer ou du service à prester, si ces caractéristiques revêtent un caractère essentiel pour le consommateur ou pour l'usage auquel le consommateur destine le produit ou le service, pour autant du moins que cet usage ait été communiqué au professionnel et accepté par lui ou qu'à défaut d'une telle spécification, cet usage ait été raisonnablement prévisible ;
- fixer ou modifier unilatéralement le délai de livraison d'un produit ou le délai d'exécution d'un service ;
- interdire au consommateur de demander la résolution du contrat, dans le cas où le professionnel n'exécute pas ses obligations ;
- autoriser le professionnel à rompre ou à modifier le contrat unilatéralement, sans dédommagement pour le consommateur, hormis le cas de force majeure ;
- déterminer le montant de l'indemnité due par le consommateur qui n'exécute pas ses obligations, sans prévoir une indemnité du même ordre à charge du professionnel qui n'exécute pas les siennes ;
- limiter les moyens de preuve que le consommateur peut utiliser ;
- fixer le montant de dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution ou de retard d'exécution des obligations du professionnel qui dépassent

100 M.VAN DEN BOSSCHE, « Liste des clauses abusives », en ligne sur http://minco.gov.be/protection_consumer/informations_and_advice_fr, consulté le 05 décembre, 2011.

manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par le vendeur ;

- exclure ou limiter la responsabilité légale du professionnel en cas de mort du consommateur ou des dommages corporels causés à celui-ci, résultant d'un acte ou d'une omission de ce professionnel ;
- constater de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat ;
- permettre au professionnel de retenir des sommes versées, par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure le contrat, sans prévoir le droit pour le consommateur, de percevoir une indemnité d'un montant équivalent de la part du professionnel lorsque c'est ce dernier qui renonce, etc¹⁰¹.

Le législateur rwandais pourrait s'inspirer de cette liste pour élaborer une liste de clauses noires appropriées, en tenant compte des réalités de notre pays. Toutefois, la protection ne se réduirait pas aux seules clauses limitativement énumérées. Le système de liste ne serait consacré qu'à titre indicatif en vue de servir comme tableau de bord au milieu professionnel, mais aussi comme référence au juge¹⁰².

Ainsi, le juge rwandais aurait la possibilité de déclarer abusives et par conséquent nulles, des clauses dont il constate qu'elles ont été imposées aux consommateurs par un abus de la puissance économique des professionnels, et qu'elles confèrent à ceux-ci, un avantage excessif, sans qu'elles soient nécessairement énumérées dans la loi. Le juge rwandais devrait, notamment, avoir la possibilité de prononcer des sanctions appropriées à l'égard des professionnels qui continuent à stipuler les clauses déclarées abusives par la loi.

101 A.M. NGAGI, *La protection des intérêts économiques des consommateurs dans le cadre du libéralisme économique en droit rwandais op. cit.*, p. 255.

102 *Idem*, p. 291.

Section 3. Renforcement du contrôle de l'activité bancaire

La protection du consommateur nécessite la mise sur pied des structures dont la tâche essentielle consisterait à défendre les intérêts des consommateurs¹⁰³. Les institutions existantes et qui œuvrent dans le domaine de la protection des consommateurs devraient être renforcées, mais aussi, il sied de souligner que la création d'autres s'avère aussi nécessaire. Dans cet ordre d'idées, les organes de droit public et ceux de droit privé devraient être renforcés, d'autres devraient être créés pour veiller à l'application des lois qui intéressent le consommateur de crédit.

Cette section sera essentiellement consacrée aux institutions étatiques qui pourront intervenir dans la protection du consommateur de crédit. Parmi les institutions de droit public qui peuvent mieux assurer la protection du consommateur de crédit au Rwanda, il y a la Banque Nationale qui est considérée comme une Banque des banques, le Ministère de commerce, de l'industrie et de l'investissement et l'Office Rwandais de Régulation des services d'utilité publique.

1. Banque Nationale du Rwanda

A coté de ses fonctions de banquier de l'Etat, la BNR est la Banque des banques. Elle assure le contrôle et la surveillance du système bancaire (...) en plus de nombreux services d'information qu'elle assure au système bancaire¹⁰⁴. Parmi ces services figure la centralisation des risques bancaires. Certes, la centralisation des risques protège les établissements de crédit, étant donné qu'elle a pour objet essentiel, de permettre aux établissements de crédit de

103 CH. BOUTAYEB, *La protection des consommateurs en droit communautaire*, cité par A. M. NGAGI, *op. cit.*, p. 164.

104 Article 51 et suivants de la loi n° 55/07 du 30 novembre 2007, régissant la Banque Nationale du Rwanda, in *JORR*, n° Spécial du 20 février 2008. Voir aussi E. NTEZIRYAYO, *Le cadre juridique de l'activité bancaire au Rwanda et l'accessibilité au système de crédit*, Kigali, Pallotti-press, 1998, p. 67.

connaître l'évolution de l'endettement global de leurs clients sur lesquels ils souscrivent des déclarations. L'idée est bien entendu d'éviter à une banque d'accorder à un client des crédits, alors qu'il est, par ailleurs, lourdement endetté. Avant de prendre sa décision, l'établissement de crédit devrait connaître le niveau de l'endettement total du client qui s'adresse à lui¹⁰⁵.

De ce qui précède, il est remarquable que le contrôle de l'activité bancaire à travers la centralisation des risques bancaires protège également le consommateur de crédit, dans ce sens qu'il lui est refusé un crédit, lorsqu'il est évident qu'il est lourdement endetté et que par conséquent, il est dans l'impossibilité de rembourser. Ainsi, cette mesure doit être renforcée dans cet angle.

Il résulte de l'article 2 de la loi portant organisation de l'activité bancaire¹⁰⁶, que ce texte entend régir de façon générale les banques et autres institutions financières de droit public et privé qui exercent leurs activités sur le territoire rwandais ou dont le siège social est situé sur le territoire de la République du Rwanda.

Selon l'article 57 de la même loi, la Banque Centrale veille au respect des dispositions légales et réglementaires. Ce contrôle devrait être fait dans tous les axes, c'est-à-dire le contrôle prudentiel et le contrôle de la relation entre consommateur et banque.

Malheureusement, seuls les aspects financiers sont seulement contrôlés par la Banque Nationale du Rwanda. La Banque Centrale se contente de définir le domaine de crédit pouvant attirer l'attention des banquiers, elle insiste seulement sur le contrôle des risques, sans pour autant se préoccuper de la protection des consommateurs de crédit en tant que telle¹⁰⁷.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 68.

¹⁰⁶ Loi n° 007/2008 de la 08/04/2008 portant organisation de l'activité bancaire.

¹⁰⁷ J. BAREBEREKO, *Détermination des taux d'intérêt au Rwanda*, Rapport de stage effectué à la BNR, p. 36, inédit.

Dans le même ordre d'idées, la Banque Nationale du Rwanda a émis l'instruction n° 08/99 relative au contrôle interne des banques et établissements financiers¹⁰⁸. Son article 16 précise que les banques et établissements financiers doivent disposer d'une procédure de sélection des risques de crédit et d'un système de mesure de ces risques leur permettant notamment de :

- a) identifier de manière centralisée leurs risques de bilan et de hors bilan à l'égard d'une contrepartie ou de contreparties considérées comme un même bénéficiaire au sens des articles 2, 3,5 et 6 de l'Instruction n° 10/96 ;
- b) appréhender différentes catégories de niveaux de risque à partir d'informations qualitatives et quantitatives au sens de l'article 10 de l'Instruction n° 10/96 ;
- c) procéder, si elles sont significatives, à des répartitions globales de leurs engagements par ensembles de contreparties faisant l'objet d'une appréciation identique de leur niveau de risque, tel que celui-ci est apprécié par la banque ou établissement financier ainsi que par secteur économique et par zone géographique.

Il est néanmoins déplorable que la Banque Nationale ignore complètement la relation consommateurs-banques. Dans un entretien avec les agents du département chargé de la supervision des banques, ils nous ont précisé qu'ils ne contrôlent pas les contrats passés entre un client et une banque, car ils considèrent que le principe de la libre volonté des parties doit s'appliquer, et que la Banque Centrale ne doit pas intervenir dans la gestion interne des banques.¹⁰⁹

Pourtant, selon l'article 53 de la loi sur la BNR, la Banque Centrale détermine par règlement, les informations devant être soumises par les banques, les modalités de communication de ces informations ainsi que leur périodicité.

108 Instruction n° 08/99 de la banque nationale du Rwanda relative au contrôle interne des banques et établissements financiers du 14 octobre 1999.

109 Réponses aux questions que nous avons adressées au département de supervision des banques (annexe dans la lettre du 15 juillet 2009).

Nous pensons qu'en application de cette disposition, la Banque Nationale devrait demander des informations aux banques et autres établissements financiers en rapport avec les contrats qu'elles ont passés avec leurs clients. Et là, c'est l'application des recommandations émises le 29 juillet 2005 par la Commission Economique et du Commerce du parlement Rwandais conduite par son Président à l'époque Honorable NKUSI Juvénal dans la visite effectuée par cette commission à la BNR.

Comme l'a précisé le Chef de la délégation, cette visite des parlementaires à la Banque Nationale du Rwanda se situait dans le cadre d'échanges d'information en rapport avec la conjoncture économique nationale en général, et la mission de la Banque Nationale du Rwanda, en particulier.

Les membres de la délégation parlementaire et le Gouverneur de la Banque Nationale du Rwanda ont également échangé des points de vues pouvant inspirer le législateur sur les projets de lois qui cadrent avec le contexte économique dans lequel vivent les Rwandais actuellement. Parmi les éléments qui ont intéressé cette délégation, figurait la supervision bancaire¹¹⁰.

Cette commission est aussi revenue sur la question de taux d'intérêts. Dans son allocution, le gouverneur de la BNR, a informé la délégation des parlementaires que des mécanismes pour empêcher les taux d'intérêt bancaires trop élevés seront mis en place par la BNR. Les taux d'intérêt bancaires trop élevés poursuit-il, constituent un frein aux investissements¹¹¹.

Pourtant, ces mécanismes auxquels faisait allusion le gouverneur de la BNR, n'ont pas jusqu'ici été mis en place. Lors de l'entretien avec les agents de la BNR en charge de la supervision bancaire, il a été trouvé que « la fixation des

¹¹⁰ Visite effectuée en date du 29 Juillet 2005, disponible sur www.bnr.rw.org, visité en date du 22/06/2011.

¹¹¹ Voir document sur la visite des parlements ci-haut cité.

taux d'intérêt débiteur est laissée à la discrétion des parties (volonté des deux parties qui transparaît dans les termes du contrat) ».

Il importe de préciser que les banques ne peuvent avoir aucune excuse qui les empêcherait de ne pas fournir des tels renseignements. L'article 59 alinéa 2 de la loi sur l'organisation de l'activité bancaire au Rwanda précise que nul ne peut invoquer le secret professionnel pour ne pas fournir des renseignements exigés par la Banque Centrale.

La loi prévoit aussi des sanctions à l'encontre des banques qui ne respectent pas les instructions de la Banque Nationale du Rwanda. L'article 69 de la même loi précise que la Banque Centrale est habilitée à fixer les sanctions pécuniaires en cas de violation des dispositions de ses règlements, instructions et décisions.

Néanmoins, nous nous posons la question de savoir comment concilier le contrôle qui peut être fait par la Banque Nationale et le principe du libéralisme économique qui, d'ailleurs dans le contrat de crédit, est précisé à l'article 480 CCLIII qui dit que le taux d'intérêt conventionnel est déterminé librement par les parties contractantes. A ce sujet nous pensons que la Banque Nationale du Rwanda pourra fixer un taux maximum à appliquer et laisser à l'appréciation des parties le taux minimum.

En somme, nous pensons que la Banque Nationale et autres institutions publiques, devraient tenir compte de la relation entre consommateurs des crédits et banques. L'expérience montre que les banques, faute de contrôle dans ce domaine, fixent des conditions comme elles veulent, elles peuvent soit modifier les taux d'intérêt,¹¹² les conditions d'octroi des crédits où la banque exige actuellement une garantie supplémentaire au client qui sollicite une avance sur salaire qui dépasse quatre millions de francs rwandais¹¹³. Mise

112 Voir contrat de crédit de la Banque Populaire SA où le taux d'intérêt est passé de 14% à 18%.

113 Entretien avec client de la Banque Populaire SA en date du 29 juillet 2009. Ce client se

à part l'intervention de la BNR sur le marché de crédit, il importe de souligner le rôle du Ministère de commerce et de l'industrie en tant autorité régulatrice du commerce en général.

2. Intervention du Ministère de commerce et de l'Industrie

Le secteur bancaire joue un rôle prépondérant dans le développement économique du pays. Pour lutter efficacement contre les clauses abusives dans ce secteur, il est indispensable de mettre sur pied un service administratif de contrôle. Ainsi que le note I. de BENALCAZAR, il est désormais incontestable que les contrats de consommation, si fortement imprégnés de clauses abusives, doivent être contrôlés aux fins de rééquilibrer ou tout au moins tenter de le faire, les rapports contractuels entre les parties¹¹⁴.

L'article 17 de la loi n°15/2001 de la 28/01/2001 portant organisation du commerce intérieur précise en des termes clairs que le Ministre ayant le commerce intérieur dans ses attributions, suit de près tous les aspects de commercialisation et de formation des prix. Il pourra créer des commissions pour résoudre les problèmes qui pourraient surgir.

En application de cette disposition, le Ministère ayant le commerce dans ses attributions devrait faire un contrôle régulier des activités bancaires, surtout que toutes les opérations bancaires sont qualifiées des actes de commerce par nature¹¹⁵. La protection des consommateurs de crédit devrait intéresser le MINICOM en étroite collaboration avec la BNR.

lamentait en disant que ledit crédit était garanti par le salaire seulement et que actuellement on exige des hypothèques et autres garanties.

114 I. de BENALCAZAR, *La protection des intérêts économiques des consommateurs dans le cadre des produits : Etude comparée des droit anglais, français et communautaire*, Thèse de Doctorat, Paris I, Université de Panteon-Sorbone, 1999, p. 204, inédit.

115 Article 2 du Décret du 2 août 1913, Des commerçants et de la preuve des engagements commerciaux, B.O, 19913, p. 775.

La pratique dans ce sens est néanmoins contraire. En effet, dans nos entretiens avec les autorités dudit ministère lors de la journée portes ouvertes¹¹⁶. Certains agents de ce ministère, nous ont affirmé qu'ils n'interviennent pas dans le domaine bancaire. Le Secrétaire permanent dudit ministère nous a précisé que le domaine de contrôle des banques est laissé à la discrétion de la Banque Nationale ; or, comme nous l'avons précédemment précisé, la Banque Nationale ne se limite qu'au contrôle prudentiel et non aux relations banques-consommateurs.

Comme l'affirment J. GHESTIN I. MARCHESSAUX, le contrôle administratif des clauses abusives permet d'attaquer le mal à la racine. Cet auteur renchérit que ce contrôle prévient l'atteinte avant qu'elle se perpétue, avant que le client ne soit lié au contrat¹¹⁷. Ce genre de contrôle paraît donc indispensable dans le secteur bancaire.

Il convient de préciser que le rôle du Ministère de commerce et de l'industrie ne devrait pas être exclu, étant donné que toutes les institutions des Microfinances ayant les statuts des coopératives, sont préalablement agréées par le Ministère de commerce avant d'être autorisées d'exercer les activités par la BNR¹¹⁸. De même, le MINICOM contreviendrait à ses missions en excluant certains domaines de commercialisation en l'occurrence le commerce de crédit.

3. Rôle de l'Agence Rwandaise de Régulation des Services d'Utilité Publique

La régulation des certains domaines du commerce paraît comme une exception au principe de libéralisme économique au Rwanda. Après l'instauration du libéralisme économique

116 Journée portes ouvertes au MINICOM à GIKONDO en date du 29 mai 2009.

117 J. GHESTIN, I. MARCHESSAUX *op. cit.*, p. 48.

118 Article 23 de la loi n°50/2207 du 18/09/2007 portant organisation et fonctionnement des Sociétés Coopérative au Rwanda, in *JORR*, n° 23 bis du 01/12/2007.

dans les années 1991¹¹⁹, il n'y avait aucun texte juridique qui parlait de la régulation. La loi n°39/2001 du 13 septembre 2001 portant création de l'Agence de Régulation des Services d'Utilité Publique est considérée comme la première de ce genre¹²⁰.

Le rôle de l'Agence de Régulation se remarque par la définition du terme utilité publique qui est prévue dans ladite loi. Selon l'article 1(2), Est considéré comme personne prestant les services l'Utilité Publique, toute personne physique ou morale ayant dans ses activités dans l'un de ces services: la télécommunication ; l'électricité ; l'eau ; la collection des déchets ; l'extraction de gaz et le transport des biens et personnes.

En lisant cette loi, notre préoccupation était de savoir si cette liste est exhaustive. La réponse a été donnée par un agent de la RURA en charge de la consommation. Lors des entretiens avec cet agent, il nous a révélé que cette institution n'intervient que dans le domaine lui réservé par la loi¹²¹. Ainsi, l'activité bancaire poursuit-il, échappe à l'intervention de la RURA.

Nous pensons que le législateur a commis une erreur en pensant qu'il allait donner une liste exhaustive des activités pouvant être considérées comme services d'utilité publique. A notre sens, le domaine de crédit rentre aussi dans les services d'utilité publique et devrait faire l'objet de régulation dans le contexte de la protection de la partie faible en l'occurrence le consommateur de crédit¹²².

119 A. M. NGAGI, *La protection des intérêts économiques des consommateurs dans le cadre du libéralisme économique en droit rwandais op. cit.*, p. 59.

120 T. HABUMUGISHA, *Protection des consommateurs des télécommunications : cas du MTN Rwandacell SARI et de Rwandatel sa*, thèse de maîtrise, Kigali, UNR, 2007, p.59.

121 Entretien fait en date du 20 août 2011.

122 Une autre inquiétude a été de savoir s'il y a des critères objectifs qui ont orienté le législateur rwandais dans la limitation du domaine de l'Office Rwandais de régulation des services d'utilité publique. Mais comme nous n'avons pas trouvé les travaux préparatoires de cette loi, cette question reste.

CONCLUSION

Le droit classique met l'individu au centre du droit pour défendre ses intérêts par la consécration du principe de l'autonomie de la volonté. Jusqu'aujourd'hui, au Rwanda les opérations de banque n'ont pas reçu une réglementation spécifique dans le sens de protection de consommateur. Les relations banque-clients restent sous l'empire de la loi des parties et dans une large mesure à la merci des pratiques bancaires. C'est sur ce modèle que chaque banque essaie de réglementer ses opérations en donnant une large place à l'autonomie de la volonté.

Tout au long de ce travail, il a été question de démontrer qu'en droit rwandais, le consommateur de crédit n'est pas suffisamment protégé contre les abus résultant de la puissance économique des institutions financières. C'est ainsi que le déséquilibre contractuel dans le contrat de crédit est une réalité incontestable que nul ne devrait ignorer.

Lors de nos recherches, il a été constaté que le principe de l'autonomie de la volonté ne protège pas les consommateurs de crédit contre les abus de la puissance économique de l'établissement de crédit dans leurs rapports contractuels. Le principe en soi, ne peut assurer la liberté réelle que lorsqu'il est appuyé par d'autres règles spécifiques qui protègent les consommateurs dans les différents contrats d'adhésion dont le contrat de crédit, objet principal de notre recherche.

En plus des insuffisances du principe de l'autonomie de la volonté, force est de constater que depuis l'apparition des contrats d'adhésion, pris dans le même sens que le contrat librement négocié, beaucoup d'abus se sont multipliés contre le consommateur en général, plus particulièrement le consommateur de crédit. Les établissements de crédit ne

laissent pas au consommateur de crédit un espace ouvert pour négocier librement les clauses contractuelles.

Le consommateur emprunteur n'est pas mieux traité, à cause du vide juridique en droit rwandais en matière de contrat de crédit. Ce contrat tire sa réglementation principalement des usages et de la pratique bancaire ; ce qui constitue la source principale des abus dont l'emprunteur fait l'objet.

Ainsi, plusieurs clauses abusives sont stipulées dans le contrat de crédit, Parmi elles, nous pouvons citer les clauses pénales, les clauses de résolution unilatérale, les clauses relatives aux garanties et les clauses attributives de compétence. Il faut à cette liste, ajouter le manque d'obligation légale d'information précontractuelle.

Une autre réalité déplorable est l'attitude de juge rwandais dans les affaires qui intéressent les consommateurs et les professionnels de crédits. Le constat a été que les juges fondent souvent leurs décisions sur l'article 64 de la loi sur les contrats, qui préconise le principe de la convention-loi. Or, ce principe semble être inadapté dans la relation banque-consommateur. Ceci se justifie par le fait qu'il date du 19^e siècle, période dont les réalités socio-économiques étaient totalement différentes de celles du moment.

Dans la plupart de décisions judiciaires que nous avons examinées, les juges ont précisé clairement que la volonté des parties est primordiale. Pourtant, la majorité de contrats trouvés, contiennent des clauses abusives. Sous d'autres cieux, lorsque le juge constate que le contrat de crédit contient des clauses abusives, celles-ci sont considérées comme non écrites, si elles sont dans la liste noire et être interprétées, si elles sont dans liste grise.

Compte tenu du fait que le besoin de protéger le consommateur de crédit se fait sentir avec acuité pour la sauvegarde des intérêts économiques de ces derniers, nous proposons la mise sur pied d'un code de la consommation en général et des dispositions protectrice des consommateurs des crédits en particulier. Une fois mis en place, ce code servirait comme un guide des juges, des banquiers et des consommateurs et contribuerait à l'amélioration des conditions du consommateur.

En plus du code de la consommation tel que proposé, des mesures d'accompagnement seraient également nécessaires. Nous suggérons aussi la modification des certaines lois à l'occurrence, la loi sur les activités bancaires, la loi sur la Banque Nationale du Rwanda et la loi sur l'Agence Rwandaise de régulation des services d'utilité publique. Ainsi, ces lois seraient complétées en insérant des dispositions qui visent à étendre les activités des institutions concernées, au contrôle des contrats passés entre les consommateurs et les banques. La BNR, le MINICOM et la RURA devraient intervenir dans les relations banque-clients dans un sens favorable à ces derniers.

Nous pensons également que le gouvernement rwandais devrait intensifier son intervention afin de renforcer les associations des consommateurs pour leur permettre de revendiquer les droits des consommateurs dans chaque domaine, y compris celui du crédit. Même si l'Etat rwandais à travers le MINICOM aide certaines des associations, nous pouvons dire que le chemin est encore long, étant donné que le plus souvent ces associations se trouvent démunies de moyens pour fonctionner efficacement, les pouvoirs publics devraient soutenir financièrement et matériellement les efforts déployés par elles, afin de relever le niveau de vie et améliorer la qualité de la vie des consommateurs.

BIBLIOGRAPHIE

I. TEXTES LEGISLATIFS

I.1. TEXTES NATIONAUX

1. Loi n°045/2011 du 25/11/2011 régissant les contrats, *JORR*, n°4bis du 23/01/2012.
2. Loi n°7/2009 relative aux sociétés commerciales 27/04/2009, in *JORR*, n°17bis du 27/04/2009.
3. Loi n° 07/2008 du 08/04/2008 portant organisation de l'activité bancaire, *JORR*, n°12 du 15 juin 2008.
4. la loi n° 55/07 du 30 novembre 2007, régissant la Banque Nationale du Rwanda, in *JORR*, n° Spécial du 20 février 2008
5. la loi n°50/2007 la 18/09/2007 portant organisation et fonctionnement des Sociétés Coopérative au Rwanda, in *JORR*, n° 23 bis du 01/12/2007
6. la loi n° 06/2005 du 03/06/2005 portant réglementation des activités de crédit-bail et conditions d'exercices de ces activités, in *J.O.R.R.* n° 13 du 1/07/2005.
7. Décret du 30 juillet 1888 sur les contrats ou des obligations conventionnelles, in (B.O., 1888, p.109) tel que modifié par le Décret du 16 juin 1947 rendu exécutoire par *O.R.U.* n° 111/269 du 15 décembre 1959 (*B.O.R.U.*, 1959).

I. 2. TEXTES ETRANGERS

1. La loi belge du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation in *MB* du 09 juillet 1991.
2. Code français de la consommation disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid...>, visité le 08/12/2012.

II. JURISPRUDENCE

II.1. JURISPRUDENCE RWANDAISES

1. Tribunal de commerce de Huye, 08/010/2009, RCOM 0483/08/TC/HYE Banque Populaire du Rwanda SA contre BY. JO, inédit.
2. Tribunal de commerce de Musanze, 09/10/2008, RCOM 0188/08/TC/MUS, Banque Populaire du Rwanda SA contre HA JO, inédit.
3. Tribunal de commerce de Nyarugenge, 06/04/2009, RCOM 2178/TC/Nyge, BRD SA contre ZAMUKA MUHINZI et consorts, inédit.
4. Tribunal de commerce de Nyarugenge, 03/03/2009, RCOM 2186/08/TC/ /Nyge, ZIGAMA CSS contre G. A., inédit.
5. Tribunal de commerce de Nyarugenge, 27/02/2009, RCOM 2012/08/TC/ /Nyge, Banque Populaire du Rwanda SA contre GA. P., inédit.
6. Tribunal de commerce de Nyarugenge, 13/04/2009, RCOM 2237/08/TC/ /Nyge, Banque Populaire du Rwanda SA contre NSE. V., inédit.

7. Haute Cour de Commerce, 17/03/2009, RCOM, 0025/08/HCC, GWIZA Microfinance contre MU. D., inédit.
8. Haute Cour de Commerce, 09 /03/ 2009, RCOM 0178/08/HCC, BACAR SA contre Succession H. E., inédit.

II.2. JURISPRUDENCE ETRANGERES

1. Civ. Louvain, 20 avril 1994, RDC, 1995, p. 85 ;
2. Com. Anvers, 18 mai 1995, *R. D. C.*, 1996, p. 740
3. Cass. 10 septembre 1971, Pal., 1972, I, p. 28,.
4. Civ. 3^o, 2 octobre 1974, *Bull. civ.* III, n°330, citée par H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, 11ème éd., Paris, Dalloz, 2002, pp. 37-38
5. Civ. 1^{er}, 1^{er} février 1960, *Bull. civ.*, I, n°67, citée par A. BENABENT, *Droit civil, les obligations*, 9^e Edition, Montchrestien, Paris, 2003, p. 64.
6. Tribunal de Grande Instance de Paris 1ère chambre, 4 février 2003, extraits du jugement" en ligne sur http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire_phtml?pid=504, consulté le 08/4/2011
7. Trib. Com. Paris 6 mai 1968, *Gaz. Pal.* 1968. 2. 135, cité par G. BERLIOZ, *Contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1976, p. 126
8. Cass., 9 juillet 1936, *Pas.*, 1936, I, 345, cité par N. U GATSINZI, *La protection de consommateur contre les clauses abusives en droit rwandais*, mémoire, UNR, 2005, p. 57, inédit.

9. Civ. 3°, 2 octobre 1974, *Bull. civ. III*, n°330, citée par H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, 11ème éd., Paris, Dalloz, 2002, pp. 37-38.

III. OUVRAGES

1. BALATE, E., DEJEMEPPE, P. et DE PATOUL, F., *Le droit du crédit à la consommation*, Bruxelles, De Boeck, 1995.
2. BALATE, E. et STUYCK, J., *Pratiques du commerce, information et protection du consommateur*, Belgique, éd. Leuven, 1998.
3. BERLIOZ, G., *Contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1976.
4. BENABENT, A., *Droit civil, les obligations*, 9^e Edition, Paris, Montchrestien, 2003.
5. BRICKS, H., *Les clauses abusives*, Paris, LGDJ, 1982.
6. BRISSON, J. M. et KASIRER, N., *Code civil du Québec, édition critique 2005-2006*, 13^e Edition, Edition Yvon Blais, Québec, 2005.
7. CALAIS-AULOY, J. et STEINMETZ, F., *Droit de la consommation*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2006.
8. CAPITANT, H., F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, 11ème éd., Paris, Dalloz, 2002.
10. CAS, G., BOUT, R. et FINON, F., *Concurrence, Distribution, Consommation*, Paris, Lamy, 1990.
11. CORTRAI, JP., 22 juin 1993, cité par F. DUMONT-NAERT, *Le crédit à la consommation*, Kluwer, Editions Juridiques, 1997, p.222.
9. DE WOLF, M., *Eléments de droit commercial*, Bruylant, Erasme, 1999.
10. DOMONT-NAERT, F., *Consommateurs défavorisés : crédit et endettement Contribution à l'étude de l'efficacité du droit à la consommation*, Bruxelles, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1992.
11. DOMONT-NAERT, F., *Le crédit à la consommation*, Kluwer, Editions Juridiques Belgique, 1997.

12. FERRIER, D., *La protection des consommateurs*, Paris, Dalloz, 1996.
13. LAROUMET, Ch., *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, T. III, 4^{ème} éd., Paris, Economica, 1998.
14. MALAURIE Ph. et AYNES, L., *Les obligations*, 10^e éd., Paris, Ed. Cujas, 1999.
15. MARTIN, D. R., *Eléments de droit bancaire*, 5^e éditions de la Méditerranée, Tunis, 1993.
16. NGAGI, M. A., *Cours de droit civil des obligations*, manuel pour Etudiant, Butare, Editions de l'UNR, 2004.
17. NGAGI, M. A., *La protection des intérêts économiques des consommateurs dans le cadre du libéralisme économique en droit rwandais*, Butare, Editions de l'UNR, 2004.
18. STARK, B., *Obligations : contrat*, Paris, Litec, 1972.
19. NTEZIRYAYO, F. *Le cadre juridique de l'activité bancaire au Rwanda et l'accessibilité au système de crédit*, Kigali, Pallotti-Press, 1998.
20. NTEZIRYAYO, F., *Le cautionnement : étude comparative des Droit belge, français, rwandais*, Pallotti-press, 1994.
21. PECASTAING, P., « Contribution à l'étude de la condition juridique du consommateur : la conclusion du contrat de consommation », *Colloque du 12-16- juin 1974*, Paris, LGDJ, 1974.
22. PICOD, Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, L. G.D.J., 1987
23. PETIT-DUTALLIS, G, *Le risque du crédit, condition et modalités d'octroi du crédit aux entreprises et aux particuliers*, Paris, Clet, 1981.
24. RZEPECKI, N., *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Marseille, Presses Universitaires d' Aix-Marseille, 2002.
25. TERRE, F., SMILER, P. et LEQUETTE, Y., *Droit civil : les obligations*, 7^e Edition, Paris, Dalloz, 1999.

IV. ARTICLES DES REVUES

1. BAUDOIN, J. L. « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », in *Etudes offertes à J. GHESTIN*, Paris, L.G.D.J., 2001, p.35.
2. GHESTIN, J. et MARCHESSEAU VAN-MELLE, J., « Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe », in GHESTIN, J.(dir.), *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 50
3. LILKOFF, L. « La protection des consommateurs en droit pénal canadien », in *RCDP*, 1973-1974, p.636.
4. VAN BUNNEN, L. « Le devoir d'information et de conseil du vendeur ou du donneur de crédit », in *La promotion des intérêts des consommateurs au sein d'une économie de marché*, Bruxelles, E. Story Scientia, 1993, p. 427.

V. NOTES DES COURS, MEMOIRES, THESES ET AUTRES DOCUMENTS

V.1. Thèses

1. de BENALCAZAR, I., *La protection des intérêts économiques des consommateurs dans le cadre des produits : Etude comparée des droits anglais, français et communautaire*, Thèse de Doctorat, Paris I, Université de Panteon-Sorbone, 1999, p. 204, inédit.
2. HABUMUGISHA, T., *Protection des consommateurs des télécommunications : cas du MTN Rwandacell SARL et de Rwandatel sa*, thèse de maitrise, Kigali, 2007, inédit.
3. MBARUBUKEYE, S., *Délai de réflexion en tant que moyen de protection du consentement de consommateur en droit positif rwandais*, Thèse, Kigali, 2008, inédite.

V.2. Mémoires

1. BARASUKANA, N., *Des clauses abusives dans les contrats d'adhésion*, mémoire, Butare, Fac.de droit, UNR, 2005
2. BUGINGO, I., *De l'aide juridique aux consommateurs des crédits en droit rwandais*, mémoire, Butare Fac.de Droit, UNR, 1997, inédit.
3. GATSINZI, N. U., *La protection de consommateur contre les clauses abusives en droit rwandais*, mémoire, UNR, 2005, inédit.
4. MUJYAMBERE, L., *Mécanisme d'octroi des crédits par les institutions bancaires et leurs impacts sur la trésorerie (cas de la Banque Populaire de Ngoma)*, Mémoire, ULK, 2007. inédit.
5. RUGWIZANGOGA., M., *Protection des consommateurs contre le déséquilibre contractuel en droit rwandais*, mémoire, ULK, 2008, inédit

V.3. Notes des cours

1. NGAGI, A. M., *Cours de droit commercial*, Notes de cours, ULK, Gisenyi, 2009, inédites.
2. NTEZIRYAYO, F., *Droit Economique et Financier*, Notes de Cours, Kigali, ULK, 2003-2004, inédit.

VI. SOURCES ELECTRONIQUES

1. X, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionid=> visité le 08/12/2011.
2. X, [http://mineco.fgov.be.](http://mineco.fgov.be), consulté le 25/11/2011
3. ALEXANDRE, J., « Les clauses abusives contenues dans le contrat de crédit », in document actualite du droit de la consommation, octobre 2005, disponible sur <http://alexandre-jullien.over-blog.com/article-574737.html>, visité le 27 novembre 2011.

4. DEFRANCE, *Droit de la consommation*, [www.format-prod./droit-étudiants/droit-de laconsommation. html](http://www.format-prod./droit-étudiants/droit-de-laconsommation.html), consulté le 12 septembre 2011.
5. X, [http://mineco.fgov.be/protection-consumer/informations and advice fr](http://mineco.fgov.be/protection-consumer/informations-and-advice-fr) , consulté le 05 décembre, 2011.
6. X, Le forum de droit sur internet, disponible sur [http://www.foruminternet.org/ documents/jurisprudence/lire.html ?pid=504](http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.html?pid=504), consulté le 08 décembre 2011.
7. Le lexique de A à Z disponible sur www.compte-en-suisse-com/lexique, consulté le 02/09/2011.

VII. AUTRES DOCUMENTS

1. REBEREKO, J., *Détermination des taux d'intérêt au Rwanda*, Rapport de stage effectué à la BNR, inédit.
2. Contrat de crédit hypothécaire de la Banque Commercial du Rwanda SA.
3. Contrat de prêt de la Banque de Kigali SA.
4. Contrat de prêt à tempérament de la Banque Populaire du Rwanda SA.
5. Contrat de crédit de l'IMF UNGUKA.
6. Contrat de crédit de Microfinance AL HAAL SA.

Réflexion sur le respect des droits humains dans la lutte contre la pandémie du VIH/ SIDA

Par Alfred MWENEDATA*

* Alfred MWENEDATA est Docteur en Droit de l'Université Nationale d'Irlande, Galway (NUIG). Depuis Avril 2004, il est Chercheur et Enseignant de droit public à la Faculté de Droit de l'Université Libre de Kigali (UJK).

ABSTRACT (français)

Les atteintes aux droits humains favorisent la pandémie du VIH/SIDA. Ceci a été explicitement reconnu par l'Assemblée générale des Nations Unies réunie en session spéciale, à l'occasion de la Déclaration d'engagement sur le VIH/SIDA en 2001 que « la réalisation pleine et universelle des droits de l'homme et des libertés fondamentales est un élément essentiel de l'action mondiale contre l'épidémie de VIH/SIDA, notamment dans les domaines de la prévention, de soins, de l'appui et du traitement dans ce sens qu'elle réduit la vulnérabilité au VIH/SIDA et préserve de l'opprobre et de la discrimination qui en résulte à l'encontre des personnes atteintes du VIH/SIDA ou risquant de l'être ». En effet, après des longues années de l'existence de la pandémie, des nouvelles infections et des morts surviennent chaque jour. Ceci veut dire que les États n'atteignent pas leurs objectifs fixés en matière de prévention, de traitement et des soins. Certains droits fondamentaux liés à la maladie ne sont pas mis en œuvre ni par les Gouvernements, ni par les individus eux-mêmes. S'efforcer de comprendre le contexte d'un problème qui se pose est nécessaire pour y répondre. Le présent article est donc une réflexion sur le respect des droits humains dans la lutte contre la pandémie du VIH/SIDA. Il faut noter dans cette hypothèse que ce n'est pas tous les droits humains qui sont visés ; faut-il encore ajouter que même les droits qui sont violés ne le sont pas de la même manière. Nous mettons dans cette étude l'accent sur la violation des droits humains qui rentrent dans le rapport direct avec la maladie du SIDA ; notamment le droit à l'éducation, droit à l'accès aux soins de santé, droit de tous à l'égalité, droit à l'emploi égal et salaire égal, et droit aux meilleures conditions de vie.

ABSTRACT (English)

Human rights abuses constitute the main factor of the HIV/AIDS. This has been explicitly recognized by the UN General Assembly united in its special session, on the occasion of the Declaration of Commitment on HIV/AIDS in June 2001 that "...the full realization of human rights and fundamental freedoms for all is an essential element in a global response to the HIV/AIDS pandemic, including in the areas of prevention, care, support and treatment, and that it reduces vulnerability to HIV/AIDS and prevents stigma and related discrimination against people living with or at risk of HIV/AIDS". In effect, after the long existence of the pandemic, new infections and deaths occur every day. This significantly means that Governments fail to achieve their goals fixed for prevention, treatment and care. Certain fundamental rights related to the pandemic are respected neither by Governments nor by individuals themselves. The understanding of this problem attracts the way of solution. Hence, the present article is a critical analysis on the respect of human rights in combating the HIV/AIDS pandemic. The appraisal does not regard all rights but rights exclusively related to the pandemic; notably, the right to education, the right to health care, the right to equality, the right to employment, and the right to sustainable development.

Introduction générale

Il n'est pas très aisé d'accepter à première vue que le VIH/SIDA et les droits fondamentaux de la personne humaine auraient une relation entre eux. Pourtant, la question des droits humains est essentielle dans la lutte contre la pandémie de VIH/SIDA du fait que cette dernière constitue elle-même une question des droits de l'homme. En effet, le rapport qui s'établit entre la pandémie du SIDA et les droits de l'homme est devenu évident dans la réalité de l'impact que cette pandémie a sur la vie des hommes et à travers la montée de la vulnérabilité de certains groupes des gens. L'apparition du VIH/SIDA pose une multitude de problèmes d'ordre juridique, social, politique et éthique auxquels les Etats et organisations voire même les individus devront

répondre. En effet, le SIDA constitue à la fois un risque sanitaire pour les personnes touchées et un risque juridico-social au travers de l'émergence des peurs et des exclusions qu'il engendre.⁹⁷ Actuellement, le VIH/SIDA a soumis à rude épreuve la quasi-totalité de domaines scientifiques qui prouvent ainsi son caractère multidimensionnel. Au départ, c'est-à-dire dans les années quatre-vingt, il était perçu uniquement comme une maladie, un problème de santé et les recherches ne visaient que l'obtention d'un médicament préventif et/ou curatif. Cependant, au fur des années, il a été découvert que la pandémie comporte aussi des ramifications psychologiques, sociales, économiques, et juridiques.⁹⁸ Ainsi, un article consacré au SIDA dit : « *Un des éléments qui distingue la pandémie de VIH/SIDA des autres épidémies est qu'elle touche majoritairement des adultes jeunes, dépouillant les familles, les communautés et les nations de ceux qui sont les principaux contributeurs des activités génératrices des revenus... C'est donc un pan de population qui se trouve en incapacité de contribuer à part entière au développement de son pays. Cette perte des ressources humaines et de savoir-faire met en péril la survie des familles, fragilise des secteurs (notamment en termes de sécurité alimentaire, d'éducation, de santé), engendre des coûts supplémentaires et des pertes de productivité pour les entreprises* ».⁹⁹ Le SIDA fait partie des maladies s mortelles, tout comme le paludisme, la tuberculose, le cancer et la cardiopathie. Ce qui le différencie, c'est qu'il touche non seulement à la santé physique des individus, mais aussi à leur identité et à leur condition sociale.¹⁰⁰ Les

97 Cattacin Sandro, Christine Panchaud, et Véronique Tattini, *Les politiques de lutte contre le VIH/SIDA en Europe de l'Ouest : du risque à la normalisation*. Paris : L'Harmattan, 1997, p. 14 ; voir aussi ONUSIDA, Informations sur le sida, février 2008, www.onusida.org, consulté le 20 janvier 2011.

98 UNAIDS/WHO, *2009 AIDS Epidemic Update*, novembre 2009, pp. 7, 8 et 21.

99 Marisa Casale, citée par Laëtitia Darmon, « L'impact économique du VIH en Afrique », in *Le Journal du SIDA*, No. Spécial 196, mai-juin 2007, pp. 3-4.

100 ONU, *Le VIH/SIDA et les droits de l'homme: directives internationales*, deuxième

droits de l'homme s'articulent autour de trois principes qui s'impliquent réciproquement à savoir : la dignité de la personne humaine, l'égalité, et la liberté. Ces principes sont sacrés et doivent être respectés et protégés au profit de tout être humain, quelque soit son statut. C'est ce qui est à la base de l'affirmation que la réalisation universelle des droits de la personne et des libertés fondamentales s'avère comme une action indispensable pour réduire la vulnérabilité face au VIH/SIDA.¹⁰¹

S'il est clair que le SIDA représente une mise à l'épreuve des capacités de nos communautés à répondre à tous les maux qu'il engendre, les droits humains devraient-ils alors être placés au centre des efforts de la santé publique ? Dans son ouvrage, Mann signale que : « *La crise du SIDA a amené plusieurs à constater que la santé et les droits de la personne sont intimement liés : le SIDA nous a montré le parallélisme entre la santé et les droits de la personne ; nous avons découvert que les atteintes aux droits de la personne ont inévitablement des effets sur la santé et que pour pouvoir discuter sérieusement des questions relatives à la santé, il faut tenir compte de droits de la personne* ». ¹⁰² L'auteur poursuit en donnant les raisons pour lesquelles les droits de la personne devraient être protégés : « *Premièrement, parce qu'il est juste de le faire ; deuxièmement, parce que le fait d'empêcher la discrimination aide à accroître l'efficacité du programme de prévention du VIH ; troisièmement, parce que la marginalisation accroît le risque d'infection par*

consultation internationale sur le VIH/SIDA et les droits de l'homme, Genève, 23-25 septembre 1996, p. 6.

101 ONU, *Déclaration d'engagement sur le VIH/SIDA*, 26^{ème} session extraordinaire de l'Assemblée Générale de Nations Unies sur le VIH/SIDA, 25-27 juin 2001 ; voir aussi Dervis Kemal, *Déclaration de Commémoration de la journée de droits humains*, PNUD, 10 décembre 2005, <http://undp.org>, consulté le 23 mars 2008 ; OMS, *Twenty-Five Questions and Answers on Health and Human Rights*, Health and Human Rights Publications Series, Issue No. 1, Genève, juillet 2002, pp. 10-11.

102 J. M. Mann, *Migration, Ethnicity, and AIDS*, sur <http://www.aidslaw.ca>, consulté le 05 mai 2011.



le VIH, quatrièmement, parce que la seule manière dont une collectivité peut réagir efficacement au VIH/SIDA est d'exprimer le droit fondamental de gens en participant aux décisions qui les touchent ». ¹⁰³ D'aucuns pensent que les personnes les plus affectées par le VIH/SIDA seraient des gens ou des communautés dont la réalisation des droits sociaux et économiques serait inefficace et dont l'accès limité à ces droits fait que la pandémie ait un impact sur leur vie. ¹⁰⁴ Le SIDA, préoccupation de santé publique, serait aussi un problème de santé internationale qui menacerait les droits humains. ¹⁰⁵ Considérée, d'abord comme une maladie qui frappe des populations déjà discriminées (homosexuels, consommateurs des drogues injectables, prostituées, etc.), ses victimes ont été déconsidérées et avec elles les conséquences de la maladie souvent sous-estimées.

De ce qui précède, force est de conclure cette introduction en disant que les atteintes aux droits humains favorisent la pandémie du VIH/SIDA. Ceci a été explicitement reconnu par l'Assemblée générale des Nations Unies réunie en session spéciale, à l'occasion de la Déclaration d'engagement sur le VIH/SIDA en 2001 que « *la réalisation pleine et universelle des droits de l'homme et des libertés fondamentales est un élément essentiel de l'action mondiale contre l'épidémie de VIH/SIDA, notamment dans les domaines de la prévention, de soins, de l'appui et du traitement dans ce sens qu'elle réduit la vulnérabilité au VIH/SIDA et préserve de l'opprobre et de la discrimination qui en résulte à l'encontre des personnes atteintes du VIH/SIDA ou risquant de l'être* ». ¹⁰⁶ En effet,

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ National Human Rights Commission of India, *Report of the National Conference on Human Rights and HIV/AIDS*, New Delhi (Inde), 24-25 novembre 2000, p.1.

¹⁰⁵ Le droit à la santé est protégé par l'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux, et culturels adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'AG des NU dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

¹⁰⁶ Voir le paragraphe 57 de la Résolution A/RES/S-26/2 adoptée par l'Assemblée générale de Nations Unies lors de sa 20^{ème} session extraordinaire, 8^{ème} séance plénière tenue au 27 juin 2001. Précisons ici que ladite Résolution a limitativement visé les années 2003 et 2005.

après des longues années de l'existence de la pandémie, des nouvelles infections et des morts surviennent chaque jour. Ceci veut dire que les Etats n'atteignent pas leurs objectifs fixés en matière de prévention, de traitement et des soins. Certains droits fondamentaux liés à la maladie ne sont pas mis en œuvre ni par les Gouvernements, ni par les individus eux-mêmes. S'efforcer de comprendre le contexte d'un problème qui se pose est nécessaire pour y répondre. Le présent article traite des droits humains plus pertinents violés selon chaque catégorie de groupe touché par cette violation dans le contexte du VIH/SIDA dont notamment le droit à l'éducation, droit à l'accès aux soins de santé, droit de tous à l'égalité, droit à l'emploi décent, et droit aux meilleures conditions de vie.

Chapitre premier: Droit à l'éducation

L'éducation permet l'épanouissement de l'homme et constitue un moyen d'échapper à la pauvreté.¹⁰⁷ L'exercice du droit à l'éducation est essentiel pour la jouissance des nombreux autres droits de l'homme : droit au travail, droit à la santé, droit à la participation à la vie politique, entre autres. Le droit international relatif aux droits de l'homme définit le droit à l'éducation d'une manière assez précise. Outre qu'ils sont tenus de rendre l'enseignement primaire gratuit et obligatoire pour tous les enfants, les Etats ont l'obligation d'offrir progressivement à tous un accès gratuit et égal à l'enseignement secondaire (y compris la formation professionnelle), et à l'enseignement supérieur en fonction des capacités de chacun. Ils ont également l'obligation de développer l'éducation de base à l'intention des adultes qui n'ont pas pu suivre un enseignement élémentaire, l'objectif principal étant l'élimination de l'analphabétisme. L'égalité et la non-discrimination sont des aspects importants du

¹⁰⁷ Vinayagum Chinapah, *Monitoring Learning Achievement: towards Capacity Building*, Paris: UNESCO, 1997, pp. 1 et ss.

droit à l'éducation : les Etats devraient donc accorder la priorité à l'accès à l'enseignement sur un pied d'égalité des filles et des groupes particulièrement vulnérables, enfants handicapés, enfants appartenant à des minorités, enfants réfugiés, notamment.¹⁰⁸

Selon certains travaux : « Une éducation de qualité doit viser à l'épanouissement de la personnalité de l'enfant, en lui permettant de développer ses dons et ses aptitudes dans toute la mesure de leurs potentialités ; elle devrait aussi le préparer à assumer les responsabilités de la vie au sein d'une société libre, dans un esprit de tolérance et dans le respect des droits de l'homme, de la nature, de ses parents et de son identité culturelle ainsi que des civilisations différentes de la sienne. La discipline scolaire devrait être appliquée d'une manière compatible avec la dignité de l'enfant en tant qu'être humain. En principe, les Etats peuvent concrétiser ces droits dans le cadre d'institutions pédagogiques aussi bien privées que publiques ». ¹⁰⁹ La doctrine du droit international relatif aux droits fondamentaux de l'homme décrit le sens et l'importance du droit à l'éducation.¹¹⁰ Elle précise à ce propos qu'outre les avantages d'ordre social générés par l'éducation, cette dernière a également le but de renforcer et promouvoir les droits humains.¹¹¹

La Déclaration universelle des droits de l'homme mentionne le droit à l'éducation dans son préambule: l'enseignement et l'éducation y sont évoqués comme moyens de développer

108 Article 13 du Pacte international relative aux droits économiques, sociaux et culturels (1966).

109 Mahbub Ul, Haq, *Reflections on Human Development*, Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 6.

110 Watkins cité par Fons Coomans « Content and Scope of the Right to Education as a Human Right and Obstacles to its Realization » in *Human Rights in Education, Science and Culture: Legal Developments and Challenges*, London: Ashgate, UNESCO Publishing, 2007, p. 183.

111 Alessandra LundströmSarelin, *The Right to Education: from a developing Country Perspective*, Kios thematic Reports 2006, p. 3, disponible sur www.kios.fi, consulté le 23 octobre 2011.

le respect des droits de l'homme et d'en assurer la reconnaissance et l'application effectives : « *L'Assemblée générale proclame la présente Déclaration universelle des droits de l'homme comme l'idéal commun à atteindre (...) afin que tous les individus et tous les organes de la société, ayant cette Déclaration constamment à l'esprit, s'efforcent, par l'enseignement et l'éducation, de développer le respect de ces droits et libertés et d'en assurer (...) la reconnaissance et l'application effectives* ». ¹¹² En son article 26 (2), la Déclaration stipule : « *L'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et au renforcement du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle doit favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux ou religieux, ainsi que le développement des activités des Nations Unies pour le maintien de la paix* ». Par ailleurs, la Convention relative aux droits de l'enfant oblige les Etats parties « *à... inculquer à l'enfant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et des principes consacrés dans la Charte des Nations Unies* ». ¹¹³

En reconnaissant le droit de tout enfant à l'éducation et en définissant clairement les objectifs à atteindre dans la réalisation de ce droit, les Etats veulent que l'éducation soit un outil qui permet à l'enfant de développer ses talents et aptitudes afin de devenir un adulte utile à sa communauté. Ils veulent aussi que l'enfant évolue dans la culture de respecter son prochain au travers son développement dans le sens de respecter les droits et les libertés fondamentales des autres personnes. Le droit à l'éducation est un droit subjectif et inaliénable dont la réalisation doit être garantie à tous sans discrimination aucune. ¹¹⁴

112 Préambule de la Déclaration universelle de droits de l'homme de 1948.

113 Article 29 (1) (b) de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989.

114 Voir article 2 de la Déclaration universelle de droits de l'homme (1948) ; article 2 de la Charte africaine de droits de l'homme et de peuples (1981) ; article 24 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (1969).

Section 1 : Vécu et problèmes de l'éducation des enfants dans le contexte généralisé du VIH/SIDA

Au regard du comportement à l'égard de la fréquentation scolaire, les jeunes infectés ne vont plus effectivement à l'école. Chez certains, cette réticence, ce fatalisme tient à la peur d'y subir la stigmatisation et le mépris, le rejet et la discrimination, le silence et l'ostracisme. Chez d'autres, cette réserve tient selon Kelley¹¹⁵ du fait qu'ils ont été traumatisés de voir un ami, un parent, une autre personne vivant avec le VIH/SIDA, endurer des cruelles souffrances. Toujours selon Kelley¹¹⁶, le fait de savoir qu'un élève est atteint du SIDA modifie les rapports qu'entretiennent les élèves entre eux ou avec les enseignants. Ces derniers ne manquent pas d'observer les difficultés d'apprentissage des enfants gravement traumatisés. Ils ont conscience de leur choc émotionnel parfois persistant, du blocage psychique qui en résulte et de l'énorme besoin de conseil et de soutien qu'ils ressentent.

D'autre part, le vécu, les pratiques, les représentations et les attitudes culturelles sont un facteur déterminant de la grande vulnérabilité des enfants à l'infection. A cet effet, la Banque Mondiale¹¹⁷ s'est engagée à développer les activités qui tendraient à réduire l'impact des facteurs socio-économiques propices à la propagation du VIH. Elle lutte en faveur de l'éducation des enfants et surtout des filles et de la réduction des inégalités entre les sexes. Dans ses premiers travaux consacrés à l'hystérie, Freud a montré comment la paralysie correspondait à la représentation qu'avait la patiente de son être physique et non aux conceptions physiologiques

115 M. Kelly, *Planifier l'éducation dans le contexte du VIH/SIDA*, Paris : UNESCO ; IPEI, 2000, p. 56.

116 *Ibidem*.

117 Banque Mondiale, *Intensifying Action against HIV/AIDS in Africa: responding to a Development Crisis*, Washington DC: La Banque Mondiale, 1999, pp. 10 et ss.

du neurologue. En matière de santé et de maladie, les représentations sociales sont clairement structurées.¹¹⁸ Associé à soi-même et à une relation harmonieuse avec la nature, la santé, dénuée des causes, se passe d'explication. En revanche, la maladie doit être expliquée. Elle est largement attribuée à l'environnement, à la pollution, au mauvais œil, au mauvais sort. Desclaux et Taverne¹¹⁹ soulignent à cet effet que la maladie est généralement le résultat d'une agression externe. Un individu ne dit pas « je suis malade » ou « j'ai attrapé la maladie », mais il dit « la maladie m'a pris, m'a attrapé, me possède ». Ainsi, les modalités d'approche de la représentation et de la gestion de la maladie demeurent enracinées « dans le vieux fonds des cultures précoloniales ». ¹²⁰ L'irruption de la biomédecine semble avoir peu influé sur les logiques représentationnelles traditionnelles et la référence des populations quant aux problèmes de santé réside encore et surtout dans la nosologie locale. C'est pourquoi les recours aux soins sont aussi diversifiés que les représentations de la maladie. Dans le contexte de pluralisme médical du Cameroun par exemple, les systèmes des soins peuvent être le système biomédical (maladie de l'hôpital), l'ethnomédecine (maladie de Minguengan), la religion (maladie de l'église).¹²¹

En effet, le but de la représentation sociale est de produire des informations significatives donnant lieu à une vision commune des choses qui se manifestent au cours des interactions sociales. De manière générale, les représentations de la maladie donnent lieu à trois ordres des réinterprétations qui procèdent à une étiologisation et à une externalisation du mal.¹²² Ces représentations sont :

118 C. Helzlich, *Santé mentale : analyse d'une représentation sociale*, Paris : Mouton, 1969, pp. 3 et ss.

119 A. Desclaux et B. Taverne, *Allaitement et VIH en Afrique de l'Ouest : de l'anthropologie à la santé publique*, Paris : Karthala, 2000, p. 221.

120 M. J. Essi, « SIDA et endogéinité : le sens du syndrome au sein d'un système local de santé », *Les cahiers de Mutations*, Volume 009 : 9, 2002, p. 10.

121 *Ibidem*.

122 F. Laplatine, « Anthropologie des systèmes de représentations de la maladie », in D. Jodelet (dir), *les représentations sociales*, Paris : PUF, 1989, pp. 277-289.

disease ou maladie objectivée par le médecin : quelle est la cause de la maladie ? (étiologie) ; *illness* ou maladie vécue par le malade : qui est la cause de la maladie ? (ontologie) ; *sickness* ou maladie interprétée à partir de la culture dont fait partie le malade et le médecin : d'où vient la maladie ? Notre problématique s'est penchée sur la dynamique des représentations du VIH/SIDA. En explorant le champ des représentations sociales, on remarque que le SIDA n'est pas toujours perçu comme un syndrome acquis par transmission. Dans des nombreuses cultures, la dynamique représentationnelle fait allusion à la contagion, à la maigreur, à l'empoisonnement (poison lent, poison nocturne), au mauvais sort, au mauvais œil, à la mort. Dans le cas contraire, il y a simplement déni de la maladie.

Il faut aussi noter que le SIDA est considéré comme une maladie-punition frappant la licence sexuelle. Markova et Wilkie¹²³ ont relevé dans la presse des expressions où le SIDA est, comme le fut la syphilis, l'effet d'une société permissive et par conséquent condamnation de « conduites dégénérées », punition de « l'irresponsabilité sexuelle ». En matière d'éducation, la situation se présente, pour les générations futures, d'une manière très singulière. Le VIH constitue un lourd tribut pour l'éducation en général. C'est ainsi que l'interaction entre épidémie et éducation peut se concevoir sous un double aspect : le rôle de l'éducation dans la prévention contre la transmission du VIH et l'incidence de la maladie sur l'éducation.

Section 2 : Vécu de la maladie comme entrave particulier à l'éducation des filles

Les résultats des analyses précédentes montrent que le vécu de la maladie influe sur la conduite du sujet malade. Le

123 I. Markova, et P. Wilkie, « Representation, Concept and Social Change: the Phenomenon of AIDS », in D. Jodelet (dir), *Les représentations sociales*, Paris: PUF, 1987, p. 3.

vécu social des filles particulièrement infectées est marqué par l'espoir et l'optimisme en l'avenir et en la guérison : « c'est une maladie comme les autres », disent-elles. Malgré le regard « aliénant » et générateur de honte et de méfiance, les filles réinvestissent progressivement et positivement les rapports sociaux grâce aux mécanismes de défense qui leur permettent de lutter contre l'angoisse. Ainsi, la défense n'est pas en elle-même un phénomène pathologique. Elle est associée à la normalité et à la santé mentale. Sa finalité est de réduire, de supprimer toute modification susceptible de mettre en danger l'intégrité et la constance de l'individu biopsychologique.

Le vécu familial est marqué dans deux cas par des relations inhospitalières entre les filles et les parents, et plus particulièrement le père. Cependant, pendant l'adolescence, l'adolescente a besoin d'être aimée, de sentir qu'on a besoin d'elle et qu'on lui fait confiance. Elle a également besoin d'un climat familial empreint d'affection, de sécurité, de stabilité, créé par un couple parental uni. Le climat d'hostilité familial, de mépris, de haine (distance affective) pourrait renforcer le désintérêt de filles vis-à-vis de l'école (distance cognitive). Le vécu scolaire est marqué par le silence, le secret à l'égard de pairs et du personnel enseignant et administratif. La peur de la stigmatisation engendre des nombreux complexes ayant des effets néfastes sur les performances scolaires des filles.

Au regard des analyses, les représentations chez les filles tendent davantage vers une étiologie biomédicale de la maladie. Par conséquent, elles gardent espoir en la guérison. L'infection (VIH) devient ainsi une période de crise, car s'il n'existe pas de santé en soi, il n'existe pas non plus de maladie en soi, mais des réactions heureuses ou malheureuses, génératrices de plaisir ou de douleur, qui sont autant des façons de s'adapter à des situations

nouvelles et diverses. Dans le champ éducatif, l'intérêt de la notion de représentation sociale pour la compréhension de faits d'éducation est qu'elle oriente l'attention sur le rôle « d'ensembles organisés des significations sociales ». ¹²⁴ La représentation sociale offre une voie nouvelle à l'explication des mécanismes par lesquels des facteurs proprement sociaux et plus précisément les facteurs liés aux VIH/SIDA agissent sur le processus éducatif et en influencent les résultats. Le champ éducatif apparaît donc comme un champ privilégié pour voir comment se construisent, évoluent et se transforment les représentations sociales au sein des groupes sociaux.

Les représentations qu'ont les filles vivant avec le VIH, ne leur permettent pas toujours de s'intégrer et de s'épanouir harmonieusement dans le milieu scolaire. La représentation selon laquelle le SIDA est la « maladie de femmes » génère chez les personnes vivant avec le VIH/SIDA, des nombreux complexes (infériorité, insécurité, culpabilité, échec, abandon, auto-effacement, retraite) et des sentiments conduisant à l'isolement et au silence. Selon les recherches, les élèves considèrent les filles infectées comme des « prostituées, des mal éduquées, des désespérées, des égarées ». Ces représentations, comme le souligne Abric, ¹²⁵ vont orienter leurs comportements et leurs conduites à l'égard de filles infectées. Ces comportements sont ceux de stigmatisation et de marginalisation. Pourtant, le droit à l'éducation est un droit sans discrimination.

Il est grandement regrettable de voir un nombre d'enfants dans le monde qui n'ont pas l'accès à l'école. Somme toute, priver l'enfant de l'éducation et de l'émancipation qu'elle permet, c'est le priver de la chance de pouvoir se construire

¹²⁴ M. Gill, Les représentations sociales dans le champ éducatif, in D. Jodelet (dir), *Les représentations sociales*, Paris : PUF, 1989, p. 364.

¹²⁵ J. C. Abric, *Pratiques sociales et représentations*, Paris : PUF, 1994, pp. 2 et ss.

un avenir car sans éducation, il n'y a pas là la réelle possibilité de devenir un citoyen autonome, porteur d'une culture de paix et de démocratie car l'éducation est le pilier du développement : « *chaque année que passe un enfant à l'école représente un pas vers l'élimination de la pauvreté, l'arrêt de la propagation du VIH/SIDA et l'allongement de l'espérance de vie* ». ¹²⁶ En définitive, les Etats ont la véritable obligation d'assurer à chacun un droit à l'éducation sans discrimination, un droit égal ¹²⁷ ; la protection de ce dernier est un devoir pour tout citoyen. Le droit à l'éducation en parlant du VIH/SIDA est aussi important que le droit à la santé.

Le rôle de l'éducation et plus particulièrement son rôle préventif consiste à pourvoir la jeune fille des informations, des savoir-être, des savoir-faire et des savoirs nécessaires pour faciliter son autoprotection, l'inciter à adopter des comportements qui la rendent plus apte à éviter de s'autodétruire. L'éducation préventive ¹²⁸ pourra aussi l'aider à conjuguer des efforts contre l'ostracisme, le silence, la honte, la discrimination, le rejet si souvent associés à la maladie. Elle lui permettra également de dire « non » aux relations et expériences sexuelles précoces, aléatoires, non protégées et socialement inacceptables. En favorisant la compréhension et la connaissance pratiques des divers domaines, l'éducation dont l'une de missions dans le monde aujourd'hui est de briser le « mur de silence » qui entoure le VIH/SIDA, doit préserver l'optimisme et les espérances de « l'îlot d'espoir » que représentent les jeunes filles pour la nation.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ Rappelons que les obligations de gouvernements d'assurer le droit humain à l'éducation sont posées par : Déclaration universelle des droits de l'homme, article 26 ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, article 13 ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, articles 10 et 14 ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, article 5 ; Convention relative aux droits de l'enfant, articles 28 et 29 ; Convention contre la discrimination dans l'éducation, articles 3, 4 et 5.

¹²⁸ UNESCO, *Rapport annuel sur l'éducation dans le monde*, Genève, 2003, pp. 1 et ss.

Dans les rédactions projectives, un témoignage souligne « l'ignorance intellectuelle » qui amène certaines filles à s'infecter: « les filles s'habillent les jours des fêtes au lycée et vont à la rencontre des professeurs ». Ainsi, seule une éducation centrée sur la prévention pourrait réguler ces relations entre les filles et les enseignants et assurer la « chasteté pédagogique » de ces derniers.¹²⁹ Si le SIDA provoque, comme la lèpre jadis, un syndrome de rejet social, il représente aussi pour l'homme « une école du respect pour l'autre et une épreuve de maturité sociale ».¹³⁰

Quant à l'incidence de la maladie sur l'éducation des filles, il faut d'emblée noter que la demande d'éducation est menacée. En outre, beaucoup des préjugés sont développés sur la scolarisation des filles. En dehors des manuels scolaires, les représentations, les influences, le rôle et le statut de la femme dans la société l'amènent à orienter la majorité de ses conduites en fonction des contextes.¹³¹ En mesurant l'effet des attentes discriminatoires, l'on montre l'importance du pouvoir des représentations sociales pour changer le comportement. Cet effet ne se produit pas uniquement en milieu scolaire: il intervient dans toutes les situations sociales dans lesquelles nous évaluons les qualités ou les performances d'autrui, en fonction d'attentes elles-mêmes déterminées et orientées positivement ou négativement à leur égard. On relève comme incidence majeure la perte de concentration, l'inattention, le stress, la tristesse, la baisse notoire du niveau scolaire, la nullité des performances puis l'arrêt et l'abandon des études (déperditions scolaires).

129 L. Proteau, « Itinéraires précaires et expériences singulières : la scolarisation féminine en Côte d'Ivoire », in M. F. Lange (dir.), *L'école et les filles en Afrique : scolarisation sous conditions*, Paris : Karthala, 1998, pp. 27-77.

130 M. Gmsek, *Histoire du SIDA : début et origine d'une pandémie actuelle*, Paris : Payot, 1990, p. 2.

131 R. Rosenthal, L. Jacobson, *Pygmalion in the Classroom: Teacher Expectation and Pupils' intellectual Development*, New York: Rinehart & Winston, 1968, pp. 3 et ss.

Chapitre 2: Droit à l'accès aux soins de santé

L'accès aux médicaments et aux soins de santé est situé au cœur de la promotion et protection des droits humains. Néanmoins, le SIDA met en évidence la répartition inégale de certains moyens. Toutefois, chacun, au Nord et au Sud a droit aux soins de santé. La pandémie reste un frein au développement pour le monde. Au moment où bon nombre des personnes sont mortes du SIDA ; dans différentes régions la population est contaminée. Les conséquences sont nombreuses sur les familles, les écoles, l'économie et l'ensemble de la société. Comme les autres droits humains, le droit à la santé est individuel et inaliénable quelques soient les circonstances.

Section 1 : Précision du contexte du droit à la santé

La santé de l'homme est inviolable et est une condition importante pour le bien être et la dignité de l'être humain. Les Etats ont une grande responsabilité dans la protection du droit à la santé. Cependant, les Etats ne sont pas censés procurer une bonne santé, mais ils sont des entités bien préparées pour créer des conditions de base selon lesquelles la santé individuelle sera protégée et possiblement même développée.¹³²

Etroitement lié au droit de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent¹³³, le droit à la santé est reconnu par différents instruments internationaux. Pour assurer le plein exercice de ce droit, les Etats doivent prendre les mesures nécessaires au traitement des maladies

132 Fons Coomans, *Supra* note 261, p. 169.

133 Voy. William A. Schabas, "Study of the Right to enjoy the Benefits of scientific and technological Progress and its Applications", in *Human Rights in Education, Science and Culture: legal Developments and Challenges*. Edité par Yvonne Donders et Vladimir Volodin. Londres: Ashgate, UNESCO Publishing, 2007, p. 298.

épidémiques ainsi qu'à la création des conditions propres à assurer à tous les services médicaux et une aide médicale en cas de maladie, comme la Commission de droits de l'homme de Nations Unies dans sa Résolution du 22 avril 2003 l'a noté: « *L'accès aux médicaments dans le contexte de pandémies entre autres VIH/SIDA, la tuberculose, la malaria, est un élément fondamental d'atteindre progressivement la réalisation complète du droit de chacun à la jouissance au niveau élevé d'un mode de vie physique et mentale* ». ¹³⁴

Les Directives internationales concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme en général imposent des obligations aux Etats en termes suivants: « *[...] les Etats doivent assurer, en matière de VIH, la formation, l'éducation et l'appui appropriés, notamment l'accès aux services requis par les maladies sexuellement transmissibles, aux moyens de prévention (tels que préservatifs et matériel d'injection propres) et aux tests volontaires et confidentiels accompagnés des conseils préalables et ultérieurs, afin de permettre aux individus de se protéger et de protéger les autres contre l'infection. Les Etats doivent également assurer un approvisionnement en sang non contaminé et la prise des précautions générales pour empêcher la transmission de la maladie [...]. Ils doivent aussi assurer un traitement adéquat et les médicaments nécessaires, dans le cadre général de leur politique* ». ¹³⁵

De ce qui précède, chacun a droit à la santé, plus précisément au meilleur état de santé. ¹³⁶ Le Pacte international relatif aux

134 UN Doc. E/CN.4/RES/2003/29, para 1, résolution relative à l'accès aux médicaments dans le contexte des maladies telles que le VIH/SIDA, la tuberculose, et la malaria, adoptée le 22 avril 2003.

135 Voyez Articles 5.1 h) et 5.1 i). L'article 7.6 est consacré à la formation des travailleurs qui sont en contact avec du sang ou d'autres liquides organiques et l'article 8.5 traite du test VIH et du traitement après une exposition professionnelle ; Article 5.1 p) ; Article 25 de la Déclaration universelle de droits de l'homme, articles 24 et 25 de la Convention relative aux droits de l'enfant ; Article 12.2 c) et d) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

136 Voyez aussi l'Observation générale N° 14-E/C.12/2000/4, adoptée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 22^{ème} session, Genève, 25 avril -12 mai 2000, où il est

droits économiques, sociaux et culturels mentionne: « *Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre. Les mesures que les Etats parties au présent Pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre les mesures nécessaires pour assurer: a) La diminution de la mortalité et de la mortalité infantile, ainsi que le développement sain de l'enfant; b) L'amélioration de tous les aspects de l'hygiène du milieu et de l'hygiène industrielle; c) La prophylaxie et le traitement des maladies épidémiques, endémiques, professionnelles et autres, ainsi que la lutte contre ces maladies; d) La création des conditions propres à assurer à tous des services médicaux et une aide médicale en cas de maladie* ». ¹³⁷

La Déclaration universelle des droits de l'homme prévoit, au paragraphe premier de son article 25 : « *Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires* ». Quant à la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme: « *Toute personne a droit à ce que sa santé soit préservée par des moyens sanitaires et sociales, en ce qui concerne l'alimentation, l'habillement, le logement et les soins médicaux, qui seront établies proportionnellement aux ressources publiques et à celles de la communauté* ». ¹³⁸

En outre, le droit à la santé est consacré, notamment, au paragraphe e) IV) de l'article 5 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965, au paragraphe 1 f) de l'article 11 et à

précisé que le droit au meilleur état de santé est bien susceptible d'être atteint.

137 Article 12 du Pacte international relative aux droits économiques, sociaux et culturels (1966).

138 Article 11 de la Déclaration américaine de droits et devoirs de l'homme de 1948.

L'article 12 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard de femmes de 1979 et à l'article 24 de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989. Plusieurs instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme reconnaissent également le droit à la santé, notamment la Charte sociale européenne de 1961, telle que révisée à ce jour,¹³⁹ la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981¹⁴⁰ et le Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant de droits économiques, sociaux et culturels de 1988,¹⁴¹ et d'autres instruments internationaux.

Signalons qu'en interprétant le contenu normatif de l'article 12 du Protocole international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a adopté quelques principes destinés à servir de guide aux Etats dans la cadre de la mise en œuvre du droit à l'accès aux soins de santé dont notamment la disponibilité, la qualité, la qualité, ainsi que l'accessibilité de services sanitaires.¹⁴² L'accessibilité des services sanitaires peut être financière, culturelle ou physique, c'est-à-dire géographique. L'accessibilité géographique veut dire que de manière général et objective, tous les soins et services de santé disponibles doivent atteindre toutes les localités et catégories de la population, y compris celles qui sont très éloignées des milieux urbains où les infrastructures, biens et services semblent très développées et plus ou moins efficaces.

Néanmoins, les chercheurs s'inquiètent de l'attitude de certains gouvernements qui ne respectent pas ce principe des Nations Unies comme il faut. Ainsi nous lisons: « *They are many countries...where health expenditure, though substantial, is skewed towards curative health care in*

139 Voir article 11.

140 Article 16.

141 Article 10.

142 UN doc. E/C.12/2000/4 General Comment No 14.

large hospitals in developed urban areas, rather than improving outreach of good quality primary health care to marginalized communities »¹⁴³. Analogiquement, il existe un grand nombre des pays...où la dépense sur la santé, plus ou moins substantielle, est dirigée vers les soins de santé dans les grands hôpitaux situés dans des zones urbaines et plus développés, plutôt que servir en vue de l'amélioration de la bonne qualité des soins de santé primaires des communautés marginalisées. Il convient de dire que des telles politiques constituent une violation de l'obligation de sauvegarder l'accessibilité géographique et celle de l'égalité consacrées par le droit au meilleur état de santé.

Section 2 : SIDA et prix des médicaments : enjeux et perspectives d'avenir

Il sied de constater que bon nombre des patients en matière du VIH/SIDA dans le monde n'ont toujours pas accès aux médicaments dont ils ont besoin. Ainsi, les initiatives portant sur les baisses de prix des médicaments seraient un pas très important dans l'aide qui peut être apportée aux millions d'enfants et d'adultes vivant avec le VIH surtout dans les pays en voie de développement. Dans cet ordre, deux organisations de lutte contre le SIDA (UNITAID et la Fondation Clinton contre le VIH/SIDA) ont des nouveaux accords avec des fabricants des médicaments génériques pour réduire de façon significative le prix des médicaments antirétroviraux de seconde ligne et ainsi rendre disponibles six nouveaux traitements adaptés aux enfants. Les deux organisations ont indiqué dans un communiqué avoir négocié des réductions du coût de traitements génériques de seconde ligne les plus fréquemment utilisés, notamment tenofovir (TDF), lamivudine (3TC) et lopinavir/ritonavir (LPV/r) de 19% par rapport aux prix que les deux

143 Brigit Toebes, *Human Rights, Health and Nutrition*, The Hague: TMC Asser Institute for International Law, 1999, pp. 1 et ss.

organisations avaient annoncé au mois de mai l'an 2007.¹⁴⁴ En effet, les derniers prix pour le traitement de seconde ligne TDF+3TC+LPV/r sont respectivement 16% et 46% plus bas que leur prix moyen dans les pays à faible revenu et dans les pays à revenu intermédiaire.¹⁴⁵

Un traitement de seconde ligne est nécessaire pour les patients chez les quels les traitements donnés en premier (dits de première ligne) sont devenus inefficaces, les souches virales étant devenues résistantes à leur action. Force est de signaler dans ces lignes qu'un traitement de seconde ligne, destiné à prendre le relais des premiers traitements, coûte actuellement de cinq à dix fois plus cher qu'une simple thérapie de première ligne dans les pays à faible revenu, limitant ainsi certainement l'accès d'un bon nombre considérable des patients à ces médicaments dans les pays en développement. Force est de noter que : « *Dans les pays en voie de développement, la majorité des services médicaux sont situés dans les zones urbaines et peu accessibles aux habitants des zones rurales. Pour consulter un médecin, se procurer des médicaments, recourir aux tests de dépistage du VIH/SIDA, ces personnes doivent souvent voyager des longues distances et déboursier divers coûts associés à ce voyage. Tous ces frais représentent un fardeau financier trop élevé pour les personnes pauvres* ». ¹⁴⁶

Selon le Réseau mondial des femmes pour les droits reproductifs un autre problème associé à l'accès aux médicaments réside dans le régime mondial pour la

144 Médecins sans frontières, *Campagne pour l'accès aux médicaments essentiels : un guide sur les prix des antirétroviraux*, 11^e éd., Genève : Editions des Médecins sans frontières, juillet 2008, p. 5 et ss ; voir aussi *SIDA : accords de baisse des prix de médicaments de seconde ligne*, sur <http://www.jeuneafrique.com>, consulté en date du 28 avril 2008.

145 *Ibidem*.

146 Réseau mondial de femmes pour les droits reproductifs, *Dénouer les liens qui nous enserment : un appel à l'action pour lutter contre la vulnérabilité de femmes face au VIH/SIDA*, Amsterdam-Pays Bas, 2006, pp. 10 et ss ; voir aussi à ce propos la Déclaration de Doha (G-77/SS/2005/1) adoptée lors du deuxième Sommet du Sud en juin 2005.

protection de la propriété intellectuelle imposé par les pays producteurs des médicaments par le biais de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touche au commerce (ADPIC) de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). L'ADPIC exige des membres de l'OMC de respecter les brevets de tous les nouveaux produits, y compris les médicaments pour le VIH/SIDA, pendant une période de 20 ans. Après cette période, le produit en question entre dans le domaine public mais avant, il est interdit de fabriquer légalement la version copiée du médicament, c'est-à-dire générique. Les pays en voie de développement ne peuvent donc se procurer des médicaments originaux, leur coût étant trop élevé, et ils ne peuvent, non plus, avoir accès aux médicaments génériques à cause de l'accord sur la protection de la propriété intellectuelle.¹⁴⁷

L'on constate ainsi que les politiques macroéconomiques mondiales rendent difficile l'accès aux services de santé dans les pays moins avancés en économie. Les Gouvernements des pays à faibles revenus sont contraints d'accepter certaines conditions économiques et politiques imposées par le Fonds Monétaire International (FMI) et la Banque Mondiale (BM), en échange de prêts, ou projets ». En somme, les conditions de ces institutions financières internationales mettent l'accès, entre autres, sur les privatisations et les paiements de services par les usagers et les usagères. Ces mesures impliquent des réductions de budget et conséquemment, la fermeture des centres de santé et d'hôpitaux.¹⁴⁸ Il est alors plus difficile pour la population d'accéder aux soins de proximité et aux traitements du VIH/SIDA, d'obtenir du soutien ainsi que de l'information et du matériel afin de se prévenir de la maladie.

En plus de cela l'exode des compétences constitue une autre dimension du problème. Le personnel de santé est rare dans

¹⁴⁷ *Ibidem.*

¹⁴⁸ *Ibidem.*

les pays pauvres, car il y a peu de financement, le recrutement est limité et les salaires offerts sont bas. Beaucoup des professionnels de santé émigrent donc et vont travailler dans les pays industrialisés où les conditions de vie et de travail sont meilleures, créant un exode des compétences dans ce secteur d'activités. Cette problématique est un cercle vicieux. Plus les conditions de vie et de travail sont mauvaises, plus les professionnels de la santé émigrent, entraînant ainsi une diminution du nombre d'employés et une réduction des services médicaux alors que la charge du travail dans le secteur de la santé augmente.¹⁴⁹

Suite à tous ces problèmes, le renforcement des capacités des institutions locales devient un enjeu central. Il s'agit alors de renforcer les capacités nationales de manière à améliorer leur système d'intervention et leur permettre d'offrir des services de santé appropriés (notamment en soins de santé primaire, santé sexuelle et reproductive, etc.) grâce à un environnement favorable qui réussit à garder et maintenir le personnel en place. Il s'agit également d'agir sur les politiques et programmes nationaux afin qu'ils intègrent clairement les droits humains. Il faudrait enfin donner une formation de base aux promoteurs de santé des communautés rurales ; construire des centres de santé dans les régions éloignées, etc.¹⁵⁰

Il est à avouer que par observation objective, nous ne sommes jamais égaux face à la maladie. Le VIH/SIDA accentue cette injustice à un niveau tel qu'il a justifié l'élaboration des stratégies préventives de nature à anticiper et à limiter, dans la mesure du possible, les risques d'aggravation de préjudices moraux et sociaux dont souffrent de manière difficilement communicable tant des personnes parmi nous.

¹⁴⁹ Coalition inter-agence SIDA et développement, *The Emigration of Healthcare Professionals to high income Countries*, Ottawa, Ontario, 2006, pp. 2 et ss.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

Dans l'approche du VIH/SIDA, l'humanité de la personne malade s'est imposée comme l'exigence absolue, dans un contexte social qui ne visait pourtant qu'à la révoquer. Dès lors, les approches et les choix ont été envisagés comme des revendications morales et politiques souvent considérées comme l'expression d'initiatives décisives.

Il nous appartient donc d'envisager les modalités appropriées à des traitements de longue durée dont on sait ce qu'ils représentent physiquement et psychologiquement pour la personne malade. En ces domaines, les notions de sollicitude et de justice sociale semblent constituer des principes essentiels. La chronicité d'une maladie nous ouvre aux exigences d'un investissement dans le temps. Elle justifie donc des réponses cohérentes et assurées d'une pérennité. Il s'agit de vivre avec une maladie et donc de reconnaître les droits de la personne au-delà de son état de malade.

Pour exprimer cette impression plus précisément, seuls l'expérience et le sentiment d'une proximité permettent de franchir les obstacles et les peurs qui ne peuvent que nous détourner des réalités de l'épidémie. Concevoir notre rapport de proximité avec le VIH/SIDA ne relève pas seulement d'une conscience appliquée à l'exercice moral d'une prévention vigilante. En somme, étant bel et bien une maladie épidémique, le SIDA demande la participation de tous à une lutte qui passe par la prévention autant que par la solidarité. Maladie nouvelle, le SIDA appelle encore plus des nouvelles réponses de la société. Notons pour clôturer cette section que le droit de tous aux soins de santé est le corollaire du droit de tous à l'égalité.

Chapitre 3: Droit de tous à l'égalité

Le droit à l'égalité et le principe de la non-discrimination figurent parmi les éléments les plus fondamentaux du droit international relatif aux droits de l'homme.¹⁵¹ Le premier garantit avant tout l'égalité devant la loi, ce qui signifie que les lois doivent être rédigées en termes généraux pour être applicables à tout être humain et mises en œuvre en toute égalité. Ensuite, tous les individus ont droit à l'égal protection de la loi contre un traitement arbitraire et discriminatoire de la part des particuliers. Ainsi, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à tous une protection égale et effective contre la discrimination aux motifs de la race, de la couleur, du sexe, de la langue, de la religion, de l'opinion politique et autre, de l'origine nationale ou sociale, de la fortune, de la naissance, de l'incapacité et de l'état de santé, y compris de l'infection au VIH/SIDA, de l'âge, de l'orientation sexuelle ou de toute autre situation. L'inégalité dans le contexte de la pandémie se présente sous divers aspects et le genre y est un élément essentiel pour savoir s'il y a inégalité ou non. **D'après l'ONUSIDA, en dépit des promesses et des mobilisations par les femmes partout sur les continents, les femmes manquent toujours de protection proportionnée à leurs droits humains.** A la base de l'épidémie de VIH/SIDA, on trouve notamment l'inégalité entre les hommes et les femmes : ces dernières ont un moindre contrôle de leur corps et de leur vie.¹⁵²

151 Voyez les articles 1, 2, et 7 de la Déclaration universelle de droits de l'homme de 1948, article 2 de la Charte africaine de droits de l'homme et de peuples (1981), article 24 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (1969).

152 ONUSIDA, *Combattre les inégalités de genre*, Glossaire, Genève, 2006, pp. 2 et ss.

Section 1 : A propos du stigmatisme et discrimination

Selon les termes de l'ONUSIDA, la stigmatisation qui se révèle comme une forme de préjugé a pour effet de discréditer ou d'ostraciser des individus ou des groupes parce qu'ils sont perçus comme étant différents de soi ou de ce qui est généralement accepté. Lorsque les gens transforment leurs préjugés en acte, il s'agit de la discrimination, et cela constitue une violation des droits humains.¹⁵³ Le Secrétaire général des Nations Unies, quant à lui, l'a rappelé en ces mots : « *Stigma, discrimination and gender equality continue to undermine efforts to achieve universal access to HIV prevention, treatment, care and support* »¹⁵⁴; ce qui veut dire que stigma, discrimination et inégalité de genre continue à diminuer les efforts d'atteindre l'accès universel à la prévention du VIH, au traitement, soin et soutien. De surcroît, il faut absolument comprendre que vivre à l'abri de la discrimination est un droit fondamental de l'être humain.

C'est la loi. En ce qui concerne le VIH/SIDA, « le **stigmatisme** est une forme de « préjugé » qui découle principalement de la peur et de l'hostilité qu'éprouvent certains à l'égard de la maladie ou des groupes les plus durement touchés par celle-ci ». ¹⁵⁵ En effet, « la stigmatisation associée au SIDA est provoquée par toutes sortes des facteurs, notamment une mauvaise compréhension de la maladie, les mythes concernant la transmission du VIH, l'insuffisance de l'accès au traitement, la manière irresponsable dont les médias parlent de l'épidémie, le fait que le SIDA soit incurable, ainsi que les préjugés et les craintes liés à un certain nombre de questions sensibles d'ordre social comme la sexualité, la maladie et la mort, et la consommation de drogues ». ¹⁵⁶ La stigmatisation peut conduire à la discrimination et à

153- ONUSIDA, *Comprendre la stigmatisation et la discrimination associées au VIH/SIDA*, Genève : EAA 2002, pp. 1 et ss.

154 Richard Lough et Megan Rowling, "UN's Ban urges new Push in AIDS Fight", article tiré sur <http://www.trust.org>, consulté le 31 mars 2011.

155 *Ibidem.*

156 *Ibidem.*

d'autres violations des droits de l'être humain, ce qui affecte fondamentalement le bien-être des personnes vivant avec le VIH.

La Déclaration d'engagement¹⁵⁷, adoptée en juin 2001 lors de la Session extraordinaire de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le VIH/SIDA, souligne le consensus mondial sur la nécessité de lutter contre la stigmatisation et la discrimination liées au SIDA. La Déclaration stipule que le combat contre la stigmatisation et la discrimination est une condition préalable à l'efficacité de la prévention et de la prise en charge, et réaffirme que la discrimination liée au statut sérologique d'une personne constitue une violation des droits de l'homme. La discrimination liée au VIH est non seulement une violation des droits de l'homme, mais il est également nécessaire de contrer la discrimination et la stigmatisation pour atteindre les buts en matière de santé publique et vaincre l'épidémie. Les ripostes au VIH et au SIDA constituent un *continuum*, allant de la prévention à la prise en charge et au traitement, et les effets négatifs de la stigmatisation et de la discrimination peuvent être perçus dans tous ces éléments de la riposte.

Dans l'idéal, chacun devrait pouvoir librement solliciter et recevoir le conseil et le test volontaires et confidentiels pour connaître son statut VIH sans en craindre les répercussions. Les personnes dont le test VIH est négatif doivent bénéficier de conseil sur la prévention afin de pouvoir rester négatives. Celles dont le test VIH est positif doivent être traitées et prises en charge, et recevoir des conseils sur la prévention afin de protéger les autres de l'infection et de se protéger elles-mêmes d'une réinfection. Les personnes vivant avec le VIH et le SIDA doivent pouvoir vivre ouvertement et recevoir compassion et soutien au sein de leurs communautés. Leur exemple d'ouverture donne aux autres une perception du

157 Déclaration d'engagement des pays sur le VIH et SIDA, juin 2001.

risque et de leur expérience, contribuant ainsi aux efforts de prévention, de prise en charge et de traitement. Si l'environnement social est stigmatisant, des obstacles se dresseront à tous les stades du cycle décrit ci-dessus étant donné que, par définition, la stigmatisation n'est pas un élément de soutien.

La stigmatisation et la discrimination associées au VIH sapent les efforts de prévention car les individus ont peur de découvrir s'ils sont ou non infectés, de chercher à s'informer sur les moyens de réduire les risques d'exposition au VIH, et d'adopter un comportement plus sûr de crainte de susciter des doutes sur leur statut VIH. Ainsi, la stigmatisation et la discrimination nuisent à la capacité des individus et de communautés à se protéger. La crainte de la stigmatisation et de la discrimination décourage également les personnes vivant avec le VIH de dévoiler leur infection, même aux membres de leur famille et à leurs partenaires sexuels. Le secret qui entoure l'infection à VIH et résulte de la peur de la stigmatisation et de la discrimination fait que les gens imaginent qu'ils ne sont pas exposés au risque d'infection à VIH.

La stigmatisation et la discrimination liées au VIH et au SIDA signifient également que les personnes vivant avec le VIH et le SIDA recevront vraisemblablement moins de soins et d'appui. Même les personnes qui ne sont pas infectées mais sont associées à des individus infectés, telles que les conjoints, les enfants et les personnes qui dispensent des soins, souffrent de stigmatisation et de discrimination. Cette stigmatisation et cette discrimination accroissent inutilement les souffrances personnelles associées à la maladie.



La honte associée au SIDA, une des manifestations de la stigmatisation que certains auteurs¹⁵⁸ ont décrite comme une stigmatisation « intériorisée » peut aussi empêcher les personnes vivant avec le VIH de chercher à obtenir traitement, soins et soutien et d'exercer d'autres droits, tels que de travailler, de fréquenter l'école, etc. Une telle honte peut avoir une énorme incidence psychologique sur la perception que les personnes vivant le VIH ont d'elles-mêmes et sur la façon dont elles s'adaptent à leur statut, ce qui les rend vulnérables à la culpabilité, à la dépression et à l'isolement qu'elles s'imposent.

Ce phénomène peut s'accroître si certaines personnes sont membres de groupes particuliers qui sont déjà mis à l'écart ou stigmatisés, tels que les consommateurs des drogues injectables, les hommes ayant des relations sexuelles avec des hommes et les professionnel(le)s du sexe, ou encore les travailleurs migrants. Dans les établissements où les soins médicaux sont accessibles et disponibles, la stigmatisation peut conduire à accepter plus difficilement de suivre un traitement. Cette tendance à refuser de révéler le statut et d'aller chercher traitement, soins et soutien alimente la stigmatisation et la discrimination, et renforce d'autant ce cycle. Et ce, parce que les stéréotypes et les craintes perdurent jusqu'à ce que les personnes vivant avec le VIH soient affaiblies et souffrent des symptômes de la phase finale du SIDA, et que le déni et le silence renforcent la stigmatisation vis-à-vis de ces individus déjà vulnérables. En ne révélant pas leur statut VIH, les familles ne sont souvent pas en mesure de s'organiser pour l'avenir, laissant dans le besoin les orphelins et les proches du disparu lorsque le soutien de famille décède, et souvent marginalisés si l'on apprend que leur situation est liée au SIDA.¹⁵⁹

158 J. McNeil et S. Anderson, (1998), "Beyond the Dichotomy: linking HIV Prevention with Care", *AIDS*, 12 (Supplement 2): S19-S26.

159 *Ibidem*.

Faible perception des risques individuels étant donné que seuls les groupes stigmatisés sont considérés comme vulnérables, réticence à connaître son statut VIH par crainte de répercussions négatives, accroissement de la vulnérabilité des autres, la stigmatisation des comportements associés (consommation des drogues, commerce du sexe) limite l'efficacité des interventions visant à réduire les risques, absence de planification pour l'avenir ; conseil et soutien inadéquats ; refus de dispenser des soins appropriés aux personnes vivant avec le VIH, refus de rechercher la prise en charge par crainte de susciter des doutes sur le statut sérologique, prévention, identification du statut sérologique, traitement, prise en charge et soutien, *continuum* de la prévention à la prise en charge et au traitement.

Section 2 : Stigmatisation et discrimination comme entrave à la mise en œuvre du droit à l'égalité

La stigmatisation et la discrimination sont étroitement liées, se renforçant et se légitimant mutuellement. La stigmatisation est à l'origine d'actes discriminatoires, et conduit les individus à des actions, ou à des omissions, qui mettent les autres en danger ou à leur refuser des services ou des droits. La discrimination est donc définie comme l'application de la stigmatisation. Ainsi à son tour, la discrimination encourage et renforce la stigmatisation. La discrimination est une violation des droits de la personne. Le principe de non-discrimination, au cœur de la notion de reconnaissance de l'égalité pour tous, est consacré par la Déclaration universelle des droits de l'homme et par d'autres instruments fondamentaux relatifs aux droits de la personne.¹⁶⁰ La stigmatisation et les actes discriminatoires

¹⁶⁰ Le droit à la non-discrimination figure dans l'article 2 de la Déclaration universelle de droits de l'homme; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques; le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels; la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de racisme et de discrimination raciale; la Déclaration

violent, à leur tour, le droit humain fondamental d'être à l'abri de la discrimination. Outre le fait de constituer une violation des droits de la personne en elle-même, la discrimination à l'égard des personnes vivant avec le VIH ou de celles dont on pense qu'elles sont infectées par le VIH, viole également d'autres droits fondamentaux de la personne, comme le droit à la santé, à la dignité, à la vie privée, à l'égalité devant la loi, et de ne pas subir de traitement ou de châtement inhumain et dégradant. Un environnement social qui favorise les violations des droits de la personne peut légitimer, à son tour, la stigmatisation et la discrimination.

En guise d'exemple, dans le cas *Kiyutin v. Russia*, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé que le refus d'un permis de résidence à un ressortissant étranger fondé sur le seul motif de son statut séropositif constitue une discrimination illégitime.¹⁶¹ Dans cette hypothèse, la décision de la Cour reflète le recours à un moyen juridique qui vise à sauvegarder les droits fondamentaux de personnes qui vivent avec le VIH/SIDA en Europe. La décision de la Cour est donc une source d'inspiration par excellence parce qu'elle reconnaît explicitement que les séropositifs sont protégés en tant que groupe d'individus distinct contre la discrimination en relation avec leurs droits fondamentaux et ainsi reconnaît que les séropositifs sont une catégorie de personnes vulnérables et qu'une quelconque mesure restrictive à leur égard attire un haut niveau d'examen de la part de la Cour.

En effet, il est irraisonnable de conclure qu'une personne vivant avec le VIH serait une menace à la santé ou sécurité

sur l'élimination de la discrimination à l'égard de femmes; la Convention relative aux droits de l'enfant; voyez aussi les Résolutions de la Commission de droits de l'homme 1999/49 et 2001/51.

¹⁶¹ *Kiyutin v. Russia*, Requête no. 2700/10 (Cour européenne des droits de l'homme, 10 mars 2011).

publique. Dans ce contexte, l'élément crucial de la réflexion sur une infection transmissible comme le VIH est le suivant : le danger pour la santé publique ou la sécurité nationale ne découle pas de la simple présence de l'agent infectieux, mais plutôt de certains comportements de l'individu qui est porteur. Le VIH n'est pas un pathogène transmissible dans l'air, et ne peut donc se transmettre dans le cadre des contacts ordinaires, comme il en est le cas pour la tuberculose dont la propagation peut avoir lieu en raison de la simple présence de l'homme infecté. A notre humble avis, nous soutenons l'arrêt de la Cour en disant que des mesures restrictives sur les personnes vivant avec le VIH pour des simples fins de la protection de la santé ou sécurité publique, seraient considérées manquer d'esprit pratique, inefficaces, inutilement onéreuses, voire discriminatoires et dépourvues des fondements scientifiques ou médicaux.

Il faut noter que les actes discriminatoires ou constitutifs de stigmatisation aggravent l'impact du SIDA sur nos populations. Ainsi, la stigmatisation et la discrimination, ainsi que les violations des droits humains qu'elles produisent ainsi peuvent être combattues par le moyen d'introduire des mécanismes appropriés visant à faire respecter la dignité et la liberté humaines. Il faut aussi que ces actes négatifs contre les victimes de la pandémie soient sanctionnés par les organes judiciaires et la réparation du dommage subi en résulter selon la gravité de l'acte commis. Les Gouvernements et les Organisations de défense des droits de l'homme ont un grand rôle à jouer dans la mise en œuvre des instruments internationaux susceptibles de protéger la personne humaine. Les Etats sont donc responsables et devraient rendre compte des violations directes ou indirectes des droits de l'homme, mais aussi garantir aux personnes de pouvoir exercer au mieux leurs droits. Les Directives internationales sur le VIH/SIDA et les droits de l'homme publiées en 1998 par l'ONUSIDA et par le Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de

l'homme, précisent les obligations des Etats exposés dans les instruments existant en matière de droits de l'homme et comment les appliquer dans le contexte du SIDA. Le chapitre suivant porte sur le droit égal à l'emploi.

Chapitre 4: Droit à l'emploi décent

Le droit à l'emploi et privilèges alloués au travailleur constitue le noyau non seulement des droits économiques, sociaux et culturels, mais aussi des droits fondamentaux de l'homme. Un dénominateur commun des droits en rapport avec le travail, en termes de leur objet, ou contenu, apparait comme labeur (travail). Dans son sens traditionnel en effet, mais restreint, le travail a été considéré comme un moyen de gagne-pain (source de revenu) ; en d'autres mots un moyen pour la survie économique ou financière. Une importante composante du droit à l'emploi est le droit à la protection de travail ; c'est-à-dire droit aux normes et autres arrangements pour le maintien et la protection de la relation de travail. En conséquence, ce droit ne protège que les personnes qui travaillent.

Toute personne a droit au travail décent, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage. Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal comme il en est la règle en droit international. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, en son article 15 déclare : « *Toute personne a le droit de travailler dans des conditions équitables et satisfaisantes et de percevoir un salaire égal pour un travail égal* ». Quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu'à sa famille une existence conforme à la dignité humaine et complétée, s'il y a lieu, par tous autres

moyens de protection sociale.¹⁶² L'insuffisance et la précarité des moyens de subsistance sont une constante parmi les pauvres. Chômage, sous-emploi, travail occasionnel, salaires de misère et conditions de travail dangereuses : tel est leur lot à la ville comme à la campagne. En milieu rural, des multiples facteurs rendent leurs conditions de vie précaires : accès insuffisant à la terre et aux moyens d'irrigation, pénurie des semences et d'engrais, manque des moyens de transport, surexploitation des ressources communes, pâturages, forêts, pêches, etc.

Le droit à un travail décent implique l'accès à un travail productif et suffisant d'une qualité acceptable, dans lequel les droits de la personne qui l'exerce sont protégés et qui assure un revenu suffisant avec une couverture sociale convenable. Un travail suffisant signifie que chacun a pleinement accès à une source de revenu. Le droit à un travail décent recouvre trois types des droits : le droit au travail, les droits du travailleur et le droit à une protection sociale convenable. Le droit à un travail décent ne se limite pas au travail salarié : il englobe aussi le travail indépendant, le travail à domicile et d'autres activités rémunératrices. Il requiert l'instauration d'un environnement social, économique et physique dans lequel toutes les personnes ont des chances égales et équitables de prospérer par leurs propres efforts et dans des conditions qui respectent leur dignité. Ainsi conçu, le droit à un travail décent a pour corollaire la responsabilité de promouvoir les compétences individuelles et de développer les possibilités qui permettront à chacun de trouver un travail productif et de gagner décemment sa vie.

Le droit à un travail décent présuppose donc l'existence à la fois d'emplois et des facteurs indispensables à la création des revenus : capitaux, accès au crédit, réglementation

162. Voir la Déclaration universelle des droits de l'homme, Paris, 1948, en son article 23.

favorable.¹⁶³ Les droits du travailleur incluent le droit de chacun de jouir des conditions de travail justes et favorables, y compris un salaire équitable, une rémunération égale pour un travail de valeur égale, l'égalité des chances, des conditions de travail sûres et salubres, des heures de travail et des repos raisonnables, ainsi que le droit d'organisation et de négociation collective. Les diverses formes d'exploitation, telles que le travail servile et d'autres pratiques s'apparentant à l'esclavage sont interdites. Toutes les possibilités d'emploi et les activités génératrices de revenus doivent être d'une qualité acceptable, c'est-à-dire qu'elles doivent être culturellement appropriées et compatibles avec la dignité de la personne. Le droit à un travail décent requiert également que des mécanismes de protection sociale bien conçus et adaptés aux besoins soient mis en place pour pallier les situations des crises économiques ou politiques, par exemple dans lesquelles certaines personnes n'ont plus accès à un emploi régulier.

Outre la Déclaration universelle adoptée par l'ONU en 1948, le droit au travail est protégé par d'autres instruments internationaux des droits de la personne.¹⁶⁴ Les Directives internationales concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme indiquent ce qui suit: « *Le droit au travail implique le droit de toute personne d'avoir accès à l'emploi sans conditions autres que les capacités professionnelles requises. Ce droit est violé lorsqu'un candidat ou un salarié est tenu de subir un test obligatoire de dépistage du VIH et se voit refuser l'emploi ou le perd, ou se voit refuser des prestations dues aux salariés si le résultat est positif. Les Etats doivent veiller à ce que les personnes touchées par le VIH/SIDA soient autorisées à travailler aussi longtemps qu'elles sont capables de remplir les fonctions de leur emploi* ».¹⁶⁵

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ Article 23 de la Déclaration universelle de droits de l'homme, articles 6 et 7 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, la convention (n°122) sur la politique de l'emploi, 1964 et la convention (n° 158) sur le licenciement, 1982, entre autres Articles 5.1 b) et 5.1 c).

²⁹⁵ Ibidem.

A titre de principe fondamental, le recueil des directives internationales sur le VIH/SIDA établit que: « *L'infection par le VIH n'est pas un motif de licenciement. De même que pour nombre des pathologies, les personnes atteintes par des maladies associées au VIH devraient pouvoir continuer à travailler aussi longtemps qu'elles sont médicalement aptes à accomplir un travail disponible et approprié* ». ¹⁶⁶ Le recueil continue que : « *Un salarié atteint par le VIH peut (et il peut) continuer à travailler. L'infection du VIH peut entraîner des arrêts de travail. Cependant, la maladie ne constitue pas autant que telle un motif de licenciement. Il n'y a pas lieu de distinguer en effet l'infection par le VIH d'une autre maladie. Cela signifie bien entendu qu'être atteint de l'infection par le VIH n'empêche pas en soi d'accomplir ses tâches professionnelles* » ²⁹⁵.

Dans son arrêt rendu en l'an 2000, la Cour constitutionnelle sud-africaine a déclaré ce qui suit : « *HIV is transmitted through intimate contact involving the exchange of body fluid. Thus, sexual intercourse, receipt of or exposure to the blood, blood products, semen, tissues or organs of the infected person or transmission from an infected mother to her foetus or suckling child are known methods by which it can be transmitted. HIV has never been shown to be transmitted through intact skin or casual contact...with the advent of treatment, individuals are capable of living normal lives and they can perform an employment tasks for which they are otherwise qualified* ». ¹⁶⁷

¹⁶⁵ On se réfère à l'article 23 de la Déclaration universelle de droits de l'homme et aux articles 6 & 7 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels.

¹⁶⁶ Article 5.2 a), 5.2 b), 5.3 a), 5.3 b) ; article 5.1 a) ; article 4.8 ; voir aussi article 8.1 ; voir notamment les articles 6 et 7 sur l'éducation des travailleurs et la formation des intervenants et l'article 9 sur la prise en charge et le soutien ; Article 23 de la Déclaration universelle de droits de l'homme, Articles 6 et 7 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, la convention (n° 122) sur la politique de l'emploi, 1964 et la convention (n° 158) sur le licenciement, 1982, entre autres ; Articles 5.1 b) et 5.1 c).

¹⁶⁷ *Hoffmann v. South African Airways* (CCT17/00) 2000 ZACC 17; 2001 (1) SA 1; 2000 (11) BCLR 1235; 2000 12 BLLR 1365 (CC) (28 September 2000), paras 12, 14 (12).

Afin de faciliter le maintien des travailleurs vivant avec le VIH ou qui souffrent d'une maladie liée au VIH dans leur emploi, le recueil ci-haut cité prévoit que « les employeurs devraient les encourager à travailler aussi longtemps que leur état de santé les y autorisera ». ¹⁶⁸ De plus, « ils devraient, en consultation avec les travailleurs et leurs représentants, prendre des mesures d'aménagement raisonnable à leur intention ». ¹⁶⁹ Ceci peut comprendre par exemple: le réaménagement du temps de travail, un équipement approprié, des pauses, l'autorisation, etc.

L'article 7(3) prévoit que les représentants de travailleurs devraient recevoir une formation afin d'aider et de représenter les travailleurs lorsque des aménagements raisonnables sont nécessaires : des absences en cas de rendez-vous médical, des congés de maladie souples et la possibilité pour les travailleurs d'occuper un emploi à temps partiel. Ce n'est que lorsqu'une personne touchée par le SIDA est trop souffrante pour continuer à travailler et que les autres possibilités, y compris le congé de maladie de longue durée, ont été épuisées, que le licenciement peut être envisagé. Il doit alors se faire dans le respect de la législation du travail relative à la non-discrimination, des procédures d'application générale et des dispositions prévoyant des prestations complètes. ¹⁷⁰ Mis à part des mesures protectrices envisagées par le recueil, les licenciements abusifs sont prohibés par des législations nationales. Somme toute, le droit protège les relations du travail, qu'elles soient individuelles ou collectives ; et juridiquement parlant, aucune rupture du contrat de travail par l'employeur qui ne serait pas fondée sur un motif légitime.

168 Article 5.2 e), article 7.1.

169 Article 5.2 j).

170 Voyez aussi Article 5.2 e).

Section 1 : VIH et emploi : l'accès à l'emploi

Le droit international protège le travailleur. En effet, demander à un salarié s'il est atteint de l'infection par le VIH comme condition posée préalablement à l'accès à l'emploi est contraire aux normes internationales protectrices relatives aux droits humains. L'information relative à l'état de santé du salarié relève strictement du secret médical. L'employeur ou le cabinet de recrutement ne peut demander à un candidat à l'embauche que des renseignements présentant un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou les aptitudes professionnelles requises pour le poste. Il faut noter que le principe de non discrimination en raison de l'état de santé consacré par l'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme interdit à l'employeur de rechercher ou de se faire communiquer des informations d'ordre médical. Seul le salarié peut décider de révéler son état de santé à ses collègues de travail et à son employeur, le VIH ne se transmettant pas dans le cadre des relations de travail, l'employeur n'a exclusivement aucun motif ni de proposer, ni d'exiger systématiquement un test de dépistage du VIH au titre de la prévention des maladies dangereuses pour l'entourage (le travail). En s'appuyant sur d'autres études réalisées par des acteurs de la lutte contre le SIDA, et en s'inspirant du travail effectué par l'association rennaise Mille Horizons¹⁷¹, il est possible d'établir un état de lieux de l'accès à l'emploi de personnes touchées par le VIH.

¹⁷¹ Créée en 1999 à Rennes, l'association a accompagné, jusqu'en mars 2004, deux cents personnes touchées par le VIH et le VHC et a mis en place cents projets individuels de formation et/ ou d'emploi.

Section 2 : Obstacles à l'emploi et pré-requis fondamentaux

Grâce aux progrès thérapeutiques, les conditions de vie des personnes séropositives se sont améliorées et leur espérance de vie s'est allongée. Les difficultés sociales sont alors devenues la première cause d'exclusion dans le milieu du travail. L'enquête sur les obstacles à l'emploi effectuée par Mille Horizons en 2002¹⁷² identifiait comme difficultés principales la fatigabilité physique irrégulière ainsi que la fatigabilité due à l'agression de l'environnement sociétal. L'accompagnement des personnes séropositives vers l'emploi devrait être la rencontre entre l'histoire, les acquis, les souhaits, la situation de santé de l'individu, avec les facteurs sociaux, administratifs et politiques de l'environnement dans lequel il se situe.

Les dispositifs de droit commun censés faire le lien entre l'emploi et le handicap existent¹⁷³, mais les critères d'intervention des organismes sont parfois contradictoires, ce qui ne facilite pas la tâche des médecins traitants ni celle des travailleurs sociaux. La coordination entre l'accompagnateur et l'équipe soignante est donc fondamentale pour vérifier la faisabilité du projet et favoriser sa pérennité. Un soutien psychologique de la personne est également essentiel pour diminuer le mal-être souvent inhérent à la séropositivité. La Cour constitutionnelle sud-africaine l'a jugé en ces termes: « *People who are living with HIV/AIDS must be treated with compassion and understanding. They must not be condemned to "economic death" by the denial of equal opportunity in employment* ». ¹⁷⁴ Il résulte de ce jugement que les personnes touchées par le SIDA ou par toute autre maladie grave

172 *Ibidem*.

173 *Ibidem*.

174 *Hoffmann v. South African Airways* (CCT 17/00) 2000 ZACC 17; 2001 (1) SA 1; 2000 (11) BCLR 1235; 2000 12 B.L.J.R. 1365 (CC) (28 September 2000), para. 38.

disposent des différents recours juridiques lorsqu'elles sont victimes de discrimination dans l'exercice de leur activité professionnelle. Les normes Internationales protectrices interdisent les discriminations à l'égard des personnes malades quelle que soit leur maladie. Il est d'ailleurs admis que juridiquement le SIDA ne se distingue pas des autres maladies.¹⁷⁵

En effet, non seulement une personne peut être séropositive sans altération de sa santé, mais les nouvelles thérapies permettent aux personnes dont la maladie s'est déclarée de travailler quasi normalement pendant des années. De plus en plus fréquemment, les personnes séropositives réémergent après une baisse de leur capacité professionnelle pour reprendre une activité. Dans ce contexte, le droit ne se limite plus à organiser la sortie de l'entreprise, il devrait aussi ménager le retour à un emploi normal.¹⁷⁶ Dans cette hypothèse, un malade n'est absolument pas tenu de déclarer son état de santé lors d'un entretien à l'embauche. Les questions sans rapport avec son activité professionnelle n'ont pas lieu d'être et un dépistage du virus du SIDA à son insu est formellement interdit. A cet effet, il faudrait uniquement se contenter de juger l'aptitude à l'emploi proposé.

Force est d'admettre que la personne atteinte d'une maladie grave ne peut être licenciée que si elle est devenue définitivement inapte à tout emploi dans l'entreprise. Mais cette situation extrême est rarissime. Les cas où la personne malade nécessite une réduction de sa charge de travail sont plus courants. Le mi-temps thérapeutique peut alors s'avérer bien adapté. Cette solution permettrait d'exercer à temps partiel tout en touchant une indemnisation

175 Michel Miné, *SIDA et droit du travail*, disponible sur www.impatient@medecines-douces.com, consulté le 12 novembre 2008.

176 *Ibidem*



complémentaire. Selon la baisse de ses performances, la personne malade peut aussi bénéficier du statut de travailleur handicapé, cela permet à l'entreprise de recevoir des aides pour aménager le poste de travail. Enfin, si la personne ne peut plus assumer telle ou telle tâche, les emplois qui lui conviendraient dans l'entreprise devraient lui être proposés. Ce que le monde ne comprend pas c'est que maintenir une personne malade dans son milieu de travail lui permet de lutter psychologiquement contre la maladie. Il s'agit d'un aspect thérapeutique de l'activité professionnelle le plus essentiel.

A cet effet, l'article 13 de la Charte sociale européenne relatif au droit à l'assistance sociale et médicale dispose : « *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à l'assistance sociale et médicale, les parties s'engagent :*

1. *A veiller à ce que toute personne qui ne dispose pas des ressources suffisantes et qui n'est pas en mesure de se procurer celles-ci par ses propres moyens ou de les recevoir d'une autre source, notamment par des prestations résultant d'un régime de sécurité sociale, puissent obtenir une assistance appropriée et, en cas de maladie, les soins nécessités par son état ;*
2. ...
3. *A prévoir que chacun puisse obtenir, par des services compétents de caractère public ou privé, tous conseils et toute aide personnelle nécessaires pour prévenir, abolir ou alléger l'état de besoin d'ordre personnel et d'ordre familial ».*

Somme toute, faire respecter ses droits demande un effort considérable. Néanmoins, même affaiblie, la personne malade trouve souvent l'énergie de faire respecter ses droits parce

que sa dignité est en jeu ; reste son accès aux connaissances juridiques. Avant toute procédure contentieuse, le salarié peut faire appel à l'inspecteur du travail et aux représentants du personnel. Ensuite, ses principaux interlocuteurs seront les associations de malades et les organisations syndicales qui pourront l'aider à monter un dossier performant ou qui, si nécessaire, la mettront par exemple en relation avec un avocat compétent dans ce domaine.

Certaines entreprises considèrent les salariés comme des instruments de production en dehors de toute réalité biologique et sociale. Cette conception ressemble à celle qui était en vigueur au 19^{ème} siècle. Or l'entreprise n'est pas seulement un lieu de production, c'est aussi un lieu d'insertion sociale. Evidemment, les salariés malades bousculent le fonctionnement traditionnel de l'entreprise et notamment sa temporalité, mais ils imposent une approche de la rentabilité qui dépasse le simple résultat à court terme. Les très rares chefs d'entreprises qui font confiance aux personnes malades se réjouissent de leurs performances. C'est que ces salariés jouent bien plus que leurs revenus, ils jouent leur dignité, leur appartenance sociale.

Section 3 : VIH et emploi : respect de la dignité et intimité de la personne

Le droit à la vie privée est largement reconnu dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme.¹⁷⁷ Il inclut diverses obligations concernant le respect de la vie privée sous son aspect physique, notamment l'obligation d'obtenir le consentement éclairé de la personne pour procéder à un dépistage du VIH, ainsi que l'obligation de respecter le caractère confidentiel de toute information sur

¹⁷⁷ Article 12 de la Déclaration universelle de droits de l'homme, article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 16 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

la situation sérologique d'une personne.¹⁷⁸ La Convention américaine relative aux droits de l'homme impose la règle de protection de l'honneur et de la dignité de la personne aux Etats parties en son article 11 comme suit : « 1. *Toute personne a droit au respect de son honneur et à la reconnaissance de sa dignité.* 2. *Nul ne peut être l'objet d'ingérences arbitraires ou abusives dans sa vie privée, dans la vie de sa famille, ou de son domicile ou sa correspondance, ni d'attaques illégales à son honneur et à sa réputation.* 3. *Toute personne a droit à la protection de la loi contre des telles ingérences ou des telles attaques* ».

Le recueil des directives internationales sur le SIDA contient une section entière sur le test VIH¹⁷⁹ et mentionne à titre de principe fondamental que le dépistage¹⁸⁰ du VIH/SIDA ne devrait pas être exigé des demandeurs d'emploi ou des personnes occupant un emploi.¹⁸¹ Le recueil prévoit trois situations où le test VIH peut être effectué sur les lieux de travail: dans le cadre d'une surveillance épidémiologique,¹⁸² après une exposition professionnelle au VIH¹⁸³ ou lorsque le dépistage est demandé en toute connaissance de cause par le travailleur.¹⁸⁴ Enfin, le recueil fait la promotion du test VIH volontaire qui constitue la porte d'entrée des personnes à la prise en charge et au soutien.¹⁸⁵ Cependant, en toutes circonstances, le recueil établit des règles bien spécifiques qui assurent notamment que les tests soient réalisés par le personnel dûment qualifié et dans des conditions de stricte confidentialité. De cette manière, les personnes voulant passer un test n'auront pas à craindre que leur statut

178 Directives internationales concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme, précitées, paragraphe 97.

179 Section 8.

180 Voir article 3.2.

181 Article 4.6, article 5.2 e), article 8.1.

182 Article 8.3.

183 Article 8.5.

184 Article 8.4.

185 Article 5.2 l) et 5.3 m).

sérologique sera dévoilé sans leur consentement ou qu'ils seront victime de discrimination et de stigmatisation.

En ce qui concerne la confidentialité des données relatives au VIH/SIDA, le recueil mentionne à titre de principe fondamental que: « Rien ne justifie d'exiger des demandeurs d'emploi ou des travailleurs des informations personnelles liées au VIH. Aucun travailleur ne devrait être tenu de révéler des informations de ce type concernant d'autres travailleurs. L'accès aux données personnelles liées au statut VIH d'un travailleur devrait être soumis à des règles de confidentialité conformes au Recueil des directives pratiques du BIT sur la protection des données personnelles des travailleurs, 1997 ».¹⁸⁶

Les informations liées au VIH/SIDA comprennent les informations ayant trait au conseil, aux soins, aux traitements et aux prestations.¹⁸⁷ Les règles de confidentialité sont énoncées à l'intention des gouvernements, des compagnies d'assurance privée, des employeurs, des administrateurs et mandataires des systèmes de sécurité sociale et des régimes professionnels. En somme, si nous disons avec conviction que le droit international protège le droit à l'emploi, il ne faut pas oublier d'en affirmer encore que cette protection relève du fait que chacun a droit aux meilleures conditions de vie.

Chapitre 5: Droit aux meilleures conditions de vie

Toute personne affectée par la pandémie du SIDA jouit du droit aux meilleures conditions de vie et du développement durable afin de protéger sa santé. Il s'agit ici d'un avantage reconnu à tout individu. La corrélation entre les droits

¹⁸⁶ Article 5. 2. 1 et 5.3.m).

¹⁸⁷ Article 5. 2. 1 et 5.3.m).

humains et les développements socio-économiques est indiquée dans la Charte de Nations Unies. L'article 55 de la Charte dispose : « *En vue de créer les conditions de stabilité et de bien être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits de peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, les Nations unies favoriseront :*

1. *Le relèvement de niveaux de vie, le plein emploi et des conditions de progrès et de développement dans l'ordre économique et social ;*
2. *La solution de problèmes internationaux dans les domaines économique, social, de la santé publique et autres problèmes connexes, et la coopération internationale dans les domaines de la culture intellectuelle et de l'éducation ;*
3. *Le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ».*

En vue d'atteindre ces objectifs énoncés à l'article ci-haut mentionné, les Membres des Nations Unies s'engagent à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation, dispose l'article 56 de la même Charte.

Section 1 : Le sens du développement durable

Le droit au développement implique le droit à l'amélioration et au progrès des conditions économiques, sociales, culturelles et politiques. L'amélioration de la qualité globale de la vie signifie la mise en œuvre des changements qui assurent

à chaque personne une vie de dignité ; mieux encore une vie dans une société qui respecte et aide à atteindre tous les droits de l'homme.¹⁸⁸ Ces changements doivent inclure l'éradication et le soulagement des conditions répandues de pauvreté, le chômage, et les conditions sociales inéquitables. Le développement durable assure le bien-être de la personne humaine en intégrant le développement social, le développement économique, la conservation et la protection de l'environnement.¹⁸⁹

Le développement social implique que les besoins essentiels de l'être humain soient satisfaits à travers la mise en œuvre et l'accomplissement des droits de l'homme. Les besoins de base intègrent l'accès à l'éducation, aux services de santé et de sécurité sociale, à l'alimentation, au logement, à l'emploi, et la distribution équitable de revenus. Le développement social assure la promotion de la démocratie de manière à susciter la participation du public dans la détermination de la politique, aussi bien que créer un environnement pour une gouvernance responsable. Le développement social permet aux pauvres d'avoir un meilleur accès aux ressources disponibles pour satisfaire leurs besoins et améliorer leurs conditions de vie.¹⁹⁰ Des efforts particuliers sont faits pour assurer un traitement équitable des femmes, des enfants, des peuples de culture indigène, les handicapés, et toutes les couches de la population considérées comme les plus vulnérables face à la pauvreté.

Le développement économique étend la disponibilité des emplois et la capacité des individus à s'assurer un revenu

188 Déclaration universelle de droits de l'homme de 1948, articles 25 et 28 ; M. Gehring et M. C. Cordonier Segger, eds., « Sustainable Development », in *World Trade Law*, The Hague: Kluwer Law International, 2005, pp. 2-3.

189 *Ibidem*.

190 V. Lowe, "Sustainable Development and unsustainable Arguments", in A. Boyle et D. Freestone, *International Law and sustainable Development: past Achievements and future Challenges*, Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 36, 16, 18.

leur permettant de subvenir à leurs besoins et à ceux de leur famille. Le développement économique inclut l'industrie, l'agriculture durable, de même que l'intégration et la pleine participation à l'économie globale. Les développements sociaux et économiques se renforcent mutuellement et sont dépendants de l'un l'autre pour une réalisation efficiente.¹⁹¹ Il n'est pas possible de séparer le bien-être de la personne humaine du bien-être du monde. Par conséquent le véritable développement durable accorde autant d'importance à la protection aussi bien du monde que de ses ressources. Les documents officiels internationaux qui traitent de l'aspect environnemental du développement confirment et réaffirment que « *les êtres humains sont au centre de préoccupations quand il s'agit du développement durable. Ils ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature* ». ¹⁹²

Etant donné que le but de développement durable¹⁹³ est d'améliorer en permanence les conditions de vie des êtres humains, les développements sociaux et économiques doivent être conduits selon des approches adaptées sur le plan écologique et environnemental, de manière à garantir le renouvellement continu et la disponibilité de ressources naturelles pour les générations futures. La participation active des populations dans le processus du développement durable permet de garantir que les changements sont

191 Déclaration de Beijing sur le développement durable (25 octobre 2008), paragraphe 36 : "ILA New Delhi Declaration of Principles of International Law relating to sustainable Development", in *Kluwer Academic Publishers International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* (2002) 2:2 at 209-216.

192 Déclaration de Rio, principes 1 et 4; Déclaration universelle de droits de l'homme, articles 25 et 28; Déclaration sur le droit au développement, articles 1, 2 et 8; The 1992 Johannesburg Plan of Implementation highlights over 300 international social, economic and environmental legal instruments, and identifies many more « soft law » declarations, guidelines and General Assembly Resolutions.

193 2002 Johannesburg Declaration, and 2002 Johannesburg Plan of Implementation, report of the World Summit on sustainable Development, Johannesburg (South Africa) (4 Sept. 2002) UN Doc A/CONF.199/20 at 140 (c); World Commission on Environment and Development, *Our common Future*, Oxford: Oxford University Press, 1987.

déterminés par ceux qui en sont affectés. Le résultat est que tous jouissent et se partagent les avantages et produits générés par le changement. La participation n'est pas exclusive, elle garantit des contributions équitables, et le renforcement du pouvoir de deux genres, de même que toutes les races et groupes culturels.

Quand on considère le développement durable dans la perspective des droits, il est essentiel de reconnaître en premier lieu que pour qu'une personne ou une société continue d'avancer, les besoins essentiels de chaque individu devraient être satisfaits.¹⁹⁴ Les capacités d'une personne à travailler et à apprécier sur un plan individuel, la croissance économique et le développement sont fortement affectés par l'accès à l'éducation, à l'information de même que par les conditions globales de santé et de protection sociale.¹⁹⁵ Par conséquent les droits de base doivent être respectés et doivent être réalisés afin que tout le monde ait un égal accès aux ressources.

En effet, chaque personne a droit à un niveau de vie raisonnable et à l'amélioration continue des conditions de vie. Chaque personne a droit aux meilleures conditions de santé physique et mentale, et le droit d'accéder à toutes les ressources nécessaires pour maintenir un niveau élevé de santé.¹⁹⁶ Il s'agit entre autres du droit à une nourriture et une alimentation adéquate, du droit à l'eau potable, du droit à l'assainissement, ainsi que du droit aux soins médicaux.

194 Voir la jurisprudence relative au développement durable incluant entre autres: *Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India* (1996, Supreme Court of India), *Bulankulame v. Secretary, Ministry of Industrial Development and Others* (the Eppawela Case) (2000, Supreme Court of Sri Lanka), and *Rajendra Parajuli and Others v. Shree Distillery Pvt. Ltd. & Others* (Writ No. 3259, 1996, Supreme Court of Nepal).

195 T. MacDonal, *Basic Concepts in Statistics and Epidemiology*, Oxford: Radcliffe Publishing, 2007, pp. 1 et ss.

196 Déclaration de Nations Unies sur le droit au développement adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU, résolution 41/128 du 4 décembre 1986, articles 1, 2 et 8.

Chaque personne a le droit à une éducation orientée vers le plein épanouissement de la personnalité humaine. Les droits qui sont directement en rapport avec la croissance économique et le développement incluent : le droit à un travail adéquat et à un environnement professionnel propice. Autrement dit, chaque personne jouit du droit de travailler et de recevoir un salaire juste par rapport au travail accompli ; le droit de travailler dans un environnement sécurisé ; le droit à un salaire correspondant au travail réalisé, sans discrimination basée sur le sexe ou la race.

Les êtres humains ont le droit de participer à la prise des décisions qui concernent leur droit au développement à travers : le droit à l'autodétermination. Ce droit inclut la liberté d'opinion politique et la capacité de choisir sans contrainte la manière par laquelle chaque personne souhaite conduire son développement sur le plan économique, social et culturel. Il y a aussi le droit de disposer des richesses et ressources de la manière qui leur sied, et aucune personne ne peut être privée de ses moyens de subsistance. En plus de cela, il y a le droit à la connaissance technique et scientifique surtout dans le but d'améliorer la production, la conservation et la distribution des denrées alimentaires ; le droit à l'information concernant la meilleure approche pour le développement et le meilleur usage des ressources naturelles ; le droit de jouir de l'amélioration de tous les aspects de l'hygiène de l'environnement et industrielle pour maintenir santé et bien-être ; le droit d'être un acteur et un bénéficiaire du droit au développement.¹⁹⁷

Le droit au développement admet sans équivoque que tous les gens sont égaux et devraient avoir un traitement identique dans l'accès et la jouissance des ressources et des moyens

¹⁹⁷ Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, (N° 169) de 1989, article 7.

pour améliorer et maintenir un développement personnel. Les documents qui regroupent les questions du droit au développement mentionnent les groupes vulnérables pour garantir que toutes les couches de la population jouissent de la même manière du droit au développement.

Les enfants ont droit à un niveau de vie qui promeut le plein épanouissement de leurs capacités physiques, mentales, spirituelles et sociales. En particulier, les enfants ont le droit d'avoir l'accès à une alimentation, aux vêtements, au logement et à une éducation, qui leur fournissent les outils nécessaires pour entretenir un niveau de vie adéquat. Les enfants ont le droit d'être à l'abri des conditions rudes de travail qui perturbent leur capacité de jouir des droits susmentionnés, et qui par conséquent limiteraient leur développement.¹⁹⁸

Les femmes ont le droit de travailler et de jouir de manière égale du salaire, des avantages, et des opportunités d'avancement.¹⁹⁹ Les femmes ont le droit dans le milieu professionnel à la protection contre toute discrimination due à une grossesse. Les femmes ont le droit d'obtenir des emprunts, des hypothèques, et tout crédit qui peut améliorer leur développement économique. Dans les régions rurales les conditions ci-après garantissent que les femmes sont certaines de participer et de tirer les bénéfices du développement: participation au processus de planification du développement : l'accès à l'éducation et à la formation technique ; le droit de former des associations pour accroître les opportunités économiques; un traitement et une place égales dans les questions foncières, les réformes agraires et l'occupation des nouveaux espaces.²⁰⁰

198 Convention relative aux droits de l'enfant (1989), article 24.

199 - Plateforme d'action de Beijing (1995), paragraphes 253 et 256.

200 Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 11 et 14 ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966),

Les peuples indigènes ont le droit de définir leurs propres priorités concernant le développement lorsque ce dernier affecte leurs vies, leurs croyances, leurs institutions, leur bien-être spirituel et leurs terres. Les peuples indigènes ont le droit d'être maîtres de leur propre développement social et économique. Les peuples indigènes ont le droit de participer et d'apporter leur contribution aux plans de développement conçus à l'échelle nationale ou régionale et qui les affectent. Les peuples indigènes ont le droit à l'amélioration continue des conditions de vie, et à une croissance économique continue. Les peuples indigènes ont le droit que les gouvernements avant la mise en œuvre de tout projet réalisent des études d'impact sur la culture indigène. Les peuples indigènes ont enfin le droit à la protection de leur environnement naturel.²⁰¹ D'une manière globale, la pauvreté et le non respect des droits fondamentaux restent les principaux moteurs de l'expansion du SIDA. En effet, il est difficile de lutter contre le virus en l'absence des services de base comme l'éducation, les médicaments ou les soins de santé ; et s'en protéger lorsque la libre disposition de son propre corps n'est pas garantie. Ceci montre que le SIDA n'est sans doute plus uniquement un problème de santé.

Section 2 : SIDA face à la pauvreté, précarisation et sous-alimentation

Peter Piot, directeur d'ONUSIDA, interviewé dans le magazine d'Oxfam-Solidarité, rappelle ce qui suit : « *En vingt-cinq ans, le SIDA est devenu la première cause mondiale de décès chez les personnes de moins de cinquante-neuf ans. Aujourd'hui, une personne sur sept meurt du SIDA. Ce n'est plus un problème de santé : c'est un problème lié au*

articles 7, 11 et 12.

201. Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, (N° 169) adoptée par la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail à sa soixante-seizième session, le 27 juin 1989, article 7.

développement. Il a un impact sur toutes les dimensions de la société (...).²⁰² D'après certaines études, « plus de la moitié de la quarantaine de pays du monde qui connaissent la sous-alimentation sont situés en Afrique, et 29 des 36 pays les plus pauvres du monde (les pays les moins avancés, où le revenu par habitant n'atteint pas 500 dollars par an) appartiennent à l'Afrique subsaharienne ». ²⁰³ Et « plus de 10 % des enfants y disparaissent avant leur premier anniversaire, une proportion qui n'est atteinte nulle part ailleurs ». ²⁰⁴

En effet, « les lacunes des systèmes de santé sont, dans chaque pays, la cause d'un très grand nombre des maladies et incapacités évitables, des souffrances inutiles, d'injustices, d'inégalités et du non-respect des droits fondamentaux de l'individu ». ²⁰⁵ Leur impact est particulièrement grave chez les pauvres que l'absence de couverture sociale installe encore plus profondément dans la misère. Les pauvres, dont la probabilité de recours aux soins est faible, sont ceux dont les besoins sont le moins pris en compte, ils sont traités avec moins de respect que les autres, sont moins à même de choisir les prestataires de services et sont soignés dans des conditions moins satisfaisantes. La sous-alimentation et le manque d'eau potable fragilisent à leur tour la santé de populations. ²⁰⁶ En guise d'exemple apparent, la production agricole de l'Afrique augmente actuellement moins vite que la population, la malnutrition est massive, et les risques de famine de plus en plus fréquents. De nombreux pays

202 Témoignage recueilli dans le Magasine d'Oxfam-Solidarité consacré à la lutte contre le SIDA, publié au 29 novembre 2006, pp. 1 et ss.

203 T. MacDonald, *Third World Health: Hostage to first World Wealth*, Oxford: Radcliffe publishing, 2006, p. 11; WHO, *The World Health Report 1995, Bridging the gaps*, Geneva: WHO, 1995, pp. 126-14.

204 *Ibidem* ; I. Kairachi et B. Kennedy, "The relationship of income inequality to morality", *Social Sciences & Medicine*, 1997; 45: 1121-7.

205 *Ibidem*.

206 Voir Déclaration universelle de droits de l'homme, article 25 ; Déclaration universelle sur l'éradication de la famine et la malnutrition, article 1.

africains sont donc dépendants de l'aide alimentaire internationale.

Section 3 : Pauvreté autant que déterminant de la santé qui accroît la vulnérabilité au VIH

La théorie de la santé des populations et celle de déterminants de la santé identifient un lien clair entre la pauvreté, la piètre santé et la maladie. Des recherches, de même que les connaissances communautaires, relativement à la transmission du VIH, relient les contraintes et les conditions de vie dans la pauvreté, et certains comportements à risque.²⁰⁷ Les personnes diagnostiquées séropositives au VIH risquent de sombrer dans la pauvreté pour différentes raisons :

Tout d'abord, la maladie contraint de nombreuses personnes à quitter le marché du travail. La stigmatisation et la discrimination diminuent les occasions où les personnes vivant avec le virus du SIDA peuvent recourir à des soutiens, en milieu de travail, ou à des ententes alternatives avec leur employeur afin de tenir compte des besoins de leur santé.²⁰⁸ Le coût excessif du traitement du VIH et le manque d'accès à des régimes d'assurance privés fait de la maladie à VIH une affection dont les individus ne peuvent assumer seuls le coût. Les régimes publics de soutien du revenu ne comblent pas les besoins financiers et de santé des personnes vivant avec le VIH/SIDA.

Ensuite, les personnes vivant avec le VIH/SIDA aux prises avec la pauvreté ou l'insécurité économique risquent de voir

²⁰⁷ World Bank, *Equity and Development: world development report*, Washington, DC: World Bank, 2006, pp. 315-16.

²⁰⁸ D. Gordon, « Poverty, Death and Disease », in P. Hillyard, C. Pantazis, S. Tombs, D. Gordon, éditeurs, *Beyond Criminology: taking harm seriously*, London: Pluto, 2004, pp. 251-66.

leur maladie progresser rapidement et d'avoir une qualité de vie inférieure.²⁰⁹ Les personnes vivant avec le VIH/SIDA qui n'ont pas les ressources financières pour voir à leurs besoins, que ce soit sur le plan de la nutrition, du logement, de l'accès au traitement pour le VIH ou à la prophylaxie d'autres maladies (prévention de maladies secondaires), des instruments de soutien, une résidence assistée, etc., ont un risque accru de maladie secondaire et de progression de la maladie à VIH. Le manque des ressources financières conduit par ailleurs à une exclusion sociale et il limite la capacité de prendre part à une communauté. Ces facteurs entraînent une dégradation de la qualité de vie en général.

Section 4 : Insécurité alimentaire, pauvreté et SIDA

La pauvreté est définie comme étant la condition dans laquelle se trouve un être humain qui est privé de manière durable ou chronique des ressources, des moyens, de choix, de la sécurité et du pouvoir nécessaires pour jouir d'un niveau de vie suffisant et d'autres droits civils, culturels, économiques, politiques et sociaux.²¹⁰ Il est à affirmer que la pauvreté accroît la vulnérabilité au virus du VIH/SIDA.²¹¹ Certains auteurs sont d'avis que les familles n'ayant pas une alimentation suffisante sont plus exposées car la malnutrition est étroitement liée au mauvais état de santé qui rend, à son tour, un sujet plus vulnérable à l'infection par VIH et peut raccourcir la période d'incubation du virus,

209 A. Sen, "Health and development", *Bull World Association*, 1999; 77: 69-73.

210 Etude conjointe FAO/ONUSIDA « Sustainable agricultural/rural Development and Vulnerability to the AIDS Epidemic », VIH/SIDA et nutrition: aider les familles et les communautés à faire front, 2006; D. Gordon, *Eradicating Poverty in the Twenty-First Century: When will Social Justice be done?*, Inaugural Lecture at University of Bristol, delivered at the Townsend Center for Industrial Poverty Research, Bristol, 18 October, 2004, pp. 6 et ss.

211 Voir le Rapport du Comité des droits économiques, sociaux et culturels de Nations Unies (2001) ; T. MacDonald, *Foundations of mathematical Analysis: a Journey of Discovery for the Layman*, Delhi : Ajanta Books, 2005, pp. 413 et ss.

c'est-à-dire que les symptômes apparaîtront plus tôt. Et la situation est encore pire pour les pauvres qui ont un accès plus limité aux soins médicaux. La pauvreté rend également l'éducation au SIDA difficile en raison de faibles niveaux d'alphabétisation des populations pauvres et de l'accès limité aux médias et aux services de santé et d'instruction, en particulier dans les zones rurales.²¹²

En cas de situation précaire de survie, les gens prendront moins des mesures préventives, car elles s'occuperont beaucoup plus de leurs tâches quotidiennes pour gagner à peine leur vie. C'est la **conséquence de la pauvreté**. Celle-ci accroît également la fuite **des forces vives** (c'est-à-dire que la main d'œuvre devient de plus en plus migrante), elle implique également la désagrégation des familles, les paysans sans terre, le surpeuplement surtout dans les villes, la hausse des constructions anarchiques et promiscuités, le nombre élevé de sans abris qui sont des facteurs ayant sûrement trait aux probabilités d'avoir des multiples partenaires sexuels. Dans tous ces cas, les plus vulnérables sont les femmes et les jeunes filles car elles sont généralement mal informées sur les questions de santé et n'ont guère voix au chapitre en matière des relations sexuelles, ce qui signifie qu'elles sont fortement exposées si leurs époux sont contaminés.²¹³

Conclusion générale

Il faut reconnaître à ce point que la réalisation des droits humains serait un pré-requis sans limites à toute action, ou toute initiative pour l'humanité. Somme toute, la raison pour laquelle les droits de la personne humaine sont d'une si grande importance dans le contexte du VIH, résulte du

212 M. C., Cordonier Segger et C. G. Weeramantry, eds., *Sustainable Justice: reconciling Economic, Social and Environmental Law*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2004, pp. 1-10.

213 M. C. Cordonier Segger et A. Khalifan, *Sustainable Development Law: Principles, Practices and Prospects*, Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 2 et ss.

fait que dans une grande proportion les personnes qui sont ou seront le plus touchées par l'épidémie, sont déjà dans une position socialement désavantagée.²¹⁴ Le VIH/SIDA a des lourdes incidences sur la protection des droits humains. Défi certes mondial, le SIDA est un défi d'une ampleur particulière, à telles enseignes que le combat contre ce fléau est au cœur de toute tentative de construction de l'avenir du monde. Ainsi, il faudrait:

- tenir compte des principes relatifs aux droits de l'homme dans l'élaboration et la mise en œuvre des politiques et programmes en matière de VIH/SIDA, avec la participation active des personnes vivant avec le VIH/SIDA ;
- établir des cadres juridiques et administratifs appropriés, prévoyant l'abrogation immédiate des lois et des pratiques coercitives ou inutilement restrictives ;
- introduire ou renforcer des mesures visant à interdire la discrimination et les abus liés au VIH/SIDA et à garantir la protection juridique de la vie privée ;
- proposer des programmes d'enseignement et de formation aux fonctionnaires de l'administration, aux décideurs, aux employeurs, aux médias et au grand public, afin de souligner les dangers des préjugés et de la discrimination et de promouvoir le respect des droits humains ;
- œuvrer pour l'émancipation juridique et politique et le renforcement du pouvoir des groupes défavorisés (par exemple femmes, prostituées, détenus...), y compris l'abrogation des lois empêchant la formation des groupes d'auto-assistance ;

²¹⁴ Julie Hamblin, *Personnes vivant avec le VIH: le droit, l'éthique et la discrimination*, <http://www.undp.org>, consulté le 4 mars 2010.



- légalisation et décriminalisation des activités homosexuelles en privé entre adultes consentants dans les pays où elles sont illégales à l'instar des Etats-Unis d'Amérique;
- décriminalisation de la prostitution et autres activités des prostituées et légalisation des bordels à l'exemple des Pays Bas;
- publicité concernant l'utilisation des condoms et distribution gratuite de condoms dans des lieux choisis en prenant le modèle des efforts conjugués par la République de l'Afrique du Sud;
- participation des représentants des groupes et des leaders communautaires à des programmes conçus pour appuyer les campagnes de modification des comportements;
- intensifier l'octroi des ressources en vue de la promotion des droits humains en rapport avec le VIH/SIDA, et renforcer l'engagement et l'action de la communauté internationale. Cela étant, les droits humains ne seraient pas parfois limités ou réduits en néant par des dispositions législatives ou des procédés arbitraires et, ce qui serait peut être le cas général, par des mécanismes sociaux traditionnels. Consacrés par la loi, les droits humains des personnes séropositives ou celles qui encourent les hauts risques d'infection seraient principalement respectés et protégés par les Etats eux-mêmes.

Bibliographie

A. Instruments juridiques internationaux

- Charte Africaine de droits de l'homme et des peuples adoptée le 27 juin 1981, entrée en vigueur le 21 octobre 1983.
- Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José) adoptée le 22 novembre 1969 et entrée en vigueur le 18 juillet 1978.
- Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, (N° 169) adoptée par la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail à sa soixante-seizième session, le 27 juin 1989.
- Convention relative aux droits de l'enfant adoptée le 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990.
- Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard de femmes adoptée le 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981.
- Déclaration d'engagement des pays sur le VIH et SIDA, juin 2001.
- Déclaration de Beijing sur le développement durable (25 octobre 2008).
- Déclaration de Nations Unies sur le droit au développement adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU, résolution 41/128 du 4 décembre 1986.
- Déclaration Universelle de droits de l'homme, adoptée le 10 décembre 1948, entrée en vigueur le 10 décembre 1948.

- Directives internationales concernant le VIH/SIDA et les droits de l'homme, Genève, 23-25 septembre 1996.
- Pacte International relatif aux droits civils et politiques adopté le 16 décembre 1966, entrée en vigueur le 10 février 1976.
- Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux, et culturels adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'AG des NU dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

B. Jurisprudence nationale et internationale

- *Bulankulame v. Secretary, Ministry of Industrial Development and Others* (the Eppawela Case) (2000, Supreme Court of Sri Lanka).
- *Hoffmann v. South African Airways* (CCT17/00) 2000 ZACC 17; 2001 (1) SA 1; 2000 (11) BCLR 1235; 2000 12 BLLR 1365 (CC) (28 September 2000), paras 12, 14 (12).
- *Kiyutin v. Russia*, Requête no. 2700/10 (Cour européenne des droits de l'homme, 10 mars 2011).
- *Rajendra Parajuli and Others v. Shree Distillery Pvt. Ltd. & Others* (Writ No. 3259, 1996, Supreme Court of Nepal).
- *Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India* (1996, Supreme Court of India).

C. Ouvrages généraux

- Abric, J.C, *Pratiques sociales et représentations*, Paris : PUF, 1994.
- Banque Mondiale, *Intensifying Action against HIV/AIDS in Africa: responding to a Development Crisis*, Washington

DC: La Banque Mondiale, 1999.

- Cattacin Sandro, et al., *Les politiques de lutte contre le VIH/SIDA en Europe de l'Ouest : du risque à la normalisation*, Paris : L'Harmattan, 1997.
- Coalition inter-agence SIDA et développement, *The Emigration of Healthcare Professionals to high income Countries*, Ottawa, Ontario, 2006.
- Cordonier Segger, M.C. et Weeramantry, C.G., eds., *Sustainable Justice: reconciling Economic, Social and Environmental Law*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2004.
- Cordonier Segger, M.C., et Khalfan, A., *Sustainable Development Law: Principles, Practices and Prospects*, Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Desclaux, A., et Taverne, B., *Allaitement et VIH en Afrique de l'Ouest : de l'anthropologie à la santé publique*, Paris : Karthala, 2000.
- Kelly, M., *Planifier l'éducation dans le contexte du VIH/SIDA*, Paris : UNESCO : IPE, 2000.
- Lange, M.F., *L'école et les filles en Afrique : scolarisation sous condition*, Paris : Karthala, 1998.
- MacDonald, T., *Basic Concepts in Statistics and Epidemiology*, Oxford: Radcliffe Publishing, 2007.
- MacDonald, T., *Third World Health: Hostage to first World Wealth*, Oxford: Radcliffe publishing, 2006.
- Mahbub Ul, Haq, *Reflections on Human Development*, Oxford: Oxford University Press, 1995.

- Médecins sans frontières, *Campagne pour l'accès aux médicaments essentiels : un guide sur les prix des antirétroviraux*, 11^e éd., Genève : Editions des Médecins sans frontières, juillet 2008.
- Réseau mondial de femmes pour les droits reproductifs, *Dénouer les liens qui nous enserrant : un appel à l'action pour lutter contre la vulnérabilité de femmes face au VIH/SIDA*, Amsterdam-Pays Bas, 2006.
- Schabas, A. William, "Study of the Right to enjoy the Benefits of scientific and technological Progress and its Applications", in *Human Rights in Education, Science and Culture: legal Developments and Challenges*, Edité par Yvonne Donders et Vladimir Volodin, Londres: Ashgate, UNESCO Publishing, 2007, p. 298.
- Toebes, Brigit, *Human Rights, Health and Nutrition*, The Hague: TMC Asser Institute for International Law, 1999, pp. 1 et ss.

D. Documents des Nations Unies

- OMS, *Twenty-Five Questions and Answers on Health and Human Rights*, Health and Human Rights Publications Series, Issue No. 1, Genève, juillet 2002.
- ONU, *Déclaration d'engagement sur le VIH/SIDA*, 26^{ème} session extraordinaire de l'Assemblée Générale de Nations-Unies sur le VIH/SIDA, 25-27 juin 2001.
- ONU, *Le VIH/SIDA et les droits de l'homme: directives internationales*, deuxième consultation internationale sur le VIH/SIDA et les droits de l'homme, Genève, 23-25 septembre 1996.
- ONUSIDA, *Comprendre la stigmatisation et la discrimination associées au VIH/SIDA*, Genève : EAA

2002, pp. 1 et ss. Résolutions de la Commission de droits de l'homme 1999/49 et 2001/51.

- ONUSIDA, Informations sur le sida, février 2008, www.onusida.org, consulté le 20 janvier 2011.
- UN Doc. E/CN.4/RES/2003/29, para. 1, résolution relative à l'accès aux médicaments dans le contexte des maladies telles que le VIH/SIDA, la tuberculose, et la malaria, adoptée le 22 avril 2003.
- UNAIDS/WHO, *2009 AIDS Epidemic Update*, novembre 2009.

E. Articles, rapports et revues

- Darmon, Laëtitia « L'impact économique du VIH en Afrique », in *Le Journal du SIDA*, No. Spécial 196, mai-juin 2007, pp. 3-4.
- Hamblin, Julie, *Personnes vivant avec le VIH: le droit, l'éthique et la discrimination*, <http://www.undp.org>, consulté le 4 mars 2010.
- LundströmSarelin, Alessandra, *The Right to Education: from a developing Country Perspective*, Kios thematical Reports 2006, disponible sur www.kios.fi, consulté le 23 octobre 2011.
- Mann, J. M., *Migration, Ethnicity, and AIDS*, sur <http://www.aidslaw.ca>, consulté le 05 mai 2011.
- McNeil, J. et Anderson, S., (1998), "Beyond the Dichotomy: linking HIV Prevention with Care", *AIDS*, 12 (Supplement 2): S19-S26.
- Miné, Michel, *SIDA et droit du travail*, disponible sur www.impatient@medecines-douces.com, consulté le 12 novembre 2008.

- National Human Rights Commission of India, *Report of the National Conference on Human Rights and HIV/AIDS*, New Delhi (Inde), 24-25 novembre 2000, p.1.
- Richard Lough, Richard et Rowling, Megan, "UN's Ban urges new Push in AIDS Fight", article tiré sur <http://www.trust.org>, consulté le 31 mars 2011.

The Prohibition of Torture as an International Norm of Customary Law

By Jean de Dieu Zikamabahari*

*Jean de Dieu Zikamabahari, LL.B (national University of Rwanda), LL.M in International Law (University of Cape Town), lecturer, Department of Public Law, specializes in principles of public international law, international protection of human rights, international law on disputes and use of force and refugee law, immigration law and policy, and teaches these courses at undergraduate levels. Jean de Dieu is a member of ULK Law Review.

Abstract

The article explores the prohibition of torture in accordance with which customary international law has to bind the State in its treaty relations and with respect to acts of the legislature, executive and judiciary. It presents a theory of customary international law that seeks to prohibit torture. The article presents a comprehensive review of world torture and the efforts to eradicate it through both official and unofficial strategies of intervention, with special emphasis on the legal strategies. The article tests the theory using two elements of customary international law: state practice and opinio juris. The author find that there is a universal consensus in the international community that torture and other forms of cruel, inhuman, or degrading punishment or treatment cannot be reconciled with a global order fundamentally committed to basic respect and human dignity. The article concludes by examining an emerging norm of customary international law, which is strengthened by a deepening of the international consensus pertaining to the prohibition of torture.

I.Introduction

The duty not to commit torture has its source in a number of international legal instruments.²¹⁵ Torture has been described as a cruel assault upon the defenceless and it generally aims at destroying a human being, destroying his personality, his identity and soul.²¹⁶ Committing torture violates a fundamental norm of international human rights law and humanitarian law.²¹⁷

The fact that torture is prohibited by international law has effects at inter-State and individual levels.²¹⁸ At the inter-State level, it serves to internationally delegitimise any legislative, administrative or judicial act authorising torture. At the individual level, it constitutes a criminal liability. It means that every State is entitled to investigate, prosecute and punish or extradite individuals accused of torture who are present in a territory under its jurisdiction.²¹⁹ In the context of prohibition of torture this would more significantly mean that States or individuals are bound by international law related to torture. In line with this, the question is whether there is a rule under customary international law that would prohibit torture.

²¹⁵ United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 1988; European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 1987; European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950; Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture Dec. 9- 1985; Universal Declaration of Human Rights of 1948; International Covenant on Civil and Political Rights opened for signature of 1966.

²¹⁶ J. Harper " Defining torture: bridging the gap between rhetoric and reality" 2009 *SCLR* pp. 2-5

²¹⁷ K. Shirey "The duty to compensate victims of torture under customary international law" 2004 *ILJ* p. 1.

²¹⁸ E de Wet "The prohibition of torture as an international norm of *jus cogens* and its implication for national and customary law" 2004 *EJIL* p. 1.

²¹⁹ *Ibid.*

The intention in this article is to assess if there is a duty for State not to commit torture under customary international law. Thus, apart from this introduction and conclusion, part one of this article touches on matters of definition and legal history. The second part gives a brief background of the concept of torture in international customary law. The last part critically analyses and evaluates the duty for States not to commit torture under customary international law.

II. Torture as international crime

This section is mainly concerned with the definition and legal history of torture. It also examines the efforts to universally proscribe torture in international law. It further provides an overview of critical provisions of the United Nations Convention against Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (hereinafter "CAT"). Last, this part describes and critically evaluates the rules of customary international law related to the prohibition of torture.

II.1 Torture in treaty law

Article 5 of the Universal Declaration of Human Rights (ECHR) provides that "no one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment".²²⁰ This Declaration prohibits torture without explaining what this term means. Likewise without defining the term, this language was incorporated without alteration in the International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights.²²¹

²²⁰ Article 1 of Universal Declaration of Human Right of 1948.

²²¹ Article 7 of International Covenant on Civil and Political Rights of 1966; see also article 3 of European Convention on Human Right of 1950.

The European Court of Human Rights defines torture in terms of the intentional infliction of severe pain or suffering with the aim of obtaining information, inflicting punishment or intimidating.²²² Also, the Court used the concept of torture in the *Ireland v. United Kingdom* case where it noted that a minimum level of severity is required for acts of ill-treatment to constitute torture.²²³ Similarly, in the *Greece* case²²⁴ the notion of inhuman treatment covers at least such treatment as deliberately causes suffering, mental or physical harm, which, in the particular situation is unjustifiable.²²⁵

There is no generally accepted and consistent definition of torture. Most of definitions of torture within international law derive from article 1(1) of the 1984 Torture Convention,²²⁶ which read as follows: "for the purposes of this Convention, the term 'torture' means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity."²²⁷

²²² *Atkas v. Turkey* No243510/94/94 P 313 (3003).

²²³ *Ireland v. UK, App.* No. 5310/71, Eur. H.R. Rep. 25, P.167 (1980).

²²⁴ *Greece v. United Kingdom* 2 Y.B. Eur. Conv. on H.R. 174-76 (1960).

²²⁵ A. Cullen "Defining torture in international law: a critical of the concept employed by the European Court of Human Rights" 2003 *CWILJ* p. 5.

²²⁶ Article 1 (1) of Convention against Torture.

²²⁷ J. Herrmann, "Implementing the prohibition of torture on the three levels" 2003 *CLR* p. 4.

II.2 The elements of the crime of torture

From the aforesaid definition, four elements are required for an act to constitute torture: it must be intentional, it must cause severe pain or suffering, it must be intended to achieve one of the purposes mentioned, obtaining information being one of them, it must be done by, or with the acquiescence of a public official.

II.2.1 Intentional infliction

Under the Torture Convention, acts alleged to constitute torture must be committed intentionally.²²⁸ Thus, if someone suffers severe pain at the hands of an individual, but that individual did not intend to inflict harm through his actions, that act would not amount to torture. The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) have retained this general intent as provided by the Torture Convention.²²⁹

The ECHR also has retained the Torture Convention's intent requirement, but it has created a less stringent standard by shifting the burden of proof from the victim to the government. For instance, in the *Selmouni v. France* case,²³⁰ the ECHR noted that "where an individual is taken into police custody in good health but is found to be injured at the time of release, it is incumbent on the State to provide a plausible explanation of how those injuries were caused."²³¹ Because no such explanation was offered, the ECHR found

²²⁸ Article 1 of Convention against Torture.

²²⁹ *Prosecutor v. Kunarac* in B.V. Schaack and R. Slye, *International criminal law and its enforcement: cases and materials* 2007 496; *Prosecutor v. Akayesu*. Case No ICTR-96-4T, Trial Chamber, September 2, 1998, at par. 6.

²³⁰ *Selmouni v. France*, 1999-V Eur. Ct. H.R. 149.

²³¹ G. MILLER "Defining Torture" 2005 available at: <http://www.cadozo.yu.edu/floersh/index/asp>. [accessed on 02 August 2012].

that the physical evidence of harm while in State custody and the testimony of the victim were sufficient to trigger a presumption of intent.²³²

II.2.2 The severe pain

To constitute torture under the Torture Convention, the harm caused to the victim must be severe or caused to him a suffering.²³³ The harm may have physical or psychological elements or a combination of both.²³⁴ In the *Ireland v. UK* case, the ECHR evaluated certain sensory deprivation techniques applied by security forces in Northern Ireland as means to obtain information from detainees of suspected terrorist activities. It concluded that the five techniques, including wall-standing, hooding, subjection to continuous noise, deprivation of sleep, food and drink constitute inhuman and degrading treatment.²³⁵

II.2.3 The 'purposes' requirement

The Convention definition of torture requires that the severe act be committed with a particular purpose in mind. As it is stated in article 1 of CAT:

“such purposes as obtaining from the victim or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind.”²³⁶

²³² *Selmouni V. France*, 1999-V Eur. Ct. H.R. 149

²³³ Article 1 of Convention against Torture

²³⁴ W. P. Nagan and L. Atkins “The international law of torture: from universal jurisdiction proscription to effective application and enforcement” 2001 *HHRJ* p. 4.

²³⁵ *Ireland V. UK*, 1978, 25 Eur. Ct. H.R. (Ser. A) at 66.

²³⁶ *Ibid.*

Furthermore, as defined in article 7 of the Rome Statute for International Criminal Court,²³⁷ the notion of purpose seems to be central to the understanding of concept of torture in international law.²³⁸ Further, the Trial Chamber in *Prosecutor v. Furundizija* retained the list of enumerated purposes contained in the Torture Convention, but added that among the possible purposes of torture one must also include that humiliating.²³⁹

II.2.4 Public official

The definition of torture provided in most human rights instruments requires State's action for act to constitute torture under international law.²⁴⁰ This means that that the act of torture must be inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. Abuse by private individuals, even the worst or most inhuman treatment it is, by definition cannot be considered as torture in violation of CAT unless somehow the State is involved.²⁴¹

It should be noted, however, that state inaction in the face of private violence can constitute torture. The UN Special Rapporteur on Torture, Nigel Rodley, interprets the state action requirement to be met when public officials are "unable or unwilling to provide effective protection from ill-treatment committed by non-State actors, and concludes that State involvement may be found and still satisfy the CAT definition, when private acts consented to, acquiesced

²³⁷ Article 7 of Rome Statute of International Criminal Court of 1998.

²³⁸ J. Harper *Op. Cit.* 6.

²³⁹ *Prosecutor v. Furundizija*, case No IT-95-17/1-T, Judgment, p 162 (DEC. 10, 1998).

²⁴⁰ Convention against Torture.

²⁴¹ Because private "torture" is generally criminal under national laws (some utilising the term torture and some not), the CAT's drafters considered an international convention for "private torture" unnecessary. See G. Miller *Op. Cit.* 17.

in, or instigated by a public official.²⁴² In *Z v. The United Kingdom* case, the ECHR adopted a similarly broad understanding of the acquiescence by a public official that would suffice for a violation of the European Convention on Human Rights.²⁴³ Holding the government responsible for the inhuman and degrading treatment inflicted on four children by their parents, the ECHR found that states must take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment, including such ill-treatment administered by private individuals.²⁴⁴ In summary, an act to constitute torture must have been conducted with the authorisation, support or acquiescence of the state authorities.

II.3 Torture in international customary law

This section intends to examine how international and domestic practice of States should prove a rule of customary international law prohibiting torture. It is of importance to highlight the existence of a universal consensus in the international community that torture and other forms of cruel, inhuman, or degrading punishment or treatment cannot be reconciled with a global order and fundamental human rights norms.

²⁴² Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Human Rights Fact Sheet: No. 4 Combating Torture, at 34 (May 2002).

²⁴³ *Z v. The United Kingdom*, 34 E.H.R.R. 3 (ECHR 2001); See also *E. v. United Kingdom*, 36 E.H.R.R. 31, 88 (ECHR 2002) (holding that failure to protect children from sexual abuse by stepfather constituted violation of Article 3 of the ECHR). While the court in the *Z v. The United Kingdom* found a violation of article 3 for inhuman or degrading treatment, its reasoning does not distinguish between torture and inhuman or degrading treatment and thus the accountability of public officials for the actions of private parties would extend to cases of torture as well.

²⁴⁴ *Zheng v. Ashcroft*, 332 F.3d 1186, 1194 (9th Cir, 2003).

II.3.1 International customary law

Customary international law is one of the sources of international law.²⁴⁵ It is commonly defined as law resulting from a general and consistent practice of States and *opinio juris*.²⁴⁶ There are two approaches in formation of customary international law: "traditional and modern approaches".²⁴⁷ The traditional approach emphasizes States practice while the modern approach emphasizes *opinion juris*.

For the traditional approach, custom results from general and consistent practice followed by *opinio juris*.²⁴⁸ It focuses primarily on State practice in the form of interstate interaction and acquiescence. *Opinio juris* is a secondary consideration invoked to distinguish legal and non legal obligation.²⁴⁹ According to traditional approach, custom is evolutionary and is identified through an inductive process in which a general custom is derived from specific instances of State practice.²⁵⁰ This approach is evident in Lotus case, where the Permanent Court of Justice inferred a general custom about objective territorial jurisdiction over the ships on the seas from previous instances of states actions and acquiescence.²⁵¹

By contrast, according to the modern approach, custom is derived by a deductive process that begins

245 Article 38 (1) of the Statute of International Court of Justice of 1945.

246 J.L. Goldsmith and A. E. Pogner "A theory of customary international law" 1999 *CLR* pp. 1113.

247 A.E. Robert "A traditional and a modern approaches of customary law" 2001 *ASIL* p. 2.

248 *North Sea Continental Shelf*, 1969 ICJ Rep. at. 44.

249 *Ibid.*

250 *Delimitation of the maritime boundary in the Gulf of Marine area* (Can. V. Guat.) 1984 ICJ Rep, 246.

251 *Lotus case* (France v. Turkey) P.C.J., Series A, No 10 (1927).

with general statements of rules rather than particular instance of practice. This approach puts an emphasis on *opinio juris* rather than on state practice because it relies primarily on statements rather than actions. According to this approach, modern customary international law can develop quickly because it is deduced in multilateral treaties and declarations by international fora such as General Assembly, which can declare existing customs, crystallize emerging customs and generate new customs.²⁵² A good example of the deductive approach may be found in the *Military and Paramilitary activities in and Against Nicaragua*. The International Court of Justice (ICJ) paid lip service to the traditional test for custom but derived customs of non-use of force and non-intervention from statements, such as General Assembly resolutions.²⁵³

Article 38 (1) (b) of the statute of the ICJ refers to "international custom as evidence of general practice accepted as law".²⁵⁴ From this provision, customary international law consists of general practice of States, which is generally accepted as law by States.²⁵⁵ These requirements can be expressed as a need that the practice in question is of certain generality, uniformity and duration on the one hand, and can be followed in the belief that it is required by law (*opinio juris*) on the other hand.

252. *North Sea Continental Shelf*, 1969 ICJ Reports at 44.

253. *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicar. V. U.S.) 1986.

254. Statute of the International Court of Justice of 1945.

255. Michellem M. Nkudmveller "The application of customary international law in U.S. Courts: custom, convention, or pseudolegislation" 2002 *Journal of International Law* pp.1-5.



II.3.2 The elements of customary international law

This section seeks to describe custom as “evidence of a general practice accepted as law”. Hence, two elements of customary international law: state practice and *opinio juris* will be considered.

II.3.2.1 State practice

The development of customary international law occurs through the practice of States.²⁵⁶ Customary international law is created when nations comply with a commonly accepted norm that grows out of a legal obligation. Thus, a State's practice includes oral and written acts or is restricted to concrete physical acts.²⁵⁷ As for practice, the ICJ in the *North Sea continental shelf* case held that “the practice, including that of States whose interests are specially affected, should be both extensive and virtually uniform”.²⁵⁸ Also, in the *Nicaragua* case the Court held that “state practice need to be uniform”.²⁵⁹

The practice should be virtually uniform and consistent²⁶⁰ and should not be marked by so much uncertainty or contradiction that is impossible to discern any constant and uniform usage.²⁶¹ Thus, practice must be repeated in certain period of times, but a long practice is not required. In the *North Continental Shelf* case, the court held that “under certain circumstances practice can be for only a short period of time”.²⁶² Also, general acceptance or *opinio juris* is to be discovered in State practice.

256 F. Giba-Matthews “Customary international law acts as federal common in U.S. courts” 1997 *FLJ* pp. 1839-1845

257 M Viller “Customary International law” cited in K. Shirey “The Duty to compensate victims of torture under customary law” (2004) *ILP* pp. 4-5

258 A Cassese *International Law* 2nd ed. Oxford University Press 2005 p. 157.

259 *Ibid.*

260 *Nicaragua* case.

261 *Asylum (Colombia v. Peru)*; see also D.J. Harris *Cases and Materials on International Law* 6th ed. London, Sweet & Maxwell, 2004, p. 21.

262 *North Sea Continental Shelf* case.

II.3.2.2 *Opinio juris*

General acceptance as law is the second component of customary international law.²⁶³ It is referred to as *opinio juris*. The *opinio juris* or belief that a State's activity is legally obligatory is the "psychological element" associated with the formation of customary international law.²⁶⁴ If, however, *opinio juris* is based on concrete behaviour of States - how do you prove what a State is thinking?

The clearest formulation of *opinio juris* is found in the *North Sea Continental Shelf* cases.²⁶⁵ Here, the ICJ state:

Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such belief, ie the existence of a subject element, is implicit in the very notion of *opinio juris sive necessitatis*. The state concerned must therefore feel that they are confirming to what amounts to a legal obligation. The frequency or even habitual character of the acts is not in itself enough.²⁶⁶

In order to form customary international law, State must not be motivated only by consideration of courtesy, convenience or tradition. The *Nicaragua* case illustrates very clearly that, State believe that they must conform to the practice not for economic, political or military reasons

²⁶³ I. Brownlie, *Principles of Public International Law* 6th ed. Oxford University Press 2008 pp. 8-10.

²⁶⁴ A. Cassese Op. Cit, pp. 156-162.

²⁶⁵ *North Sea Continental Shelf* cases 1969 ICJ Reports.

²⁶⁶ *Id.* at para. 44.

but because they are conforming to an international rule.²⁶⁷ State must feel that, if it does not follow the usage, it will be committing an international wrong, that is, that it will be breaking international law.

II.3.3 Torture and customary international law

There are explicit conventions between States signed with the purpose of prohibiting torture. In this regard, the prohibition of torture is one of widely codified prohibitions under international law.²⁶⁸ In accordance with the Torture Convention, torture is not only prohibited when it is part of widespread or systematic practice thus amount to a crime against humanity. It is also proscribed when it is done as a single act.²⁶⁹

The prohibition of torture shows that almost all countries of the world consider torture as a crime. According to this consideration one may argue that torture is a crime under customary international law, whether committed in time of peace or war.²⁷⁰ Undoubtedly, committing torture violates international human rights and humanitarian law. Nowadays, torture is considered like piracy or slavery before the national and international bodies.²⁷¹

There is a reasonable likelihood that torture is a crime universally prohibited.²⁷² This universal recognition of torture as an offence ensures that, even if all torturers are not in fact prosecuted, all courts acknowledge that

²⁶⁷ *Nicaragua case.*

²⁶⁸ *Convention against Torture.*

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ *A. Cassese Op. Cit.* p. 149.

²⁷¹ ICTY in the *Furundizija Case*, US Court in *Filartiga Case*, see also the ECHR in *Selumuni v. France Case.*

²⁷² W.P. Nagan and L. Atkins "The international law of torture: from universal proscription to effective application and enforcement" (2001) *HHRJ* p. 1; see also, art. 5 of Universal Declaration of Human Rights of 1948.

they should be prosecuted.²⁷³ From this contention, the question here is whether the prohibition of torture is widely recognized and has become customary international law. The following section inquires whether there is customary international rule against torture.

III. Is there a rule of customary international law prohibiting torture?

The prohibition of torture has evolved from treaty law such as Hague Conventions of 1907,²⁷⁴ Geneva Conventions of 1949 and the Additional Protocols of 1977.²⁷⁵ First of all, most of States in the world have ratified these treaties and particularly the four Geneva Conventions. Secondly, no State has ever publicly denounced the torture prohibition, or manifestly opposed the implementation of relevant treaty provisions. Finally, it should be noted that the ICJ authoritatively confirmed the common article 3 of the Geneva Conventions which prohibits torture of person not taking part in the hostilities as customary international law.²⁷⁶

In the *Furundizija* case, The Trial Chamber held that a conventional provision could have an extra-conventional provisional effect to the extent that it codifies or contributes to developing or crystallizing customary international law.²⁷⁷ Also, it held that the three elements of the definition of torture contained in the Torture Convention are, however, uncontroversial and are accepted as representing the status of customary international law.²⁷⁸

²⁷³ K. Shirey *Op. Cit.* p.1.

²⁷⁴ Hague Convention IV (18 October 1907) Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land of 1907.

²⁷⁵ Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of 1949.

²⁷⁶ *The Prosecutor v. Furundzija* (1998) case No.IT-95-17/1-T; see also the *Nicaragua* case.

²⁷⁷ *Prosecutor v. Furundzija* case.

²⁷⁸ *Ibid.*

It should be noted that the prohibition of torture grows of all the sources of custom. Empirically, most of States refrain from torture and recognize that torture violates an international custom.²⁷⁹ Even though some countries have some form of official torture, it is important to note that the majority of them do not torture,²⁸⁰ and most of the States that do torture, still recognize albeit emptily, that an anti-torture norm exists.²⁸¹

The international community has repeatedly repudiated torture.²⁸² In addition, national and international courts have consistently recognized the existence of customary international law against torture.²⁸³ Also, many international scholars agree that there is international custom against torture.²⁸⁴

At present, prohibition of torture under treaty law extends to customary law as a norm of *jus cogens*, both in matters related to international humanitarian law and international human rights law.²⁸⁵ This peremptory norm is deemed fundamental enough to preclude State contravention. In the *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al*, the court held that "torture is prohibited under both conventional and customary international law".²⁸⁶ The prohibition of torture "laid down in human rights treaties [...] is a peremptory norm or *jus cogens*, [...] the prohibition of torture imposes on States an *erga omnes* obligation, that is, obligations owed towards all the other members of the international community".²⁸⁷

279 J.A. Decker "Is the United States bound by the customary international law of torture" 2006 *CJIL* p. 7.

280 J. A. Decker *Op. Cit. CJIL* p. 7.

281 *Nuru v Gonzales*, 404 F3d 1207, 1222-23 nn 11-12 (9th Cir 2005).

282 Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War of 1949.

283 *Furundzija case, Cicok v. Turkey, Aydin v. Turkey, Selmouni v. France, etc.*

284 Curtis A. Bradley and J.L. Goldsmith "The current illegitimacy of international human rights litigation" cited in J.A. Decker *Op Cit.* p. 7.

285 Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States 102, 702 (recognizing torture and other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment as part of customary law) in Louis-Philippe F. Rouillard *Op.Cit.* p. 3.

286 *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al* Case No IT-96-23.

287 *Al. Adsani v. UK*, 2001, 9 (E.C.H.R.).

However, the application of the anti-torture norm raises some controversial issue when it is in conflict with the rule of sovereign immunity. This question has been dealt with in several cases decided by Canadian, English, Greek, Italian courts and European Court of Human Rights (ECHR). For instance, in June 2006, the House of Lords in the *Jones v. Ministry of Interior (Saudi Arabia)* case dismissed the committee's interpretation and denied four UK nationals the opportunity to exercise their right under article 14 of the convention and other international law to obtain reparations from the state, a party to the Convention, and the official who reportedly tortured them.²⁸⁸ In dealing with the *jus cogens* exception to State immunity, the House of Lords asserted that the anti-torture norm does not automatically override all other rules of international law.²⁸⁹

In *Al-Adsani* case, the court dismissed the suit for lack of jurisdiction, holding that Kuwait was entitled to foreign State immunity under the UK State Immunity Act.²⁹⁰ *Al-Adsani* then appealed the decision to the English Court of Appeal but again lost on grounds of State immunity. After he was refused leave to appeal by the English House of Lords, he filed an application with the European Court of Human Rights, arguing principally that the United Kingdom had failed to protect his right not to be tortured and had denied him access to legal process. Unfortunately, he lost again on the same ground.

Consequently, *Al Adsani* case has convinced many of the Court's judges to advocate an increasingly popular legal theory, the normative hierarchy theory, aimed at challenging seemingly unjust outcomes such as these. Under the normative hierarchy theory, a state's

²⁸⁸ *J ones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabyia AS Saudiya* (the Kingdom of Saudi Arabia) [2006] UKHL16 (hereinafter *Jones* (HL)).

²⁸⁹ A. Orakhelashvili "State immunity and hierarchy of Norms: why the House of Lords got it wrong" 2008 *EJIL* p. 11.

²⁹⁰ State Immunity Act, 1978, c. 33 (UK), reprinted in 17 *ILM* 1123 (1978).

jurisdictional immunity is abrogated when the State violates human rights provisions that are considered as peremptory norms, known as *jus cogens*.²⁹¹ The theory postulates that State immunity is not a *jus cogens* norm, it ranks lower in the hierarchy of international law norms, and therefore can be overcome when a *jus cogens* norm is at stake.²⁹² The normative hierarchy theory thus seeks to remove one of the most formidable obstacles in the path of human rights victims seeking legal redress.²⁹³

In *Bouzari* case the Ontario Court of Appeal agreed that the prohibition against torture constitutes a rule of *jus cogens*, but held that the norm does not encompass the civil remedy sought by *Bouzari*.²⁹⁴ It is clear that the *Al-Adsani*, *Bouzari*, and *Jones* victims cannot count on getting any remedy from the Kuwaiti, Iranian, and Saudi authorities, which authorities are also not subjected to the jurisdiction of any international human rights mechanism.

The *Al-Adsani* judgment constitutes a very important precedent. The decision will not only have a strong impact on future human rights claims against foreign States, but also sheds new light on the recent *Distomo* case.²⁹⁵ In this case, the Greek Court of *Leivadia* held that the Federal Republic of Germany was liable, on the basis of article 3 of the 1907 Hague IV Convention, to pay compensation for summary executions and the complete obliteration of the village of *Distomo* on 10 June 1944 by the German occupation forces. In the context of the prohibition against torture, the Court noted that a State could not invoke immunity when the act attributed to it had been perpetrated in breach of a

291 Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.

292 L. M. Caplan "States immunity, human rights and *Jus Cogens*: a critique of the normative hierarchy theory" 2003 *ASIL* p. 2.

293 *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* (2004) OJ No. 2800 Docket No. C 38295, at para.12.

294 *Ibid.*

295 *Distomo case* No. 11/2000, Judgment of 4 May 2000.

peremptory norm of international law.²⁹⁶

In the *Pinochet* case the majority of House Lords held that after Torture Convention and even before, the international prohibition against official torture had the character of *jus cogens* and that no immunity was enjoyed by a torturer from one Torture Convention State from the criminal jurisdiction of another.²⁹⁷ In this judgement, the court emphasised the limits of immunity in respect of gross human rights violations by State officials.²⁹⁸

From this broad view of the courts, one can argue that the international law prohibiting torture has the character of *jus cogens*. Torture should be punished by any State because the offenders are common enemy of all mankind. In this regard, all States have an equal interest to apprehend and prosecute the offenders. Even though some offenders are granted the immunity, should be from jurisdiction, it cannot exonerate the person to whom it applies from all criminal responsibility.²⁹⁹ For instance in *Pinochet* case the court held that “the notion of continued of State immunity is inconsistent with the provision of the Torture Convention”.³⁰⁰

296 Foreign sovereign immunity in respect of serious human rights violations available at: <http://www.germanlawjournal.com> [accessed on 20 July 2012].

297 *Pinochet case*.

298 *Ibid*.

299 Arrest warrant of 11 April 2000 (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*) ICJ Rep. 2002.

300 *Pinochet case*.

IV. Concluding remarks

From the above analysis one can conclude that there is some evidence of an emerging duty not to commit torture in customary international law. The prohibition of torture has been provided absolutely in universal, regional and national legal systems. It has a special character in international law. This means that it is binding on all States, whether or not they are party to international instruments prohibiting torture.

Even though there is divided opinions on the customary international norm prohibiting torture, one can conclude that there is some evidence of existence of customary international law against torture. The customary international law against torture is made from deductive process and developed through multilateral treaties, decisions of international courts, national legislations against torture and legal writings of scholars.

As it is illustrated above, many authors argue that prohibition of torture is a rule of *jus cogens* and confers universal jurisdiction on all States. This thought could be justified by *Pinochet* case. If prohibition of torture is not a peremptory norm and cannot prevail over procedural norm of immunity, *Pinochet case* would not have been decided the way it was. It was decided not only on the basis of the Convention against torture, but also on the alternative and independent basis of the consequential effect of *jus cogens* and customary international law with regard to conflicting immunities.

Torture is a crime in all circumstances and ought never to be condoned. It has consequences that are hard to conceive and difficult to quantify. Hoping for elimination of torture may be a utopian dream of all communities. As clearly set out in this paper prohibition of torture is absolute and can never be justified in any circumstance.

Bibliography

International Conventions and statutes

European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 1987

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950

Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of 1949

Hague Convention IV, Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land of 1907

Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture of 1985

Covenant on Civil and Political Rights of 1966

Rome Statute of International Criminal Court of 1998

Statute of International Court of Justice 1945

United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 1988

Universal Declaration of Human Rights of 1948

Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969

Case laws

Al-Adsani v. UK (2002) 34 EHRR (2002) 280

Asylum Case (Colombia v. Peru), ICJ Rep. 1950

Atkas v. Turkey, App. No 243510/94/94 P 313 (2003)



Aydin v. Turkey, App. No. 25178/93, 29 Eur. H. R. rep. 251 P 82 (1998)

Bouzari v. Islamic Republic of Iran (Court of Appeal for Ontario), 30 June 2004, Docket: C38295 at paras 72– 82 (per Goudge JA)

Cicek v. Turkey, App. 25704/94, 25 Eur. H. R. rep. 20 P 154-172 (2003)

Delimitation of the maritime boundary in the Gulf of Marine area (Can. V. Guat.) 1984 ICJ Rep. 246

Ireland v. UK, App. No. 5310/71, Eur. H.R. Rep. 25, P.167 (1980)

J ones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabyia AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) [2006] UKHL16

Lotus case (France v. Turkey) P.C.J., Series A, No 10 (1927)

Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua. v. US) (Merits) ICJ Rep. 1986

North Sea Continental Shelf, 1969 ICJ Rep. at. 44

Pinochet Case. See, Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No.3)

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al., ICTY Case No. IT-96-23-1 Judgement P 493 (Feb. 22, 2001)

Selmouni v. France, App. No. 25803/94, 29 Eur. H.R. Rep. 403, P 88 (1999)

Prosecutor v. Akayesu. Case No ICTR-96-4T, Trial Chamber, September 2, 1998

Arrest warrant case of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), ICJ Rep. 2002

Distomo case No. 11/2000, Judgment of 4 May 2000

Prosecutor v. Furundzija, ICTY case No IT-95-17/1-T, Judgment, p 162 (DEC. 10, 1998)

Nuru v Gonzales, 404 F3d 1207, 1222-23 nn 11-12 (9th Cir 2005)

Books and Journals

Anthea E R "Traditional and a modern approaches of customary law" (2001) *ASIL* 757-791

Brownlie I *Principles of Public International Law* 6th ed. Oxford University Press 2003

Caplan LM. "States immunity, human rights and *Jus Cogens*: a critique of the normative hierarchy theory" 2003 *ASIL* 741-781

Cassese A, *International Criminal Law* 2nd ed., Oxford University Press 2008

Cullen A "Defining torture in international law: a critical of the concept employed by the European Court of Human Rights" 2003 *CWILJ*

De Wet E "The prohibition of torture as an international norm of *jus cogens* and its implication for national and customary law" 2004 *EJIL* 97-121

Decker J A "Is the United States bound by the customary international law of torture" 2006 *CJIL* 455-496

Giba-Matthews F "Customary international law acts as federal common in U.S. courts" 1997 *FILJ* pp. 1839-1877

Goldsmith J.L. and Pogner A. E. "A theory of customary international law" 1999 *The University of Chicago Law Review* 1113-1177

Harris D.J. *Cases and Materials on International Law* 6th ed. London Sweet & Maxwell 2004

Herrmann J "Implementing the prohibition of torture on the three levels" 2008 *CLR* 437-454

Julianne, Harper "Defining torture: bridging the gap between rhetoric and reality". 2009 *SCLR* 893-922

Nagan W P. and Atkins L "The international law of torture: from universal proscription to effective application and enforcement" (2001) *IHRJ* 87-121

Nkudmweiler M M "The application of customary international law in U.S. Courts: custom, convention, or pseudolegislation" 2002 *Journal of Legislation* 359-374

Shirey K "The duty to compensate victims of torture under customary international law" 2004 *Journal of Legislation* 30-55

Slye R.C. and Schaack B.V. *International Criminal law and its enforcement: Cases and Materials* Foundation Press 2007

Internet Sources

Miller G H "Defining Torture" (2005) available at <http://www.cadozo.yu.edu/floersh/index/asp>. [accessed on 20 May 2012]

X "Foreign sovereign immunity in respect of serious human rights violations" available at <http://www.germanlawjournal.com> [accessed on 20 May 2012]

Orakhelashvili A "State immunity and hierarchy of norms: why the House of Lords got it wrong" 2008 available at: <http://ejil.oxfordjournals.org/cgi/content/full/18/5/955> [accessed on 20 May 2012]