

REVUE

DROIT DES AFFAIRES & FINANCES

RDAF

ISSN: 3080-8855



STANDARD'S EDITION INVESTMENTS & TRADE ASS.

■ ACTUALITÉ

■ DOCTRINE

■ PRATICIENS

■ CHRONIQUE

■ LÉGISLATION

■ JURISPRUDENCE

🌐 www.revuebussnesslaw.com

✉ revuebussnesslaw@gmail.com

☎ +49 1521 2383276 / +237 621 26 53 41

📮 9013 Douala - Cameroun

📄 Publication: Dschang

COMITE SCIENTIFIQUE

EDIMO François
Professeur / Université de Douala

TAMFUH YOMBO NYAKO Wilson
Professor / Université de Dschang

BEGNI Bagagna
Professeur / Université de Douala

SI MANSOUR Farida
*Professeur / Université Maloud
Mammeri Tizi-Ouzou*

EBELE Dikor Alain
Professeur / Université de Douala

BEFOLO Gisèle Léocadie
Professeur / Université de Yaoundé 2

HACHEMI Anissa
Professeur / Université de la Réunion

MBANDJI MBENA Etienne
Professeur / Université de Douala

REDACTION EN CHEF

TEBIE Madalinassono Marius
*Docteur en Droit Privé / Université de
Lomé*

GAORANG WANGKARI Wairou
*Docteur en Droit Privé / Université de
Maroua*

COMITE EDITORIAL

KOKOU SOSSA Luc
*Docteur en Droit Privé / Université Abomey-
Cavalli*

CHUITON TENE Firmin Rossi
*Docteur en Droit Public / Université de
Dschang*

OUEDRAOGO Rachel
*Docteur en Science Politique / Université de
Ouagadougou*

OBENG Anthony
*Docteur en Droit Privé / Université
ALASSANE Dramane Ouattara*

EYEBE NANGA Cédric Prosper
Docteur en Droit Public / Université de Douala

COORDINATION DE PARUTION

DOUNKING Synthia Pamela
Docteur en Droit Privé / Université de Dschang

TIEBLEY Yves-Didier
*Docteur en Droit Public / Université Félix
Houphouët-Boigny*

ELONG BAYEM Valerie
Doctor (Ph.D) in Law/University Ahmadou Bello

SECRETARIAT TECHNIQUE

AFANUI SAMA Merinda
Doctor (Ph.D) in Law / University of Bamenda

NDONGO Agnès Danielle
Avocate Stagiaire / Barreau du Cameroun

POLITIQUE EDITORIALE

A l'ère de l'économie des marchés, la Revue Droit des Affaires & Finances – RDAF (Business Law) a pour vision, de promouvoir la recherche appliquée en Droit des Affaires, par la production des travaux originaux et de haute qualité scientifique. La RDAF envisage de stimuler le développement économique par des contributions universitaires et professionnelles novatrices, sur les investissements et le commerce. A ce titre, la RDAF axe ses études sur les finances, le numérique, les contrats et bien d'autres filières, de nature à améliorer le climat des affaires. En tout état de cause, ce bulletin bimestriel encourage le dialogue scientifique international et intergénérationnel, en s'ouvrant aux universitaires, praticiens du Droit et chercheurs libéraux, passionnés par la science du Droit.

FORMALISME DE REDACTION

1. NORMES D'ECRITURE

- Les manuscrits sont soumis en version *Word* à revuebusinesslaw@gmail
- Le nombre de pages du texte ne doit pas être inférieur à 10 et ne doit pas excéder 25 ;
- La police est en Times New Roman 12 et l'interligne 1,15 ;
- Les notes de bas de page sont en Garamond, taille 10, interligne simple ;
- Le renvoi aux sites Internet est accepté, avec mention de la date et de l'heure de la consultation ;
- Les noms des auteurs (en lettres majuscules) doivent être accompagnés des prénoms (en lettres minuscules). Les noms et prénoms des auteurs sont intégralement rédigés ;
- Les titres des ouvrages, les noms de revues et de journaux, sont en *italique* ;
- Les titres d'articles sont entre guillemets ;
- Les abréviations doivent avoir été développées une première fois avec le sigle qui sera ensuite utilisé entre parenthèses ;
- Les contributeurs doivent préciser leurs noms, fonctions, grades et institutions de rattachement ;
- Insérer un résumé de six (06) lignes au maximum en français et en anglais ;
- Assortir une bibliographie sélective à la fin du projet d'article ;
- La RDAF se charge de la mise en forme des contributions selon son formalisme ;
- La RDAF n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises par l'auteur.

2. ENGAGEMENT ETHIQUE DE L'AUTEUR

- Soumettre des manuscrits exempts de plagiat et de sous-traitance ;
- Garantir la pureté, l'originalité scientifique et la clarté de l'argumentation ;
- Respecter les droits d'auteur et citer soigneusement les sources utilisées ;
- S'appuyer sur une méthodologie rigoureuse et correctement référencer son travail ;
- Respecter scrupuleusement les conditions d'édition et de publication de la RDAF ;
- Ne pas générer son texte via l'Intelligence Artificielle (*Do not use AI tools*).

Lex Mercatoria - Propriété Intellectuelle - Contrats Civils et Publics – Investissements - Intelligence Artificielle – Fiscalité - Sociétés Commerciales - Ethique des Affaires - Arbitrage – Libéralisme Economique - Sécurité Juridique - Politiques Publiques - Nationalisation - Transition Ecologique - Successions - Entreprises Publiques - Croissance Economique - Réformes Juridiques – Dématérialisation - Finances Publiques - Sécurité Sociale - Bancarisation – Protectionnisme Economique - Tarifs Douaniers – Exportation – Libre Concurrence - Protection des Consommateurs – Responsabilité Sociale des Entreprises - Commerce International - Droits de l'Homme - Sciences Criminelles – Immobilier - Services Publics – Assurances - Réseaux Sociaux - Droit du Sport – Régulation - Relations Internationales - Compliance – Décentralisation – Gouvernance d'Entreprises

SOMMAIRE

ACTUALITE

Factors that militate against the growth of trade and investments in Cameroon :

KUTNJEM Hamza Monkaree01

DOCTRINE

Retour sur la clause de stabilisation insérée dans les contrats d'investissement : Yves

Didier TIEBLEY29

La perméabilité du contrat : *Luc Kokou SOSSA*67

La dynamique législative de compromis : Entre exigences économiques et protection des salariés en droit béninois du travail : *Apollinaire GOUDOU*102

La Cour de justice de la CEDEAO et la prévention de l'atteinte à l'environnement des peuples autochtones en matière d'exploitation des ressources pétrolières et gazières :

Abdoul Kader ABOU KOINI129

La confidentialité dans la médiation en droit OHADA : *Jaurès DONGO TIOTSIA*139

PRATICIENS

La saisie des monnaies numériques dans le nouvel Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution : *JOEMOU PATIO*

Fernand154

LEGISLATION

Loi-Cadre N° 2011/012 du 06 Mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun.....170

ACTUALITE

Factors that militate against the growth of trade and investments in Cameroon

KUTNJEM Hamza Monkaree Ph.D

Business Law (Investment Taxation)
Assistant Lecturer / University of Bamenda

ABSTRACT: Trade and investments are considered the main engines for growth and development especially for less developed countries (LDCs) and economies in transition through promoting productive employment, decent job opportunities, reducing poverty, transfer of technology, as well as, new businesses and management models. Despite all these trades, investment, as well as, fiscal reforms adopted by the Cameroon Government over the years, the trade and investment climate in Cameroon gradually deteriorates. This is justified by insecurity, mismanagement, lack of funds, Land expropriation realities, limited repatriation of capital, Poor infrastructure, unfavourable balance of payments and terms of trade (TOT), international indebtedness, civic irresponsibility, bureaucracy, no recognition of double nationality and lengthy and biased tax dispute settlement mechanisms. Recommendations and solutions inter alia are proposals for security improvements, remedy fiscal problems, improve on infrastructural development, simplification of administrative procedures and costs, recognize double nationality and intensify the fight against corruption.

KEYWORDS : Trade – Investments – Business - Economy

I. INTRODUCTION

Investments in Cameroon is governed by the Cameroon Investment Charter created by Law N° 2002/004 of 19 April 2002 Instituting the Investment Charter of Cameroon in its section 2 has listed some preliminary guiding principles and objectives which are to build a competitive and prosperous economy by boosting investment and savings. Also, to attain its economic and social objectives such as, reassertion of the market economy as the ideal economic system, guarantee some safeguards just to name a few.¹ Trade on its part is regulated by the Organization for the Harmonization of Business Laws in Africa known in its French acronym *OHADA* in its various Uniform Acts. It is a treaty signed in Port-Louis (Mauritius) on 17 October 1993 by 14 African States.²

Trade and investments are considered the main engines for growth and development especially for less developed countries (LDCs) and economies in transition through promoting productive employment, decent job opportunities, reducing poverty, transfer of technology, as well as, new businesses and management models.³ It is worth noting that, almost all the global documents on Promoting Sustainable Development and Economic Growth such as the 2035 Agenda for Emergence of Cameroon recognize the vital role of trade and Investment as the pivot to enhance global efforts and within

the Nation, to effectively realize the sustainable, as well as, the emergence development goals.

The Republic of Cameroon is classified as a lower middle-Income country in central Africa. Cameroon was been ranked 118th out of 132 countries in the World Economic Forum (WEF), which measures Institutions, policies, services and helps to facilitate trade in the countries of the world.⁴ With a naturally advantageous position in Africa, Cameroon has become a Regional Centre for trade in goods and services.⁵ The agricultural, manufacturing, and service sectors remain the key to the health and development of the Cameroonian economy.⁶ Yet, Gross Domestic Product growth has been tied down in recent years due to lack of sufficient availability of energy supply. The county's export range remains amongst a small group of primary products. There has been a timid growth in exports since 2007, due to incessant supply-side constraints, including poor energy, communications, water and transport infrastructures, as well as, an overall unfavourable business climate.⁷

Over the years the government of Cameroon has Implemented significant reforms to streamline Public finance, improve the business environment, economic competitiveness, growth, as well

¹ Law N° 2002/004 of 19 April 2002, relating to the Cameroon Investment Code, Section 2, P.1.

² See the OHADA Uniform Act, 1993.

Also see the Eight Uniform Acts notably. On General Commercial Law, Commercial Companies and Economic Interests groups, securities, simplified recovery Procedures and enforcement measures, collective Insolvency Proceedings, arbitration, accounting law and the Carriage of goods by road.

³<http://www.mfa.gov.eg/English/Foreignpolicy/pages/Trade-and-investment.aspx>, 5th March 2020 ,12:56AM.

⁴<http://www.intrancen.org/Country/Cameroon/Domestic-and-foreign-MarketAccess/>, 5th/March/20.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

as, development.⁸ Investigating on these significant reforms made especially with regards to trade, Investments and their taxation, we discovered that, with regards to trade policy reforms before 1989, the Country's trade policy was protectionist with important non-tariff barriers, fiscal structure with about 20 different taxes applicable selectively to import and export products at rates sometimes reaching 150% of the cost, insurance and Freight (CIF) value.⁹ This protectionism was reduced from 1989 with the implementation of Structural Adjustment Programs (SAPs) in 1988.¹⁰ Quantitative restrictions, as well as, price controls were gradually abandoned. These quantitative restrictions are lifted on a first wave of 105 products.¹¹ In 1994, Substantial Tax Reforms proposed within the framework of the Central African Economic and Monetary Community (CEMAC) was implemented in a view to simplify the fiscal system to allow for easy and transparent administration, increase fiscal yields through improved revenue collection and improve the efficiency and competitiveness of enterprises within the CEMAC Sub-region. This is to be done through a wider tax base, reduced taxes and uniform tax rates.¹² This reform was equally to foster development of the Private sector to become the engine of economic growth, national competitiveness and Investment.¹³ Cameroon equally adhered to the World Trade Organization and thanks to the commitments of the Uruguay Round,

market access was significantly improved through limitation of tariffs, non-tariff trade barriers and avoided future increases in tariff protection. This amongst many other International, as well as, Regional Treaties, Bilateral and Multilateral Agreements made trade much more liberal.¹⁴ Today, Cameroon applies practically most of this trade policy with respect to its International, Regional commitments, as well as, Agreements to which it is a member.

In relation to investment policy reforms, we discovered that investment policy reforms in Cameroon was done in three different phases notably from 1984 till present day. The first investment reform was done from 1984 till 1990.¹⁵ The investment reform during this period is reflected in the 1984 Investment Code.¹⁶ This Code was intended to close up the lacunae of the 1960 Investment Code, as well as, to meet up with the exigencies of that period.¹⁷ However, it fell short of expectation because though it provided for general guarantees unlike the 1960 Investment Code, it made no reference to expropriation which is a key problem to investors. The Code made no reference to the settlement of Investment Disputes like the 1960 Code.¹⁸ The second investment policy reform came in 1990¹⁹ and it came with extensive general guarantees that dealt with many important issues in international law governing foreign investment such as, guarantees in respect of repatriation of

⁸ Ernest Banou, Lydie Banou Tankoua and Jean Pierre. T. (2009)., "Trade and Investment Policy Reforms in Cameroon : Impact Assessment and Perspectives", University of Yaoundé II, Faculty of Economics and Management, P.1.

⁹ *Ibid*, P.2.

¹⁰ *Ibid*.

¹¹ *Ibid*.

¹² *Ibid*.

¹³ *Ibid*.

¹⁴ *Ibid*, P.3.

¹⁵ *Ibid*, P.4.

¹⁶ Law N° 84/03 of 4 July 1984, Relating to the Cameroon Investment Code.

¹⁷ Kelese George Nshom, (2016)., "Investment Law", Lecture Notes, FLPS, University of Dschang, P.5.

¹⁸ *Ibid*.

¹⁹ Law N° 90/07 of 8 December 1990, Relating to the Cameroon Investment Code.

capital and profit as contained in section 8, guarantees in respect of expropriation as contained in section 4, guarantees in respect of Most-Favoured-Nation treatment and National Treatment in section 3, as well as, a special insurance guarantee agency against non-commercial risk under the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) as contained in section 9.²⁰ The last investment policy reform started in 2002²¹ and is still ongoing. It gives general guarantees, as well as, the ability to the private sector to create wealth, provides liberalization, accessibility and competition, provides for incentives, Institutions for the promotion and facilitation of investments and exports.²²

With reference to the fiscal reforms made over the years as far as the taxation of investments and trades are concerned, we discovered that, Cameroon mainly uses a system of Direct, as well as, Indirect Taxes as far as the taxation of trades and investments are concerned.²³ Indirect taxes which generated more than 50% of the non-oil revenue was composed of import taxes, export taxes, sales taxes on domestic goods and services and specific taxes on consumption of oil products. During this period, a significant share of these indirect taxes was subject to Regional Protocols and to the provisions of the Treaty of Brazzaville in 1964.²⁴ Due to the problems of the Cameroon's tax system at that time to wit: open doors for corruption and generalized tax exemptions. In response to these problems and the Custom Union for Central African States (UDEAC) objective

to promote Regional Economic Integration, Cameroon initiated fiscal reforms in 1994.²⁵ In January 1994, Decrees were issued to implement tax and trade reforms in Cameroon. These reforms had as objectives to simplify indirect taxes and broaden the tax base by reducing exemptions, as well as, streamlining rates.²⁶ Indirect tax reforms were made and were concerned with the elimination of all privileges on indirect taxes under special production of turnover tax and a quasi-value-added tax applicable to domestic production taxes.²⁷ Value-added taxes were also introduced on the 1st January 1999 to replace the turnover tax. Also, in the 90s, significant progress was made to improve on the tax system, as well as, the Tax Administration such as, the organization of external and central services within the Government, the establishment of a taxpayers registration system, improvement in taxpayers' education and information and the development of data processing capabilities to facilitate tax management, creation of finance laws to govern and regulate taxation in Cameroon and the creation of a service responsible for managing taxation of major taxpayers and large enterprises.

Despite all these trades, investment, as well as, fiscal reforms adopted by the Cameroon Government over the years, the trade and investment climate in Cameroon gradually deteriorates. Today, Cameroon faces serious economic crisis despite all the efforts adopted by the Government over the years. This pertinent problem gives us a real

²⁰ Kelese George Nshom (2016)., *op.cit.*, P. 6.

²¹ Law N° 2002/004 of 19 April 2002 instituting Cameroon Investment Charter.

²² *Ibid.*

²³ Samuel Fambon, (2006)., *op.cit.*, P.2.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

reason to investigate on what factors hinder trade and investments in Cameroon? This paper assumes that these factors hampering the growth of trade and investments in Cameroon justify the timid Foreign Direct Investments, dynamic trade and development in Cameroon. The objective of this paper is to identify the hurdles militating against the efficient and effective growth of trade and investments in Cameroon and to make recommendations for reforms. This paper critically analyses factors such as, insecurity, mismanagement, lack of funds, expropriation, repatriation of capital, infrastructure, unfavourable balance of payments and terms of trade, civic irresponsibility, bureaucracy, lack of recognition of double nationality, increase international indebtedness, lengthy and biased disputes settlement mechanisms, fiscal drawbacks and finally corruption. These factors will be discussed in three separate parts. We will look at the general factors hindering trade and investments in Cameroon, Fiscal problems and lastly corruption in particular. This write-up ends with a general conclusion, discussions of findings and proposed solutions and recommendations to improve on the trade and investment climate in Cameroon.

II. General factors hindering trade and investments

Here, we shall consider in a critical and analytical manner, those factors that adversely affect trade and investments such as: insecurity, mismanagement, lack of funds, expropriation, repatriation of capital, infrastructure, unfavourable balance of payments and terms of trade (TOT),

international indebtedness, civic irresponsibility, bureaucracy, no recognition of double nationality and lengthy and biased tax dispute settlement mechanisms.

1. Insecurity

The security situation of a country is a key factor which every investor and trader will consider before investing. The economic crisis faced by Cameroon could be explained by the fact that, the security situation in Cameroon keeps deteriorating politically, economically, as well as, socially. In recent times, Cameroon has been grappling with diverse security challenges that present a threat to national security, stability and development. The Political security challenges include: Boko Haram jihadist sect infiltration in the far North Region of Cameroon; the growing State violence against the rising separatist agitations in the Anglophone Regions of Cameroon; as well as, serious insecurities in the East Regions of Cameroon.²⁸ These political upheavals keep recording its adverse effects as far as human lives, as well as, the destruction of properties are concerned. The number of Cameroonians who die and properties destroyed as a result of the conflict between the military and the jihad sect and secessionist fighters (Ambazonians) affects skilled and unskilled labour, reduces the tax base and potential taxpayers, as well as, destroy investors' properties (buildings, goods and services destroyed during the conflicts). This places investors in total insecurity as to their person, as well as, their investments. These conflicts have caused many Cameroonians, as well as, foreigners

²⁸ Insecurity problems in Cameroon gotten from www.google.com, 1 April 2020, 3AM.

to shift their trade activities and investments to other calm Regions not affected by the conflicts directly or out of Cameroon as the case may be.²⁹ The Anglophone crisis for example has recorded more than 2000 dead's with more than 50,000 people displayed to seek refuge in Nigeria.³⁰ This is evidence of the reasons why investors shy from investing or trading with and in Cameroon because the required market for their goods and services have seriously cut and keeps reducing since the crisis is ongoing. Equally, the tax administration has lost significant taxes due to their inability to make tax recovery in these insecure regions of the country. As such, to guarantee the ability to finance government expenditures, the government has increased some taxes and duties considerably.³¹ This exerts direct impact on trade and investments as it will increase their cost of product. In such situations, traders and investors are bound to shift the tax burden on consumers many of whom are middle class income earners.

Other social insecurity problems such as poverty and inequalities which limit them to credit facilities, as well as their purchasing powers, inadequate supply of water, energy, employment, health facilities, just to name a few and the advent of the COVID 19 pandemic has not come to mitigate these multifarious adversities already plaguing our beloved Nation Cameroon. With about 673 million people infected globally recording more than 6.86

million dead's, Africa records more than 12 million confirmed cases with about 256.000 dead cases and Cameroon in particular with about 120.068 confirmed cases, 117.791 recovered and 1,931 deaths.³² This virus inflicts a heavy blow on the global economy in general and Cameroon in particular as many employees were laid off on technical leave and investors losing their staff and market for their goods and services. To curb its spread within the Cameroon territory, the Government of Cameroon adopted 13 barrier measures notably the closure of certain investments such as bars, night clubs and other entertainment Centres, the closure of schools, partially confining its citizens, restrictions of overloading in transport agencies through social distancing requested, just to name a few.³³ This resulted in serious social, as well as, economic crisis as many employees lost their jobs, investments recorded losses and the situation of Cameroonians keeps deteriorating. However, due to the rapid increase in the number of recoveries (about 1000 people recovering from COVID 19), and a decrease in the number of dead's due to the virus (less than 65 dead cases)³⁴ the President of the Republic of Cameroon His Excellency President PAUL BIYA, decided to mitigate the adverse effects of the pandemic by adopting 19 Resolutions a majority of which were fiscal to encourage trade and investments, as well as, assist Cameroonians to improve on their living conditions. Some of these Resolutions are; the authorization to reopen at all hours

²⁹ Discussion with a trader in market A, Dschang.

³⁰

<http://www.google.com/amp/s/www.aljazeera.com/amp/indeph/features/death-displacement-traumahuman-cost-anglophone-crisis-181005113712979.html>

³¹ stamp duties increased from 1000frs-1500frs for example, taxes imposed on mobile money transactions,

³² Insecurity problems in Cameroon gotten from www.google.com, 21 May 2022, 3:30 AM.

³³ See the 13 Measures adopted by the Cameroon Government to curb the spread of COVID 19.

³⁴ www.google.com, 1 April 2020, 3AM.

businesses and investments initially closed on the condition they respect Government measures, cancel the measure adopted to reduce the number of passengers in transport agencies and other transport activities, suspension of the 2nd quarter 2020 of the general verification of audits except for cases of suspected fiscal fraud, the extension of the date limit for declaration of taxes and the suspension of forceful recovery on specific conditions.³⁵

Also, the Government has supported the treasury of enterprises with an envelope of 25 Billion FCFA for the clearance of stocks of VAT credit awaiting reimbursement, postponement of the deadline to pay land taxes for the 2020 financial year to 30th September 2020, full deductibility to determine the corporate income tax of donations and gifts made by companies for the fight against COVID 19, exemption from the withholding tax and from parking fees for taxis and motorbikes, as well as, from the axle tax for 2nd quarter and the exemption from the tourist tax in the hotel and catering sectors.³⁶ Moreover, the Government has exempted petit traders from the payment of withholding taxes, as well as, council taxes. Also, temporal suspension for a period of three months of the payment of parking and demurrage charges in the Douala and Kribi ports for essential goods, the cancellation of penalties for late payment of social security contributions upon a justified request and the maintenance for the next three months

(April 2020 till June 2020) of the payment of family allowances to staffs of companies which are unable to pay social security contributions or which have placed their staffs on technical leave because of the economic downturn, particularly in the catering, hotel and transport sectors.³⁷ Finally, the increase of family allowances from 2800 FCFA to 4500 FCFA, as well as, a 20% increase of old pension that were not automatically revaluated after the 2016 reform are all measures adopted by the Cameroon Government to limit the adverse effects of the Corona Virus.³⁸ In spite of these laudable measures taken by the Government, the growth of trade and investment is still stagnant because financial penury and fears of the unknown since the pandemic is still very much around.

2. Mismanagement and Embezzlement

Mismanagement of State enterprises seriously handicaps trade and investments in Cameroon. By mismanagement, we mean managing ineptly, incompetently, or dishonestly. It consists of poor management of funds, administrative, as well as, other affairs of investments. These practices are common in Cameroons Public enterprises and stands as a hurdle against trade and investments in Cameroon. These have led to the privatization of Public enterprises to promote the rehabilitation of enterprises of the Public and semi-public sector.³⁹ A good

³⁵ See the Special Declaration of the Prime Minister of the Republic of Cameroon on the Government Strategy to face the pandemic of Corona Virus (COVID 19), 30 April 2020, P.5.

³⁶ *Ibid*, P.6.

³⁷ *Ibid*, P.7.

³⁸ *Ibid*.

³⁹ Privatization is one of the components of the government programme for the rehabilitation of enterprises of the public and semi-public sector. The other components include the liquidation of structures whose economic situation is hopelessly compromised and restructuring those, which should remain in the portfolio of the State, including those, earmarked for privatization.

example of mismanagement and embezzlement could be illustrated in the budget allocated to effectively and efficiently respond to COVID-19 in Cameroon and this equally retarded government's ability to register effective and efficient response. The International Monetary Fund has refused to allocate more aid to Cameroon until the account for the 180 Billion CFA received.⁴⁰ Throughout the period of the fight against COVID-19, there was serious embezzlement disguised as mismanagement of COVID 19 related funds. It is for this reason that the Head of State His Excellency President PAUL BIYA instructed the Secretary General of the Presidency to leave instructions to the Prime Minister Head of Government to open audits on particular government officials directly or indirectly related to managing the pandemic.

On November 6th 2021, the audit report on the use of the Coronavirus was officially published. This report (171 pages) confirms malpractice allegations earlier mentioned, favouritism, conflict of interests as well as, several rule violations. The audit reports identified test purchases overbilled in excess of CFAF15.3 Billion.⁴¹ The company in charge of importing 1,400,000 tests was in experienced and overbilled to the sum of CFAF 15,374,000,000 in 2020.⁴² This sum benefited two entities (MEDILINE MEDICAL CAMEROON SA and MODA Holding HONG KONG). MODA HOLDING HONG KONG, which is controlled by Cameroonian businessman Mohamadou DABO, collected payments even though he was not the one to supply

the tests.⁴³ This intermediary form of business makes cost cumbersome and benefits a particular. The audit reports equally affirm that drugs were imported despite authorization to produce them locally. The Institute of Medical Research and Studies of Medicinal Plants (IMPM) imported hydro chloroquine and azithromycin tablets from India.⁴⁴ This turned to be costly as IMPM in addition to the cost of the tablets decided to package these medicines in new packaging. This operation cost CFAF 9,356,000 corresponding to the production of 45,000 boxes of hydro chloroquine and 5,000 boxes of azithromycin and unfortunately CFAF 536 Million worth of drugs are found missing according to this audit report.⁴⁵ Also, CFAF 1.2 billion of services fully paid for although not completed and many other cases identified by the audit report accounts for the missing COVID-19 funds.

The question then is what next after this report? The answer is the usual as many investigated cases on public officials ends up with only statements, reports and declarations not backed by concrete actions (severe sanctions and forceful recovery). These mismanagements and embezzlements have led to privatization, liquidation of structures and adversely affects governments ability to finance its expenditures (improve on social welfare). Mismanagements and embezzlements have equally lead to waste and dilapidation of tax payer's money geared towards guaranteeing for them social welfare and economic growth and development in general.

⁴⁰ www.Voanews.com, Corruption and COVID-19 in Cameroon, accessed on the 25th of December 2021.

⁴¹ www.Businessincameroon.com, Thursday 18th November 2021.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

3. Lack of Funds

Every investor needs capital (funds) to set up his business. Many traders and investors in Cameroon (domestic traders and investors) lack sufficient funds to set up their businesses, which will create jobs and enhance economic growth and development. This is due to the fact that, many Cameroonians are poor and a good number of them live below poverty line. Though financial institutions such as Banks, Micro-finance Institutions provide credit facilities to traders and investors to enable them start or keep their businesses running, the procedures and requirements (collaterals) are complex and difficult to provide by many Cameroonians who are poor. Cameroon is an example of a country where there is unevenly distribution of natural resources. To make things worse, taxes are high and keep increasing in an increasing rate making the tax burden heavy on the traders or investors.

4. Expropriation

Land in Cameroon is governed by a set of laws collectively referred to as the Land Ordinances. These include: Ordinance No. 74/1 of 6 July 1974 to establish Rules Governing Land Tenure; Ordinance No. 74/2 of 6 July 1974 to establish Rules

Governing State Lands; and Ordinance No. 74/3 of 6 July 1974 concerning the Procedure Governing Expropriation for a Public Purpose and the Terms and Conditions of Compensation.⁴⁶ These laws should be read alongside the 1985 law on Expropriation for Public Purpose prior to compensation.⁴⁷ Since their enactment, the various shortcomings of the Land Ordinances have been highlighted in numerous articles.⁴⁸ The law illustrates the widespread inconsistencies in Government decision-making, and, coupled with other practical difficulties such as a dysfunctional judiciary. This places serious limits on property rights⁴⁹ and scares away actual, as well as, potential investors and hence kills trade and investment in Cameroon. As per Cameroonian Land law, land is divided into three broad categories to wit; Private property, Public property and National lands.⁵⁰ Private property now covers only land for which a land certificate has been issued⁵¹ while Public property consists of all personal and real property which, by their very nature (e.g. coastlands; waterways; sub-soil and air space) or intended purpose (e.g. easements), is set aside either for the direct use of the public or for public services.⁵² Land that has not

⁴⁶ [https:// www.lucnael.org](https://www.lucnael.org), 10 May 2020, 2:28AM.

⁴⁷ Law N° 85/09 of 4 July 1985 relating to Expropriation for Public Purpose and Modalities of Compensation.

⁴⁸ *Ibid.*

Also See, for example, Anyangwe C., (1984), "Land Tenure and Interest in Land in Cameroonian Indigenous

Law", 27 CLR 29-41, 29; Ngwasiri C.N. and Nje Y.N., (1995), "Advocacy for Separate Land Legislation for the Rural Areas of Cameroon" A PVO-NGO/NRM Cameroon, Yaoundé, 3-15;

Ngwasiri C.N., (1984), "The Impacts of the Present Land Tenure Reforms in Cameroon", Editions Clé CLR 73-85, 76;

Njoh A.J., (1998), "The Political Economy of Urban Land Reforms in a Post-Colonial State", 22 Int J Urban Regional 408-24, 411.

See also the case of *Amidu Lukong v Razel Road Construction Co. Ltd and MINAT* [2001] 1 CCLR Part 7 81. 4.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ <https://www.lucnael.org>, *op.cit.*

⁵¹ See Articles 2, 3 and 4 Ordinance No. 74/1 of 6 July 1974 concerning the Procedure Governing

Expropriation for a Public Purpose and the Terms and Conditions of Compensation.

⁵² Article 2 of Ordinance No. 74/2 of 6 July 1974 to establish rules governing State Lands.

been registered as Private or Public property reverts to National lands.⁵³

The main problem affecting trade and investment in Cameroon with respect to Land stems from the problem of expropriation, which involves depriving a person of his private property for public use. Though this will necessitate the need for compensation⁵⁴ as a result of compulsory expropriation of land for logging operations or as a result of damage done in the course of logging operations, the widespread inconsistencies and uncertainties of the protection of the right to property,⁵⁵ as well as, inadequate compensation, coupled with the fact that the 2002 Cameroon Investment Charter provides no guarantee against expropriation, hamper trade and investment in Cameroon. The concept of expropriation on the grounds of public interest and the possibility of compensation that arises from that only apply to “national lands” or private lands.⁵⁶ In other words, they do not apply to customary ownership (Public lands). The procedure for land expropriation is set out in Ordinance No. 74/3 and the 1985 Law on Expropriation for Public Purpose prior to compensation and involves the extinguishment of existing titles and use rights over the land in question for overriding public interest⁵⁷ and in such cases subject to the payment of adequate compensation.⁵⁸ In principle, it

ought to make amendments for the loss or damage suffered. This therefore implies that it should be just and fair. It is therefore submitted that serious land tenure reform be carried out to guarantee the interest of investors on the lands that they occupy.

5. Repatriation of Capital

Cameroon’s monetary policy gives it a stable and convertible currency facilitating profits repatriation. The currency of Cameroon is the CFA franc, a common currency for member countries of the Economic and Monetary Community of Central African States (CEMAC). The monetary policy of Cameroon fixed by the Bank of Central African States (BEAC) protects investors from foreign exchange risk and facilitates fund transfer. The Cameroon Investment Charter equally guarantees free movement of capital into Cameroon from any foreign country, as well as, from Cameroon to other UMAC or CEMAC countries. The Cameroon Investment Charter equally guarantees the repatriation of net profits for any foreign business operator in Cameroon. However, for sums greater than 10million FCFA an approval of the Minister of Finance is required. Certainly, this encourages trade and investment as the guarantee of free movement of capital of investors and traders is being incorporated in our legal framework. However, it kills the economy

⁵³ See Article 14 and 15 of Law No 74/1 of 6th July 1974 to establish the Rules Governing Land Tenure in Cameroon.

⁵⁴ Which some argue that some victims (those considered lucky) are restituted not compensated.

⁵⁵ Such as the silence of the Law on the real meaning of public purpose.

⁵⁶ Article 18 of Ordinance No. 74/1, as amended by Ordinance No. 77/1 of 10 January 1977.

⁵⁷ Article 1(1) of Ordinance No. 74/3 of 6 July 1974. Questions have been raised over what the phrase “Public

Purpose” really means (see e.g. Prouzet M., (1972), “L’Expropriation pour la Cause d’Utilisé Publique au Cameroun”, 1 *Cameroon Law Review* 27-53. Abuses of this notion have been widely documented (see e.g.

Fonda Mballa v Etat Fédéré du Cameroun Oriental [1971] Arrêt No 160/A/CFS/CAY (Federal Supreme Court of 8 June 1971) 15.

⁵⁸ Article 7 of Ordinance No.74/3 of 6 July 1974, *op.cit.*

as many investments (FDI in particular) send out their profits to developed their countries, which if left in circulation could improve on the business climate, as well as, economic and social welfare. It is recommended that the law be amended to limit the amount of profit that could be repatriated so that the rest can be ploughed back into business in order to boost economic growth.

6. Infrastructure

The poor state of Cameroon's infrastructure is a key bottleneck to the Nation's economic growth.⁵⁹ From 2000 to 2005, improvements in information and communications technology (ICT) boosted Cameroon's growth performance by 1.26% per capita, while deficient power infrastructure held growth back by 0.28% point per capita.⁶⁰ By infrastructure, we are not limited only to buildings. Our discussions on infrastructure as a factor which hampers trade and investment in Cameroon will cover areas such as, roads, ports, rails, air transports, water resources and supply, energy, as well as information and communication technologies.

In relation to transport, we observe that the Cameroon transport system is poor and not well structured. Owing to its strategic location with Nigeria and Gabon, and as a potential crossing point to the landlocked countries of central Africa, Cameroon is a natural hub for the region.⁶¹ Also, with the port of Douala as main entrance, Douala is also the starting point of the CAMRAIL railway which extended 1.100 kilometres

towards Chad but stops short of the border. Moreover, the Douala-Bangui and the Douala-Ndjamena corridors are essential to the landlocked countries and provide greater trade integration within the sub-region of Economic Community of Central African States (CEMAC).⁶²

Away from the economic capital, there are roads connecting all the main Regions, divisions and sub-divisions in the country, which can enable the circulation of goods and facilitate trade and investments. However, because of the poor condition of its road network which leads to delays, loss of properties and life, Cameroon's ability to move goods and connect manufacturers and consumers with national, as well as international markets is limited.⁶³ Many other areas lack good roads (farm to markets roads) which makes it difficult for the goods to reach the markets or even when it reaches it is no longer in its original state. To curb this difficulty, the Cameroon Government has tried to tar more roads and rehabilitate the already existing ones. In spite of adequate efforts of road financing, maintenance activities are poorly planned and ineffective in optimizing the life cycle of road assets, more efforts need to be invested.⁶⁴ A maintenance contract financed by the countries road maintenance fund revealed that, only about 45% of civil works scored good or fair in technical quality.⁶⁵ This could be as a result of mismanagement of funds, corruption or embezzlement. These deficiencies in maintenance have left Cameroon's road network in relatively poor

⁵⁹ F. Vivian and two others, (2011), "Cameroon's Infrastructure: A Continental Perspective", *World Bank Policy Research*, Working paper 5822, P.3. Also see <http://econ.Worldbank.org>, 27th/03/20, 8:39PM.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*, P.8.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*, P.14.

⁶⁵ *Ibid.*

condition. The condition of the country's classified paved road network is below the level of some peer countries, with only 52% of the classified paved network in good or fair conditions versus 68% in Africa's resource-rich countries and 82% in middle-income countries.⁶⁶ The quality of roads in Cameroon hobbles the Public, as well as the Private sector and is a major constraint for doing business in Cameroon. Still on the rail of transport and its effects on the mobilization of goods, services and persons in an out of Cameroon, we discover that, our sea ports and our airport have fewer logistics to operate efficiently and boost trade and investments in Cameroon such as ships, containers, planes, just to name a few.⁶⁷ The capacity of the country's ports and airports is being stretched as demand for services rises, leading to longer transit times.⁶⁸ The overall ports in Cameroon (four port) have a capacity of close to 7 million tons per year. In 2006, they handled an excess of 6 million tons of cargo annually with Douala accounting for over 95% of this.⁶⁹ The available capacity remaining in the ports system is relatively tight and to a significant extend does not match the requirements of modern shipping. The port of Douala is quickly approaching its available capacity and none of the other public ports offers a viable alternative, at least in their current form.⁷⁰ It is to counter this problem that the formulation of new national ports that will improve ports capacity is highly recommended. To conclude, the charges levied in central African ports do not

compare favourably with the rest of Africa.⁷¹

With respect to railway transport, CAMRAIL is one of the most intensively used networks in sub-Saharan Africa at 101 million traffic units per route-km, compared to others in the Region.⁷² Despite the relatively good performance of CAMRAIL, its activities are affected by obsolete rolling stocks and a deteriorated infrastructure. This makes it difficult to adequately respond to the growing demand for passengers and freight transport. The Government is working on a long-term master plan for the development of the railway sector. The required investments are likely to be high, and until they can be fully founded, a logical first step will be to optimize the operation of the existing concession.⁷³ If some of the large-scale mining projects under consideration were to materialize, further road development may be warranted to connect mining sites with ports with respect to demand.⁷⁴

In addition, water supply and sanitation are low and poor in Cameroon and does not encourage trade and investments in Cameroon. Though the Cameroon Government created a public company Cameroon water utility corporation (CAMWATER) to plan sector developments (such as construction, rehabilitation, and signed a contract with *Camerounaise des Eaux* (CDE) for the production, transportation and distribution of water in 106 urban and peri-urban centres,⁷⁵ water supply and sanitation is

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*, P.18.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*, P.20.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

very low and poor. Access to water in general and portable water in particular is inadequate in urban and rural areas. The availability of water supply helps in building, agriculture, just to name a few. Water infrastructure directly affects public health. Adequate supply of portable water provides us with safe drinking water and limits the pollution of our local rivers and streams and equally avoid contaminations, which makes people sick. This drastically affects trade and investments in Cameroon because trade and investment will be inefficient if people are not healthy or alive.⁷⁶

In the energy sector, ENEO is the country's historical main electricity company. It is partially state-owned with 51% of the share capital held by Actis, 5% by ENEO and 44% by the State of Cameroon.⁷⁷ Despite the high demand for energy to boost trade and investments in Cameroon, ENEO has failed in its missions to provide hydro-electric power highly demanded by companies to run their sophisticated machines. Consumers of hydroelectric power in Cameroon witness increase in frequent, as well as, prolonged power cuts.⁷⁸ Customers have no energy but very often, they are still issued bills at the end of the month. This power cuts cause huge losses, particularly in households, investments and trade where perishable products get bad, businesses cannot operate effectively and efficiently because they lack the energy to run and traders lose their goods (such as CONGELCAM) and have their activities hampered by the frequent

cuts. These cuts and the difficulties hampers trade and investments in Cameroon.

Finally, many traders and investors lack the availability of Government dedicated buildings that could have encouraged trade and investments. This explains why we see frequently in our market goods exposed on the floor and the traders lack adequate space and finance to expand their investments. The few buildings created by the Government are placed on rents at sums not affordable by many traders. This negatively influences trade and investments in Cameroon. It is recommended that the Government should invest more in market sheds and warehouses in order to provide trade for investors.

7. Unfavourable Balance of Payments and Terms of Trade (TOT) and International Indebtedness

Apart from the factors discussed above which hampers trade and investments in Cameroon, we have other factors such as unfavourable terms of trade (TOT) which occurs when export is less than import, creating a trade deficit. Countries usually regard this situation as an unfavourable trade balance. In Cameroon imports exceeds its exports and this has killed home based and infant industries to the benefit of many multi-national corporations who with the advantage of their monopoly exploit natural and human resources to their advantage. Also, increase in international

⁷⁶ This is because Human Resource is the pilot of every investment.

⁷⁷ Eneocameroun.cm/index.php/en/actualite-communiqués-en/communiqués-communiqués-de-presse-en/2903-

eneo-today-some-answers-by-the-CEO, 30th/March, 11:43PM.

⁷⁸ *Ibid.*

indebtedness makes it impossible for trade and investments to flourish in Cameroon.

8. Bureaucracy

Bureaucracy favours corruption, favours money laundering, favours postponement of tax payments over longer periods of time, transfers profits in other directions and even outside the country, not where the entity carries out its economic activity, especially regarding foreign-owned assets. Large bureaucracies can be both harmful for growth by increasing costs of public administration. Bureaucracy encouraged the move of profits in countries recognized as tax havens. The more bureaucracy, the more corruption cases occur, but it can also cause errors in the centralization of accounting information, or incomplete, unclear information that can lead to misconduct in the economic development of entities and the whole of society.⁷⁹

9. Non-Recognition of Double Nationality

Cameroonian nationality is regulated by law establishing the Cameroonian nationality Code.⁸⁰ Dual nationality, also referred to as multiple nationalities, is the legal status held by a person simultaneously in two or more States. It can be acquired at birth in connection with naturalization of immigrants in their country of residence or with the reacquisition of nationality of

expatriates or ethnic minorities in their homeland.⁸¹ The Cameroonian Nationality Code provides that “Cameroonian nationality is lost by any adult national who wilfully acquires or keeps a foreign nationality”, it goes on the State that loss of nationality frees the concern from allegiance to Cameroon.⁸² It is therefore clear that the Nationality Code of Cameroon does not provide for dual nationality and a Cameroonian cannot be said to have two nationalities. According to the Code, you are either a Cameroonian or you are not. The negative implications of restricting Cameroonian nationals from acquiring and retaining foreign nationality extend a broad and deep set of predicaments which take form across a spectrum of scales stretching from personal, family trauma to macroeconomic trends of the country as a whole.⁸³

In today’s increasingly interconnected world economic environment, each country’s citizens must operate within an international market place that is characterised by a high tightened level of trade, manufacturing and service sectors that span countries and continents at a time, and large migration, both to developed countries and developing ones. Giving this progression, the ability of one citizen is to integrate directly into the global economy; including their ability to follow the demand of skills to whichever geographical locations offers them the most robust

⁷⁹<https://stec.univovidius.ro/html/anale/RO/2017/Section-V/37.pdf>, accessed on 21st September 2023 at 4:00PM.

⁸⁰ Law No. 68/LF/3 of 11 June 1968 establishing the Cameroonian nationality Code.

Also see Decree N0. 68/DF/478 of 16th December 1968 to establish the rules and procedure under the Nationality Code which contains supplementary procedure.

⁸¹ Nana Charles Nguindip, (2017), “The Complexities Of Citizenship And Nationality Under Cameroonian Law”, *International Journal of Advanced Research and Publications*, Volume 1 Issue 1, ISSN: 2456-9992, 58.

⁸² See Law No. 68/LF/3 of 11 June 1968 establishing the Cameroonian nationality Code.

⁸³ Nana Charles Nguindip, (2017), *op.cit*, 58.

opportunity.⁸⁴ Cameroonian immigrants who assume the nationality of their destination country face significantly increased difficulties in reinvesting their foreign economic gains into the Cameroonian economy. Though foreign property ownership is technically recognised in Cameroon, the dysfunctional judiciary and administration which handle property matters make such investment precarious.

10. Lengthy and Biased Nature of tax Litigations

The tax law provides that, when the taxpayers are dissatisfied with the decisions of the lower authorities, they can appeal and submit their claims to the Minister of Finance. If they are still not satisfied, they can seize the Administrative Bench of the Supreme Court for redress. This means that, no court will entertain a case without the taxpayer launching a pre-administrative litigation as seen in the cases of *Ets Quan Xin V. The State of Cameroon*,⁸⁵ as well as, the case of *Cameroon Tea Estate (CTE) V. The State of Cameroon*.⁸⁶ This makes the tax inspectors and the Minister of Finance judges and parties in their own cases. This is to an extent not a good law because it raises the question of the partiality or neutrality of the Tax Administration in a case to which they are parties therein. This seriously hampers trade and investment in Cameroon, as many traders and investors are not confident in the dispute settlement procedures in Cameroon. In such uncertainties, many investors orient their investment to other countries or limit their

investments to reduce risks of losses of their revenues or properties arising from biased litigations.

Also, looking at the litigation procedures in Cameroon, we discover that they are too lengthy. Litigation from traders and investors must first be forwarded to the Regional Chief of Taxation of their regions especially on claims involving amounts in dispute which are less than or equal to fifty million.⁸⁷ For claims above fifty million and almost a hundred million, it shall be submitted to the Director in Charge of Large Enterprises. For disputes of sums above a hundred million, it shall be tabled at first instance to the Director General of Taxation. Any dissatisfaction at first instance (Regional Tax Centres, Director in charge of Large Enterprises and Director General of Taxation) can then be appealed to the Minister of Finance who shall have two months to give his Decision. It is only when the taxpayer is not satisfied with the Decision of the Minister of Finance that he can appeal at the Administrative Bench of the Supreme Court after paying 15% and 35% of the disputed tax respectively. This makes litigation too lengthy, costly and time consuming for traders and investors who try to manage their businesses plagued with competition and other ills. Going through these lengthy litigations are time consuming and costly which indirectly will affect the running cost of the businesses.

This long litigation process seriously slows down revenue mobilization whereas the Government needs these revenues to finance its expenditures. The Cameroon

⁸⁴ *Ibid*, 59.

⁸⁵ Appeal N° 30/07-08 of 6 February 2008.

⁸⁶ Appeal N° 127/2008 of 22 March 2008.

⁸⁷ Nsioh Richard Metuge, (2017), "Procedure for the Settlement of Tax Dispute in Cameroon", Master Thesis, FLPS., University of Dschang, P.38.

Government has tried to fight against the adverse effects of lengthy proceedings as far as recovery is concerned by providing in the law that 15% of the disputed sum must be deposited to the Minister of Finance for appeals at his jurisdiction and 35% at the Administrative Bench of the Supreme Court. The General Tax Code of Cameroon remains silent as to whether a taxpayer who pays 15% of the disputed sum to the Minister of finance will be refunded if reason is given to him. It is clear that a taxpayer who goes from the pre-administrative litigation till the Court will end up paying 50% of the amount in dispute in which refunds are uncertain. This seriously and in a very negative sense does not encourage trade and investments in Cameroon because the Tax Administration has been over powered to take Decisions in a decisive manner.

11. Civic Irresponsibility

Finally, some Cameroonians lack civic responsibility and this is one of the main reasons for tax non-compliance. Some Cameroonians do not even know the importance of paying taxes. They do not know it is a civic duty for all Cameroonians to contribute to the running of the State and do not do so either out of ignorance or bad faith. This poses a serious problem to the State because during the collection process, some taxpayers do not want to comply because they fail to understand it is a civic duty borne by all to be used to guarantee social welfare and national development. Most taxpayers see collection of taxes as oppressive rather than a civic duty. Other taxpayers do not comply with their

obligations for reasons which are best known to them. This civic irresponsibility has negatively affected tax recovery in Cameroon as it makes the Tax Administration find difficulties to recover what has been duly assessed. This factor create economic and physical insecurities which adversely affect the investment climate with a negative effect on taxation and tax proceeds. The State is encouraged to fight hard to avert this adverse factor that do not favour domestic and foreign investments.

III. Fiscal problems

The power of every government depends on its Treasury.⁸⁸ The main objective of taxation is to raise revenue to finance government expenditures. For trade and investment to flourish in a country, the Government must recover the needed taxes to finance its investments to provide a conducive atmosphere which will boost trade and investments. One of the most important factor which any trader or investor will consider before investing is the fiscal policy of that country. Despite the importance of a fiscal system in the build-up and enhancement of trade and investment of a country, our fiscal system records some loopholes, which hamper trade and investments in Cameroon. After investigation, we discovered that, the shy participation in trade and investments are due to certain fiscal-related factors which beset trade and investment. Amongst these factors, are high taxes and tax rates, tax evasion, incongruity in the tax laws, Tax Administration problems, as well as, poverty and inequality.

⁸⁸ Pramod kumar R., (2004), "The Challenges of Tax Collection in Developing Economies with Special

Reference to India", Master Thesis, University of Georgia, Athens, Georgia, P.23.

1) High Taxes and Tax Rates

In Cameroon, assessed taxes and tax rates are too high compared to some neighbouring countries. As time goes by, the high tax rates keep increasing making the tax burden too heavy on the taxpayers (Traders and Investors).⁸⁹ This explains why most taxpayers engage in litigations for the reduction of their taxes as seen in *Socite Nkuite & Cie V. The State of Cameroon*⁹⁰ and also, the case of *Maître Fandio Zacharie V. The State of Cameroon*.⁹¹ We have a Government Administration who hangs her citizens to their necks with cumbersome taxes whereas the living standards of Cameroonians are not favourable for such level of taxes. Cameroon is marked by gross unemployment, low salaries, which are sometimes not paid but the taxpayers are always required to contribute to the running of the State when they barely have what to survive on. Such high taxes discourage hard work (disincentive effect) as many will not see the need to improve on their trade or Investments since this will imply paying higher taxes. This encourages tax evasion, as well as, tax avoidance as seen in *Peate V. Commissioner of Taxation*.⁹² An example of Increasing tax rates in Cameroon could be cited from the road degradation tax also known as axle tax provided in article 290 of the finance law N° 95/01 of 1st July 1995⁹³ imposed on transporters and owners of lorries formerly paid in 1994 at the rate of 150,000frs per annum was increased in 1996 ten times to 1.500,000frs.⁹⁴ Also, the poll tax in Cameroon formerly paid at the rate of 3.300frs was repealed in 1996 and

replaced with the Global tax by article 50 of the 1995 Finance Law.⁹⁵ These new taxes imposes heavy tax burden virtually covering everything the Cameroonian people do to earn a living.

Moreover, a more common example to all could be cited from our communal stamp which previously cost 100frs, has now increased to 200frs and one is required to attach on a birth certificate 3(three) communal stamps on it or a stamp of 500frs for example. This therefore means that the average Cameroonian has his tax burden increased from 100frs to 600frs or 500frs as the case may be. Fiscal stamps have equally risen from 1000frs to 1500frs. High custom duties including a 30%+ company tax rate adversely affects trade and investments in Cameroon. We discussed with some traders, as well as, investors and a majority complained of very high taxes in the country, which do not match their standards of living. These high tax rates discourage investments in Cameroon and gives room for people to resort to tax evasion, as well as, tax avoidance, or fail to pay not necessarily out of malice, but simply because they lack the means. As such, the Tax Administration will not be able to recover what is due to finance Government expenditures and provide the necessary conditions to attract foreign direct investments, as well as, promote domestic investments. The direct impact of these high rates for investors and traders who refuse to indulge in tax evasion and avoidance will be to shift the burden on consumers through price increase to compensate relative increase in production

⁸⁹ Amadou Monkaree, (2014) "Taxation", Lecture Notes, FLPS., University of Dschang, P.33.

⁹⁰ Judgment N° 45/2004-2005 of 2 February 2005.

⁹¹ Appeal N° 63/2008 of 6 March 2008.

⁹² (1964), C.L.R 443 at P.445.

⁹³ Amadou Monkaree, (2014), *op.cit*, P33.

⁹⁴ *Ibid*.

⁹⁵ *Ibid*.

prices. The reduction is the purchasing power of consumers implies a fall in the profits of traders and investors as the case may be.

The Cameroon Government however, has tried to resolve this problem by providing incentives for enterprises to help them stay in business. Also, the Government has tried to reduce some taxes to reduce the fiscal pressure on traders and investors. An example could be seen from the reduction of excise duties of 120frs for all locally produced wines and the cancellation of additional council taxes on games of chances and entertainment.⁹⁶ We must honestly acknowledge these efforts made by the Government but more needs to be done to solve this problem of high taxes, which is gradually killing trade and investments in Cameroon.

2) Tax Evasion

The Cameroonian tax law has not provided for any statutory definition of tax evasion. Rather, it has provided measures and sanctions for acts of tax evasion. This gives at least an insight of what may be regarded as tax evasion.⁹⁷ In the words of Samba J.N., tax evasion is “The unlawful refusal to pay tax on what has accrued as income within the meaning of the taxing statutes”. It is an illegal way of avoiding tax liability and includes violations of the law as failure to file returns, failure to pay on time, failure to report income and deductions fully and accurately.⁹⁸ It is summarized as tax

delinquency and requires *mens rea* and *actus reus* for such an offence to be established as stated by William L.J. in the case of *Barripp V. Commissioner of Taxation*.⁹⁹ Tax evasion is different from tax avoidance in that, tax avoidance has to do with legal exploitation of the loopholes or the lacunae in tax provisions or lack of provisions in taxing statutes, to limit tax liability or completely exonerate oneself from paying taxes. It is the art of dodging without actually breaking the law as seen in the Nigerian case of *Akinsete Syndicate V. Inspector of Income Tax*.¹⁰⁰ This illegal act (tax evasion) is caused by high tax rates, lack of civic responsibility, and inequitable distribution of natural resources, corruption, as well as, mismanagement and misappropriation of funds in Cameroon.

Because of all these ills, traders and Investors turn to evade their taxes either by way of refusal to keep proper records, false declarations, cross border trade and smuggling. This is to give the impression to be insolvent or obstruct tax collection or mobilization, all of which will make assessment and recovery of taxes problematic.¹⁰¹ This makes the Government unable to have the needed revenue to boost trade and investments. This problem of tax evasion being the main aspect of non-compliance stands as a main problem faced by the Tax Administration in trying to recover what was assessed. However, the Government has provided solutions to combat this problem by criminalizing tax evasion, as well as, other

⁹⁶ Circular N° 003/MINFI/DG/LRI/L of 5 January 2018 outlining the application modalities for law N° 2017/021 of 20 December 2017 bearing the Finance Law of the Republic of Cameroon for the 2018 fiscal

year, Section 142(8), 211 and 217 respectively.

⁹⁷ CGTC, (2019), Section M107, P.208.

⁹⁸ Amadou Monkaree, (2014), *op.cit*, P.31.

⁹⁹ (1941) 2A I.T.R.

Also, See Section 183 of the Cameroon Penal Code.

¹⁰⁰ (1964) F.S.C 164-63.

¹⁰¹ Cameroon Penal Code 2016, P.35-37.

tax-related offences, which causes taxpayers not to comply such as, misappropriation of public funds just to name but one.¹⁰² The Cameroon Penal Code holds that, whoever by any means organizes a collective refusal to pay any tax shall be punished with imprisonment of from 3 (three) months to 1 year and with fine of from 200,000frs to 2,000,000frs.¹⁰³ Whoever instigates the public to refuse or to delay the payment of any tax shall be punished with imprisonment of from 6 (six) months to 1 (one) year and with fine of from 50,000frs to 1,000,000frs.¹⁰⁴ The use of words such as collective and public in section 183(1) and (2) of the Cameroon Penal Code is evidence that the Code is silent as to acts of individual tax evasion.

The Cameroon Penal Code equally punishes causes of tax evasion such as misappropriation with respect to the value of the property. It holds that, whoever, by whatever means, fraudulently takes or keeps any movable or immovable belonging to, destined or entrusted to him by the State, Cooperative, Council or Public Establishment under the supervision of the State or which the State directly or indirectly holds the majority of the shares shall be punished; where the value of the property exceeds 500,000frs with imprisonment for life.¹⁰⁵ Where the value is above 100,000frs but below 500,000frs, he will be punished with imprisonment of from 15 years to 20 years.¹⁰⁶ Where the value of the property is less than or equal to 100,000frs with imprisonment for from 5 years to 10 years and with fine of 50,000frs

to 500,000frs.¹⁰⁷ The General Tax Code equally sanctions acts of tax evasion.¹⁰⁸ When we examine the penalties stated by the Cameroon General Tax Code on tax evasion, we see once again inconsistency in the laws. The Cameroon Penal Code punishes collective or public tax evasion whereas the Cameroon General Tax Code punishes individual corruption.

3) Incongruity in Tax Laws

The tax laws are incongruous in the sense that there are disagreements, dissimilarities, as well as, uncertainties in these laws regulating the taxation of investments in Cameroon. This poses a serious problem of uncertainty in traders or investors and equally makes recovery of taxes problematic, as well as, its assessments. This generally will hamper trade and investment or result in multiple litigations relating to trade/investments and their taxation, which is no incentive to trade and investment. A good example is seen in the General Tax Code where it holds that, sums due from the taxpayer for taxes and duties assessed by virtue of the General Tax Code shall be barred after a period of 4 years following the due date, where no instrument has been issued to end the limitation.¹⁰⁹ The 2009 law on Local Fiscal System on its part in relation to limitation period holds that amounts owed by taxpayers as indirect Council Levies shall be extinguished after a period of two years following the date on which they were due if no other decision had been taken to avoid the prescription.¹¹⁰ Observing these provisions, we see that

¹⁰² *Ibid*, 183 and 184 respectively, P.68.

¹⁰³ *Ibid*, Section 183(1), P.68.

¹⁰⁴ *Ibid*, Section 183(2), P.68.

¹⁰⁵ *Ibid*, Section 184(a), P.68.

¹⁰⁶ *Ibid*, Section 184(b), P.68.

¹⁰⁷ *Ibid*, Section 183(c), P.68.

¹⁰⁸ CGTC (2019), *op.cit*, Section M107 and Section M108.

¹⁰⁹ *Ibid*, Section M89-M90.

¹¹⁰ *Ibid*, Section C135.

section M89 of the General Tax Code provides a prescription period of 4 years without precisising whether this law will be applicable to State taxes or Local taxes. The law on Local Fiscal System provides a prescription period of 2 years for indirect Council levies only. This law equally is silent as to direct Council taxes. This places taxpayers in a state of dilemma and such contradictions and uncertainties in the tax laws have disincentive effects on trade, as well as, the investment climate in Cameroon.

4) Tax Administration Problems

Also, looking at the fiscal problems affecting trade and investments in Cameroon, as well as, their taxation, it will be important to mention and to discuss the problems faced by the Tax Administration in Cameroon. This is because it is the Institution which executes the laws regulating the taxation of trade and investments in Cameroon. The Tax Administration is in charge of assessing the tax, duty or levy as the case may be to be paid by traders and investors. This Institution is equally vested with the responsibility to recover these taxes which will serve to finance Government expenditures. This implies that, if this Institution is handicapped, taxes will no longer be adequately recovered, there will be no control at the borders and the ports in particular and generally speaking. This will cause the clock of trade and investments, as well as, their taxation to tick anti-clockwise. As such, we shall examine some problems faced by the Tax Administration in Cameroon such as, lack of accessibility

to taxpayers, lack of skilled personnel, low salaries and lack of motivation, mismanagement and misappropriation, as well as, other logistic problems.

A. Difficulty of Accessibility to Taxpayers

There is the problem of having access to taxpayers in Cameroon. It is common to see taxpayers carrying on businesses without a fixed address or any formal registration.¹¹¹ This slows the collection process and makes it difficult. Even when the taxpayers are registered with a fixed address, most of the roads connecting with the rural areas are absent or inaccessible as the case may be making it difficult for the recovery agents to reach the taxpayers in those areas to recovery their taxes. To make things worse, our town planning is horrible so much such that even when the tax collection agents are on the site, it is still not easy to locate taxpayers, as well as, tax defaulters. The towns are not properly planned with streets and houses named and numbered respectively to make it possible for tax agents to locate taxpayers and tax delinquents easily.¹¹² However, the Cameroon Government has tried to curb this problem through the implementation of online registration and payment of taxes. Also, some towns are planned properly to ease the identification of taxpayers as seen in Bonapriso and kotto immeuble in Douala, Bastos in Yaounde and Class Quarters in Buea.

¹¹¹ Ajang Pamela Ngoh, (2016), "A Legal Appraisal of the Discharge Regime of Taxation in Cameroon: The

Experience of Kumba Council Area", Master Degree Thesis, FLPS., University of Dschang, P77.

¹¹² *Ibid.*

B. Inadequate Skilled Personnel

There is a problem of inadequacy of skilled personnel, low pay scales and generally inadequate of motivation by the Government. In Cameroon, the lack of sufficient and well trained and experienced tax personnel is a call for concern.¹¹³ This explains why some times we see a tax personnel discharge his duty with lack of professionalism such as preparing an undated recovery notice as seen in *Kuemo Michel V. The State of Cameroon*.¹¹⁴ Sometimes, taxpayers are not even served with notice as seen in the case of *Momo Momo André V. The State of Cameroon*.¹¹⁵ Most inexperienced tax personnel who do not master the techniques to assess, over assess taxpayers leading to multiple proceedings launched by the taxpayers demanding a reduction of their tax liabilities or cancelation in full as seen in the cases of *Societe Nkuite & Cie V. The State of Cameroon (MINFI)*¹¹⁶ and also, in the case of *Societe Total-Cameroun S.A V. The State of Cameroon*.¹¹⁷ Many of such mistakes caused by the tax agents make tax Centres waste money to follow up cases in court of taxpayer's claims. Also, collection difficulties even become worse as the taxpayers spend more in court which could be taken as taxes to help the State. Such litigations also kill the good relationship which is supposed to exist between the taxpayers and the tax personnel (Tax Administration).

¹¹³ Amadou Monkaree, (2014), "Taxation", *op.cit*, P.17.

¹¹⁴ Judgment N° 107/04-05 of 1 June 2005.

¹¹⁵ Judgment N° 09/05-06 of 2 November 2005.

¹¹⁶ Judgment N° 45/04-05 of 2 February 2005.

C. Low Pay Scale and inadequate of Motivation

Low salaries and little or no motivation is one of the principal causes of corruption of tax officials and agents. Due to their low salaries, some decide to reach private agreements with taxpayers to reduce their tax liabilities and enrich themselves illegally. Those who even work devotedly are not motivated with adequate salaries and allowances. Sometimes, some effective and efficient tax personnel are replaced without even paying their salaries as seen in *Takam Pius Andy V. The State of Cameroon*.¹¹⁸ Another example of poor management and motivation of workers is seen in the Douala international sea port, where disgruntled Dockers went on rampage since their salaries for several months were not paid.¹¹⁹ It is submitted that, the salaries of Tax Administrators should be increased and facilities such as, free accommodation and telephones allocated to them. This will curb down their vulnerability to corruption.

D. Misappropriation

Another drawback of revenue mobilization in Cameroon is Misappropriation of Public funds punished under section 184 of the Cameroon Penal Code. Sometimes, the revenue recovered from taxes is being converted into private pockets causing great loss to the State. As such, the Cameroon Government will not be able to have in its coffers the revenue needed to finance its expenditures. This offence is a serious problem, as well as, one of the

¹¹⁷ Judgment N° 177/2010/CA/CS of 23 June 2010.

¹¹⁸ Judgment N° 177/2010/CA/CS du 23 June 2010.

¹¹⁹ Equinox evening news, 8:30 news, 30 April 2020.

reasons for our underdevelopment. The Cameroon Government has tried to eliminate this ill by criminalizing it, as well as, prosecuting its offenders as seen in the case of *Emmanuel Ebot Tabe V. The People*.¹²⁰

E. Other Logistic Problem

The Tax Administration in Cameroon lack good office accommodations, lack good means of transport and some basic office equipment such as stationeries, photocopier machines, just to name a few.¹²¹ The tax Centres in Cameroon can hardly be said to be comfortable for a delicate job like taxation since they lack adequate furniture and equipment. No air conditioning except for the few high cadre persons.¹²² There is also lack of adequate vehicles to facilitate movements. When taxpayers are reluctant to pay taxes, Tax Authorities cannot remain in their offices. They have to move to the taxpayer's locations to issue recovery notices or proceed to forceful recoveries as the case may be. Lastly, even the offices of some tax personnel lack calculators, stationeries, office shelves and computers for maintaining accurate records. It is submitted that, the provision of these facilities and the basic office equipment (good office accommodations well ventilated, as well as, vehicles, photocopier machines, etc.), will improve on the

efficiency of the Tax Authorities and their entire personnel.¹²³

IV. Corruption and its adverse effects on trade and investments in cameroon

To be corrupt means to use power to do dishonest or illegal things in return for money or an advantage.¹²⁴ This could be through bribery, nepotism and favouritism or giving unmerited favour to persons in exchange for a benefit or an advantage. Corruption is a phenomenon with serious consequences that affects all communities in the world. In Cameroon, its effects are widespread in the Public and Private sectors. Corruption makes assessment as well as recovery of taxes on investments problematic in many ways such as, the fact that it is due to corruption that inexperienced agents are recruited in the Tax Administration.

Also, corruption accounts for serious loss to the State as dubious tax agents and administrators reach private contracts with certain taxpayers to pay less in exchange for a reward which will benefit a few rather than the State as a whole. Cameroon has twice been classified as the most corrupt country in 1998 and 1999 as per Transparency International indices.¹²⁵ Corruption is punishable by the Cameroon Penal Code under section 134.¹²⁶ The

¹²⁰ T.T. Simon, (2013), "Specific Offence", Lecture Notes, FLPS., University of Dschang, P.95.

¹²¹ Amadou Monkaree, (2014), *op.cit*, P.18.

¹²² *Ibid*.

¹²³ *Ibid*.

¹²⁴ A.S. Hornby, (2006), "Oxford Advanced Learners Dictionary", 7th Edition, Oxford University press, Longman, Chambers, University of Oxford and Lancaster and the British Library, P.329.

¹²⁵ Bechem Emmanuel Egbeyong, (2018), "Corruption in Cameroon: Public Perception on the Role and Effectiveness

of the Different Anti-Corruption Agencies", University of Warwick, Coventry CV4 7AL, P.2.

¹²⁶ It indicts "Any National, Foreign or International civil servant or public employee, who for himself or for a third party solicits, accepts or receives any offer, promise, gift or present in order to perform, refrain from performing or postpone any act of his office, shall be punished with imprisonment of from 5 (five) to 10 (ten)

years or with fine of from CFAF 200,000 (two hundred thousand) to CFAF 2,000,000 (two million).

penalty provided for by the Code for active corruption shall be imprisonment for from one to five years and with fine of from CFAF 100,000 to CFAF 1,000,000 where the act is not part of the duties of the corrupt person but has been facilitated by his position.¹²⁷ Any National or International Public official who solicits and accepts any retribution in kind or in cash for himself or a third party, in remuneration for an act that has or has not been performed shall be punished with the penalties provided for under sub-section 134(2).¹²⁸ The penalties provided for under sub 1, 2 and 3 shall be doubled where the offender is a judicial or legal officer, a judicial police officer, an employee of the Institution in charge of the fight against corruption, the head of an administrative unit or any other sworn Public servant or employee.¹²⁹

With regards to passive corruption, the Cameroon Penal Code holds that “whoever makes promises, offers, gifts and presents or yields to requests liable to result in corruption in order to obtain either the performance, postponement or benefits defined in section 134 of the Code, shall be punished in the same manner as that cited in section 134 (1) of the Code, whether corruption produces its effects or not”.¹³⁰ Whoever makes gifts or presents or yields to requests for remuneration for an act performed or deliberately not performed shall be punished with penalties provided in section 134(2) of the Code.¹³¹ The popular notion of corruption suggests that not only the receiver is corrupt because the giver commits no lesser evil.¹³² This is seen in the

Cameroonian Penal Code, which goes as far as punishing the corruptor.

Corruption is an ill which kills economic growth and investments in particular. We shall thus, see how corruption hampers trade and investments in Cameroon, as well as, combat mechanisms put in place to fight against this parasite eating up the Cameroon economy to boost trade and investments in Cameroon. But before getting to this, it will be important to look at the causes of corruption in Cameroon.

Corruption has many ills and adverse effects which it brings to trade and investments in Cameroon such as, poorly executed contracts, discredits trading and investing in Cameroon, kills taxpayers confidence in the Cameroon justice system, leads to increase in cost of production, kills revenue mobilization of the State, slows down economic growth and development.

1. Corruption kills Competition and Leads to Poorly Executed Government Contracts.

Laws and Decrees rigorously control purchases, services, supplies and works billed to the State. These activities which are generally carried out within the framework of what is called Government contract,¹³³ provide a fertile ground for corruption in the country. A government contracts is a written agreement with a community, public establishment or semi-public organization whereby a person governed by Public or Private law

This punishment is awarded in case of active corruption.

¹²⁷ Cameroon Penal Code (2016), Section 134(2), P.50.

¹²⁸ *Ibid*, Section 134(3).

¹²⁹ *Ibid*, Section 134 (4), P.51.

¹³⁰ *Ibid*, Section 134-1 (1).

¹³¹ *Ibid*, Section 134-1(2).

¹³² *Ibid*.

¹³³ *Ibid*.

undertakes to carry out a construction work on their behalf or under their supervision or to supply goods and services in exchange for a price.¹³⁴

In general, government contracts are awarded following the results of call for tenders. What usually happens is that, the same person bids for the tenders through two or even three different companies and at times non-existent companies. This is often done with the complexity of the vote holder who identifies the bidder he wants for the contract.¹³⁵ Also, most bidders offer some personal advantages to vote holders so as to get the contract. This kind of attitude kills competition as other potential candidates are not given the opportunity to compete equitably for the Government to retain the candidate whose offer is more profitable economically and who offers better services. Such acts are equally present in all the procedures for the award of government contracts from call for tenders, examining file of tenders, awarding of contracts, technical reception and delivery of supplies, as well as, payment of bills and debit notes. Such practices in the tender, award, execution and payment of government contracts kills competition, leads to embezzlement, result in poorly executed government contracts, just to name a few. This gives a blow to trade and investment in Cameroon in particular, as well as, to economic growth and development of Cameroon in general. It should be noted that Organs have been put in place in Cameroon to fight this ill, for example CONSUPE (*Contrôle Supérieur de L'Etat*), NACC (National Anti-Corruption Commission), ANIF (*Agence*

Nationale D'Investigation Financiere), SCC (Special Criminal Court), just to name a few. The efficiency of these organs is another issue for consideration.

2. Corruption Tarnishes the Image of Cameroon in the Business World

Even though Cameroon does not top the rankings of the most corrupt countries, it is still among the top 30 most corrupt countries in the world.¹³⁶ The reasons for this according to Transparency International are a weak judiciary, strong executive and widespread poverty.¹³⁷ Furthermore, transparency of the civil society and freedom of the press are still weak and efforts engaged to combat these have been extensively criticized by National and International actors. Being a country where serious corruption occurs, it destroys the image of the country as far as doing business is concerned. Ranked by Transparency International in 2019 as the 153rd country out of 180 as far as corruption is concerned, it scares away investors (actual and potential) from investing and doing business in Cameroon. For trade and investment to be boosted in a country, it will depend on the image of that State. Though the Cameroon Government has tried and adopted some measures to curb corruption and improve on the country's image, the acts of corruption persist and scares away investors and hampers trade and investments in Cameroon.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid*, P.46.

¹³⁶ <https://en.wikipedia.org/wiki/corruption-in-cameroon>.

¹³⁷ *Ibid.*

3. Corruption Encourages Tax Evasion

Corruption kills the trust and confidence which exists between the taxpayer and the Tax Administration. A country like Cameroon plagued with corruption in all its forms such as, bribery and embezzlement for example encourages tax evasion since many taxpayers will feel discouraged to pay their taxes, which will not serve for public interest rather than personal and private interest. It should also be noted here that despite the corruption, there are people that will not pay their taxes even if there was no corruption at all.

4. Corruption kills the Economy and Leads to Hardship

Corruption kills the development of the economy and brings more hardship to the citizens. Corruption increases the volume of public investments at the expense of private investments which are very essential for the development of an economy. This is because, more government expenditures will be made to create more chances to have more opportunities for corruption.¹³⁸ Corruption redirects the composition of Public expenditure from the expenditure necessary for basic functioning and maintenance to expenditure on new equipment.¹³⁹ For example, we see shifts from expenditures on necessary fixed assets for health and education, as there is less chance of getting commissions than from other expenditures, which offers more opportunities for corruption.

¹³⁸<https://www.interchopen/books/trade-and-global-market/corruption-causes-and-consequences>.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.*

Corruption equally reduces tax revenues by compromising the ability of the State Administration to collect taxes and fees. This seriously reduces the budget needed by the State to finance public expenditures placing the State in more difficult situations that it already is.¹⁴⁰ Many taxpayers bribe tax administrators and tax agents so as limit their tax liabilities or completely exclude them from paying taxes. This causes great loss to the State and reduces its capacity to finance its expenditures and invest. Also, traders when their goods arrive the customs are heavily assessed maliciously. As such, they shift the burden by increasing the prices of the commodities or services which creates more hardship for consumers.

Corruption equally inflicts a heavy blow on businesses as whole in Cameroon. The impact of corruption on a business depends on the size of the company.¹⁴¹ Large companies are better protected in an environment that is prone to corruption. They avoid taxes more easily since they equally enjoy political protection.¹⁴² This kills infant industries who will have to compete with these large companies which in addition to their huge capital and size benefit more. This explains why the survival of small (especially start-up companies) and middle-sized companies, regardless of their importance for growth of the economy and the development, is much more difficult than the survival of large companies.¹⁴³

Corruption has equally a negative impact on economic growth through the allocation

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ *Ibid.*

of talents, since gifted and prospective students are driven, due to the influence of the environment and the situation in the Country¹⁴⁴ many talented Cameroonians who could help in the development of the Country have travelled out while others have plans of travelling abroad since they do not see a bright future for themselves due to the corrupt nature of the Country. There are no adequate jobs in Cameroon and even the few jobs available are traded out and not given to the most suitable or qualified persons, but to the ones who are ready to pay for it in cash, kind, or favour. This is the main reason why it is difficult to curb the corruption in Cameroon because those who pay to arrive at places always continue in the system to gain what they lost.

Corruption equally reduces the effectiveness of various financial assistance programs, as money is lost somewhere along the way.¹⁴⁵ Most of the aids if not all do not reach those who really need it or for whom it is intended as the financial benefits are being converted to private pockets. Such converted incomes or aids are not even taxable because they are hidden. The State is also losing part of the income, which is not taxed and this equally has a negative effect on the budget.¹⁴⁶ Due to corruption in Cameroon, it discourages the donation of aids, as well as, financial assistance since the donor doubts if it will arrive those to whom it is destined. Nevertheless, it should be noted that, the State has put in place ANIF to track these finances and recommend for the publishing of the perpetrators.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ Like safeguards during the entry into the public service, mechanisms aimed at preventing corruption

V. CONCLUSION

Several factors hinder trade and investments in Cameroon especially corruption. These factors hindering trade and investments in Cameroon are; insecurity, Mismanagement, lack of funds, fiscal problems (such as high taxes and tax rates as well as some tax administration problems), expropriation, repatriation of capital, lengthy and biased nature of litigations, bureaucracy, no recognition of double nationalization, civic irresponsibility, infrastructure, as well as, other factors. Focusing more on corruption, we discover that this act is reprimanded by section 134 of the Cameroon Penal Code. Though classified twice by Transparency International as the most corrupt country in 1998 and 1999, today Cameroon is ranked at the 153rd. position of 180 countries with respect to the level of corruption internationally. This is evidence that the Government through the people and its institutions are serious fighting this parasite eating up the economic growth and development of the Nation. All the efforts to curb and reduce the level of corruption in Cameroon is due to the adverse effects of corruption on trade and investments in general and national development in particular. This parasite to national development is caused by poor system of governance, poverty and inequality, socio-political history, neopatrimonialism, tribalism, egocentrism, low salaries, impunity, ignorance of rights, lack of accountability and lack of real democracy. We equally found that the ranking of

in the management of career, the creation of anti-corruption measures.

Cameroon on the list of most corrupt countries in 1998 and 1999 improved to 153rd on the list mainly because the government has adopted certain methods to curb and eradicate corruption. Some of these strategies adopted are; adopting safeguards aimed at averting corruption in the public service, the creation of public institutions to combat corruption in Cameroon, ratifying regional instruments to help enforce the fight against corruption in Cameroon, as well as, ratifying international corruption fighting related instruments just to name a few. From the discussed hurdles adversely affecting the effective and efficient taxation of investments in Cameroon we answer in the affirmative that these factors have adverse effects on trade and investments in Cameroon.

As such, we recommend *inter alia* the guarantee of security in the entire national territory, dismissal in cases of Mismanagement and conversion of properties back to state properties for those serving sentence terms for embezzlement in complement with the regulatory penal sanctions. Also, with respect to the fiscal problems (such as high taxes and tax rates as well as some tax administration problems) the government should see into possibilities to reduce taxes and broaden the tax base, intensify tracking and sanctions against tax evaders, harmonize tax and finance laws in the country, organize workshops to better arm tax agents with better skills and competence to manage tax operations, improve on workers' pay scale and other forms of motivations to make them more productive and reduce chances of corruption and improve on equipping the tax administration with more logistics needed for effective and efficient tax

assessment and recovery. Moreover, to boost trade and investment in Cameroon, the government has to improve on infrastructures which is a serious factor limiting the smooth operation of business activities. Serious land tenure reform should be carried out to guarantee the interest of investors on the lands that they occupy. In addition, the law be amended to limit the amount of profit that could be repatriated so that the rest can be ploughed into the business in order to boost economic growth, lengthy and biased nature of litigations a reality in Cameroon judicial system equally needs to be simplified and partiality and independence of the judges guaranteed. Administrative procedures in the regulation of trade and investments needs to be simplified to avoid corruption, money laundering, postponement of tax payments over longer periods of time, transfers profits in other directions and even outside the country, not where the entity carries out its economic activity, especially regarding foreign-owned assets. There is urgent need for recognition of double nationalization to attract more investments and boost the economy, sensitization and involvement of civil society on government policies and decisions to foster compliance, as well as intensify the fight on corruption by adopting more severe sanctions to better deter deviant behaviours with respect to acts of corruption.

DOCTRINE

Retour sur la clause de stabilisation insérée dans les contrats d'investissement

Yves Didier TIEBLEY

Maître-Assistant en Droit Public

Chargé de Cours à l'UFR des Sciences Juridique, Administrative et Politique (SJAP) de
l'Université Félix Houphouët-Boigny de Cocody (Abidjan – Côte d'Ivoire)

RESUME : Les clauses de stabilisation insérées dans les contrats d'investissement visent à protéger l'investisseur étranger contre les excès des prérogatives souveraines de l'État d'accueil. Paradoxalement, l'interprétation extensive de la clause de stabilisation par les juridictions arbitrales a abouti à la surprotection de l'investissement étranger. Cette situation a suscité une réaction énergique au niveau africain par l'adoption de codes d'investissement régionaux ou subrégionaux qui entendent redonner à l'État d'accueil le plein exercice de son pouvoir de réglementer l'investissement étranger. La jurisprudence arbitrale s'inscrira-t-elle durablement dans cette nouvelle perspective ?

MOTS-CLES : Contrat d'État – Clause de stabilisation – Contrat d'investissement – Expropriation indirecte – Clause parapluie

INTRODUCTION

« En ce qui concerne les clauses contractuelles de protection [...], la ligne de clivage passe essentiellement entre celles qui ont pour objet de remédier à l'aléa législatif et celles qui tendent à pallier les inconvénients résultant pour l'investisseur de l'exercice éventuel par l'État hôte de prérogatives de puissance publique en matière contractuelle. Dans le premier cas, il s'agit de « geler » la législation nationale du pays hôte dans l'état où elle se trouve à la date de la conclusion du contrat et, partant, de limiter l'exercice par l'État de sa compétence législative : ce sont des clauses de stabilisation au sens strict de ce terme... »¹.

Le professeur Prosper Weil, à travers ces lignes, mettait en relief les clauses par lesquelles l'investissement étranger était protégé contre l'aléa législatif découlant de l'exercice du droit de réglementer reconnu à l'État. Par cette contribution aux *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, le professeur Weil entendait souligner l'effet inhibiteur de la clause de stabilisation sur les prérogatives de puissance publique de l'État contractant préservant ainsi l'intégrité du contrat d'État et le régime juridique qui lui est applicable.

Sa conception favorable à l'effet neutralisant du pouvoir de modification de

la législation applicable à l'investissement étranger ne semble cependant pas être partagée par tous. En témoigne d'ailleurs la controverse, durant le XX^e siècle, sur le régime juridique applicable aux contrats d'État conclus entre États en développement et investisseurs étrangers ressortissants d'États occidentaux développés. À l'époque, on notait des conceptions opposées entre nations développées et nations en développement sur les pouvoirs exercés par l'État d'accueil à l'égard du contrat d'État : fallait-il préserver, à tout prix, l'intégrité du contrat d'État ? Au contraire, fallait-il reconnaître à l'État contractant le pouvoir de modifier unilatéralement la législation applicable audit contrat aux fins de l'adapter au contexte politico-social prévalant en son sein ? La désuétude des textes instaurant le Nouvel Ordre Économique International (NOEI) a semblé mettre en veilleuse cette confrontation Nord-Sud : la logique du libéralisme économique (marquée, entre autres, par la naissance de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) l'ayant emporté, au début de la décennie 90 du siècle dernier, sur l'interventionnisme économique de l'État d'accueil des investissements en provenance des pays du Nord².

Dans l'ensemble, la clause de stabilisation, caractéristique du contrat d'État³, en

¹ WEIL Prosper, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », in *La Communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp.307-308.

² FORTEAU Mathias, MIRON Alina et PELLET Alain, *Droit international public*, 9^e édition, Paris, LGDJ, 2022, n°986, pp.1451-1453 ; DUPUY Pierre-Marie et

KERBRAT Yann, *Droit international public*, 14^e édition, Dalloz, 2018, n°s 626 et 628, pp.780-781 et 783.

³ Au regard de la doctrine, le contrat d'État est celui conclu entre un État souverain et une société transnationale ou une personne privée de nationalité étrangère. Cf. FORTEAU Mathias, MIRON Alina et PELLET Alain, *Droit international public*, 9^e édition, Paris, LGDJ, n°993, 2022, p.1460 ; WEIL Prosper, « Droit international et contrats d'État », in *Le droit*

général, et du contrat d'investissement⁴, en particulier, vise à minorer les prérogatives de l'État contractant dans ses relations avec son cocontractant, une personne privée étrangère. Corrélativement, la clause de stabilisation préserve, dans une certaine mesure, les intérêts du cocontractant de l'État vu que l'État s'interdit, sur la base de ladite clause spécifique, de précariser la situation juridique de son cocontractant. Tous les contrats d'investissement ne comportent pas nécessairement de clauses de stabilisation.

Néanmoins, elle est commune aux contrats d'investissement à long terme dans l'industrie extractive ou les contrats pour l'édification d'infrastructure publique et des services de base⁵. Elle peut être perçue comme une clause de gel. Mais, il s'agit d'un gel relatif vu qu'il ne touche pas la législation de l'État dans son entièreté, mais seulement celle applicable au contrat. Autrement dit, l'État pourra user de son pouvoir de régulation, mais le droit applicable à l'opération d'investissement sera celui applicable au jour de la conclusion du contrat⁶.

international : Unité et diversité : Mélanges offerts à Paul Reuter, Paris, Pedone, 1981, pp.549 et ss. Article accessible en ligne sur : <https://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2020/04/Weil-P.-Droit-international-et-contrats-dEtats.pdf>. ; LEBEN Charles, « L'évolution de la notion de contrat d'État », *Revue de l'arbitrage*, 2003, n°3, pp.631-640.

⁴ La notion d'investissement est très difficile à cerner. La doctrine souligne d'ailleurs cette complexité au regard des conceptions très fluctuantes de l'arbitre international. Cf. LARDEUX Thomas, *La sécurité juridique et le contentieux international des investissements. Étude du contentieux CIRDI*, Paris, L'Harmattan, 2021, pp.80-86. Cependant, on pourrait, au regard de la pratique, tenter d'identifier l'investissement à une opération économique par laquelle une personne

Du point de vue de l'investisseur étranger, la clause de stabilisation est un instrument de mitigation des risques, élaboré pour protéger l'investissement d'un certain nombre de risques dans le contexte des investissements étrangers. Durant les décennies 1960 et 1970, les clauses de stabilisation étaient insérées dans les contrats pour tenter de se prémunir contre une vague de nationalisation des projets d'investissement étranger dans l'industrie pétrolière et minière. De nos jours, ces clauses peuvent être utilisées pour protéger les investisseurs de l'arbitraire ou d'une législation discriminatoire à l'égard de l'investisseur, de la nationalisation ou de l'expropriation directe.

L'admission des clauses de stabilisation, durant les décennies 60 et 70 du siècle dernier, n'a pas recueilli la faveur des États fraîchement émancipés de la tutelle coloniale. Aussi, faisant jouer leur nombre au sein de l'Assemblée générale des Nations-Unies, les États nouveaux avaient-ils fait adopter une série de résolutions par lesquelles ils entendaient soumettre les relations contractuelles avec les investisseurs étrangers à leur droit interne⁷.

juridique utilise ses ressources financières pour acquérir des biens de production, s'attacher les services de personnes et/ou mener une activité par lesquels elle entend produire des biens ou des services dont la commercialisation lui procurera un avantage financier immédiat ou différé.

⁵ SHERBERG Andrea, "Stabilization Clauses and Human Rights", *IFC/SRSG Research Paper*, 11 March, 2008, p.4.

⁶ LARDEUX Thomas, *La sécurité juridique et le contentieux international des investissements : Étude du contentieux CIRDI*, L'Harmattan, 2021, p.121.

⁷ On mentionnera particulièrement le § 4 e) et g) de la Résolution 3201 (S.VI) AGNU du 1^{er} mai 1974 portant *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international* ; la Résolution 3202 (S.VI)

Le professeur Prosper Weil rapportait d'ailleurs la vague de fond du droit au développement qui a conduit de nombreux pays à rejeter tout ce qui pourrait compromettre de près ou de loin la maîtrise absolue de l'État sur les investissements privés étrangers. Ce mouvement déborde le domaine des contrats puisqu'il touche à l'ensemble du régime des biens et droits des sociétés étrangères⁸. Cette époque du militantisme juridique visant à instaurer un Nouvel ordre économique international (NOEI) semble, à l'heure actuelle, avoir été supplantée par la logique du libéralisme économique à l'échelle universelle. En témoigne l'attitude plus positive des États en développement à l'égard de l'investissement étranger manifestée par la prolifération des traités bilatéraux et d'autres accords d'investissement exigeant une indemnisation prompte, adéquate et effective de l'expropriation de l'investissement étranger. Cette tendance

récente semble avoir ôté toute signification pratique à ce débat pour les investisseurs étrangers⁹.

Loin de nous épancher, en introduction, sur les linéaments de l'affrontement idéologique Nord-Sud au sein de l'ONU¹⁰, nous nous évertuerons à mettre en relief certaines interrogations qui nous conduiront à formuler des réponses qui, on l'espère, contribueront à la compréhension de la clause de stabilisation qui, tout comme la clause d'intangibilité, constitue une clause caractéristique du contrat d'investissement. En outre, de nos jours, la référence constante à la clause de stabilisation dans les traités bilatéraux d'investissement ainsi que l'application particulière qui en est faite par la jurisprudence du CIRDI¹¹ a débouché sur

AGNU du 1^{er} mai 1974 portant *Programme d'action concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international* ; et la Résolution 3281 (XXIX) AGNU du 12 décembre 1974 portant *Charte des droits et devoirs économiques des États*, particulièrement l'article 2 §§ a) et b).

⁸ WEIL Prosper, « Droit international et contrats d'État », in *Le droit international : Unité et diversité : Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp.549 et ss. Article accessible en ligne sur : <https://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2020/04/Weil-P.-Droit-international-et-contrats-dEtats.pdf>.

⁹ OCDE, « L'"expropriation indirecte" et le "droit de réglementer" dans le droit international de l'investissement », *Documents de travail sur l'investissement international*, numéro 2004/4, Éditions OCDE, 2004, p.2. Document accessible en ligne sur : <http://dx.doi.org/10.1787/871821182042>. Consulté le 2 décembre 2022, à 8 heures GMT.

¹⁰ Le lecteur pourra, entre autres, se référer utilement aux articles ou ouvrages ci-après : FISCHER George, « La souveraineté sur les ressources naturelles », *AFDI* 1962, pp.516-528 ; FEUER Guy, « La théorie de la

souveraineté sur les ressources naturelles dans les résolutions des Nations Unies », in *Colloque d'Alger, Droit international et développement*, OPU, 1978, pp.99-132 ; ROSENBERG Dominique, *Le principe de la souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, LGDJ, 1983, 395 p. ; PEREIRA Ricardo & GOUGH Orla, "Permanent Sovereignty Over Natural Resources In The 21st Century: Natural Resource Governance And The Right To Self-Determination Of Indigenous Peoples Under International Law", *Melbourne Journal of International Law*, Vol.14, 2013, pp.1-45, particulièrement les pages 5 à 10 ; FORTEAU Mathias, MIRON Alina et PELLET Alain, *Droit international public*, 9^e édition, 2022, LGDJ, nos 968-970, pp.1430-1434.

¹¹ Le CIRDI est l'acronyme du Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements. Cette institution a été créée par la Convention de Washington du 18 mars 1965 sous les auspices de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD communément appelée Banque mondiale). Le CIRDI a été créé pour apporter des solutions adaptées à la spécificité du règlement des différends entre État et personnes privées étrangères.

certaines avatars qui font la part belle aux intérêts de l'investisseur étranger¹².

La présente étude pose, en filigrane, la question de l'actualité et des effets de la clause de stabilisation au regard aussi bien des textes juridiques nationaux, communautaires ou internationaux, d'une part, et la jurisprudence des juridictions arbitrales, d'autre part. Autrement dit, quelle est la consistance de la clause de stabilisation ainsi que ses effets juridiques sur les compétences de l'État d'accueil de l'investissement, au regard de l'état actuel du droit ?

La réponse à l'interrogation ci-dessus s'effectuera au moyen d'une démarche analytique. La particularité de ladite démarche réside dans l'étude des choses dans leurs éléments plutôt que dans leur ensemble¹³. Il en résulte que, par la démarche analytique, sera présenté et expliqué le contenu actuel de la clause de stabilisation ainsi que ses incidences, à la fois *inhibitrices* du pouvoir de réglementation de l'État d'accueil de l'investissement et, corrélativement,

surprotectrices de l'investissement étranger.

Appliquée à l'objet de notre étude, la démarche analytique permettra de saisir le changement d'attitude des États en développement, particulièrement ceux d'Afrique, à l'égard des États exportateurs de capitaux depuis l'effondrement du bloc de l'Est. Se délestant de la rhétorique promouvant l'instauration d'un Nouvel ordre économique international (NOEI), les États en développement, dans le sillage de l'effondrement du bloc communiste, ont délaissé progressivement les codes d'investissement dissuasifs au profit de ceux se révélant plus attractifs¹⁴. Cependant, cette dernière tendance semble connaître un ralentissement avec l'adoption, à l'échelle régionale et sous-régionale africaine, de codes d'investissement s'attellant à contrebalancer la surprotection dont jouissent de plus en plus les investissements étrangers.

Dès lors, la réponse à l'interrogation ci-dessus nécessite que l'on analyse, au regard du contexte actuel, la notion de clause de stabilisation, d'une part (I) et que l'on

¹² DUPUY Pierre-Marie et KERBRAT Yann, *Droit international public*, 14^e édition, Paris, Dalloz, 2018, n^{os} 634 et ss., pp.789-803.

¹³

<https://dictionnaire.lerobert.com/definition/analytique>. Document consulté le 10 octobre 2024, à 13 h 06 GMT.

¹⁴ Une classification traditionnelle distinguait entre trois types de réglementation des investissements : les réglementations incitatives, les réglementations neutres et les réglementations dissuasives. Les réglementations neutres étaient précisément celles qui assuraient l'égalité de traitement entre investisseurs nationaux et investisseurs internationaux. Cette réglementation neutre – ou de contrôle –, pratiquée par les pays développés, s'opposait, d'une part, aux

réglementations incitatives et, d'autre part, aux réglementations dissuasives, les unes comme les autres pratiquées, à l'origine, par les pays en développement plus que par les pays développés. Réglementations d'incitation comme réglementations de dissuasion se caractérisaient, l'une et l'autre, par la rupture de l'égalité de traitement entre investisseurs internationaux et investisseurs nationaux. Mais, cette rupture, dans un cas, jouait au bénéfice de l'investisseur international – réglementations d'incitation – et, dans l'autre cas, au préjudice de l'investisseur international – réglementation de dissuasion. Cf. JUILLARD Patrick, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, Tome 250, 1994, pp.41-42.

souligne l'ambivalence qui découle des effets juridiques de cette clause protectrice de l'intégrité du contrat d'investissement, d'autre part (II).

I. Analyse actualisée de la clause de stabilisation

La clause de stabilisation, au regard de ses effets juridiques, a suscité de vives critiques qui n'ont cependant pas empêché son insertion croissante dans les instruments juridiques consacrés aux investissements étrangers. Une compréhension approfondie de ladite clause nécessite de cerner cette

technique juridique¹⁵ aussi bien au plan théorique (A) que pratique, singulièrement dans le droit communautaire ouest-africain secrété par la CEDEAO (B).

A. Exposé théorique sur la clause de stabilisation

Saisir le sens de la clause de stabilisation nécessite que l'on expose ses particularités (1) ainsi que la controverse doctrinale relative à cette technique juridique (2).

¹⁵ La notion de technique juridique connaît deux grandes conceptions. La première est une *conception instrumentale de la technique*. C'est la conception soutenue, entre autres, par Rudolf von Jhering et René Demogue. Selon Jhering, « *Le but de la technique est de pure forme. La question qu'elle est appelée à résoudre se pose dans les termes suivants. Comment le droit [...] doit-il être organisé et établi pour que son mécanisme simplifie, facilite et assure le plus largement possible l'application des règles de droit aux cas concrets ?* » (Souligné par nous). Cf. Von JHERING Rudolph, *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 2^e édition, Paris, Traduit par Octave de Meulenaere, Tome III, 1880, p.18. René Demogue, dans le même ordre d'idées, conçoit la technique juridique comme « *l'étude qui a pour objet de reconnaître les voies par lesquelles une règle idéale de conduite obtient les caractères de la positivité et se transforme en une règle juridique obligatoire* ». Cf. DEMOGUE René, *Les notions fondamentales du droit civil. Essai critique pour servir à l'étude des obligations*, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence/Arthur Rousseau, 1911, p.204. La seconde conception de la technique juridique est une *conception constructive* ; celle visant à produire une réalité sociale. Cette conception est défendue, entre autres, par Martin Heidegger. Selon Heidegger, la technique est constructive au sens où elle produit et fabrique une réalité nouvelle. Au terme de ce processus, la réalisation produite prend place dans la réalité. Plus encore : le produit de la technique s'incorpore à la réalité sociale et perd son caractère d'objet. Cf. HEIDEGGER Martin, « La question de la technique », in *Essais et conférences*, Gallimard, Traduit par André Préau, 1958, p.23. Article accessible en ligne sur : https://monoskop.org/images/3/31/Heidegger_Martin_1958_La_question_de_la_technique.pdf.

Document consulté le 18 octobre 2023, à 11 heures 45 GMT. En illustration, les notions juridiques telles que la personne juridique, la propriété, l'État acquièrent réalité au sein d'une société donnée, avec un effet de vérité aussi solide que les entités auxquelles elles se rapportent : La *personne juridique* devient aussi réelle que l'être humain, la *propriété* que le rapport d'une personne à un bien, l'*État* que l'entité politique et administrative qu'il désigne. Cf. De MUNAGORRI Rafael Encinas, « Qu'est-ce que la technique juridique ? Observations sur l'apport des juristes au lien social », *Recueil Dalloz*, 2004, p.6. Article accessible en ligne sur : halshs-01886331v2. Document consulté le 18 octobre 2023, à 10 heures 15 GMT.

Visiblement, une tendance doctrinale nouvelle opte plutôt pour une complémentarité des conceptions instrumentale et constructive de la notion de technique juridique. Cf. COUDRAIS Maud, « Pour une synthèse entre technique juridique et justice ou le nécessaire abandon de la séparation des fins et des moyens », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2009/1, pp.91-106. Il est évident que la clause de stabilisation, en particulier, et la stabilisation, en général, réalisent cette synthèse (à savoir conception instrumentale et conception constructive) de la notion de technique juridique. Selon la conception instrumentale (celle relative aux moyens), la clause de stabilisation permet de transformer l'idéal de protection de l'investissement étranger en norme juridique positive ; selon la conception constructive (celle relative aux fins), la clause de stabilisation, du moins initialement, s'attelle à instaurer l'équilibre entre l'exercice des prérogatives souveraines de l'État d'accueil, d'une part, et la viabilité de l'investissement étranger, d'autre part.

1. Les particularités de la clause de stabilisation

Selon le professeur Prosper Weil, les « *clauses de stabilisation* » tendent, en affectant une compétence générale à l'État, à parer à l'« *aléa législatif* »¹⁶. Ainsi, constitue une « *clause de stabilisation* », la stipulation contractuelle qui écarte l'application au contrat de toute modification législative ou réglementaire postérieure à sa conclusion¹⁷. Autrement dit, l'État, au moyen de la clause de stabilisation, gèle le droit applicable au contrat d'État. Une partie de la doctrine décèle dans la définition de la clause de stabilisation ci-dessus l'ancrage du contrat d'État dans l'ordre juridique interne de

l'État contractant¹⁸. Une autre partie, en revanche, considère le contrat d'État comme un acte juridique relevant du droit international public¹⁹.

Le professeur John Ruggie, de même, appréhende le terme clause de stabilisation comme faisant référence aux clauses contractuelles dans les *contrats privés entre investisseurs et États hôtes* qui traitent de la question des modifications de la législation dans l'État d'accueil pendant la durée de vie du projet. Tous les contrats d'investissement ne contiennent pas ces dispositions, mais elles sont courantes dans les investissements à long terme dans les industries extractives et dans les contrats

¹⁶ WEIL Prosper, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », in *La Communauté internationale : Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Pedone, 1974, pp.302, 308 et 309.

¹⁷ *Idem*, p.309. Voir également SOSSA Dorothé C., *Le régime juridique international de l'investissement privé étranger dans les pays en développement (Évaluation critique des doctrines courantes et problème de l'élargissement des recours arbitraux internationaux)*, Thèse, Droit, Université d'Ottawa, soutenue publiquement le 22 août 1994, p.110.

¹⁸ On remarquera, sur cette question, le point de vue tranché du professeur Alain Pellet lorsqu'il affirme : « *En vertu de la théorie classique (qui, selon moi, est toujours applicable à cette question), le contrat est enraciné dans un droit national, normalement celui de l'État d'accueil de l'investissement, tandis que le traité est soumis au droit international* ». Cf. PELLET Alain, « Adieu Philippines. Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international », in Sorel Jean-Marc (dir.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle. En hommage aux Professeurs Dominique Carreau et Juillard Patrick*, Paris, Pedone, 2009, pp.97-110. Article accessible en ligne sur : <http://pellet.actu.com/wp-content/uploads/2016/02/PELLET-2009-reclamations-conv-et-contractuelles-drt-investissement-interna.pdf>. Document consulté le 07 août 2023, à 15 heures 13. Voir également COMBACAU Jean et SUR Serge, *Droit international public*, 6^e édition, Paris, Montchrestien, 2004, pp.317-

318 ; YAO-N'DRÉ Paul, *Les contrats de développement : Le cas des États membres du Conseil de l'Entente (Bénin, Côte d'Ivoire, Burkina Faso, Niger, Togo)*, Thèse d'État, Université de Nice, 30 avril 1984, pp.106-107 ; SOSSA Dorothé C., *op. cit.*, pp.129-149, etc.

¹⁹ WEIL Prosper, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », in *La Communauté internationale : Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Pedone, 1974, pp.307-308 ; MANN F.A., SEIDL-HOHENVELDERN I. et LALIVE P., Van HECKE G., « Contrats entre États et personnes privées étrangères », *Revue belge de droit international*, 1975.2, pp.562-594 ; LALIVE Pierre, « L'État en tant que partie à des contrats de concession ou d'investissement conclus avec des sociétés privées étrangères », in UNIDROIT, *New Directions in International Trade Law (Acts and Proceedings of the 2nd Congress on Private Law held by the International Institute for the Unification of Private Law)*, Rome, 9-15 september 1976, Vol.1, pp.317-373 ; JUILLARD Patrick, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, Vol. 250, Martinus Nijhoff, The Hague/Boston/London, 1997, p.31, note 8 ; LEBEN Charles, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, Vol.302, 2003 ; LEBEN Charles, « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *AFDI*, Vol.50, n°1, 2004, pp.683-714, etc.

privés pour les infrastructures publiques et les services essentiels. Ces dispositions – traitant des “modifications de la loi” – sont parfois intégrées dans diverses parties d’un contrat, ou une ou plusieurs clauses peuvent s’appliquer à l’ensemble d’un accord²⁰.

On remarquera, *soit dit en passant*, le fait que le contrat d’État, dans la définition ci-dessus, est rangé dans la catégorie des contrats de droit privé. Une telle conception est inadmissible en droit ivoirien. En effet, la législation ivoirienne, on le verra par la suite, range les contrats minier et pétrolier, dans la catégorie des contrats publics. D’ailleurs, ces contrats miniers et pétroliers ne peuvent être conclus que par l’État, seul propriétaire des gisements miniers²¹ et pétroliers²² de la République de Côte d’Ivoire.

Cette précision faite, il est possible de noter que, selon les auteurs Jean-Marc Loncle et Damien Philibert-Bollez, les clauses de stabilisation dans les accords de développement économique ou dans les contrats d’État constituent l’instrument le plus efficace à la disposition de l’investisseur étranger souhaitant se prémunir contre le risque de *change in law*. Ces clauses sont d’autant plus efficaces

qu’elles sont souscrites par l’État d’accueil lui-même ou avec son accord : leur objet n’est donc pas d’attribuer à une partie la charge d’un éventuel changement législatif pénalisant pour l’investisseur ou d’en effacer les conséquences dommageables, mais de créer au bénéfice de ce dernier un cadre juridique *ad hoc*, régime exceptionnel que seul peut lui accorder un cocontractant bénéficiant de la personnalité juridique internationale²³.

Selon Andrea Shemberg, il est possible de distinguer trois types de clauses de stabilisation. Ce sont les clauses gelant la législation de l’hôte (*Freezing clauses*), les clauses d’indexation financière (*Economic equilibrium clauses*) et les clauses hybrides (*Hybrid clauses*)²⁴.

Les *Freezing clauses* constituent la technique classique des clauses de stabilisation. Elles sont conçues pour geler le droit applicable au contrat d’État (ou à l’investissement) à celui en vigueur au moment de la conclusion dudit contrat. Elles rendent donc la législation nouvelle, c’est-à-dire celle postérieure à la conclusion du contrat d’État, inapplicable à

²⁰ “The term “stabilization clause” refers to the contractual clauses in private contracts between investors and host states that address the issue of changes in law in the host state during the life of the project. Not all investment contracts have these provisions, but they are common in long-term investments in the extractive industries and in private contracts for public infrastructure and essential services. These provisions – dealing with “changes in law” – are sometimes integrated into various parts of a contract, or one or more clauses may apply to the entire agreement”. Cf. RUGGIE John, “Stabilization Clauses and Human Rights”, *International Finance Corporation*, May 2008, p.4. Document consulté le 5 avril 2023, à 10 heures GMT. Article accessible en ligne sur :

http://www.ifc.org/ifcext/media.nsf/Content/Stabilization_Clauses_Human_Rights.

²¹ En vertu des articles premier et 3 de la loi n°2014-318 du 24 mars 2014 portant Code minier.

²² En vertu de l’article 2 de la loi n°96-669 du 29 août 1996 portant Code pétrolier.

²³ LONCLE Jean-Marc et PHILIBERT-POLLEZ Damie, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d’investissement », *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n°3, 2009, pp.267-292.

²⁴ SHERMBERG Andrea, “Stabilization Clauses and Human Rights”, *IFC/SRSG Research Paper*, 11 March, 2008, pp.8-9.

l'investissement²⁵. Elles sont ainsi dénommées parce qu'elles visent à geler (*to freeze*) la législation de l'État d'accueil en considération du projet d'investissement.

Les clauses d'indexation (*Economic equilibrium clauses*) impliquent que, même si la législation nouvelle s'appliquait à l'investissement, l'investisseur sera dédommagé pour les coûts supportés par lui du fait de s'être conformé à cette nouvelle législation. La compensation peut emprunter plusieurs formes telles que l'ajustement tarifaire, la prorogation de la concession, la réduction des prélèvements fiscaux, la compensation monétaire, *etc.* Ces clauses ne visent pas à geler la législation, mais plutôt à maintenir l'équilibre financier du projet d'investissement.

Les clauses hybrides (*Hybrid clauses*), ainsi dénommées parce qu'elles comportent des aspects de chacune des deux premières clauses, exigent que l'investisseur soit restauré dans la position qu'il avait avant la modification de la législation, et que le contrat stipule clairement que les exemptions législatives sont un moyen d'y parvenir. Dans la pratique contractuelle, la technique des *Hybrid clauses* est souvent utilisée²⁶.

Tableau retraçant les types de clauses de stabilisation

Full Freezing Clauses	Limited Freezing Clauses
----------------------------------	---

²⁵ MANIRUZZAMAN A.F.M., "The pursuit of stability in international energy investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends", *Journal of World Energy and Business*, 2008, Vol. 1, n°2, p.124.

both fiscal and non-fiscal law with respect to investment for the duration of the project. Exemptions are required.	freeze a more limited set of legislative actions. Exemptions are required.
Full Economic Equilibrium Clauses protect against the financial implications of <i>all changes of law</i> , by requiring compensation or adjustments to the deal to compensate the investor when any changes occur.	Limited Economic Equilibrium Clauses protect against financial implications of <i>some limited set</i> of changes in law or after specified costs are incurred. They require compensation or adjustments to the deal to compensate the investor only when the covered changes occur.
Full Hybrid Clauses protect against the financial implications of <i>all changes of law</i> , by requiring compensation or adjustments to the deal, including exemptions from new laws, to	Limited Hybrid Clauses protect against financial implications of <i>some limited set</i> of changes in law or after specified costs are incurred. They require compensation or adjustments to the

²⁶ SEMBERG Andrea, "Stabilization Clauses and Human Rights", *IFC/SRSG Research Paper*, 11 March 2008, pp.8-9.

compensate the investor when any changes occur.	deal, including exemptions from new laws, to compensate investor only when the covered changes occur.
---	---

Source: SEMBERG Andrea, “Stabilization Clauses and Human Rights”, *IFC/SRSG Research Paper*, 11 March 2008, p.9.

Si la clause de stabilisation, quelle qu’elle soit, se présente comme une technique juridique permettant de protéger le contrat d’État ou l’investissement étranger, elle est cependant loin d’être favorablement perçue par la doctrine dans son entièreté.

2. La controverse doctrinale sur la clause de stabilisation

La perception de la clause de stabilisation dans les contrats d’État est ambivalente. On note, à ce sujet, une conception méliorative de celle-ci, d’une part, et une conception dépréciative, d’autre part.

Conception méliorative de la clause de stabilisation. Une partie de la doctrine perçoit positivement l’inclusion des clauses de stabilisation dans les contrats d’État. Elle y voit un élément d’éviction de l’instabilité juridique qui découlerait inévitablement de l’exercice des pouvoirs souverains par l’État d’accueil de l’investissement. Parmi

ces partisans de l’effet inhibiteur de la clause de stabilisation figurent les professeurs Prosper Weil et Patrick Juillard.

Le professeur Weil décèle dans les clauses de protection, en général, et la clause de stabilisation, en particulier, un élément de protection de l’investissement étranger. Elles permettent de réduire l’« *aléa de souveraineté* »²⁷. Aussi, les spécialistes du droit de l’investissement conseillent-ils aux investisseurs de l’insérer de manière systématique dans les contrats d’État conclus avec les États d’accueil de leur investissement²⁸. Il est vrai qu’une partie de la doctrine, on le verra par la suite, tend à voir dans la clause de stabilisation une « *arme de pacotille* » qui n’exerce pas l’effet juridique stabilisateur supposé sur le contrat d’État²⁹. Contrairement à cette perception négative, le professeur Weil soutient que la clause de stabilisation est l’élément qui neutralise les incidences négatives des pouvoirs souverains exercés par l’État contractant. Selon lui, dans l’hypothèse où l’on admettrait la mutabilité essentielle des contrats entre États et étrangers, même de manière conditionnée et sous certaines réserves, la présence dans le contrat d’une clause de stabilisation a pour effet précisément de paralyser cette faculté qui pourrait s’exercer en l’absence d’une telle clause³⁰. Bien plus, pour marquer la prééminence de l’autonomie de la volonté des parties au contrat d’État ainsi que le caractère sacré du consensualisme

²⁷ WEIL Prosper, « Les clauses de stabilisation ou d’intangibilité insérées dans les accords de développement économique », in *La Communauté internationale : Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Pedone, 1974, p.303.

²⁸ *Idem*, p.304.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

qui nimbe la formation et l'exécution du contrat d'État, il soutient la thèse selon laquelle les pouvoirs de l'État contractant cèdent le pas devant le contrat d'État en vertu de la doctrine de *sanctity of contracts* : « *Si l'on admet que l'État ne dispose d'aucun pouvoir souverain vis-à-vis d'un contrat passé avec un étranger (thèse de la sanctity of contracts), il va de soi que la question des effets des clauses de stabilisation est réglée du même coup : avec ou sans ces clauses, le contrat l'emporte toujours alors sur la souveraineté* » (Souligné par nous)³¹.

Il est à remarquer que la thèse de la *Sanctity of contracts* est une institution juridique propre à la Common Law, appliquée à la *Law of Contract*³². La thèse de la *Sanctity of contracts* souligne le caractère sacré du contrat en vertu duquel une fois que les deux parties concluent un contrat, elles doivent remplir leurs obligations en vertu de ce contrat. Cela signifie qu'ils doivent

faire ce qu'ils ont promis de faire dans le contrat et qu'ils ne peuvent pas revenir sur le contrat sans conséquences³³. Il s'ensuit qu'une fois le contrat librement et volontairement conclu, il devient sacro-saint et les tribunaux doivent l'appliquer³⁴. Cette thèse tend à *sanctuariser* le contrat librement conclu entre deux personnes juridiques. En d'autres termes, aucune des deux parties ne peut, de sa seule volonté, sans le consentement de l'autre partie ou, sans une autorisation législative expresse en ce sens, procéder unilatéralement à des modifications directes ou indirectes des stipulations du contrat. On remarquera que le professeur Weil, à travers la référence à la thèse de *Sanctity of contracts*, élève le cocontractant au niveau de l'État d'accueil de l'investissement étranger et, par conséquent, dénie l'exercice des pouvoirs exorbitants normalement reconnus à l'État souverain. Sa position tend à assimiler la thèse de la *Sanctity of contracts* au principe *Pacta sunt servanda*, fondement coutumier

³¹ *Idem*, p.314.

³² Sir PARRY David Hughes, *The Sanctity of Contracts in English Law*, London, Stevens & Sons Limited, 1959, 96 p.; SHARMA K.M., "From "Sanctity" to "Fairness": An Uneasy Transition in the Law of Contracts?", *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, Volume 18, Number 2, 1999, pp.95-179; AIRHART Christian A., "Sanctity of Contracts in a Secular Age: Equity, Fairness and Enrichment by Stephen Waddams", *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 58, N°2, 2021, pp.481-487; ANGELO A. H. and ELLINGER E. P., "Unconscionable Contracts – A Comparative Study", *Otago Law Review*, Vol. 4, N°3, 1979, pp.300-339.

³³ The sanctity of contract is a principle that states that once two parties enter into a contract, they must fulfill their obligations under that contract. This means that they must do what they promised to do in the contract, and they cannot back out of the contract without consequences. Cf. <http://www.lsd.law/define/sanctity-of-contract>.

³⁴ En illustration, Innocent Maja, Doyen de la Faculté de Droit de l'Université du Zimbabwe, présente différentes décisions juridictionnelles, au Zimbabwe, dans lesquelles, le juge rappelle le caractère sacro-saint des contrats librement conclus. Rappelons que le Zimbabwe, ancienne possession coloniale britannique, applique également la Common Law. Ainsi, dans l'affaire *Madoo (Pty) Ltd contre Wallace*, la Cour a jugé que « *notre système de droit accorde un grand respect au caractère sacré du contrat (sanctity of contract). Les tribunaux préfèrent confirmer plutôt que rejeter (les contrats)* ». L'affaire zimbabwéenne *Old Mutual Shared Services (Pvt) Ltd contre Shadaya* a établi que la doctrine de la *Sanctity of Contract* est valable au Zimbabwe. L'affaire *Mwayidaida Family Trust contre Madoroba et autres* étaye ce point en estimant qu'« *il est de la politique de la loi de respecter, dans la limite du raisonnable, le caractère sacré des contrats (sanctity of contracts)* ». Cf. MAJA Innocent, "Reflecting on the Applicability of Freedom, Sanctity and Privity of Contract in Zimbabwean Law of Contract", *University of Zimbabwe Law Journal*, 2019, p.175.

de l'obligatorité des accords interétatiques.

La seconde conception favorable à la clause de stabilisation, dans le cadre de la présente étude, est à mettre à l'actif du professeur Patrick JUILLARD. Dans son cours intitulé *L'évolution des sources du droit des investissements*, il soutient que la souveraineté permanente sur les ressources naturelles ne constitue pas une règle de *jus cogens* qui interdirait à un État de s'abstenir d'exercer telle ou telle compétence vis-à-vis d'un investisseur étranger. Cette autolimitation de l'État d'accueil produit ses effets dans l'ordre international³⁵. La position du professeur Juillard épouse la conception de l'arbitre qui, dans un de ses considérants de la sentence *Aminoil*, réfutait le caractère impératif de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Selon ce considérant, « Également sur le plan du droit international, il a été prétendu que la souveraineté permanente sur les ressources naturelles est devenue une règle impérative de *jus cogens*, empêchant les États d'accorder, par contrat ou par traité, des garanties de quelque nature que ce soit à l'encontre de l'exercice de l'autorité publique à l'égard des richesses naturelles. Cette prétention est dénuée de sens »³⁶. En filigrane, il apparaît que la stabilité de l'investissement consentie soit dans un traité bilatéral d'investissement (TBI)

conclu avec l'État de l'investisseur étranger soit dans le contrat d'État n'est pas antinomique avec l'exercice de la souveraineté économique de l'État d'accueil.

Le Professeur JUILLARD marque cependant une restriction relativement à la source juridique de la stabilité de l'investissement convenue entre l'investisseur étranger et l'État d'accueil. Il estime que le contrat d'État, particulièrement le contrat d'investissement, constitue la source juridique appropriée de la stabilité de l'investissement. Cette conception s'explique, selon lui, par l'importance des rapports *intuitu personæ* entre investisseur et État d'accueil de l'investissement³⁷.

La conception soutenue par les deux auteurs précités semble s'inscrire dans le courant libéral des relations internationales. En vertu de celle-ci, l'État est un acteur des relations internationales parmi d'autres. Il n'est donc plus l'acteur exclusif ou, à tout le moins, l'acteur principal des relations internationales³⁸. Ce faisant, il ne saurait faire prévaloir ses seuls intérêts en recourant ou en s'abritant derrière sa souveraineté. Les gains ou avantages glanés par l'État dans son commerce (*sens originel*) avec d'autres acteurs, fussent-ils infra-étatiques, devraient de ce fait résulter de concessions mutuelles (donc de

³⁵ JUILLARD Patrick, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, Tome 250, n°76, 1994, p.56.

³⁶ *Aminoil c. Koweït*, Sentence, 24 mars 1982, *JDI*, 1982, § 90.

³⁷ « Un contrat d'État est une affaire importante, et l'on ne conduit pas un contrat d'État avec un investisseur qu'on ne

connaît pas et dont les capacités restent à démontrer ». Cf. JUILLARD Patrick, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, Tome 250, n°77, 1994, p.57.

³⁸ ROCHE Jean-Jacques, *Théories des relations internationales*, 8^e édition, Paris, Montchrestien, 2010, pp.85-86.

coopération) et non plus de l'exercice de prérogatives exorbitantes à l'égard desdits acteurs. Cette conception égalitariste ne semble pas recueillir la faveur d'autres auteurs qui optent plutôt pour une approche déséquilibrée, en faveur de l'État, des relations entre l'État souverain et les acteurs infra-étatiques des relations internationales ; ces auteurs ont de ce fait une perception dépréciative de la clause de stabilisation.

Conception dépréciative de la clause de stabilisation. Elle sera analysée à travers les auteurs ci-après que sont les Professeurs JOE VERHOEVEN, YAO-N'DRÉ, COMBACAU ET SUR.

Le professeur Joe Verhoeven considère que la clause de stabilisation – tout comme la clause d'intangibilité – est contraire à une norme de *jus cogens* (à savoir la permanence de la « souveraineté économique »). Le caractère impératif voire inaliénable de la souveraineté économique empêche qu'une clause contractuelle – fût-elle de stabilisation – puisse valablement geler les prérogatives inhérentes à la souveraineté de l'État contractant. Dès lors, il perçoit la clause de stabilisation comme dénuée de toute valeur juridique³⁹.

Le Professeur YAO-N'DRÉ, dans le même ordre d'idée, n'admet pas que les pouvoirs souverains de l'État contractant puissent

être gelés par suite de l'application de la clause de stabilisation. Il admet que l'État souverain puisse s'autolimiter à l'égard d'un autre État souverain dans le cadre d'un accord international. En revanche, il refuse l'effet inhibiteur absolu de la clause de stabilisation tel que soutenu, entre autres, par le professeur Weil à travers l'assimilation de celle-ci au principe *pacta sunt servanda*.

Autrement dit, le Professeur YAO-N'DRÉ, en soutenant l'inadéquation de l'assimilation de la clause de stabilisation au principe *pacta sunt servanda*, estime que seule l'invocation de ce dernier principe obligerait indéfiniment l'État à conserver la législation applicable au contrat d'investissement : « *Il est à observer cependant, [écrit-il], que le principe pacta sunt servanda est relatif à l'application des traités dans l'ordre international. En vertu de celui-ci, ceux-là doivent être exécutés de bonne foi. La clause de stabilisation ou d'intangibilité est, au contraire, insérée ou non dans un contrat selon les convenances des parties. Elle a donc un effet limité aux parties contractantes contrairement au principe pacta sunt servanda qui a une portée générale. Ainsi, s'il est déjà difficile d'établir une symétrie entre un principe de l'ordre international et un autre de l'ordre interne, ce n'est pas entre le principe "pacta sunt servanda" et une clause d'un contrat État – personne privée que cette équipollence peut se vérifier* »⁴⁰.

³⁹ VERHOEVEN Joe, « Contrats entre États et ressortissants d'autres États », in *Le contrat économique international*, Paris, Pedone, 1975, p.139 ; VERHOEVEN Joe, « Droit international des contrats et droit des gens (À propos de la sentence rendue le 19

janvier 1977 en l'affaire *California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Oil Company c. État libyen*) », RBDI, 1978-1979, n°1, pp.223-224.

⁴⁰ YAO-N'DRÉ Paul, *Les contrats de développement : Le cas des États membres du Conseil de l'Entente (Bénin, Côte*

Il résulte de cette argumentation que l'État contractant conserve sa prérogative de modifier, le cas échéant, la législation nimbant le contrat d'État, particulièrement le contrat d'investissement, dès lors que l'intérêt général (appréhendé selon l'ordre interne de l'État) l'exige. Sous cette perspective, il apparaît que le contrat d'investissement, en dépit de l'élément d'extranéité tiré soit de la nationalité étrangère du cocontractant de l'État soit de la majorité des actions détenues par des intérêts étrangers, conserve ses caractères de contrat administratif et est soumis, corrélativement, à l'exercice des prérogatives exorbitantes de l'État contractant. Pour aboutir à cette conclusion, le Professeur YAO-N'DRÉ se fonde sur le fait que le contrat d'État est conclu par l'État, personne morale de droit public (satisfaction du critère organique) qui a recours à des prérogatives de puissance publique. Celles-ci sont diverses, à savoir la délivrance d'autorisation de construire ou d'occuper le domaine public, l'octroi de garanties au profit du cocontractant étranger (gel du droit de nationaliser), le droit d'importer sans licences et exemptions de tous droits de douane, le droit à la stabilité du régime fiscal, *etc.* En outre, le contrat de d'investissement consacre également d'autres pouvoirs spéciaux de l'État d'accueil : pouvoir de contrôle et de surveillance, pouvoir d'infliger unilatéralement des sanctions⁴¹.

d'Ivoire, Burkina Faso, Niger, Togo), Thèse d'État, Université de Nice, 30 avril 1984, pp.103-104.

⁴¹ *Idem*, pp.149-150.

De manière plus nuancée, les professeurs Combacau et Sur ne rejettent pas de manière péremptoire l'application de la clause de stabilisation. Ils admettent plutôt la possibilité de recourir à une telle clause dès lors que l'État contractant lui-même s'est préalablement autolimité dans un accord international : « *Dans ces conditions, l'État souverain ne peut être privé du pouvoir qui lui appartient normalement de porter atteinte à la situation juridique acquise par un étranger sous l'empire de son droit interne que s'il s'est lui-même interdit de le faire par un engagement international donnant à l'acte qui l'a constitué une assise extra-étatique et conditionnant la légalité des actes internes ultérieurs* » (Souligné par nous)⁴². Au regard de cette affirmation, il apparaît que la clause de stabilisation ne produira pleinement son effet que si elle se réfère à une disposition conventionnelle, proprement dite, par laquelle l'État contractant s'est préalablement lié, en s'interdisant de modifier la législation nimbant le contrat d'État.

A titre subsidiaire, on pourrait mentionner un auteur, peu connu il est vrai, qui estime que les accords de développement économique conclus de 1955 à 1970 entre les compagnies pétrolières et les États d'accueil prônent au profit de la personne privée, des clauses de protection (y compris la clause de stabilisation) telles qu'elles

⁴² COMBACAU Jean et SUR Serge, *Droit international public*, 6^e édition, Paris, Montchrestien, 2004, pp.380-381.

constituent une atteinte grave à la souveraineté de l'État⁴³.

La controverse doctrinale ci-dessus retrace visiblement deux conceptions opposées sur la prééminence à accorder à la défense soit de l'intérêt particulier (celui de l'investisseur étranger) soit de l'intérêt général (celui du peuple représenté par l'État) ; l'une faisant application de la théorie des droits acquis⁴⁴ tandis que l'autre s'attelle à préserver la souveraineté de l'État, même contractant, contre toute érosion de celle-ci. La conception favorable à la préservation de l'intérêt particulier de

l'investisseur est décelable dans certaines sentences arbitrales des décennies 60 et 70 du siècle dernier⁴⁵. Elle ne semble d'ailleurs pas avoir perdu de son intensité eu égard à la teneur de certaines sentences du CIRDI⁴⁶. Il n'empêche que la position en faveur des pouvoirs souverains avait trouvé un immense soutien, du moins au sein des États en développement qui n'entendaient nullement renoncer à leur souveraineté économique même lorsqu'ils viendraient à conclure des accords d'investissement avec des sociétés transnationales⁴⁷ et autres investisseurs étrangers.

⁴³ ISSAD M., *Les techniques juridiques dans le cadre du développement économique*, CDID, Alger, 1976, Doc. 09/F, p.6.

⁴⁴ En droit international public, les droits acquis désigne la situation juridique créée au profit d'une personne physique ou morale sous l'empire d'une législation dans un État donné, et dont cette personne invoque le respect en cas de changement de législation, soit au sein même du même État, soit en cas de succession d'États. Cf. CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^e édition, Quadriges/Puf, 2012, p.372. Le professeur Pierre-Marie Dupuy considère comme droits acquis les droits privés, que le changement de souveraineté (entre État prédécesseur et État successeur) laisse en principe intacts. Sont ainsi protégés tous les droits de propriété corporelle et incorporelle régulièrement dévolus à une personne physique ou morale et susceptibles d'évaluation pécuniaire : droits personnels d'origine contractuelle et droits réels proprement dits. Cf. DUPUY Pierre-Marie et KERBRAT Yann, *Droit international public*, 14^e édition, Paris, Dalloz, 2018, n°74, pp.77-78. Au regard de la jurisprudence internationale, la méconnaissance des droits acquis par un État est de nature à engager sa responsabilité internationale. Cf. *Affaire relative à l'usine de Chorzon (demande en indemnité)*, Compétence, 26 juillet 1927, CPJI, Série A, n°9, pp.27-28. La prégnance des droits acquis est telle que l'État qui viendrait à subjugué un autre État par la *debellatio* « n'a pas seulement le devoir strict de respecter les droits acquis ; il est encore moralement tenu de chercher par tous les moyens en son pouvoir à en garantir le maintien et à en améliorer ou à en faciliter l'exercice ». Cf. CALVO Charles, *Dictionnaire de droit international public et privé*, Paris, Éditions Pedone-Lauriel, 1885, p.176.

⁴⁵ « Rien ne s'oppose à ce qu'un État, dans l'exercice de sa souveraineté, se lie irrévocablement par les clauses d'une concession et attribue à un concessionnaire des droits irrévocables ». Cf. *Aramco c. Arabie Saoudite*, Sentence, 23 août 1958, RCDIP 1963, ILR, vol.27, p.117 ou RCDIP 1963, p.315.

L'État « ne saurait se prévaloir de sa souveraineté pour méconnaître les engagements auxquels il a librement souscrits [...] L'État souverain nationalisant ne saurait méconnaître les engagements pris par l'État contractant ». Cf. SA, René-Jean Dupuy, 19 janvier 1977, *Texaco-Calasiatic c. Libye*, JDI 1977, p.370.

⁴⁶ Cf. infra II.A.1. relativement à la théorie de l'expropriation indirecte. Voir particulièrement la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Aucoven*. Cf. *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. ("Aucoven") v. Bolivarian Republic of Venezuela ("Venezuela")*, Award, 23 septembre 2003, ICSID Case No. ARB/00/5, §§ 106-129, pp.32-38. En substance, on remarquera que même l'invocation de l'insurrection populaire (susceptible d'entraîner le renversement des autorités étatiques) comme une cause de force majeure par le Venezuela n'a pu libérer celui-ci de ses obligations contractuelles à l'égard de la société *Aucoven*. Sa décision de différer la hausse des tarifs de la redevance autoroutière en vue de juguler l'insurrection populaire a été interprétée par le CIRDI comme ayant entraîné une expropriation indirecte de l'investisseur étranger, l'*Aucoven*.

⁴⁷ Le concept de « transnational » dont l'origine est attribuée au Professeur Phillip Jessup (*Transnational Law*, Yale University Press, 1956, VIII-115 p.) désigne, à l'heure actuelle, un « tiers ordre juridique » (M. Virally) constitué de règles d'origine purement privée qu'appliquent les pouvoirs privés, principalement

Aussi, ont-ils, par l'effet de leur avantage numérique à l'Assemblée générale des Nations Unies, œuvré en vue d'obtenir l'adoption de certaines résolutions onusiennes par lesquelles ils entendaient refonder, entre autres, les relations juridiques entre investisseurs étrangers et États d'accueil de l'investissement étrangers⁴⁸. Ce militantisme des États en développement semble avoir trouvé un écho favorable dans la jurisprudence arbitrale si l'on considère la teneur de la sentence rendue dans l'affaire *Aminoil c. Koweït*. Celle-ci admet implicitement que l'État contractant ne saurait voir ses pouvoirs souverains être indéfiniment gelés par application de la clause de stabilisation⁴⁹.

économiques (« entreprises transnationales »), dans leurs rapports *inter se* ou avec les États. Cf. FORTEAU Mathias, MIRON Alina et PELLET Alain, *Droit international public*, 9^e édition, Paris, LGDJ, 2022, n°5, p.61.

En droit international économique, la doctrine utilise le concept de *transnational* pour traduire le caractère non interétatique des rapports entre État et investisseur étranger. On pourrait mentionner, entre autres, les auteurs ci-après : JACOB Patrick, LATTY Franck et De NANTEUIL Arnaud, « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI*, LXI, 2015, pp.857-909 ; ZUMBASEN Peer, "Transnational Law: Theories and Applications", *TLI Think! Paper*, 15/2020, pp.2-35. Document accessible en ligne sur : <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3601385>. Consulté le 24 août 2023, à 14 heures 45 ; LHUILIER Gilles, *Le droit transnational*, Dalloz, 2016, 522 p.

⁴⁸ La position des États en développement a trouvé un écho favorable dans les différentes résolutions successives de l'Assemblée générale des Nations Unies : Résolution 1803 (XVII) AGNU du 14 décembre 1962 portant *Déclaration sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles* ; Résolution 3201 (S VI) AGNU du 1^{er} mai 1974 portant *Déclaration sur le Nouvel ordre économique international (NOEI)* ; Résolution 3202 (S VI) AGNU du 1^{er} mai 1974 portant *Programme d'action relatif à un Nouvel ordre économique international* ; Résolution 3281 (XXIX)

Ces controverses doctrinales sur les clauses de stabilisation ne semblent pas avoir dissuadé certains États et organisations communautaires ouest-africaines, singulièrement la CEDEAO, de recourir à cette technique juridique.

B. La pratique ouest-africaine de la stabilisation des contrats d'investissement : Cas de la CEDEAO

L'Afrique de l'ouest, à l'image d'autres régions du monde, connaît le phénomène de l'intégration régionale. En témoigne l'existence des deux institutions économiques régionales (IER) que sont la CEDEAO⁵⁰ et l'UEMOA⁵¹. Chacune d'elle, parmi la multitude d'activités qu'elle

AGNU du 12 décembre 1974 portant *Charte des droits et devoirs économiques des États*.

⁴⁹ « Sans aucun doute, les limitations contractuelles du droit de l'État de nationaliser sont juridiquement possibles, mais cela impliquerait un engagement particulièrement grave qui devrait être expressément stipulé et qui devrait se conformer aux règles régissant la conclusion des contrats avec un État ; et, en règle générale, **elles ne devraient concerner qu'une période relativement limitée** » (Souligné par nous). Cf. *Aminoil c. Koweït*, Sentence, 24 mars 1982, Arbitrage *ad hoc*, JDI, 1982, p.894.

⁵⁰ Acronyme de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'ouest. Cette organisation d'intégration régionale a été créée sous la forme d'une union douanière au moyen du Traité de Lagos du 28 mai 1975. La CEDEAO a été recréée au moyen du Traité de Cotonou adopté le 24 juillet 1993 qui en a désormais fait une union économique et monétaire. La CEDEAO, initialement composée de 16 États, a vu ce nombre décroître passant à 15 (avec le retrait de la Mauritanie en 2000) puis, à 12 après le retrait du Mali, du Burkina Faso et du Niger, le 28 janvier 2024. Ces trois États ont constitué, par la suite, l'Alliance des États du Sahel (AES), un pacte de défense mutuelle conclu le 16 septembre 2023 entre les trois États précités. L'AES s'est muée en une confédération d'États après l'adoption, le 06 juillet 2024 à Niamey, du traité fondateur de ladite confédération.

⁵¹ Acronyme de l'Union économique et monétaire ouest-africaine. L'UEMOA a été créée le 10 janvier

entreprend, a consacré une législation à la protection de l'investissement étranger. Cette production normative se perçoit à l'analyse du droit communautaire secrété, entre autres, par les organes compétents de la CEDEAO. Celle-ci semble rechercher un rééquilibrage des rapports entre État d'accueil et investisseur étranger avec cependant une prévalence des intérêts du premier⁵². La législation CEDEAO consacrée à la protection de l'investissement étranger est constituée par un ensemble de textes juridiques⁵³. En l'état actuel, la protection de l'investissement étranger, en droit matériel de la CEDEAO, trouve son fondement juridique dans deux textes juridiques distincts que sont le Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie adopté le 31 janvier 2003, d'une part (1), et le Code des investissements de la CEDEAO

(ECOWIC) adopté en juillet 2018, d'autre part (2).

1. La stabilisation de l'investissement dans le Protocole A/P4/1/03 du 31 janvier 2003 sur l'énergie

Le Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie, conformément à son intitulé, revêt un domaine d'application matérielle plus restreint, étant limité aux matières et produits énergétiques⁵⁴. L'examen des dispositions de cet acte juridique, particulièrement de l'article 10 (intitulé *Promotion, protection et traitement des investissements*), laisse entrevoir l'obligation pour l'État d'accueil de veiller à une égalité de traitement entre l'investisseur ressortissant de l'État d'accueil et l'investisseur originaire d'un autre État membre de la CEDEAO ou d'un État extra-CEDEAO⁵⁵. En vertu du § 3 de

1994 à Dakar, au Sénégal. Le siège de l'UEMOA est à Ouagadougou, au Burkina Faso.

⁵² En revanche, le droit communautaire de l'UEMOA et ses diverses applications dans les législations de ses États membres s'orientent principalement dans le sens de la prévalence du régime protecteur de l'investissement étranger. Ce faisant, elle s'inscrit dans la tendance classique et n'innove pas réellement au regard de la tendance actuelle du droit de l'investissement étranger. Elle ne présente visiblement pas un grand intérêt eu égard à l'intitulé de la présente étude qui met l'accent sur la tendance au rééquilibrage des rapports entre État d'accueil et investisseur étranger. Le lecteur pourra se faire une opinion sur le droit de l'UEMOA relativement à l'investissement étranger en consultant, entre autres : CHARLET Alain, LAPORTE Bertrand, De QUATREBRAS Céline et BOUTERIGE Yannick, « La convergence fiscale dans le secteur minier des pays de l'UEMOA : la législation communautaire en question ? », *Revue de Droit fiscal*, n°8, 21 février 2019, pp.1-39.

⁵³ On pourrait mentionner, entre autres, l'Acte additionnel A/SA.16/02/12 portant adoption de la Politique de Développement des Ressources Minérales de la CEDEAO (PDRMC), l'Acte additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption de règles

communautaires en matière d'investissement et de leur modalité d'application au sein de la CEDEAO et la Directive C/DIR3/D5/D9 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier. Ces textes juridiques ont préparé le terrain à l'adoption de l'ECOWIC, un texte qui amplifie et consolide la tendance au rééquilibrage des rapports entre État d'accueil et investisseur étranger.

⁵⁴ Au regard de l'Annexe A au Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie, on distingue trois (03) catégories de matières et produits énergétiques. *Première catégorie* : l'énergie nucléaire ; *deuxième catégorie* : le charbon, le gaz naturel, le pétrole et produits pétroliers, l'énergie électrique ; *troisième catégorie* : l'énergie de la biomasse.

⁵⁵ « Chaque Partie Contractante encourage et crée, conformément aux dispositions du présent Protocole, des conditions stables, équitables, favorables et transparentes pour la réalisation d'investissements dans sa zone par les investisseurs. Ces conditions comprennent l'engagement d'accorder, à tout instant, un traitement loyal et équitable aux investissements des investisseurs des autres Parties Contractantes. Ces investissements bénéficient également d'une protection et d'une sécurité les plus constantes possible, et aucune Partie Contractante n'entrave, en aucune manière, par des mesures non justifiées ou discriminatoires, leur gestion, maintien, utilisation, jouissance ou disposition. En aucun cas, ces investissements ne

l'article 10 précité, l'investisseur étranger bénéficie d'un traitement national et ne saurait, dès lors, être soumis à une discrimination⁵⁶.

On pourrait s'interroger sur l'existence d'une obligation incombant à l'État d'accueil de veiller à la stabilisation de la législation applicable à la constitution de l'investissement étranger. Si l'on s'en tient à l'article 10 § 1 précité *in fine*, « *Chaque Partie Contractante respecte les obligations qu'elle a contractées vis-à-vis d'un investisseur ou à l'égard des investissements d'un investisseur d'une autre Partie Contractante* ».

Devrait-on inférer de cette disposition que l'État d'accueil est tenu de ne pas modifier la législation applicable à l'investissement étranger afin de ne pas compromettre la rentabilité dudit investissement ? Autrement dit, la législation régissant l'investissement étranger devrait-elle rester immuable afin de ne pas préjudicier à la rentabilité dudit investissement ? Ou, au contraire, l'État d'accueil conserve-t-il son pouvoir de légiférer à tous égards pourvu que cela ne compromette pas la rentabilité de l'investissement étranger ?

La première hypothèse conduit à la sanctuarisation de la législation applicable à l'investissement étranger. En revanche, la

seconde hypothèse revient à concilier la souveraineté économique de l'État d'accueil avec la préservation des intérêts de l'investisseur étranger.

Opter pour la première hypothèse reviendrait à interpréter l'article 10 § 1 *in fine* comme soumettant l'État d'accueil soit au principe de *Sanctity of contracts* (cas d'une clause de stabilisation insérée dans le contrat d'État) soit à celui de *Pacta sunt servanda* (cas d'une stabilisation insérée dans le traité bilatéral d'investissement conclu entre l'État d'accueil et l'État d'obédience de l'investisseur étranger)⁵⁷. Sous cet angle, l'article 10 § 1 *in fine* du Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie ferait la part belle à l'investissement étranger au détriment de l'État d'accueil de l'investissement. Une telle interprétation serait difficilement soutenable si l'on tient compte de la tendance constatée dans la législation communautaire CEDEAO relative au régime applicable à l'investissement étranger.

En revanche, il serait raisonnable de pencher pour la seconde hypothèse dans laquelle le Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie s'attelle à concilier la souveraineté économique de l'État d'accueil avec la préservation des intérêts de l'investisseur étranger. D'ailleurs, en

peuvent être traités d'une manière moins favorable que celle requise par le droit international, y compris les obligations conventionnelles... » (Article 10 § 1 du Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie).

⁵⁶ « *Aux fins du présent article, on entend par "traitement" le traitement qui est accordé par une Partie Contractante et qui n'est pas moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres investisseurs ou aux investisseurs de toute autre Partie Contractante ou de tout État tiers, le traitement à retenir étant celui qui est le plus favorable* » (Souligné par nous).

⁵⁷ Ce point de vue n'est nullement une vue de l'esprit. Il est d'ailleurs conforté par la jurisprudence en certaines affaires : *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company c. Jamahiriya Arabe Libyenne*, Sentence, R.-J. Dupuy, 19 janvier 1977, JDI 1977, § 71. Consulter également DOLZER Rudolph & SCHREUER Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp.75-76 ; LARDEUX Thomas, *La sécurité juridique et le contentieux international des investissements : Étude du contentieux CIRDI*, L'Harmattan, 2021, p.121.

vertu de l'article 18 du Protocole précité, « *les Parties Contractantes reconnaissent la souveraineté nationale et les droits souverains sur les ressources énergétiques. Elles réaffirment qu'ils doivent être exercés en conformité et sous réserve des règles du droit international* ».

Une autre préoccupation est relative à la possibilité (ou l'impossibilité) pour l'État d'accueil d'exproprier l'investissement étranger. Autrement dit, l'État membre de la CEDEAO, au regard du Protocole A/P4/03 sur l'énergie, est-il juridiquement fondé à exproprier l'investissement étranger ?

La réponse à cette interrogation réside dans l'article 12 du Protocole précité. L'alinéa 1^{er} dudit article admet, sous certaines conditions, la possibilité d'une telle expropriation. En effet, en vertu de cet alinéa, l'expropriation est possible lorsqu'elle : « *a) Est effectuée pour des motifs d'intérêt public ; b) n'est pas discriminatoire ; c) est effectuée avec les garanties prévues par la loi ; et d) est accompagnée du prompt versement d'une compensation adéquate et effective* ».

L'exercice de ce droit à l'expropriation s'accompagne corrélativement de certains droits et garantis reconnus à l'investisseur étranger. Ainsi, en vertu de l'alinéa 2 de l'article 12 précité, l'investisseur exproprié a le droit de faire procéder à un prompt réexamen, selon la loi de l'État expropriant qui exproprie, par une autorité judiciaire ou une autre autorité compétente et indépendante dudit État, de son choix, de l'estimation de son investissement et du paiement de la compensation.

En outre, pour prévenir toute équivoque, l'alinéa 3 de l'article 12 prévoit que l'expropriation couvre les situations dans lesquelles un État membre de la CEDEAO exproprie les avoirs d'une compagnie ou d'une entreprise qui opère dans sa zone et dans laquelle un investisseur a un investissement, y compris par le biais de la détention de titres.

La prise en compte de la souveraineté économique de l'État d'accueil dans le Protocole précité du 31 janvier 2003 sur l'énergie est aussi décelable dans le Code des investissements de la CEDEAO de juillet 2018.

2. La stabilisation de l'investissement dans le Code des investissements de la CEDEAO

Contrairement au Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie, le Code des investissements de la CEDEAO (ECOWIC) couvre un domaine d'application matérielle (*ratione materiae*) plus vaste. Il apparaît comme le droit commun (*jus commune*) de l'investissement dans l'espace CEDEAO tandis que le Protocole précité équivaudrait à un droit spécial (*ius speciale*) de l'investissement, s'appliquant exclusivement en matière énergétique.

Comparativement aux normes pertinentes du droit international économique, l'ECOWIC se particularise par la dilution du régime juridique très protecteur de

l'investissement étranger⁵⁸. Elle opte plutôt pour la promotion et la protection des investissements en vue de contribuer à la croissance économique et sociale de l'État d'accueil de l'investissement. Sur le fondement de l'article 31 § 4 de l'ECOWIC, les États membres de la CEDEAO peuvent imposer des exigences pour promouvoir les avantages du développement national tirés des investissements. Bien plus, l'ECOWIC fait obligation à l'investisseur étranger de ne pas méconnaître le pouvoir normatif de l'État d'accueil de l'investissement lorsque ce dernier prend des mesures nécessitées par les évolutions sociales et économiques en leur sein⁵⁹. On ne saurait, en la matière, parler de *révolution* mais plutôt d'*évolution*. Avant l'adoption de l'ECOWIC, en effet, la doctrine évoquait déjà la tendance de la législation internationale à intégrer les préoccupations de l'État d'accueil de l'investissement, visant ainsi le rééquilibrage des intérêts respectifs de l'investisseur étranger et de l'État d'accueil de l'investissement⁶⁰.

Dans le cadre particulier des nationalisations, cette position de conciliation trouve, elle aussi, un écho favorable dans la jurisprudence arbitrale *ad hoc*. Ainsi dans l'affaire *Liamco c. Jamahiriya Arabe Libyenne*, l'arbitre Mahmassani a soutenu le droit pour l'État d'accueil à nationaliser l'investissement étranger. Cependant, l'exercice de ce droit devra s'effectuer de manière non-discriminatoire afin de conférer une légalité à la décision de nationalisation : « *Il est clair et incontestable que la non-discrimination est une condition nécessaire à la validité d'une nationalisation légale. Il s'agit d'une règle bien établie dans la théorie et la pratique du droit international* (V. White, *op.cit*, p.119 et s.). *Par conséquent, une nationalisation purement discriminatoire est illégale et illicite* »⁶¹.

Ainsi que le relève le professeur Mbengue, la CEDEAO ne s'inscrit visiblement plus dans la perspective de protéger « *vaille que vaille* »⁶² les investissements étrangers. Cette nouvelle tendance pourrait trouver une explication dans le fait que le régime extrêmement protecteur des

⁵⁸ TOSSA Mawuto, « L'évolution normative de la CEDEAO en matière d'investissement : une analyse des règles substantielles de l'ECOWIC », *Revue internationale de droit économique*, 2022/1, Tome XXXVI, p.33.

⁵⁹ « **Les investisseurs** qui opèrent dans la région de la CEDEAO, dans la poursuite de leurs objectifs économiques, ne doivent pas entraver le développement social et économique des pays d'accueil ; en particulier, **ils doivent être sensibles aux changements des objectifs sociaux et économiques leurs pays d'accueil. En conséquence, il ne devrait pas y avoir de conflit entre les obligations des parties à l'accord d'investissement et le droit souverain des pays de poursuivre d'autres objectifs politiques essentiels** » (Souligné par nous) (Article 31 § 3 ECOWIC).

⁶⁰ El BOUDOUHI Saïda, « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *AFDI*, vol.51, 2005, p.543.

⁶¹ « *It is clear and undisputed that non-discrimination is a requisite for the validity of a lawful nationalization. This is a rule well established in international legal theory and practice* (V. White, *op.cit*, p.119 et s.). *Therefore, a purely discriminatory nationalization is illegal and wrongful*". Cf. *Libyan American Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Award, April 12 1977, *Ad hoc Arbitration*, S.R. Mahmassani, § 244, p.46.

⁶² MBENGUE Makane Moïse, « Les obligations des investisseurs », in DUBIN Laurence, BODEAU-LIVINEC Pierre, ITEN Jean-Louis et TOMKIEWICZ Vincent (dir.), *L'entreprise multinationale et le droit international*, Pedone, 2017, p.296.

investissements étrangers fut pendant longtemps justifié par le contexte historique et politique de l'après-décolonisation. La méfiance et l'attitude hostile de certains gouvernements vis-à-vis des investisseurs étrangers se sont estompées et elles ne justifient plus aujourd'hui un régime surprotecteur des investissements qui visait à corriger le déséquilibre originel lié à la qualité étatique de l'une des deux parties aux contrats d'investissements⁶³.

Une partie de la doctrine est même d'avis que la nouvelle législation communautaire CEDEAO opère une rupture en faveur de l'État d'accueil de l'investissement à travers la prévalence de l'« exigence de rendement » à travers l'affirmation du droit des États d'accueil d'exiger des performances⁶⁴, au détriment de celle d'« attentes légitimes »⁶⁵. Cette réorientation contenue dans l'ECOWIC était déjà perceptible dans l'article 24 de l'Acte additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissement et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO⁶⁶.

⁶³ El BOUDOUHI Saïda, « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *AFDI*, vol.51, 2005, p.542.

⁶⁴ FALL Cheick Lo, *La protection juridique des investissements directs étrangers dans les pays en développement : l'exemple de l'Afrique de l'ouest*, Thèse unique, Droit public, Université de Bordeaux, 2018, n°564, p.387.

⁶⁵ Sur la notion d'« attentes légitimes », voir : FALL Cheick Lo, *op. cit.*, n°563, p.386 ; De NANTEUIL Arnaud, *Droit international de l'investissement*, Pedone, 2014, p.332.

⁶⁶ En vertu de l'article 24 de l'Acte additionnel A/SA.3/12/08, « les États d'accueil **peuvent imposer des exigences de rendement** pour promouvoir des retombées nationales des investissements en matière de développement. Les mesures adoptées avant l'achèvement, par

Les clauses de stabilisation, au regard des controverses qu'elles suscitent, produisent des effets différents selon que l'on soit l'investisseur étranger ou l'État d'accueil de l'investissement.

II. Les effets ambivalents de la clause de stabilisation

L'insertion de la clause de stabilisation dans le contrat d'État emporte certaines incidences sur les parties audit contrat. L'État d'accueil de l'investissement peut voir ses prérogatives contractuelles voire extra-contractuelles être fortement réduites⁶⁷ par suite de certaines métamorphoses de la clause de stabilisation qui visent à accroître la sécurité de l'investissement étranger (A). Ce faisant, la clause de stabilisation et ses corollaires débouchent sur une atrophie du pouvoir normatif de l'État d'accueil de l'investissement (B).

A. L'accroissement de la sécurité juridique de l'investissement étranger

Deux avatars de la clause de stabilisation contribuent à consolider la sécurité juridique de l'investissement. Ceux-ci sont,

l'État d'accueil, des mesures prescrivant les formalités pour l'établissement d'un investissement sont réputées conformes au présent Acte additionnel... » (Souligné par nous).

⁶⁷ Sur la question de l'amoindrissement des pouvoirs de l'État d'accueil, le lecteur pourra consulter utilement les publications ci-après : MAYER Pierre, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrat d'État », *JDI* 1986, pp.5-78 ; TITI Catharine, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'État d'accueil ? », *JDI* 2014, pp.541-562 ; LARDEUX Thomas, *La sécurité juridique et le contentieux international des investissements : Étude du contentieux CIRDI*, Coll. « Le Droit aujourd'hui », L'Harmattan, 2021, pp.119 et ss.

d'une part, la théorie de l'expropriation indirecte et, d'autre part, la technique juridique de la *Umbrella Clause*. La théorie de l'expropriation indirecte implique l'obligation pour l'État d'accueil de stabiliser, de gérer la législation applicable à l'investissement étranger. La méconnaissance de cette obligation fonde l'investisseur étranger à invoquer une violation, par l'État d'accueil, des stipulations contractuelles protégeant son investissement. Sous ce rapport, cette théorie apparaît comme une norme protectrice relevant du droit matériel régissant l'investissement étranger (1). Elle se distingue, de ce fait, de la technique de la *Umbrella Clause* qui, elle, relève du droit processuel (2).

1. La théorie de l'expropriation indirecte

Afin d'appréhender la notion d'expropriation indirecte, il importe de se référer, entre autres, à la doctrine, singulièrement à un écrit du professeur Ian Brownlie. Dans son ouvrage intitulé *Principles of Public International Law*, le professeur Ian Brownlie fait remarquer, en substance, que les mesures que prennent les États, à première vue, une prérogative légitime des gouvernements, peuvent affecter considérablement les intérêts étrangers sans équivaloir à une expropriation. C'est ainsi que les avoirs étrangers et leur utilisation peuvent faire l'objet d'impositions, de restrictions commerciales impliquant des licences et

des quotas, ou de mesures de dévaluation. Bien que des faits particuliers puissent modifier la situation, en principe, ce type de mesures n'est pas illégal et ne constitue pas une expropriation⁶⁸.

Pour sa part, le professeur Yves Nouvel appréhende l'expropriation indirecte comme « *toute mesure adoptée par l'État d'accueil, quel que soit son motif, qui prive l'investisseur étranger de l'usage, des bénéfices ou du contrôle de ses avoirs au même titre que le ferait une mesure formelle d'expropriation* »⁶⁹.

Les deux définitions (complémentaires) de l'expropriation indirecte mettent l'accent sur l'effet de la mesure ayant entraîné une dépossession *de facto* à l'égard de l'investisseur étranger. C'est ce que Mathilde Frappier identifie comme étant « *la doctrine de l'effet unique* » laquelle doctrine se concentre uniquement sur l'effet de la mesure pour la qualifier ou non d'expropriation indirecte. Aucun autre critère n'entre en ligne de compte⁷⁰. Les professeurs Dupuy et Kerbrat parviennent au même constat lorsqu'ils soutiennent : « *Dans ce type de contentieux, ce qui est d'abord pris en compte n'est plus la légalité intrinsèque de la mesure prise par l'État d'accueil, laquelle frappe souvent l'investissement de façon indirecte. Ce que retiennent les arbitres, c'est davantage le critère matériel de la réalité du préjudice économique subi par l'investisseur en*

⁶⁸ BROWNLIE Ian, *Principles of Public International Law*, 6th edition, Oxford University Press, 2003, p.509.

⁶⁹ NOUVEL Yves, « L'indemnisation d'une expropriation indirecte », *International Law FORUM du droit international*, 2003, Vol.5, p.198.

⁷⁰ FRAPPIER Mathilde,.

liaison avec l'initiative prise par l'État d'accueil » (Souligné par nous)⁷¹.

À la lueur de cette présentation, il est possible d'affirmer que l'expropriation indirecte ou la privation *de facto* de la propriété d'un bien peut résulter de l'ingérence d'un État dans l'utilisation de ce bien ou des avantages que celui-ci procure sans qu'il soit même saisi ou que le titre légal de propriété en soit affecté. Les mesures prises par l'État ont alors un effet analogue à celui d'une expropriation ou d'une nationalisation et l'on parle généralement dans ce cas d'expropriation « indirecte », « rampante », ou « de fait » ou encore de mesures « équivalant » à une expropriation. Ce concept va dans le sens d'un élargissement de la notion d'expropriation.

Le projet de Code panafricain d'investissement⁷², qui visiblement a été délaissé au profit du Protocole sur les investissements à l'Accord portant création de la Zone de libre-échange continentale africaine, ne définit pas expressément l'expropriation indirecte. Tout au plus, le projet de Code panafricain

d'investissement opte pour une approche allusive à l'expropriation indirecte à travers le groupe de mots « *mesures à effets équivalents à la nationalisation ou l'expropriation* ». On remarquera que le projet ne prohibe pas (de manière absolue) la possibilité pour l'État d'accueil de l'investissement de procéder, entre autres, à une expropriation indirecte. Celle-ci est admise lorsque certaines conditions sont réunies⁷³.

En revanche, le Protocole sur les investissements à l'Accord portant création de la Zone de libre-échange continentale africaine⁷⁴ définit, en son article 19 § 2 c), la notion d'expropriation indirecte. Selon cette disposition, « *l'expropriation indirecte résulte d'une mesure ou d'une série de mesures ayant un effet équivalent à celui d'une expropriation directe sans transfert formel de titre ou sans saisie pure et formelle* ». Ce Protocole conçoit l'expropriation indirecte de manière restrictive lorsqu'il dispose : « *Le seul fait qu'une mesure ou une série de mesures ait un effet négatif sur la valeur économique d'un investissement ne constitue pas une*

⁷¹ DUPUY Pierre-Marie et KERBRAT Yann, *Droit international public*, 14^e édition, Paris, Dalloz, 2018, n°634, p.794.

⁷² Le projet de Code panafricain d'investissement a été adopté en décembre 2016 à l'issue de la Réunion annuelle conjointe du Comité technique spécialisé de l'Union africaine sur les finances, les affaires monétaires, la planification économique et l'intégration ; de la Conférence des ministres africains des finances, de la planification et du développement économique de la Commission économique pour l'Afrique (9^e session tenue du 25 mars au 2 avril 2016 à Addis-Abeba, en Éthiopie) et de la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique (35^e session qui s'est tenue du 31 mars au 2 avril 2016, à Addis-Abeba, en Éthiopie).

⁷³ Article 11 § 1 (Projet de Code panafricain d'investissement) : « *Les investissements effectués dans les États membres ne sont pas nationalisés ni expropriés ou soumis à des mesures à effets équivalents à la nationalisation ou l'expropriation, sauf si les conditions suivantes sont remplies de manière cumulative :*

- a) *Intérêt public lié aux besoins internes de l'État membre en question ;*
- b) *Non-discrimination ;*
- c) *Moyennant une indemnisation adéquate ;*
- d) *Conformément à une procédure légale .*

⁷⁴ Le Protocole sur les investissements à l'Accord portant création de la Zone de libre-échange continentale africaine a été adopté par les chefs d'État africains les 18 et 19 février 2023, lors du 36^e Sommet de l'Union africaine à Addis-Abeba, en Éthiopie.

expropriation indirecte ». En filigrane, le Protocole conçoit comme expropriation indirecte seulement la ou les mesures débouchant sur une dépossession de facto de l'investisseur étranger. Ne sauraient, par conséquent, être assimilées à une expropriation indirecte les fluctuations sur la valeur économique de l'investissement réalisé dès lors que celles-ci sont inhérentes aux risques normalement encourus dans la conduite des affaires en matière économique, risques d'ailleurs couverts par certaines polices d'assurance et autres garanties⁷⁵. D'ailleurs, la détermination de la matérialité de l'expropriation indirecte n'est pas laissée à la seule appréciation de l'investisseur étranger. Cette qualification est le fruit d'une enquête menée⁷⁶ sur le fondement de l'article 19 § 2 c)⁷⁷.

Visiblement, le projet de Code et le Protocole précité semblent plus équilibrés vu qu'ils tiennent compte des contraintes auxquelles un État (africain) peut être

confrontées ; lesquelles contraintes peuvent consister en des troubles sérieux à l'ordre public. On note, ici, un contraste avec l'attitude de l'arbitre dans l'affaire *Aucoven c. Venezuela*⁷⁸. Dans cette affaire, les arbitres du CIRDI n'ont nullement tenu compte de la force majeure invoquée par le gouvernement vénézuélien eu égard à l'insurrection populaire consécutive au changement de tarif du passage sur l'autoroute concédée à la société *Aucoven*, une société à capitaux étasuniens.

Certains auteurs déplorent la surprotection de l'investissement étranger au détriment du pouvoir normatif de l'État⁷⁹. À ce sujet, HORCHANI écrit : « *Au nom de la protection des droits des investisseurs étrangers prévue par l'accord, les politiques publiques des États sont mises en cause dans des domaines sensibles tels que l'environnement, l'eau, la santé, la consommation, la souveraineté judiciaire* »⁸⁰. L'économiste Joseph

⁷⁵ Voir notamment LAVIEC Jean-Pierre (dir.), *Protection et promotion des investissements. Étude de droit international économique*, Volume 1, Genève, Institut de Hautes Études Internationales et du Développement, 2015, pp.215-240.

⁷⁶ Menée certainement d'une manière conjointe par les deux parties au contrat vu que le Protocole demeure muet sur la nature de l'enquête.

⁷⁷ Selon l'article 19 § 2 c), « *la détermination de la question de savoir si une mesure ou une série de mesures a un effet équivalent à l'expropriation nécessite une enquête au cas par cas, fondée sur les faits, qui prend en considération :*

- i. *la durée de la mesure ou de la série de mesures d'un État partie ; et*
- ii. *le caractère de la mesure ou de la série de mesures, notamment leur objet, leur contexte et le but visé ».*

⁷⁸ On le rappelle, dans cette affaire, même l'invocation de l'insurrection populaire (susceptible d'entraîner le renversement des autorités étatiques) comme une cause de force majeure par le Venezuela n'a pu libérer celui-ci de ses obligations contractuelles à l'égard de la société *Aucoven*. Sa décision de différer la hausse des

tarifs de la redevance autoroutière en vue de juguler l'insurrection populaire a été interprétée par le CIRDI comme ayant entraîné une expropriation indirecte de l'investisseur étranger, *P'Aucoven. Cf. Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. ("Aucoven") v. Bolivarian Republic of Venezuela ("Venezuela")*, Award, 23 september 2003, ICSID Case No. ARB/00/5, §§ 106-129, pp.32-38.

⁷⁹ Voir, notamment, HORCHANI Ferhat, « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *JDI*, vol. 131, n°2, 2004, pp.367-417 ; DUHAUTOY Franck, « Vers la fin du régime de protection exorbitant des investisseurs étrangers ? », *Perspectives libres*, n°20, octobre-décembre 2016, *La France vassale*, pp.175-197 ; CAZALA Julien, « La dénonciation de la Convention de Washington établissant le CIRDI », *AFDI*, volume 58, 2012, pp.551-565.

⁸⁰ HORCHANI Ferhat, « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *Journal du droit international*, Vol. 131, n°2, 2004, p.412.

Stiglitz⁸¹, pour sa part, soutient en substance que le véritable objectif des dispositions des accords d'investissement est d'entraver les réglementations en matière de santé, d'environnement, de sécurité et, bien sûr, même financières, destinées à protéger l'économie et les citoyens étasuniens. Les entreprises peuvent poursuivre les gouvernements en justice pour obtenir une compensation complète pour toute réduction de leurs bénéfices futurs attendus résultant de modifications réglementaires⁸². En d'autres termes, une grande latitude est laissée à l'investisseur d'obtenir réparation de l'État d'accueil de l'investissement sur la base de l'expropriation indirecte, ligotant ainsi ce dernier et le privant, implicitement et par la même occasion, de l'usage *ad nutum* de son pouvoir normatif en matière d'investissement.

2. La technique de la Umbrella Clause⁸³

La *Umbrella Clause* ou *Clause parapluie* est une disposition insérée dans un traité bilatéral d'investissement (TBI) en vertu de laquelle un État partie (l'État d'accueil de l'investissement) s'engage à l'égard de l'autre État partie (l'État d'origine de l'investissement) à respecter ses obligations contractuelles à l'égard de l'investisseur étranger ressortissant de ce dernier État. Le professeur Julien Cazala désigne la *Umbrella clause* sous diverses autres appellations telles que clause de respect des engagements, clause d'effet miroir, clause ascenseur, clause de couverture, clause de protection parallèle, clause *pacta sunt servanda*⁸⁴.

La particularité de la *Umbrella Clause* est qu'elle semble hisser la violation par l'État d'accueil d'une norme du contrat d'État au rang de violation du TBI. Il s'ensuit que la *Umbrella Clause* tend à transformer le litige entre État d'accueil et investisseur

⁸¹ STIGLITZ Joseph E. est un économiste étasunien, lauréat du prix Nobel d'économie avec George Akerlof et Michael Spence en 2001 pour leurs « travaux sur les marchés avec asymétrie d'information ».

⁸² «The real intent of these provisions is to impede health, environmental, safety, and, yes, even financial regulations meant to protect America's own economy and citizen. Companies can sue governments for full compensation for any reduction in their future expected profits resulting from regulatory changes». Cf. STIGLITZ Joseph E., « The Secret Corporate Takeover », *Project Syndicate*, 13 mai 2015. Article accessible en ligne sur : <http://www.project-syndicate.org/commentary/us-secret-corporate-takeover-by-joseph-e--stiglitz-2015-05>. Document consulté le 31 mars 2023, à 16 heures 50.

⁸³ Sur la nature processuelle de la *Umbrella Clause*, on notera le point de vue contraire du CIRDI qui, dans l'affaire *Franck Charles Arif v. Republic of Moldova* considère : «The Tribunal agrees with Claimant that "umbrella" clauses are substantive in nature [...] In this sense, the Tribunal rejects Respondent's argument that "umbrella"

clauses are procedural in nature and cannot be imported through an MFN clause because they give a means of protection for contractual and other undertakings, rather than a unique standard of behaviour » (Souligné par nous). *Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, Award, ICSID Case No. ARB/11/23, April 8, 2013, § 395. En substance, dans ce considérant, la juridiction arbitrale partage le point de vue du demandeur selon lequel les clauses « parapluie » sont de nature substantielle [...] En ce sens, le Tribunal rejette l'argument du défendeur selon lequel les clauses « parapluie » sont de nature procédurale et ne peuvent pas être importées (en droit matériel) par le biais d'une clause NPF. La juridiction arbitrale se fonde sur le fait que les clauses « parapluie » fournissent un moyen de protection, pour les engagements contractuels et autres, plutôt qu'une norme de comportement uniquement.

⁸⁴ CAZALA Julien, «La clause de respect des engagements», in LEBEN Charles (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, 2015, p.347.

étranger en un litige international justiciable d'un arbitre international. En d'autres termes, toute violation du contrat d'investissement par l'État d'accueil devient ainsi une violation de la convention bilatérale (en l'occurrence le TBI) sans pour autant changer la nature juridique du contrat qui ne devient pour autant pas un traité⁸⁵. Par l'effet de la clause parapluie, les obligations du droit interne bénéficient d'une protection sur le plan du droit international⁸⁶. Ainsi que l'écrivait le professeur Prosper Weil, « *l'intervention du traité de couverture [dont le mécanisme est semblable à celui de la clause de respect des engagements] transforme les obligations contractuelles en obligations internationales [...] ; toute inexécution du contrat, serait-elle même régulière au regard du droit interne de l'État contractant, engage dès lors la responsabilité internationale de ce dernier envers l'État national du cocontractant* »⁸⁷.

Il est possible de se convaincre de l'effet ascenseur de la clause parapluie en analysant certaines sentences rendues par des juridictions arbitrales différentes. Dans une première sentence arbitrale intitulée *Noble Ventures Inc. v. Romania*, sentence émanant du CIRDI, l'arbitre considère : « *An umbrella clause is usually seen as transforming municipal law obligations into obligations directly cognizable in international law* »⁸⁸. En substance, il transparaît qu'une clause parapluie est généralement considérée comme transformant les obligations du droit interne en obligations directement reconnaissables en droit international. Cette conception, la juridiction arbitrale l'a d'ailleurs reconnue, tranche d'avec ce qui est habituellement admise en droit international général⁸⁹. Dans l'affaire *Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, l'arbitre considère : « *A breach of specific undertakings covered by an 'umbrella' clause will give rise to a substantive breach of the BIT* »⁹⁰. En substance, l'arbitre soutient qu'une

⁸⁵ Dans l'affaire *Aramco*, l'arbitre considère que « *la convention n'ayant pas été conclue entre deux États mais entre un État et une compagnie privée américaine, elle ne relève pas du droit international public* ». Cf. *Aramco c. Arabie Saoudite*, Sentence du 23 août 1958, RCDIP 1963, p.313.

En outre, l'arbitre, dans l'affaire *Texaco-Calasiatic*, a soutenu : « *Dire que le droit international régit les rapports contractuels d'un État et d'une personne privée étrangère ne signifie nullement que celle-ci soit assimilée à un État, ni que le contrat qu'elle a conclu avec lui soit assimilé à un traité* ». Cf. *Texaco-Calasiatic c. Libye*, Sentence R-J. Dupuy, 19 janvier 1977, JDI 1977, p.361.

⁸⁶ FORTEAU Mathias, MIRON Alina et PELLET Alain, *Droit international public*, 10^e édition, Paris, LGDJ, 2022, n°995, p.1462.

⁸⁷ WEIL Prosper, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *RCADI*, 1969-III, p.130.

⁸⁸ *Noble Ventures Inc. v. Romania*, Award, ICSID Case No. ARB/01/11, October 12, 2005, § 53.

⁸⁹ « *The Tribunal recalls the well established rule of general international law that in normal circumstances per se a breach of a contract by the State does not give rise to direct international responsibility on the part of the State. This derives from the clear distinction between municipal law on the one hand and international law on the other, two separate legal systems (or orders) the second of which treats the rules contained in the first as facts, ...* » (Souligné par nous). Cf. *Noble Ventures Inc. v. Romania*, Award, ICSID Case No. ARB/01/11, October 12, 2005, § 53. En substance, la juridiction arbitrale rappelle la règle bien établie du droit international général selon laquelle, dans des circonstances normales, la rupture d'un contrat par l'État n'engage pas en soi la responsabilité internationale directe de l'État. Cela découle de la nette distinction entre le droit interne d'une part et le droit international d'autre part, deux systèmes juridiques (ou ordres) distincts dont le second traite les règles contenues dans le premier comme des faits.

⁹⁰ *Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, Award, ICSID Case No. ARB/11/23, April 8, 2013, § 395.

violation d'engagements spécifiques couverts par une clause parapluie donnera lieu à une violation substantielle du traité bilatéral d'investissement (TBI). Cette position de l'arbitre est corroborée par la sentence arbitrale rendue par la Cour permanente d'arbitrage (CPA) dans l'affaire *Consutel Group S.P.A. in Liquidazione (Italie) c. Algérie*⁹¹.

Relativement à l'effet ascenseur de la clause parapluie, on mentionnera les réserves du professeur Yves Nouvel sur cette question. Il estime que « *la thèse de la transformation semble pêcher par précipitation* »⁹². Le professeur Cazala démontre la justesse de cette affirmation au moyen d'un argument dissociant la violation du contrat d'État d'avec la violation du TBI. Selon lui, « *il n'est pas contesté que, par le jeu de la clause de respect des engagements, une violation du contrat cause une violation du traité, mais il ne saurait être question de transformation, d'élévation ou de mutation. La violation du contrat est un fait interne contraire à l'obligation internationale, conventionnellement acceptée, de respecter le droit interne. Ce n'est donc pas le manquement au contrat qui constitue le fait*

internationalement illicite, mais bien l'atteinte à l'obligation internationale de respecter les engagements internes »⁹³.

La conception des professeurs Nouvel et Cazala semble plus justifiée vu qu'elle dissocie la violation relevant du droit interne de celle relevant du droit international. Seule cette dernière peut justifier la soumission du litige à l'ordre juridique international. Le CIRDI le reconnaît d'ailleurs en partie lorsqu'il considère que, dans les circonstances normales, le droit international général n'admet pas qu'une violation d'un engagement contractuel puisse impliquer *de plano* la responsabilité internationale de l'État auteur de la violation⁹⁴. Il en résulte qu'il serait inapproprié d'imposer à l'État d'accueil de l'investissement un règlement juridictionnel auquel il n'a pas librement consenti. Ce faisant, la conception précitée des deux auteurs se fonde vraisemblablement sur l'idée selon laquelle les restrictions à la souveraineté ne se présument pas⁹⁵. Le corollaire de cette affirmation est qu'un État ne peut être attiré devant une juridiction que s'il a préalablement consenti à cela à travers la reconnaissance de la compétence de la

⁹¹ *Consutel Group S.P.A. in Liquidazione (Italie) c. Algérie*, Sentence, Aff. n°2017-33, 3 février 2020, § 358.

⁹² NOUVEL Yves, « La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie », in LEBEN Charles (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, Paris/Louvain-la-Neuve, LGDJ/Anthemis, 2010, p.26.

⁹³ CAZALA Julien, « La clause de respect des engagements », in LEBEN Charles (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, 2015, p.303.

⁹⁴ « *The Tribunal recalls the well established rule of general international law that in normal circumstances per se a breach of a contract by the State does not give rise to direct international*

responsibility on the part of the State ». Cf. *Noble Ventures Inc. v. Romania*, Award, ICSID Case No. ARB/01/11, October 12, 2005, § 53.

⁹⁵ « *Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'indépendance des États ne se présument donc pas* » (Souligné par nous). Cf. *Affaire du Lotus*, Arrêt, 7 septembre 1927, CPJI, Rec. série A, n°10, p.18.

juridiction saisie. Cette conception est d'ailleurs corroborée par la jurisprudence constante de la Cour internationale de justice (CIJ)⁹⁶. Et même dans l'hypothèse où un État aurait accepté de reconnaître la compétence de la juridiction saisie, celle-ci se doit de statuer dans la limite des compétences *ratione materiae* acceptées par l'État⁹⁷.

Au regard des précisions ci-dessus, il est surprenant que le différend opposant l'investisseur étranger à l'État d'accueil soit directement soumis à l'ordre juridique international en dépit de l'absence d'un tel consentement de l'État contenu dans le contrat d'investissement, source des relations juridiques entre ces deux parties. Même dans l'hypothèse où l'on invoquerait le TBI comme fondement juridique de la soumission directe du litige au droit international, il est possible d'arguer que les clauses attributives de compétence inscrites dans un traité bilatéral sont insuffisantes pour fonder et autoriser une saisine en bonne et due forme de l'arbitrage. Il faut qu'elles se complètent par une clause compromissoire écrite entre les deux

parties laquelle clause autorise le recours à l'arbitrage⁹⁸.

D'ailleurs, l'invocation des dispositions relatives à la saisine de la juridiction arbitrale ne saurait relever d'un droit exercé *de plano* par l'investisseur étranger ; ce dernier étant tiers au TBI (*res inter alios acta*). En revanche, il serait logique que l'État dont ressortit l'investisseur étranger puisse valablement, si nécessaire et par le truchement de la protection diplomatique, porter le litige à la connaissance d'une juridiction internationale comme cela s'est vérifié dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*⁹⁹.

En dépit de ces observations, on constate que le CIRDI, à travers diverses affaires, a admis la possibilité pour l'investisseur étranger de porter directement le litige devant lui en dépit de l'absence de toute allusion faite en ce sens dans le contrat d'investissement. On relèvera, à ce sujet, les motifs de la sentence rendue dans l'affaire *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*. Au § 80 de ladite sentence, l'arbitre considère, en

⁹⁶ « Considérant que, dans ces conditions, la Cour doit constater qu'elle ne se trouve en présence d'aucune acceptation par le Gouvernement de l'Union des Républiques socialistes soviétiques de la juridiction de la Cour pour connaître du différend faisant l'objet de la requête dont elle a été saisie par le Gouvernement des États-Unis d'Amérique, et qu'en conséquence elle ne peut donner suite à cette requête ». Cf. *Affaire relative à l'incident aérien du 7 novembre 1954 (États-Unis d'Amérique c. Union des Républiques socialistes soviétiques)*, Ordonnance, 7 octobre 1959, CIJ, Recueil 1959, p.278. Voir également *Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde)*, Arrêt sur la compétence de la Cour, 21 juin 2000, CIJ, Recueil 2000, §§ 34-39, pp.29-30.

⁹⁷ Selon la CPJI, sa juridiction « n'existe que dans les termes où elle a été acceptée ». Cf. *Affaire Phosphates du Maroc*, Arrêt, 14 juin 1938, CPJI, série A/B, n°74, p.23. La CIJ, pour sa part, considère que « les déclarations

d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour sont des engagements facultatifs, de caractère unilatéral, que les États ont toute liberté de souscrire ou de ne pas souscrire. L'État est libre en outre soit de faire une déclaration sans condition et sans limite de durée, soit de l'assortir de conditions ou de réserves » (Souligné par nous). Cf. *Affaire Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Exceptions préliminaires, 26 novembre 1984, CIJ, Recueil 1984, § 59, p.418.

⁹⁸ CHEICK Lo Fall, *La protection juridique des investissements directs étrangers dans les pays en développement : l'exemple de l'Afrique de l'ouest*, Thèse unique, Droit public, Université de Bordeaux, 2018, § 473, p.332.

⁹⁹ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, Exceptions préliminaires, Arrêt, 27 mai 2007, CIJ, Recueil 2007, §§ 64-65, p.606.

substance que les décisions de plusieurs tribunaux du CIRDI ont statué que, dans la mesure où les réclamations contractuelles sont différentes des réclamations conventionnelles, même s'il y avait eu ou s'il y avait actuellement un recours aux tribunaux locaux (ceux de l'Argentine) pour rupture de contrat, cela n'aurait pas empêché la soumission des réclamations conventionnelles à l'arbitrage. Le Tribunal [le CIRDI] est persuadé que ce point de vue s'applique à plus forte raison au litige opposant la CMS à l'Argentine, puisqu'aucune soumission n'a été faite par le CMS aux tribunaux locaux et que, même si TGN l'avait fait – ce qui n'est pas le cas –, cela n'entraînerait pas le déclenchement de la disposition « à la croisée des chemins » contre CMS¹⁰⁰. L'expression « à la croisée des chemins » susmentionnée est la transcription en français d'un concept en anglais qui est celui de « *fork in the road* ». Celui-ci renvoie au principe de l'irrévocabilité de l'option procédurale faite par le plaideur. Cette locution anglaise est

l'équivalent du principe *Electa una via, non datur recursus ad alteram*.

La position susmentionnée du CIRDI pourrait s'expliquer par sa volonté de parvenir à une protection optimale de l'investissement étranger réalisé. Le CIRDI, sous cet angle, semble plus privilégier une posture volontariste voire militante pro-investisseur qu'une application pure et dure du contrat d'investissement lequel est le fondement des rapports juridiques entre les deux parties. On pourrait s'en convaincre en se reportant aux différents mécanismes développés progressivement par ou sous les auspices de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) en vue de porter directement à la connaissance du CIRDI les différends entre État d'accueil et investisseur étranger¹⁰¹.

Au regard des différentes sentences arbitrales traitant des deux avatars précités de la clause de stabilisation, il apparaît que la soumission d'un litige né de l'exécution

¹⁰⁰ Dans le texte en anglais de la sentence rendue le 17 juillet 2003 par le CIRDI dans l'affaire *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, au § 80, on pouvait lire : « *Decisions of several ICSID tribunals have held that as contractual claims are different from treaty claims, even if there had been or there currently was a recourse to the local courts for breach of contract, this would not have prevented submission of the treaty claims to arbitration. This Tribunal is persuaded that with even more reason this view applies to the instant dispute, since no submission has been made by CMS to local courts and since, even if TGN had done so – which is not the case –, this would not result in triggering the “fork in the road” provision against CMS* ». Cf. *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, July 17, 2003, ICSID Case No. ARB/01/8.

D'autres sentences arbitrales reconduisent l'option faite par le juge dans l'affaire précitée. On pourrait mentionner différentes affaires telles que : *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, December 8, 2003, ICSID Case No. ARB/01/12 ; *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, January 14, 2004, ICSID Case No. ARB/01/3 ; ou *AES Corporation v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, April 26, 2005, ICSID Case No. ARB/02/17.

¹⁰¹ Voir notamment TALL Saïdou Nourou, *Droit du contentieux international africain (Jurisprudences et théorie générale des différends africains)*, Dakar, L'Harmattan Sénégal, 2018, pp.173-174 ; EISEMANN Frédéric, « La double sanction prévue par la Convention de la BIRD, en cas de collusion ou d'ententes similaires entre un arbitre et la partie qui l'a désigné », *AFDI*, 1977, p.437.

d'un contrat d'investissement à une juridiction découle soit de la violation des stipulations de ce contrat d'investissement soit d'un changement opéré par l'État d'accueil au niveau de la législation nimbant ledit contrat. La teneur de la jurisprudence arbitrale, en la matière, incline à penser à une atrophie du pouvoir normatif de l'État d'accueil de l'investissement.

B.L'atrophie du pouvoir normatif de l'État d'accueil de l'investissement

Dans l'ensemble, les interventions du CIRDI dans le contentieux de l'investissement étranger dénotent une « *préférence sécuritaire historique pour l'investisseur étranger* »¹⁰². Certains auteurs estiment d'ailleurs que le CIRDI est au service des sociétés transnationales¹⁰³. En filigrane, on pourrait déceler dans la jurisprudence du CIRDI surtout une atrophie du pouvoir normatif de l'État d'accueil de l'investissement (1). Cependant, on note graduellement, tant dans le droit écrit que dans le droit jurisprudentiel, une évolution qui semble accréditer l'idée d'un rééquilibrage des rapports entre investisseur étranger et État d'accueil (2).

1. Une atrophie décelable dans la jurisprudence arbitrale

La minoration du pouvoir normatif de l'État d'accueil de l'investissement pourrait s'apprécier différemment selon l'intensité de la sécurité dont bénéficie l'investissement étranger. Autrement dit, l'étendue du pouvoir normatif de l'État d'accueil en matière d'investissement serait différente selon que la clause de stabilisation soit lui laisse une relative latitude de modifier la législation nimbant le contrat d'investissement soit lui interdit totalement de le faire.

Dans le premier cas, on se trouverait en face non pas d'un gel absolu mais plutôt d'un gel relatif de la législation sur les investissements, à savoir celui applicable à un contrat d'investissement déterminé. Dans une telle hypothèse, la ou les clauses de stabilisation identifie(nt) clairement les dispositions législatives faisant l'objet de gel relatif. De cette clarté, sourd la possibilité pour l'État d'accueil d'user de son pouvoir de réglementation. Toutefois, le droit applicable au contrat d'investissement serait celui en vigueur au jour de la conclusion dudit contrat¹⁰⁴. Cette hypothèse se fonde, dans l'ensemble, sur la latitude dont jouit l'État lorsqu'il conclut un accord de moduler la portée des engagements par lui souscrits¹⁰⁵. La portée

¹⁰² CHEICK Lo Fall, *La protection juridique des investissements directs étrangers dans les pays en développement : l'exemple de l'Afrique de l'ouest*, Thèse unique, Droit public, Université de Bordeaux, 2018, p.332.

¹⁰³ ARPOULET Vincent et LARIBI Meriem, « Une justice au service des multinationales », *Le Monde diplomatique*, 19 mars 2024, p.19. Article accessible en ligne sur : <https://www.monde-diplomatique.fr/2024/03/ARPOULET/66651>. Document consulté le 02 avril 2024, à 12 heures 14.

¹⁰⁴ LARDEUX Thomas, *La sécurité juridique et le contentieux international des investissements : Étude du contentieux CIRDI*, Coll. « *Le Droit aujourd'hui* », L'Harmattan, 2021, pp.121 ; FARUQUE Abdullah, "Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses : Legal Protection versus Functional Value", *Journal of International Arbitration*, Volume 23, N°4, p.319.

¹⁰⁵ CUENDET Sabrina, « Accords d'investissement et développement durable. Comment concilier la protection des investissements étrangers avec la

relative du gel a été vérifiée dans une sentence du CIRDI rendue dans l'affaire *AGIP SpA c. République démocratique du Congo*¹⁰⁶. Cette position du CIRDI s'inscrit dans le sillage de l'arrêt de la Cour permanente de justice internationale (CPJI) rendu dans l'affaire *Vapeur de Wimbledon*¹⁰⁷. Quand bien même la conclusion d'un accord (fut-il transnational) entraînerait une minoration de la souveraineté de l'État contractant, « *la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État* »¹⁰⁸. Il en résulte que l'État qui reviendrait unilatéralement sur ses engagements contractuels admet corrélativement se soumettre à l'arbitrage et assume, par conséquent, la réparation des incidences préjudiciables découlant de ce revirement¹⁰⁹.

Dans le deuxième cas, la clause de stabilisation est assimilée à une interdiction absolue pour l'État de légiférer. En d'autres termes, l'État ne devrait nullement modifier (ni adopter) pour quelque raison que ce soit

toute législation qui pourrait avoir une incidence dépréciative sur l'investissement étranger. Cette interdiction concerne aussi bien le code des investissements que d'autres textes législatifs qui incidemment éroderaient voire annihileraient les avantages multiformes escomptés par l'investisseur étranger. Cette orientation à relent maximaliste semble avoir été relativement adoucie par le CIRDI au regard de la sentence rendue dans l'affaire *Tecmed*.

Dans ladite affaire opposant la société éponyme au Mexique, la société *Tecmed* prétendait avoir subi un préjudice matériel et financier énorme par suite de l'inaction (selon elle) des autorités municipale, étatique et fédérale mexicaines qui n'ont pris aucune mesure appropriée afin de faire cesser les protestations de la population contre l'implantation et l'exploitation par ladite société d'une décharge publique alors que ladite société avait obtenu, pour ce faire, les autorisations administratives nécessaires. La société *Tecmed* prétendait qu'une telle inaction constituait une

promotion du développement durable ? », *La Note de Conventions*, n°14, 2014, p.2. Article accessible en ligne sur : <https://convention-s.fr/notes/accords-dinvestissement-et-developpement-durable-comment-concilier-la-protection-des-investissements-etrangers-avec-la-promotion-du-developpement-durable/>. Document consulté le 16 avril 2024, à 17 heures 50 minutes GMT'.

¹⁰⁶ Selon le CIRDI, « *ces clauses de stabilisation qui ont été librement souscrites par le Gouvernement, n'affectent pas dans son principe sa souveraineté législative et réglementaire puisqu'il conserve l'une et l'autre à l'égard de ceux, nationaux ou étrangers, avec lesquels ce Gouvernement n'a pas pris de tels engagements, et qu'elles se bornent, dans le cas présent, à rendre inopposables à l'égard de son cocontractant, les modifications aux dispositions législatives et réglementaires visées à l'accord* » (Souligné par nous). Affaire *AGIP SpA c. République*

démocratique du Congo, Sentence, 30 novembre 1979, CIRDI, Aff. N°ARB/77/1, § 86.

¹⁰⁷ Selon la CPJI, « *la Cour se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un État s'engage à faire ou ne pas faire quelque chose, un abandon de souveraineté* ». Cf. Affaire *Vapeur Wimbledon* (Royaume-Uni, France, Italie, Japon c/ Allemagne ; Pologne intervenante), Arrêt, 17 août 1923, CPJI, Rec. Série A, n°1, p.25.

¹⁰⁸ *Ibidem*. Voir également *Libyan American Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Award, April 12 1977, *Ad hoc Arbitration*, S.R. Mahmassani, § 154, p.30.

¹⁰⁹ "Therefore, the nationalization measures complained of constitute a source of obligation, for which LIAMCO is entitled to request remedy by way of arbitration". Cf. *Libyan American Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Award, April 12 1977, *Ad hoc Arbitration*, S.R. Mahmassani, § 257, p.49.

violation de la garantie de protection et de sécurité complètes (*Guarantee of full protection and security*) incombant auxdites administrations. Dès lors, elle estimait que la responsabilité des administrations mexicaines précitées était engagée à son égard et nécessitait, par conséquent, un dédommagement. L'arbitre, tout en admettant implicitement le principe de la garantie de protection et de sécurité complètes et tout en admettant explicitement l'idée de dédommagement à allouer à *Tecmed*¹¹⁰, a plutôt procédé à une interprétation restreinte de la garantie invoquée par *Tecmed* en relativisant la portée de celle-ci. Selon l'arbitre, « *the Arbitral Tribunal agrees with the Respondent, and with the case law quoted by it, in that the guarantee of full protection security is not absolute and does not impose strict liability upon the State that grants it* »¹¹¹. En substance, le Tribunal Arbitral partage l'avis du Mexique (la partie défenderesse) en ce que la garantie de protection et de sécurité complètes ne revêt pas une portée absolue et n'impose pas de responsabilité objective à l'État qui l'accorde. Cette légère inflexion décelable dans la sentence *Tecmed* du CIRDI ne saurait cependant occulter la conception

tendant au gel absolu du pouvoir normatif de l'État d'accueil par l'arbitre transnational. En témoigne une sentence rendue par une juridiction arbitrale *ad hoc* dans l'affaire *SD Myers Inc.*¹¹².

Dans ladite affaire, on retiendra, en substance, qu'en février 1973, l'OCDE, dont le Canada est membre, a adopté une décision du Conseil exhortant les pays membres à limiter l'utilisation des PCB¹¹³ et à les contrôler de manière à minimiser les risques pour la santé humaine et l'environnement. Par la suite, avec d'autres pays, les États-Unis et le Canada ont interdit la production future de PCB et se sont joints à la communauté internationale pour tenter de déterminer la meilleure façon de résoudre le problème environnemental important causé par les PCB existants¹¹⁴. En outre, en se fondant sur la Convention de Bâle de 1989 sur les mouvements transfrontières de déchets¹¹⁵, particulièrement sur l'article 4 § 5, le Canada interdit l'exportation de PCB à partir de son territoire vers les États-Unis d'Amérique, État non partie à ladite convention. Dans cet optique, le Ministre de l'environnement, autorité fédérale canadienne, prit un Arrêté d'urgence (*Interim Order*), le 20 novembre 1995¹¹⁶.

¹¹⁰ Dans le dispositif de la sentence, l'arbitre condamnera le Mexique à verser la somme 5 533 017,12 US\$, plus un intérêt composé sur ce montant au taux annuel de 6%, à compter du 25 novembre 1998. Cf. *Tecnicas Medioambientales TECMED S.A. v. The United Mexican States*, Award, 29 March 2003, ICSID, Case No. ARB (AF)/00/2, § 201, p.80.

¹¹¹ *Tecnicas Medioambientales TECMED S.A. v. The United Mexican States*, Award, 29 March 2003, ICSID, Case No. ARB (AF)/00/2, § 177, p.72.

¹¹² *SD Myers Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 13 November 2000, *Ad hoc* Arbitration.

¹¹³ Acronyme de *Polychlorinated biphenyl* que l'on traduit en français par biphényle polychloré. Le PCB est qualifié de déchet dangereux à l'Annexe VIII à la Convention de Bâle, relevant des catégories A1180 et A1190.

¹¹⁴ *SD Myers Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 13 November 2000, *Ad hoc* Arbitration, § 99.

¹¹⁵ Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination. Adoptée le 22 mars 1989 à Bâle en Suisse.

¹¹⁶ *SD Myers Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 13 November 2000, *Ad hoc* Arbitration, § 123.

Cet arrêté interdit à toute entreprise installée sur le territoire canadien d'exporter des PCB. Cette mesure d'interdiction, sous cet angle, était exempte de toute discrimination eu égard à sa portée générale et impersonnelle. Cependant, la *SD Myers Inc.* (ci-après la SDMI) soutient que l'article 1102 du Traité de l'ALENA (*Traitement national*) a été violé par une interdiction d'exporter des PCB dès lors que cette interdiction n'était pas justifiée par de véritables préoccupations en matière de santé ou d'environnement, mais avait plutôt pour but et pour effet de protéger et de promouvoir la part de marché des producteurs canadiens qui effectueraient le travail de traitement des PCB au Canada¹¹⁷. La SDMI prétendit, en outre, que l'application de l'Arrêté d'urgence canadien revêtait un caractère discriminatoire qui violait l'article 1110 du Traité de l'ALENA (*Expropriation*) et constituait une restriction déguisée au commerce et l'investissement¹¹⁸. Par suite, la SMDI soutient que cette législation environnementale canadienne lui a causé

des préjudices financiers découlant de l'expropriation (*de facto*) qu'elle a subie¹¹⁹.

L'arbitre *ad hoc* fit droit aux prétentions de la SMDI en dépit des arguments du Canada soulignant l'adéquation de l'Arrêté d'urgence avec ses engagements juridiques internationaux, en l'occurrence la Convention de Bâle du 22 mars 1989 sur les mouvements transfrontières de déchets dangereux. En substance, l'arbitre *ad hoc* a fait prévaloir la garantie de protection et de sécurité complètes (*Guarantee of full protection and security*) découlant du droit régional nord-américain, sur les impératifs environnementaux contenus dans une convention internationale à vocation universelle nonobstant l'article 104 § 1 c) du Traité de l'ALENA qui établit, en cas d'incompatibilité, la primauté de la Convention de Bâle du 22 mars 1989 sur les dispositions du Traité de l'ALENA¹²⁰.

Cette interprétation de l'arbitre assimilant la clause de stabilisation à une interdiction absolue faite à l'État d'accueil de légiférer semble ne pas avoir échappé aux États ainsi qu'à d'autres institutions internationales.

¹¹⁷ *SD Myers Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 13 November 2000, *Ad hoc* Arbitration, § 241.

¹¹⁸ *SD Myers Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 13 November 2000, *Ad hoc* Arbitration, § 141.

¹¹⁹ *SD Myers Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 13 November 2000, *Ad hoc* Arbitration, §§ 142-144.

¹²⁰ Sur le fondement de l'article 104 § 1 c) du Traité de l'ALENA intitulé *Relation to Environmental and Conservation Agreements*, il est prévu : « 1. In the event of any inconsistency between this Agreement and the specific trade obligations set out in [...] the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal, done at Basel, March 22, 1989, on its entry into force for Canada, Mexico and the United States such obligations shall prevail to the extent of the inconsistency, provided that where a Party has a choice among equally effective and reasonably available means of complying with such obligations, the Party chooses the alternative that is the least inconsistent with

the other provisions of this Agreement » (Souligné par nous). La doctrine a déploré l'absence de logique de la sentence arbitrale ainsi que le mutisme du Canada qui s'est gardé d'invoquer expressément cette disposition lors de la révision judiciaire de la sentence arbitrale *SD Myers Inc.* devant la Cour fédérale établie à Ottawa (Province de l'Ontario). Cf. LEMIEUX Denis et MEKKI Sabine, « La révision judiciaire des décisions en vertu du chapitre 11 de l'ALENA (Canada c. SD Myers) », *Les Cahiers de droit*, 45(4), 2004, p.810 ; voir également TRUDEAU Hélène, « Kyoto, les OGM, le principe de précaution et l'ALENA : la norme Environnementale dans le contexte de globalisation », in Service de la formation permanente, Barreau du Québec (dir.), *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p.176.

Ceux-ci œuvrent de plus en plus à certaines réarticulations du droit applicable à l'investissement. Cela pourrait, de la sorte, augurer un rééquilibrage des rapports entre État d'accueil et investisseur étranger.

2. Un début de rééquilibrage des rapports entre investisseur et État d'accueil ?

On serait tenté d'affirmer qu'on assiste, ces dernières années et à certains égards, à un début de rééquilibrage des rapports entre investisseurs étrangers et État d'accueil de l'investissement. Cela transparaît de l'analyse de certains textes juridiques régionaux africains, d'une part, et de certaines décisions arbitrales rendues en matière d'investissement étranger, d'autre part.

Au niveau textuel. La tendance à la réduction de l'asymétrie entre investisseur étranger et État d'accueil imprègne de plus en plus certains textes juridiques régissant l'investissement étranger. Cette recherche de l'équilibre est perceptible, entre autres, à l'échelle régionale africaine à travers

certaines initiatives telles que l'ECOWIC et le Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie, en droit communautaire de la CEDEAO¹²¹.

Cependant, l'innovation la plus remarquable, au regard de sa portée spatiale et l'ampleur du délestage des entraves jurisprudentiellement imposées à l'État d'accueil, transparaît de l'économie du Protocole sur l'investissement de la ZLECAf. En effet, le Protocole sur l'investissement de la ZLECAf¹²² (ci-après le Protocole) affirme clairement en son préambule le droit de l'État d'accueil à réglementer l'investissement étranger¹²³. Cette aspiration du Protocole se mue en normes contraignantes en vertu de l'article 24 dudit Protocole¹²⁴.

Au regard de l'alinéa 3 de l'article 24 du Protocole, l'exercice de ce droit de réglementer l'investissement étranger par l'État d'accueil ne saurait fonder l'investisseur étranger à réclamer des dommages-intérêts¹²⁵. Il en résulte que l'investisseur ne saurait exciper d'une modification ou d'un changement de

¹²¹ Les innovations contenues dans l'ECOWIC et dans le Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie ayant été abordées à la rubrique I.B. (*Pratique onest-africaine de la stabilisation des contrats d'investissement : cas de la CEDEAO*), elles ne seront pas analysées dans cette portion du développement.

¹²² Son intitulé intégral est : Protocole sur les Investissements à l'Accord portant création de la Zone de Libre-Échange Continentale Africaine. Il a été adopté par les chefs d'État africains les 18 et 19 février 2023, lors du 36^e Sommet de l'Union africaine à Addis-Abeba, en Éthiopie.

¹²³ Cette volonté transparaît dès le préambule, en ses alinéas 17 et 18, qui sont respectivement rédigés comme suit : « Désirant atteindre un équilibre global des droits et obligations entre les États parties et les investisseurs en vertu du présent Protocole » (§ 17) et « Réaffirmant le droit inhérent des États parties à réglementer sur leur territoire et à introduire des mesures afin d'atteindre leurs objectifs

nationaux de politique publique, à promouvoir des objectifs de développement durable et à protéger des objectifs légitimes d'intérêt public, tels que la santé publique, la sécurité nationale, l'environnement, la conservation des ressources naturelles épuisables vivantes et non vivantes, les normes de travail, l'intégrité et la stabilité du système financier et la moralité publique » (§ 18).

¹²⁴ Sur le fondement de l'alinéa 1^{er} de l'article 24 précité, « [...] chaque État partie a le droit de réglementer, notamment de prendre des mesures pour faire en sorte que les investissements sur son territoire soient compatibles avec les objectifs et les principes du développement durable, ainsi qu'avec d'autres objectifs légitimes de politique environnementale, sanitaire, climatique, sociale et économique et avec les intérêts essentiels de sécurité ».

¹²⁵ « Pour lever toute ambiguïté, l'exercice du droit de réglementer en vertu des paragraphes 1 et 2 ne peut donner lieu à aucune demande d'indemnisation de la part d'un investisseur » (alinéa 3 de l'article 24).

législation sur l'investissement pour valablement évoquer une violation de la clause de stabilisation et, corrélativement, une expropriation indirecte pour obtenir *de plano* réparation d'une restriction dans l'exercice de son droit de propriété¹²⁶.

En outre, le Protocole exclut donc la possibilité pour les États parties de sacrifier les droits des populations locales, en général, et des travailleurs, en particulier, sur l'autel de la rentabilité de l'investissement réalisé¹²⁷. Cette posture du Protocole se démarque de l'approche observée jusque-là dans la mise en balance des droits de l'État d'accueil et de ceux de l'investisseur étranger ; les droits et intérêts de ce dernier ayant, le plus souvent, été privilégiés au détriment des premiers¹²⁸.

Au niveau jurisprudentiel. Une ébauche de rééquilibrage des rapports entre investisseur étranger et État d'accueil de l'investissement est perceptible dans la sentence arbitrale rendue le 17 mars 2006 dans l'affaire *Saluka investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic (Partial Award)*¹²⁹. Depuis quelques

années, en effet, les arbitres s'évertuent à rehausser la défense de l'intérêt général par l'État afin de permettre à ce dernier de prendre des mesures dans un certain nombre de domaines (santé, environnement, sécurité nationale, *etc.*) sans avoir à verser de compensation, même si ces mesures venaient à porter préjudice à un investisseur étranger. Cette inflexion avait déjà été exprimée dans l'ordre interne étasunien par le *Third Restatement of the Foreign Relations Law of United States* (1987)¹³⁰.

La position adoptée par le législateur étasunien est visiblement partagée par certains arbitres *ad hoc* qui, dans l'affaire *Saluka investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic (Partial Award)*, considèrent : “*It is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at the general welfare*”¹³¹. En substance, on pourrait affirmer qu'il est maintenant établi en droit

¹²⁶ À ce sujet, le Protocole est sans ambiguïté sur sa conception restrictive de la notion d'expropriation indirecte en disposant : « le seul fait qu'une mesure ou une série de mesures ait un effet négatif sur la valeur économique d'un investissement ne constitue pas une expropriation indirecte ». Article 19 § 2 b) du Protocole sur l'investissement.

¹²⁷ En vertu de l'article 25 § 2 du Protocole, « les États parties n'encouragent pas les investissements en assouplissant ou en dérogeant aux normes nationales ou au respect des lois sur l'environnement, le travail et la protection des consommateurs et des normes minimales internationales ».

¹²⁸ Voir notamment les rubriques II.A.1. et 2 étudiées plus haut (*Expropriation indirecte et Umbrella Clause*).

¹²⁹ *Saluka investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic, Partial Award*, 17 March 2006, *Ad hoc Arbitration*, 106 p.

¹³⁰ Selon ce document, “*A state is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of states, if it is not discriminatory*”. Cf. *Third Restatement of the Foreign Relations Law of United States* (1987). En substance, il apparaît qu'un État n'est pas responsable de la perte de propriété ou de tout autre préjudice économique résultant d'une imposition fiscale décidée de bonne foi, d'une réglementation, de la sanction d'une infraction, ou de toute autre action de ce type considérée comme faisant partie du pouvoir de police de l'État, pourvu que cette action ne soit pas discriminatoire.

¹³¹ *Saluka investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic (Partial Award)*, 17 March 2006, *Ad hoc Arbitration*, § 255, p.52.

international que les États ne sont pas obligés de verser une compensation à un investisseur étranger quand, dans l'exercice normal de leur pouvoir réglementaire, ils adoptent de bonne foi et de manière non discriminatoire des règles destinées à satisfaire l'intérêt général¹³².

Le professeur Manciaux Sébastien estime que ce rééquilibrage de la balance entre la défense des intérêts particuliers des investisseurs étrangers et la prise en compte de l'intérêt général normalement défendu par les États redonne une certaine marge de manœuvre à ces derniers¹³³. Au regard de cette dernière évolution du contentieux des contrats d'investissement, la théorie de l'expropriation indirecte, un avatar de la stabilisation de l'investissement étranger, ne jouera pas lorsque la mesure prise par l'État d'accueil de l'investissement repose sur la *bonne foi* et est *non-discriminatoire*.

Il est cependant nécessaire de souligner que la sentence arbitrale précitée marquant cette réorientation a été rendue par un Tribunal arbitral (juridiction *ad hoc* siégeant à Genève, en Suisse) appliquant les règles de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international dans sa version de 1976. La teneur de la sentence arbitrale susmentionnée ne s'impose pas au Tribunal du CIRDI eu égard, d'une part, à

l'effet relatif de la chose jugée et, d'autre part, à l'absence de hiérarchie entre, d'une part, la juridiction *ad hoc* ayant statué dans l'affaire *Saluka investmennts BV (The Netherlands) v. The Czech Republic* et, d'autre part, le Tribunal du CIRDI.

Néanmoins, une sentence arbitrale du CIRDI rendue dans l'affaire *David Aven and alii v. The Republic of Costa Rica*¹³⁴ laisse augurer d'une prise en compte progressive des intérêts de l'État d'accueil. Cette sentence se démarque nettement de la jurisprudence antérieure du CIRDI ainsi que de la sentence rendue par une juridiction *ad hoc* dans l'affaire *SD Myers Inc.* Du déroulement de l'affaire *David Aven and alii v. The Republic of Costa Rica*, il ressort que le CIRDI a été saisi de recours présentés contre le Costa Rica par David R. Aven, un ressortissant italo-étasunien, et six autres investisseurs étrangers, tous ressortissants des États-Unis. Les demandeurs invoquent, d'une part, la violation du standard du traitement juste et équitable (TJE) prévu par la coutume internationale ainsi que la protection et la sécurité complètes dont doit bénéficier l'investissement étranger¹³⁵, l'expropriation indirecte de leurs investissements réalisés au Costa Rica¹³⁶. Le Costa Rica, pour sa part, argue des dommages environnementaux causés par

¹³² La teneur de cette sentence est à mettre en parallèle avec le contenu de la sentence *SD Myers Inc.* analysée plus haut, au (1) de la rubrique intitulée "*Atrophie du pouvoir normatif de l'État d'accueil de l'investissement*".

¹³³ MANCIAUX Sébastien, « Les règles du droit des investissements internationaux s'opposent-elles aux politiques de sécurité alimentaire ? », *RIDE*, 2012/4, Tome XXVI, pp.49-62, voir pp.56-57 et surtout pp.60-62.

¹³⁴ *David Aven and alii v. The Republic of Costa Rica (Final Award)*, 18 September 2018, ICSID, Case No. UNCT/15/3, 241 p.

¹³⁵ En vertu de l'article 10.5 § 1 de l'Accord intitulé *The Dominican Republic – Central America – United States Free Trade Agreement* ainsi que l'Annexe 10-B audit Accord.

¹³⁶ En vertu de l'article 10.7 § 1 de l'Accord intitulé *The Dominican Republic – Central America – United States Free Trade Agreement* ainsi que les Annexes 10-B et 10-C audit Accord.

les plaignants à travers la réalisation de leur projet dénommé *Las Olas*. Aussi, a-t-il pris des mesures légales afin d'en résorber les incidences environnementales dommageables.

Dans sa sentence, le CIRDI déboute, au fond, les demandeurs en refusant de faire droit à leurs prétentions fondées sur la violation du TJE de l'investissement réalisé par les demandeurs et sur l'expropriation indirecte de leur investissement. Le CIRDI, au contraire, accorde au Costa Rica le remboursement de ses frais d'arbitrage¹³⁷. Au paragraphe 412 de la sentence, le CIRDI considère qu'au titre de l'ALEAC-RD¹³⁸, les droits des investisseurs sont subordonnés au droit du Costa Rica de veiller à ce que les investissements soient réalisés « *de manière sensible aux préoccupations environnementales* »¹³⁹. Il s'empresse cependant de nuancer cette subordination en affirmant que cette subordination n'est pas absolue ; l'État d'accueil de l'investissement étant tenu d'appliquer sa législation environnementale de manière juste et non-discriminatoire, appliquant lesdites lois visant à protéger l'environnement en suivant les principes de l'application régulière de la loi, non seulement dans leur adoption mais aussi dans leur application¹⁴⁰.

¹³⁷ *Idem*, p.240, particulièrement les points 2, 3 et 5 du dispositif de la sentence arbitrale.

¹³⁸ Acronyme de l'*Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, les États-Unis et la République dominicaine*, adopté le 5 août 2004, à Washington DC (États-Unis d'Amérique).

¹³⁹ « ... the express terms of Article 10.11 essentially subordinate the rights to investors under Chapter Ten to the right of Costa Rica to ensure that the investments are carried out "in a matter sensitive to environmental concerns" ». Cf. David Aven

CONCLUSION

En définitive, la clause de stabilisation est une réalité incontournable en matière de protection de l'investissement étranger. En vertu de cette clause, l'État d'accueil de l'investissement s'oblige, entre autres, à geler la législation applicable au contrat d'investissement. À cette protection textuelle, s'ajoute également la jurisprudence arbitrale qui, au moyen de la théorie de l'expropriation indirecte et de la *Umbrella clause*, deux avatars de la clause de stabilisation, élève la sécurité de l'investissement étranger à un niveau inégalé dans l'histoire des relations internationales économiques.

La conséquence de cette surprotection de l'investissement est l'atrophie du pouvoir de l'État d'accueil de réglementer l'investissement étranger. Les excès inhérents à cette asymétrie des rapports entre l'État d'accueil et l'investissement étranger ont suscité une vive critique de la doctrine et une réaction de la part des États africains qui, dans un élan collectif, ont élaboré à l'échelle aussi bien régionale que sous-régionale des codes d'investissement qui s'évertuent à résorber l'asymétrie des rapports entre État et investisseur étranger. Ce nouvel élan surtout décelable en Afrique

et alii v. The Republic of Costa Rica (Final Award), 18 September 2018, ICSID, Case No. UNCT/15/3, § 412, p.130.

¹⁴⁰ « It must do so in a fair, non-discriminatory fashion, applying said laws to protect the environment, following principles of due process, not only for its adoption but also for its enforcement ». Cf. David Aven and alii v. The Republic of Costa Rica (*Final Award*), 18 September 2018, ICSID, Case No. UNCT/15/3, § 412, p.130.

vient pallier les lacunes observées, en la matière, à l'échelle universelle. Il est vrai que certaines sentences arbitrales rendues durant la deuxième décennie des années 2000 laissent augurer un rééquilibrage des rapports entre ces deux protagonistes de l'investissement.

Néanmoins, cette nouvelle tendance jurisprudentielle, observée à l'échelle mondiale, est théoriquement réversible eu égard à la possibilité de revirement jurisprudentiel. La consolidation de cette tendance au rééquilibrage des rapports entre investisseur étranger et État d'accueil nécessite qu'elle soit inscrite, à l'échelle universelle, dans un texte juridique conventionnel qui servirait, parmi d'autres instruments juridiques, de fondement aux arbitres qui viendraient à connaître d'un litige relatif à un investissement étranger. Cette innovation contribuerait à parer le risque de fragmentation du droit des investissements étrangers qui ne manquerait pas de surgir si chaque ensemble régionale ou sous-régionale usait de la latitude de légiférer uniquement selon ses propres aspirations.

La perméabilité du contrat

Luc Kokou SOSSA

Docteur en Droit Privé
Assistant à la FADESP – UAC (Bénin)

RESUME : Contracter, c’est exprimer sa volonté pour s’engager avec une autre personne. Si l’expression de cette volonté est libre, il faut noter, toutefois, que cette liberté est contrainte de respecter les exigences de l’ordre public et des bonnes mœurs. Contracter, c’est prendre réciproquement des engagements entre contractants. Il en résulte une présomption d’égalité des contractants. Cependant, le contrat lie souvent une partie faible qui est soumise à celle forte. Contracter, c’est respecter les règles impératives prévues par le législateur. Face à la violation de ces règles qui constitue une entrave de l’équilibre contractuel, le juge intervient pour assurer aux contractants la justice contractuelle. La perméabilité du contrat se traduit par une double intervention. D’abord, le législateur joue un rôle prépondérant dans l’encadrement de la volonté contractuelle. Ensuite, le juge intervient pour réguler tout contrat empreint de déséquilibre.

MOTS-CLES : Contrat – Volonté – Législateur - Juge – Perméabilité

INTRODUCTION

Tocqueville disait déjà que « si [l'homme] n'a pas la foi, il faut qu'il serve, et s'il est libre, qu'il croie »¹. De même, le professeur Supiot affirme qu'« au cœur du calcul rationnel autorisé par le contrat, se trouve une croyance dont seul l'objet a changé. ... La liberté contractuelle n'est pas concevable sans (qu') une foi (soit) partagée dans un tiers (qui se porte) garant des conventions... Il n'y a pas, et il ne peut y avoir, de contrat sans une loi qui, à tout le moins, fonde la personnalité de ceux qui contractent et donnent force à leur parole »². Une fois que le contrat est conclu, le droit permet au juge d'en réviser le contenu, pour autant qu'il opère en-deçà des limites portées au Code civil³. Dans la même veine et plus précisément pour les contrats dans les sociétés commerciales, le professeur Kenmogne Simo, précise que « l'intervention du juge au sein de la société est de plus en plus grande mais généralement en cas de crise »⁴.

Dans son Discours préliminaire de 1801 sur le premier projet du Code civil, Portalis avait réparti les fonctions entre le législateur et le juge. Il avait attribué au législateur l'office des lois et au juge celui du discernement de l'esprit des lois ainsi que de leur application « c'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application [...] Les juges doivent obéir aux lois et qu'il leur est défendu de les interpréter, toutes les fois qu'ils manquaient de loi ou que la loi existante

leur paraissait obscure »⁵. Ce faisant, il interdisait au juge l'interprétation par voie d'autorité et de son gré qui « consiste à résoudre les questions de doute par voie de règlements ou de dispositions générales »⁶. La seule interprétation qu'il est permis au juge de faire, poursuit Portalis, c'est « l'interprétation par voie doctrinale qui consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement et à les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés »⁷. Il en résulte le pouvoir du juge d'interpréter la loi lorsqu'elle est obscure, de la compléter lorsqu'elle est insuffisante et de créer de nouvelles normes s'il y a une vide juridique. Face au silence législatif, le juge a l'obligation de juger sous peine de déni de justice ; ce principe a été dégagé de l'article 4 du Code civil. Il dispose que « le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence de la loi sera poursuivi comme coupable de déni de justice ». En l'absence de l'intervention du juge, il importe de se demander si le législateur et les parties au contrat peuvent, à eux seuls, résoudre les problèmes du contrat dans le contexte des évolutions de la société. En outre, il convient également de savoir si l'intervention du juge, aux côtés du législateur et des parties qui sont au contrat, constitue une garantie d'efficacité du contrat. Répondre à ces diverses préoccupations justifie l'importance de la présente étude sur « la perméabilité du contrat ».

Le droit romain fait une nette distinction entre le contrat "contractus"⁸ comme un accord formel engageant juridiquement les

¹ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Pagnerre, 1848, tome 3. djvu/48, p.39, in A. Supiot, « La contractualisation de la société », *Courrier de l'environnement de l'INRA* n°43, mai 2001, Nantes, p.54.

² A. Supiot, « La contractualisation de la société », *Op. cit.*, p.54.

³ P. Legrand, « Contrat et non-contrat : scolies sur l'indétermination en jurisprudence québécoise », *Revue générale de droit*, 23(2), 235–278, Québec, 1992, 235, <https://doi.org/10.7202/1057471ar>, Consulté le 18/04/23 à 02h 43mn.

⁴ A. Kenmogne Simo, « La désolidarisation entre participation au capital social et source du pouvoir en droit OHADA », *BDE* (2017) 1, p.8.

⁵ J. E. M. Portalis, Discours préliminaire du premier projet de Code civil, 1801.

⁶ O. Dutheil de Lamoignon, « Le juge face au silence de la loi », *Revue du droit public*, n° 4, p.1055.

⁷ J. E. M. Portalis, *Op. cit.*

⁸ Par *contrahere*, on désignait l'action à travers laquelle un lien juridique se crée.

parties et la convention "*conventio, pactum*" (accord informel reposant sur la bonne foi)⁹. Admettre qu'il faut exécuter le contrat avec bonne foi, c'est tout simplement respecter son engagement¹⁰ et, par conséquent, sa parole. La perméabilité vient, étymologiquement, du latin *permeabilis* qui donne *de per* qui signifie à travers et *meare* pour passer. Donc *permeabilis* signifie *passer à travers* quelque chose. Elle exprime la propriété ou la capacité de toute chose perméable, changeable ou modifiable ou interpénétrable. Elle traduit la propriété d'une roche, d'un terrain, d'un corps qui favorisent la pénétration de l'eau en eux. C'est le caractère soit de quelque chose, soit de quelqu'un qui peut être atteint ou se laisser pénétrer ; en témoigne la perméabilité d'un jeune à toutes sortes d'influences. Être perméable, c'est se laisser pénétrer ou traverser notamment par les liquides. Son synonyme est poreux¹¹.

Sur le plan des Technologies de l'Information et de la Communication (TIC), plusieurs études ont montré que l'usage croissant des TIC, dans la vie professionnelle et personnelle, a largement contribué au brouillage des frontières entre ces deux sphères. La perméabilité traduit le degré d'engagement ou d'immersion psychologique et/ou comportemental de l'individu mais aussi physiquement que temporellement présent dans un autre¹². Les frontières sont importantes en ce qu'elles protègent les domaines des influences extérieures.

Toutefois, elles varient dans leur degré de perméabilité. En effet, la perméabilité se produit lorsque les éléments d'un domaine traversent les frontières séparant les deux domaines pour se retrouver dans l'autre domaine, c'est-à-dire que ces éléments passent d'un domaine à un autre. Avec l'usage des TIC, les interpénétrations, d'un domaine à un autre, sont devenues plus fréquentes et beaucoup plus faciles ; ce qui traduit une perméabilité élevée. Cette porosité concerne également tous les salariés dans l'entreprise. Comme on l'a expliqué précédemment, grâce à l'*Internet* et aux technologies dont les portables et ordinateurs portatifs, les individus sont connectés et joignables partout et à tout moment. Travail et vie personnelle sont désormais mélangés. Les frontières s'estompent, les tâches professionnelles peuvent être exécutées à la maison de même que les tâches personnelles peuvent l'être au travail. *Comment font les individus pour gérer ces interpénétrations d'un domaine vers un autre ?*¹³ *Comment gèrent-ils les diverses relations à travers la variété des domaines ?*

Sur le marché de l'emploi, la perméabilité renvoie à l'idée qu'il est possible pour les membres d'un groupe défavorisé d'accéder à un autre groupe plus avantageux. *Comment passer d'un statut professionnel à un autre ?* Dans le domaine très spécifique de l'étude sur le chômage, la perméabilité entre les frontières se définit comme l'appréhension des chômeurs selon sur

⁹ P. Girard, Manuel de droit romain, Paris, Rousseau, 5^e éd., 1911, p.432 ; A. Supiot, *Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?*, Dr. Soc. 2003, p.59 ; J. Mestre et A. Laude, « L'interprétation active du contrat par le juge » in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p.9. ; D. Philippe, « La bonne foi dans la formation du contrat » in *La bonne foi, Rapport belge, Travaux de l'Association Capitant*, Journées Louisianaises, T. XLIII, Paris, Litec, 1992, p.61 ; Cass. 19 septembre 1983, R.C.J.B., 1986, p.282 et note J.L. Fagnart. et P.Wéry, Les obligations, n. 484 ; R. Desgorges, *La bonne foi dans le droit des contrats, Rôle actuel et perspectives*, Thèse de doctorat en droit, Paris II, 1992, p.6 : « la bonne foi est

partie d'un ensemble, l'article 1134, dont l'objet général est la force obligatoire ».

¹⁰ T. Revet, « L'éthique des contrats en droit interne » in *Éthique des affaires, de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires*, PUAM, 1996, p.207.

¹¹ Dictionnaire français, <https://www.linternaute.fr/dictionnaire/fr/definition/permeable/>, Consulté le 30/11/23 à 17h 13mn.

¹² El W. Wafa, *Perméabilité des frontières vies « personnelle et professionnelle » et usage des TIC : modèles d'articulation*, Thèse réalisée de Doctorat en Ergonomie et en Sciences de Gestion, 2015, p.11.

¹³ El W. Wafa, Op. cit., p.13.

l'accessibilité de l'emploi¹⁴. S'agissant de l'imperméabilité des frontières, elle caractérise la perception d'un chômeur selon laquelle il est très difficile de trouver l'emploi¹⁵. De cette perception sur la perméabilité dépendront d'abord, le niveau d'identification de l'individu au groupe et ensuite, le choix sur les stratégies à développer par les membres qui constituent les groupes ayant un bas statut pour l'amélioration de leur position sociale.¹⁶ Sous le couvert de la perméabilité interdisciplinaire, chaque discipline scientifique a pu donner une prise aux usages métaphoriques ; en témoigne l'usage philosophique du célèbre théorème de Gödel ainsi que le concept d'incertitude d'Heisenberg¹⁷.

La théorie classique de l'autonomie volontaire¹⁸ est le fondement du contrat. Selon le Code civil primitif de 1804¹⁹, la genèse du contrat est essentiellement basée sur l'accord de la volonté²⁰ des parties, lequel est érigé en source de création des obligations pour les parties. Celles-ci sont libres de conclure ou non le contrat, libres de choisir leur contractant, libres de déterminer le contenu de leur contrat. Toutefois, ce principe a connu un déclin au cours de la seconde moitié du 19^e siècle²¹. A son retour, une telle liberté a

potentiellement placé les parties dans une situation d'injustice où la partie forte dirige le contrat et souvent au détriment de la partie faible. D'où la nécessité de contrôler cette liberté car « *entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit* »²². Ces changements inhérents à la liberté contractuelle s'expliquent par divers bouleversements, inhérents notamment à la révolution industrielle ; mais aussi à la multiplication et à la diversification des types de contrat, à la standardisation des concepts contractuels, à la prolifération du contenu obligatoire dans les clauses contractuelles et au déclin de la règle classique ou primaire de l'autonomie volontaire des contractants²³.

A la faveur de la révolution de 1789, les idées libérales se manifestent sur deux plans : le plan philosophique et celui économique. Sur le premier plan, il importe de citer Jean Jacques Rousseau qui a affirmé que « *l'homme est naturellement bon, et c'est la société qui le déprave* »²⁴. Quant à Charles-Louis de Secondat dit Montesquieu, il renchérit que « *la liberté est le droit de faire tout ce que les lois*

¹⁴ G. Herman et Van D. Ypersele, « L'identité sociale des chômeurs », *Les Cahiers du Cerisis*, 60(6), 895-910, cités par G. Boudrenghien, Fr. Nils, D. Jourdan et D. Bourguignon, « Perception de la perméabilité du marché du travail chez les jeunes en fin de secondaire », *L'orientation scolaire et professionnelle*, <http://journals.openedition.org/osp/1819> ; DOI : 10.4000/osp.1819, p.3, Consulté le 15/04/23 à 18h 35mn.

¹⁵ G. Boudrenghien, Fr. Nils, et all., Op. cit., p.3, Consulté le 16/04/23 à 11h 26mn.

¹⁶ G. Boudrenghien, Fr. Nils, et all., Op. cit., p.3, Consulté le 16/04/23 à 11h 27mn.

¹⁷ J. Benoist, Frontières et perméabilité des disciplines, *Les classiques des sciences sociales*, Chicoutimi, Québec, <http://classiques.uqac.ca/>, 2016, pp. 17-18.

¹⁸ L. Cadet, « Interrogation sur le droit contemporain des contrats » in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, spé. note 1, p.25 ; F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, Paris, 1956, n° 12, p.10.

¹⁹ Le Code civil primitif, également appelé, à partir de 807 le Code Napoléon. Il a été promulgué par Napoléon Bonaparte en 1804 et est un ensemble de lois écrites et organisées qui déterminent le statut des personnes et de leurs relations tout comme celui des biens.

²⁰ Aux termes de l'article 1101 CC, « *le contrat est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes, destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* » ; L. Feriel, « *La trajectoire conceptuelle du déséquilibre significatif* », *JCP E*, mai 2021, n°s 19-20, étu. 1246, p.26, n° 2.

²¹ Le déclin du postulat de l'autonomie volontaire contractuelle des parties de contracter.

²² H. Lacordaire, « Sermon à la chaire de Notre-Dame », 1848 in *Conférences de Notre-Dame de Paris, 1835-1851, 1855*, p.6 – n° 12.

²³ E. L. Josserand, *Les dernières étapes du dirigisme contractuel : Le contrat forcé et le contrat légal*, Dalloz, Recueil Hebdomadaire, 1940, n° 2, p.5.

²⁴ J. J. Rousseau, *Du contrat social - Discours sur les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1755.

permettent »²⁵. Il poursuit en déclarant que la liberté n'est pas une liberté indépendance. Ce faisant, il faut laisser tout libre l'homme pour faire les choses. S'agissant du second plan, il semble avoir la présence d'une "*main invisible*" qui guide le marché pour le bien de tous et la satisfaction de l'intérêt général. Chaque individu est donc libre pour prendre ses initiatives.

Cependant, la liberté n'interdit pas que le contrat soit assujéti aux obligations surtout lorsque cet assujettissement découle de la volonté du contractant. Traditionnellement, la liberté accorde aux parties le privilège de conclure ou non le contrat, de choisir leur cocontractant, d'apprécier l'opportunité de contracter et de retenir les termes ainsi que les conditions de leur convention²⁶. Puisque la liberté contractuelle²⁷ peut être entendue comme la liberté du contractant de se lier, elle est la conséquence de l'autonomie volontaire. Cette liberté constitue l'un des principaux éléments sur lesquels repose le droit contractuel. À travers l'autonomie d'expression de la volonté qui est un principe central du droit de contrat, il faut souligner que seule la volonté est créatrice de droits et d'obligations pour l'être humain. De ce principe, il résulte également que l'homme est et demeure un être libre. Par conséquent, nul ne peut le contraindre à des obligations en dehors de celles qui ressortent de sa volonté et de son consentement. Avec la convention-loi²⁸, la liberté contractuelle formait l'une des

caractéristiques essentielles du Code Napoléon de 1804 qui constitue encore aujourd'hui la source principale du droit contractuel. Au risque de priver ce principe de sa substance et de porter gravement atteinte à la sécurité juridique, il n'est, en effet, ni souhaitable, ni acceptable que les prétoires s'érigent en arbitre de l'équité des relations économiques. Un degré suffisant de sécurité juridique est, à cet égard, nécessaire à tous et permet d'éviter de nombreux conflits²⁹. Le principe relatif à la convention-loi constitue l'un des trois éléments ayant supporté la construction du Code civil primitif. Cela conforte la position du professeur René Savatier ayant affirmé que le principe fondamental de la liberté des contractants traduit « *la plénitude de la liberté des contrats* »³⁰. La conception originelle du contrat exige un respect mutuel et ne rend donc pas l'un responsable de l'autre, ni l'autre de l'un³¹.

Au cours du 19^e siècle, la théorie de l'économie libérale incitait à laisser aux parties le privilège de préciser les termes de leurs engagements. Selon cette théorie, la grande liberté de "*laisser-faire*", qui doit être accordée aux parties, a eu son écho favorable. Le marché est la meilleure méthode de répartition des richesses³². A cet effet, le rôle de l'Etat devrait être seulement d'assurer l'effectivité des engagements des parties et de laisser la loi du marché fixer la valeur de leurs prestations réciproques. Le marché étant roi, l'État ne devait pas venir le perturber³³.

²⁵ Ch.- L. de Secondat "Montesquieu", *De l'esprit des lois : Liberté et pouvoir*, 1748.

²⁶ J. Ghestin, *Traité de droit civil*, t. 2, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1988, p.28.

²⁷ F. Terré, *Droit Civil : les obligations*, 5^e édition, précis Dalloz, 1993, p.23 ; J. Flour, et J.-L. Aubert, *Les obligations, l'acte juridique*, 8^e édition, Armand Colin, 1998, p.65 ; J. Carbonnier, *Droit Civil, Les obligations*, Tome 4, 21^e édition, PUF, 1998, p.50 ; D. Mazeaud, « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », *Les petites affiches* (2004), n° 92, p.47.

²⁸ H. de Page, *Traité de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., 1964, no 462 ; A. de Bersaques, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion » in *Mélanges Jean Dabin*, t. II, Bruxelles, Larcier, 1973, pp. 487 et s., spéc.

pp. 491 et 492, cité par J.-F. Romain, « *Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel* » in P.- A. Foriers (éd.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éditions du Jeune barreau de Bruxelles, 2000, p.54.

²⁹ A. Rigolet, Op. cit., p.329.

³⁰ R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3^e série, Dalloz, Paris, 1959, p.21.

³¹ T. Revet, Op. cit., p.212.

³² J. Ghestin, *Traité de droit civil*, t. 2, 2^e éd., op. cit., pp.22-23.

³³ A. Rigolet, *La liberté contractuelle – Les réformes passent, le principe reste*, Éditions Larcier – Strada Lex, 2020, p.312.

En dépit de son rôle central, le principe consacré à la liberté contractuelle a été fortement menacé. Ce faisant, il lui a été opposé la conformité aux bonnes mœurs et à l'ordre public³⁴. A propos des bonnes mœurs, Frédéric Charlin affirme que l'art de définir contraint parfois les juristes à accepter que "certaines matières soient rebelles à la définition", même si une simple délimitation s'accommode de filiations pertinentes. Les bonnes mœurs n'ont pas été définies de façon précise par le droit civil. Très liées à l'ordre public, les bonnes mœurs se rapportent souvent à la vie privée³⁵. Les articles 6 et 1133 du Code civil³⁶ en font un instrument moralisateur du contrat à peine d'absolue nullité, comme dans d'autres droits européens³⁷.

En outre, il renchérit en affirmant que « *les bonnes mœurs traduisent dans la règle de droit une certaine moralité*³⁸, la "normalité" durkheimienne³⁹ écartant les comportements très minoritaires »⁴⁰. De même, Edith Géraud-Llorca illustre que « *des auteurs très représentatifs du droit écrit, tel le provençal Julien et le toulousain Boutaric enseignent, le premier que selon les "préceptes généraux du droit", on doit*

*"ne rien faire que d'honnête, rien qui blesse les lois et les mœurs"*⁴¹, le second que l'"on regarde toutes les conventions comme irrévocables pourvu qu'elles paraissent avoir été faites sérieusement et avec réflexion, qu'elles ne soient contre ni les lois ni les bonnes mœurs et qu'il n'y ait ni dol ni surprise"⁴² »⁴³. Le principe a connu des tempéraments qui illustrent et renforcent sa perméabilité. Il devrait également protéger les parties supposées faibles au contrat contre les abus des forts auxquels la liberté contractuelle "brute et originelle" peut conduire. Parmi ces personnes dites faibles comptaient les travailleurs salariés et les consommateurs confrontés aux vicissitudes de la société industrielle émergente. Ce faisant, ces exigences du principe constituaient une limitation très remarquable de la capacité des parties contractantes à déterminer librement les modalités de leurs conventions.

En dehors de « *l'infléchissement du consensualisme* »⁴⁴ provoqué par « *la résurgence du formalisme* »⁴⁵ et de « *la remise en cause du principe de la liberté contractuelle avec l'apparition des contrats*

³⁴ Cl.-J. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, nouvelle éd., Paris, Vve Brunet, 1769, 2 vol., T. 1, p.367.

³⁵ B. Lavaud-Legendre, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, PUF, 2005, p.8.

³⁶ Certaines dispositions du Code civil se valent sur ce plan. Ce sont entre autres les articles 900, 1131 et suivants, 1172 et 1387.

³⁷ Le cas de la Suisse intéresse ; il fit l'objet d'une thèse avec une dimension comparatiste sur les bonnes mœurs dans les droits français, allemand et italien.

³⁸ Les « bonnes mœurs » se seconderont dans l'exercice de la justice, le juge lui-même ne représentant plus dans la communauté l'homme vertueux.

³⁹ É. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 16^e éd., 1967, *Les classiques des sciences sociales*, Chicoutimi, Québec, <http://classiques.uqac.ca/>, p.69, Consulté le 04/12/23 à 21h 36mn.

⁴⁰ B. Lavaud-Legendre, *Op. cit.*, p.9.

⁴¹ J.-J. Julien, *Éléments de jurisprudence selon les lois romaines et celles du royaume*, Aix, Antoine David, 1785, 1 vol., p.295.

⁴² Fr. de Boutaric, *Les Institutes de l'Empereur Justinien conférées avec le droit français*, Toulouse, 1757, 1 vol., p.436.

⁴³ É Géraud-Llorca, L'introduction des bonnes mœurs dans le code civil, <https://www.bing.com/search?q=les+bonnes+moeurs+en+droit+du+contrat+pdf&qsn&form=QBR&esp=-1&ghc=1&lq=0&pq=les+bonnes+moeurs+en+droit+du+contrat+pdf&sc=11-41&sk=&cvid=9C1BD585FBEA4ACEA645A09E58A9D58D&ghsh=0&ghacc=0&ghpl=&ntref=1>, p.64, Consulté le 04/12/23 à 13h 40mn.

⁴⁴ H-L Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçon de Droit Civil*, Tome III, 8^e édition, Montchrestien, 1991, p.50 ; X. L. de Bellefonds, « La LCEN et le consensualisme », *RDC*, n° 2, 2005, p.592.

⁴⁵ Ph. Malaurie, Regards sur le formalisme en droit privé, *Deffrénois*, n° 6, 2005, p.481 ; M. S. Zaki : « Le formalisme conventionnel : illustration de la notion de contrat-cadre », *R.I.D.C.*, 1986, n° 4, p.1096 ; X. Lagarde, « *Observations critiques sur la renaissance du formalisme* », *JCP. G.*, 1999, I 170, pp. 1767-1775 ; D. Gobert et E. Montero, « Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne » in É. Montero (dir.), *Le commerce électronique sur les rails ? Analyse de la mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.199.

d'adhésion »⁴⁶, la force obligatoire du contrat, également, a connu une atténuation. En effet, chaque partie contractante dispose désormais de la possibilité de se retirer unilatéralement du contrat soit pour la conduite déloyale, soit pour la mauvaise foi de son cocontractant. Ainsi, toute partie qui n'exécute pas ses obligations ne peut se prévaloir de l'obligatorité du contrat. On notera également l'ampleur de l'effet relatif envers les tiers⁴⁷. Autrefois, selon ce principe, le contrat doit produire des effets uniquement entre les parties ayant donné leur accord et non vis-à-vis des tiers. Cependant, ce principe a connu une atténuation de sorte que le contrat signé entre les parties peut causer des effets envers des tiers en raison de sa nature même. Quoique n'ayant pas signé le contrat, certaines personnes peuvent en être intéressées. Ce sont notamment les ayants cause, tiers bénéficiaires qui ont des intérêts liés aux effets du contrat⁴⁸.

En outre, les nouvelles productions législatives se consacrent à d'autres aspects juridiques dont l'imposition de l'ordre public et des bonnes mœurs, la protection de la partie faible au contrat et la prolifération des contrats d'adhésion. Les bonnes mœurs et le droit contractuel ont traversé la période révolutionnaire⁴⁹. En dépit de cette œuvre législative, il est parfois noté soit des imprécisions soit le silence du législateur à qui l'encadrement de certains domaines a échappé. Cela peut conduire « à une forme d'imprévisibilité et in fine à une forme d'insécurité juridique »⁵⁰.

Pour y pallier, le recours prétorien s'impose afin d'assurer le rôle régulateur des contrats par le juge. Bien que l'intervention prétorienne dans les liens contractuels semble controversée, celle-ci est néanmoins consacrée par le législateur et admise par la doctrine quasi majoritaire. Le renforcement du phénomène des clauses contractuelles obligatoires par le juge est devenu une importante réalité jurisprudentielle quoiqu'elle constitue une entorse à la force obligatoire liée au contrat. Il en résulte des forçages d'ordre aussi bien législatif que prétorien. Tenant compte de ces forçages, d'une part, et de l'analyse combinée de la définition de la perméabilité et de la place originaire centrale de la volonté accordées aux parties, d'autre part, il convient de s'interroger sur la portée ou la place de la volonté reconnue aux parties dans le contrat.

Le contrat, voulu à l'origine comme instrument de la volonté des parties demeure-t-il ainsi ou se laisse-t-il pénétrer par d'autres volontés ? Quelle est la place de la volonté des parties dans le contrat à l'heure actuelle ?

Cette problématique illustre l'opportunité de cette recherche. Elle révèle également les multiples enjeux de l'étude.

Au plan théorique, la perméabilité du contrat justifie la dualité des interventions du législateur et du juge qui favorisent

⁴⁶ M. Coipel, « La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile », (1990) 24 R.J.T. 485, 500 ; M. Lemieux, « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », (2001) 42 C. de D. 841, 845 ; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations*, Montréal, Thémis, 2001, n° 26, p.70 ; Roy c. Walker, J.E. 2000-1120 (C.A.) ; Fr. X. Testu, « Le juge et le contrat d'adhésion », J.C.P. 1993.I.3673, n° 6.

⁴⁷ M. N. Diatta, *Le juge et le contrat : étude comparative des droits français et sénégalais*, Thèse de doctorat en droit

privé, Université de Perpignan Via Domitia, 2022, n° 17, p.8.

⁴⁸ M. N. Diatta, *Op. cit.*, n° 17, p.8.

⁴⁹ É Géraud-Llorca, *Op. cit.*, p.62.

⁵⁰ A. Kenmogne Simo, « La divergence entre les législateurs CEMAC et camerounais en matière de répression de l'émission de chèque (ou une difficulté de l'intégration juridique dans la CEMAC) » in *Justice & intégration, Mélanges en l'honneur du professeur Ndiaw DIOUF*, Tome 1, Justice, les éditions du CREDIJ, décembre 2020, p.299.

l'équilibre contractuel⁵¹ et la justice contractuelle⁵². Cela rétablit et renforce l'autonomie volontaire en vue d'équilibrer le contrat⁵³. Il en découle le raffermissement du volontarisme et du solidarisme contractuels⁵⁴. Le législateur assure la sécurité du contrat à travers les exigences liées non seulement à l'ordre public mais également aux bonnes mœurs, de l'obligation d'information liée au contrat et des aménagements contractuels pour la sauvegarde du contrat. Lorsque le juge supplée au silence du législateur et à la défaillance des parties, il exerce son pouvoir régulateur afin de préserver la sécurité juridique du contrat. Cela se manifeste par l'interprétation du message du juge et la sanction judiciaire des violations du contrat par les parties malveillantes.

Au plan pratique, il convient de montrer que les pouvoirs du législateur et du juge sont complémentaires. A travers ses pouvoirs, le législateur crée des normes afin de répondre, d'une part, à l'impératif dynamique lié aussi bien à l'ordre public qu'aux bonnes mœurs, et d'autre part, à la nécessité de protéger les parties faibles au contrat. Sous le bénéfice du pouvoir prétorien, le juge interprète les imprécisions

du législateur et régule son silence. Il contribue à la consolidation de la justice contractuelle et à la correction soit du déséquilibre créé par les contractants lors de la formation du contrat⁵⁵, soit de celui survenu lors de l'exécution du contrat par des circonstances imprévisibles⁵⁶. En ce sens, si les parties contractantes ne respectent pas l'impératif de l'équilibre du contrat⁵⁷, celui-ci mute vers un statut⁵⁸ qui oblige le juge à intervenir pour sa sécurité juridique. En conséquence, le juge intervient pour stabiliser la relation contractuelle⁵⁹.

En réponse à la problématique de cette recherche, il convient de remarquer que le législateur rend dynamique le cadre juridique sur le contrat en créant de nouvelles normes à travers lesquelles il est parfois implicite. A cet égard, le juge s'émancipe parfois des habilitations du législateur pour rechercher l'équilibre du contrat⁶⁰. Son intervention active dans le contrat, manifeste pour certains auteurs l'arbitraire⁶¹ qui secoue la sécurité juridique créée par la volonté contractuelle. Cependant, ses interventions précisent l'encadrement législatif dynamique du contrat et contribuent au renforcement de son exécution.

⁵¹ J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e ed., LGDJ, 1994, n° 252.

⁵² *Ibid.*

⁵³ M. Mekki, « Libéralisme et solidarisme : quelle philosophie du contrat pour sortir de la crise ? », *RDC* 2010, n° 1, p.383.

⁵⁴ S. Lequette, *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, Thèse Paris 2, 2012, p.339 ; Ch. Jamin, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique » in L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, p.159 ; Ph. Rémy, « La genèse du solidarisme » in L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), p.3 ; Ch. Jamin, « Demogue et son temps. Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », (2006) 56, *R.I.E.J.*, p.5 ; A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Litec, 2006, p.4 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2004, n° 451, p.302. P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 2004. M.-A. Frison-

Roche, « Volonté et obligation », *Archives de philosophie du droit* 2000.44.129.

⁵⁵ C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p.379.

⁵⁶ C. civ., art. 1195 ; Th. Revet, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, p.373 ; M. Mekki, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », *AJC* 2020, p.165.

⁵⁷ H. Batiffol, *La crise du contrat*, *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, 1968, p.13.

⁵⁸ K. Stoyanovitch, « La théorie du contrat selon E. B. Pachoukanis », *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, 1968, p.89.

⁵⁹ A. Benabent, « L'équilibre contractuel : une liberté contrôlée », *LPA* n° 53, 6 mai 1998, p.14.

⁶⁰ D. Mazeaud, « Le principe de proportionnalité et le droit des contrats », *LPA* 30 sept. 1998, pp. 61-62.

⁶¹ L. Cadiet, « Une justice contractuelle, l'autre » in *Mélanges Jacques Ghestin*, 2001, p.177 ; M. Mignot, « De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme a-t-il un rapport avec la solidarité ? », *RRJ* 2004, n° 4, p.2153.

La perméabilité du contrat s'exprime par les diverses interventions du législateur qui ont bouleversé la liberté contractuelle. Dans la de la sécurité contractuelle, la jurisprudence a également marqué ses empreintes sur les modifications concernant la liberté contractuelle. La perméabilité du contrat s'illustre à travers, d'une part, son encadrement (I) et, d'autre part, son imposition (II).

I. La perméabilité encadrée du contrat

La perméabilité encadrée du contrat illustre une avancée de l'hétéronomie et un recul de l'autonomie volontaire. C'est un forçage ou un cloisonnement du contrat dans l'observance des règles préétablies qui gouvernent le contrat non seulement à travers sa formation mais également pendant son exécution. L'encadrement de la perméabilité inhérente au contrat est un mécanisme qui assure l'équilibre contractuel et garantit l'efficacité contractuelle. Aussi met-il en évidence, d'une part, l'expansion de l'hétéronomie contractuelle (A) et, d'autre part, la récession de l'équilibre contractuel (B).

A. L'expansion de l'hétéronomie contractuelle

L'expansion de l'hétéronomie contractuelle est le reflet de l'absence de la volonté contractuelle et par conséquent du recours à certains aménagements en matière contractuelle. Comme l'affirme le professeur Alain Supiot, « réguler la société consiste à rechercher les mécanismes d'ajustement mutuel qui

permettent aux hommes de survivre, et à formaliser ensuite ces conventions »⁶². L'expansion de l'hétéronomie contractuelle se traduit par l'émergence du dirigisme contractuel (1) et l'infléchissement de l'autonomie contractuelle (2).

1. Le dirigisme contractuel

Le dirigisme contractuel a émergé courant les années 1930. Cela s'est traduit par la première génération de mutations dans les contrats. Sous le bénéfice des contrats dirigés, le but visé n'est pas uniquement d'arranger les intérêts spécifiques et individuels de chaque partie contractante, mais également de réaliser l'intérêt collectif. La conception pyramidale de l'économie dirigée justifiait le fondement des contrats dirigés. Elle prétendait imposer aux contractants l'observance de l'ordre public à travers les règles d'intérêt général définies par l'État.

En parlant du « *forçage du contenu contractuel* »⁶³, Josserand⁶⁴ renvoie de façon sous-jacente à une conception volontariste et individualiste du contrat. De manière croissante, *les pouvoirs publics interviennent dans la naissance, dans la vie et dans la mort du contrat. En revanche, le rôle que joue la volonté contractuelle s'efface progressivement, devenant secondaire.* »⁶⁵. Cela a fait dire à un autre auteur que « *la prolifération des obligations ou devoirs contractuels a donc été à l'origine d'une mutation conceptuelle. Plus exactement, c'est d'une révolution, d'un retour aux sources qu'il s'agit* »⁶⁶. En outre, il énonce que « *les produits les plus récents*

⁶² A. Supiot, « *La contractualisation de la société* », p.52.

⁶³ E. L. Josserand, « L'essor moderne du concept contractuel » in *Recueil d'études en l'honneur de François Gény*, 1934, T.II, p.340.

⁶⁴ Parlant du dirigisme contractuel, le professeur Louis Josserand s'est attaché à la description du déclin de l'autonomie volontaire contractuelle, du fait de l'apparition du contrat dirigé, du contrat légal, du contrat forcé, du retour du formalisme, etc. ; cf. notamment « *Le contrat dirigé* », *D.H.* 1933. Chr. 89 ; « *La publicisation du contrat* », *Etudes Lambert*, 1938, T. 3,

p.143 s. ; « *Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal* », *op. cit.*

⁶⁵ E. L. Josserand, « *Les dernières étapes du dirigisme contractuel : Le contrat forcé et le contrat légal* », *op. cit.* Josserand ne manque pas de nuancer sa pensée. Il parle de « *forçage du contenu contractuel* »

⁶⁶ J. P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », *Colloque "La nouvelle crise du contrat"*, Mai 2001, Lille, France, hal-01053544, p.2.

de la technologie contractuelle délèguent, au contraire, à ces contrats dirigés, non seulement le soin de mettre en œuvre, mais de participer à la définition des impératifs d'intérêt collectif. Et cette technique des contrats dirigés n'est plus le monopole de l'État ; elle s'est étendue à la sphère privée sous la forme d'accords-cadres qui définissent des règles d'intérêt collectif auxquelles devront se plier les contrats entrant dans leur champ d'application. Les contrats de plan, les conventions médicales, les conventions légiférantes introduites en droit social communautaire, sont autant de manifestations de ce dirigisme contractuel d'un nouveau genre, qui associe un grand nombre de personnes, publiques ou privées, à l'exercice du pouvoir »⁶⁷.

La perception classique du contrat qui résulte de l'œuvre de Napoléon a connu beaucoup de bouleversements, mais certes de grandes évolutions. Ces divers bouleversements sont « inhérents notamment à la révolution industrielle, mais aussi à la multiplication et la diversification des contrats, la standardisation des concepts contractuels, le développement du contenu obligatoire du contrat et le déclin de la règle traditionnelle de l'autonomie de la volonté des contractants »⁶⁸. A la faveur de l'essor des technologies applicables à l'information ainsi qu'à la communication (TIC), vecteurs potentiels de l'échange de consentements à distance, le contrat a

également connu divers usages qui marquent nettement la rupture avec les techniques traditionnelles caractérisées par la rencontre physique des parties contractantes.

Les effets découlant du contrat sont liés à son contenu tel qu'il est retenu et décidé par les parties contractantes. De ce fait, toute modification voire augmentation ou retranchement du contenu d'un contrat conclu traduit un « forçage du contrat »⁶⁹ vu que les conséquences engendrées par le contrat n'expriment plus forcément la volonté intangible des parties. Dans la perspective volontariste des contractants, le juge est investi du pouvoir de modifier voire compléter ou réduire le contenu contractuel, tout en gardant à l'esprit la règle générale et abstraite commune à l'ensemble des contrats de ce type⁷⁰. Le pouvoir du juge est fondé sur une légitimité légale⁷¹ qui répond parfaitement à la formule de Durkheim selon laquelle « tout n'est pas contractuel (c'est-à-dire volontaire) dans le contrat »⁷². Même si cette conception libérale de l'amplification de la substance du contrat permet une meilleure protection de la partie contractuelle faible⁷³, cela constitue une décontractualisation de l'obligation de sécurité qui controverse certains auteurs⁷⁴. L'une des formes très marquées du dirigisme contractuel est traduite par « l'obligation légale de contracter »⁷⁵. En témoignent certains contrats forcés à travers les obligations de souscrire aux

⁶⁷ J. P. Chazal, Op. cit., p.5.

⁶⁸ E. L. Josserand, « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : Le contrat forcé et le contrat légal », Dalloz, Recueil Hebdomadaire, op. cit.

⁶⁹ E. L. Josserand, « L'essor moderne du concept contractuel » in Recueil d'études en l'honneur de François Gény, t. 2, Sources générales des systèmes juridiques actuels, Sirey, 1934, p.335, et « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : Le contrat force et le contrat légal », DH 1940, chron. p.5 ; L. Leveneur, « Le forçage du contrat » in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? Dr. et patr.*, 1998, p.69.

⁷⁰ P. Ancel, Droit des obligations en 12 thèses, Paris, Dalloz, 2018, p.199.

⁷¹ S. Ondze, « Le juge et l'équilibre du contrat », Annales de l'Université Marien Ngouabi, Volume 21, Numéro spécial, Année 2021, www.annalesumng.org, p.111.

⁷² E. Durkheim, *De la division du travail social*, 1893, p.189.

⁷³ J.-P. Chazal, « La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain » in W. Dross (dir.), *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Ed., Mare et Martin, 2014, p.227.

⁷⁴ G. Viney, « Rapport de synthèse » [l'obligation de sécurité], *Gaz. Pal.* 1993, doct., p.1215 ; C. Bloch, *L'obligation contractuelle de sécurité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, p.57.

⁷⁵ P. Durand, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *Rev. trim. dr. civ.* 73, n° 5, p.76.

contrats notamment d'ouverture de compte bancaire pour le virement des salaires, d'assurance automobile ou d'assurance responsabilité professionnelle. L'assujettissement à une telle obligation s'arrime avec le principe fondamental de la libre contractualisation et par conséquent du libre-échange de consentements. Soit, par respect à l'obligation légale, certains intéressés acceptent de conclure le contrat. Il en découle que le fondement du rapport juridique de ce contrat se trouve dans la manifestation de cette volonté privée du cocontractant qui se veut assurer. Soit, en violation de l'obligation légale, certains intéressés refusent de souscrire à cette obligation.

Ce faisant, ils font obstacle à la création du rapport juridique légalement prévu, et peuvent être exposés, par ricochet, aux conséquences de l'inobservation de l'obligation légale. Il s'ensuit l'inexistence du contrat⁷⁶. Cela illustre l'importance de la liberté et de la volonté reconnues aux parties qui « *restent, en général, maîtresses de former le rapport contractuel* »⁷⁷. De même, Savatier fait remarquer qu'en effet, les contrats dont il vient d'être parlé portent sur des prestations dont les usagers ne peuvent se passer. Ils sont donc pratiquement obligés de contracter. L'ouvrier est tenu de chercher du travail. Quasiment tout le monde est obligé de voyager et d'expédier des colis, de sorte que le pouvoir économique va, en réalité, imposer moralement le contrat façonné par lui, à des gens pour qui le contrat est une nécessité ; mais l'obligation de contracter n'y est encore que morale⁷⁸.

Peu importe les bouleversements subis par le contrat, en référence à sa conception classique du Code civil primitif, les changements intervenus se révèlent

insuffisants et parfois inappropriés. Pendant très longtemps, ces changements ont montré leurs limites et n'ont pas pu combler les attentes des cocontractants. Le temps s'égrenant, diverses évolutions, tant économiques que sociales, ont considérablement impacté la définition classique du contrat ainsi que les principes essentiels qui le gouvernent. Durant deux siècles et plus, beaucoup de règles inhérentes au contrat sont restées inchangées par le législateur, en dépit de leurs lacunes et des limites des changements. Face à ce long et inquiétant silence du législateur, certaines approches de solutions justifient l'immixtion du juge dans le contrat. Il s'ensuit un déclin de l'autonomie volontaire et par conséquent une transition de la libre contractualisation vers un dirigisme contractuel.

En effet, la jurisprudence a énormément influencé le droit classique de contrat à travers l'évocation des concepts de loyauté, solidarité et fraternité en matière contractuelle. Au cours de la réforme inhérente au Code civil de 2016, le législateur français s'était vu contraint de s'inspirer des avancées jurisprudentielles, consacrant ainsi une importante place au juge dans la recodification du régime du contrat. Comme l'affirme un auteur, « *les progrès du contrat sont généralement perçus comme les deux faces indissociables d'un même mouvement de retour* »⁷⁹.

Par ailleurs, les expériences des contrats privés ont fortement contribué non seulement à l'émergence de la contractualisation de l'action publique, mais également à sa consolidation. Cette contractualisation illustre de façon éclatante l'affermage du pouvoir public et par conséquent l'infléchissement de l'autonomie contractuelle⁸⁰.

⁷⁶ P. Durand, Op. cit., n° 16, p.86.

⁷⁷ Ibid., n° 13, p.84.

⁷⁸ R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, Première série : Panorama des mutations*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1964, n° 76, p.89.

⁷⁹ A. Supiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? » in *Droit Social* 2003, p.59.

⁸⁰ A. Supiot, « La contractualisation de la société », op. cit., p.58.

2- L'infléchissement de l'autonomie contractuelle

A la fin du 19^e siècle, la libre contractualisation, en dépit de son rôle central, était aux prises d'importants changements pour répondre aux exigences de conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs. En outre, la protection des parties faibles au contrat que constituent les victimes de certains abus de la libre contractualisation était un impératif. Parmi ces victimes figurent notamment les consommateurs et les travailleurs. Ceux-ci étaient confrontés au mépris des employeurs dans la société industrielle en plein essor. Il en résulte des répercussions sur l'autonomie contractuelle causant ainsi son infléchissement⁸¹.

L'époque de l'émergence du Code civil primitif en France était celle des sociétés occidentales essentiellement agraires. C'est ce qui justifie l'inadéquation de plusieurs règles de ce code pendant l'essor industriel et le développement du capitalisme. Les conséquences dramatiques, d'une part, de la crise de 1929 et, d'autre part, des deux guerres mondiales successives de 1918 et de 1945 ont montré les limites du rôle central et nécessaire de l'État dans la vie économique. Cela a fait penser, à l'aube des années 1960, à certains auteurs à « la faillite

de la liberté contractuelle »⁸² voire au « déclin de la liberté contractuelle »⁸³.

A travers l'infléchissement de l'autonomie contractuelle, il faut aussi évoquer la liberté d'aménagement des clauses contractuelles. Selon la doctrine, l'admission de la liberté d'aménagement répond au besoin d'infléchissement ; en témoigne le cas de l'organisation de la société commerciale. A ce propos, « *ce sont par conséquent les statuts des sociétés à responsabilité limitée et le plus souvent encore ceux des sociétés anonymes qui stipulent des infléchissements* »⁸⁴. Ainsi, « *on admettra sans difficulté que leur prévision n'est pas contraire à l'ordre public sociétaire* »⁸⁵ notamment parce que ces « *limitations de pouvoir sont explicitement autorisées par les dispositions du droit des sociétés* »⁸⁶. En droit OHADA et particulièrement dans la société anonyme, le législateur communautaire autorise que puissent être mentionnées au le contrat de société commerciale, les limitations des pouvoirs du conseil d'administration⁸⁷, du président-directeur général⁸⁸, du directeur général adjoint⁸⁹, du directeur général⁹⁰, de l'administrateur général⁹¹ ou encore de son adjoint⁹². Acquiesçant, un auteur a affirmé qu'il lui « *paraît justifiable sous certaines conditions*⁹³, de telles restrictions conventionnelles de pouvoir peuvent même figurer dans une convention extrastatutaire⁹⁴. Mais, qu'elles soient

⁸¹ Cass. Soc. 25 novembre 2015 D. 2015. 2507 ; P. Flores, S. Mariette, E. Wurtz et N. Sabotier ; A. Gardin, « La redéfinition de l'obligation de sécurité de l'employeur », *RJS* 2016. 99.

⁸² R. Savatier, *op. cit.*, pp. 20-21.

⁸³ A. Bénabent, *Droit civil*, 7e éd., Paris, Montchrestien, 1999, p.19

⁸⁴ F. K. Deckon, « Les pouvoirs du dirigeant de sociétés commerciales en droit OHADA » : *Rev. sociétés* 2013, p.467 et s., n° 18.

⁸⁵ D. Gallois-Cochet, « L'invocabilité par les tiers des clauses limitant le pouvoir des dirigeants sociaux » in *Mélanges offerts au Professeur Michel Germain*, *op.cit.*, p.327, n° 3.

⁸⁶ D. Gallois-Cochet, « L'invocabilité par les tiers des clauses limitant le pouvoir des dirigeants sociaux », *Ibid.*/

⁸⁷ Art. 498 AUDSCGIE / OHADA.

⁸⁸ Art. 488 AUDSCGIE / OHADA.

⁸⁹ Art. 472 AUDSCGIE / OHADA.

⁹⁰ Art. 465 AUDSCGIE / OHADA.

⁹¹ Art. 435 AUDSCGIE / OHADA.

⁹² Art. 512 AUDSCGIE / OHADA.

⁹³ Une telle convention extrastatutaire est envisageable et peut être signée par tout ou partie des actionnaires de la société. Toutefois, la société doit, en tant que personne morale, y être partie afin d'obliger et d'engager valablement ses organes.

⁹⁴ Cass. Soc., 18 mars 2009, n° 07-45.212, *BJS* 2009, p.786, note A. Constantin ; *RTD com.* 2009, p.576, note P. Le Cannu et B. Dondero. A travers cette jurisprudence, la Haute juridiction reconnut à une convention extrastatutaire limitant les pouvoirs d'un organe social, des effets de droit. Ce faisant, elle

*statutaires ou non, les limitations conventionnelles de pouvoir ne doivent pas dépouiller totalement un organe social de ses pouvoirs propres*⁹⁵ »⁹⁶.

La force majeure temporaire est un événement de nature provisoire. Cependant, celui qui l'invoque est tenu de démontrer son caractère extérieur, imprévisible et irrésistible⁹⁷. A ce propos, la jurisprudence avait « *pourtant paru étendre le domaine de la suspension, soit en abandonnant toute référence à l'extériorité, soit en réduisant les éléments constitutifs de cette dernière au seul critère de l'irrésistibilité* »⁹⁸. S'agissant de l'abandon, l'infléchissement prétorien s'illustre essentiellement dans certaines hypothèses liées à l'empêchement du débiteur empêché pour cause de maladie⁹⁹. Cependant, la motivation de certaines décisions de justice illustre que « *la prise en compte de l'incidence d'une défaillance de santé sur la capacité à exécuter le contrat n'avait rien de systématique et variait selon les circonstances* »¹⁰⁰.

Quant à la réduction, la jurisprudence s'était, pendant longtemps, accrochée au caractère de l'irrésistibilité de l'événement pour apprécier la force majeure¹⁰¹. De même, le droit social avait largement

contribué à l'assouplissement voire à l'affaiblissement des critères déterminants de la force majeure. A cet effet, le droit social avait laissé le caractère de l'imprévisibilité du fait générateur et se contentait seulement des critères de l'extériorité et de l'irrésistibilité¹⁰².

En marge de l'avancée de l'hétéronomie contractuelle, il convient de noter également une récession de l'équilibre contractuel.

B- La récession de l'équilibre contractuel

L'équilibre contractuel est un concept qui remet en cause l'autonomie d'expression de la volonté. Pendant très longtemps, ce concept a alimenté le débat sur la notion de contrat et requiert d'examiner sa prise en compte par toutes les règles qui gouvernent le droit du contrat. Il en découle que ce concept a changé et élargi fondamentalement le débat sur le contrat. Certaines règles attachées artificiellement au principe de l'autonomie volontaire et contractuelle sont en réalité étrangères à l'équilibre contractuel ; en témoignent les cas de lésion et de révision pour imprévision. Sous le bénéfice de ce concept d'équilibre contractuel, le débat demeure encore bien recentré sur l'impératif d'un côté, de la conformité du contrat à l'ordre

entérine la validité de telles mesures en dehors des statuts. *Adde* D. Gallois-Cochet, « L'invocabilité par les tiers des clauses limitant le pouvoir des dirigeants sociaux » in Mélanges offerts au professeur Michel Germain, op.cit., p.326, n° 2 : « *Si les clauses limitant les pouvoirs des dirigeants sont usuelles dans les statuts, elles ont également investi le champ des conventions extrastatutaires, au gré de l'expansion des pactes d'actionnaires ou d'associés* ».

⁹⁵ Cass. Com., 11 juin 1965, n° 63-10.240, *Bull. Civ.*, 1965, III, n° 361 ; *RTD com.* 1965, p.861, obs. R. Houin.

⁹⁶ A. Suppiot, « La contractualisation de la société », *Op. cit.*, p.58.

⁹⁷ P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, 1992, préface B. Teyssié n°77, p.58, n° 370 proposant de substituer à cette trilogie celle d'inévitabilité, d'irrésistibilité et d'impossibilité.

⁹⁸ L. Bento de Carvalho, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 10 septembre 2015, p.397, n° 613.

⁹⁹ Cass. civ. 1^{re}, 10 février 1998, *Bull. civ.* I, n° 53 ; *D.* 1998, p.539.

¹⁰⁰ Cass. civ. 1^{re}, 2 octobre 2001, *CCC* 2002, n°24.

¹⁰¹ Cass. civ. 1^{re} 6 novembre 2002, *Bull. civ.* I, n°258, *JCP* 2003, I, 152, obs. G. Viney ; *RDC* 2003, p.59, obs. Ph. Stoffel-Munck ; Cass. com., 1^{er} octobre 1997, *Bull. civ.* IV, n°240, *D.* 1998, somm. 199, obs. Ph. Délebecque.

¹⁰² Cass. soc. 25 juin 2003, n°01-43065, visant « *la survenance d'un événement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite du contrat de travail* » ; Cass. soc., 7 décembre 2005, n°04-42907, *RJS* 2/06, n°201 ; sur la « *place de l'imprévisibilité dans l'établissement de la force majeure* », voir, Cass. civ. 2^e, 23 janvier 2003, *D.* 2003, note Depadt-Sebag, p.2465, estimant à propos de l'imprévisibilité « *si son statut de condition de la force majeure ne résiste pas à une analyse affinée de la notion, joue un rôle lorsque la prévision de l'événement dommageable eut permis d'en éviter la réalisation ou les conséquences* ».

public et aux bonnes mœurs (1) et, de l'autre, de la justice contractuelle (2).

1. La conformité du contrat aux exigences de l'ordre public et de bonnes mœurs

Pour le doyen Carbonnier, « la doctrine civiliste, nourrie d'une philosophie libérale, individualiste, spiritualiste avait placé le centre de gravité des contrats dans le consentement. A notre époque, une réaction vigoureuse s'est dessinée contre cette conception. Mais elle s'est faite en se fondant sur l'ordre public. Pour rétablir l'équilibre rompu par l'exagération de l'autonomie d'expression de la volonté, on n'a aperçu d'autres remèdes qu'une intervention accrue de l'État dans les conventions. Or, liberté contractuelle ou ordre public, la thèse et l'antithèse procèdent d'un même droit savant, d'un même droit de juriste »¹⁰³. La liberté des conventions accordée aux parties constitue un principe cardinal. Cependant, cette liberté n'est pas absolue¹⁰⁴. C'est vraisemblablement pour cette raison que le Code civil prévoit en son article 1102 que « chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ». La liberté contractuelle se révèle limitée par une exception consacrée, dans le Code civil en son article 6¹⁰⁵, celle de ne pas enfreindre à l'ordre public ainsi qu'aux bonnes mœurs. De même, l'article 42 du COCC du Sénégal¹⁰⁶ dispose que « libres

de contracter ou de ne pas contracter, d'adopter toute espèce de clauses de modalités, les parties ne peuvent cependant porter atteinte par conventions particulières à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ». Il en découle que l'autonomie d'exprimer la volonté ne peut modifier la loi qu'à condition ne pas enfreindre à l'ordre public ni aux bonnes mœurs¹⁰⁷. En présence d'une disposition relative aussi bien à l'ordre public qu'aux bonnes mœurs, « tout contrôle par le juge ne serait donc pas exclu »¹⁰⁸.

Parlant de la règle d'ordre public, elle traduit l'ensemble des règles juridiques organisant la vie en société. Elle s'avère si indispensable pour les parties contractantes que le législateur leur interdit d'y déroger. Elle est une notion à géométrie variable, très évolutive¹⁰⁹ et à controverse doctrinale. Selon la doctrine, la règle d'ordre public est une notion incomplète¹¹⁰ que le législateur utilise pour régler les conflits de normes¹¹¹. Souvent, le législateur érige certaines règles au rang d'ordre public lorsqu'il veut assurer une protection de sorte que les contractants ne puissent y déroger à travers des conventions particulières. En témoignent les cas du droit de rétractation et du droit de repentir qui sont caractérisés d'ordre public. Il y a également le cas spécifique de la protection des parties faibles au contrat dont les travailleurs salariés. Concernant les bonnes mœurs, elles traduisent un concept polysémique et encore plus difficile à

¹⁰³ J. Carbonnier, *Droit Civil, Les obligations*, Tome 4, 21^e édition, Op. cit., p.307.

¹⁰⁴ R. Scabro, Les conventions relatives à la preuve, Thèse de doctorat en droit privé, l'Université Toulouse I Capitole (UT1 Capitole), 6 décembre 2013, p.37, n° 57.

¹⁰⁵ L'article 6 CC dispose qu'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

¹⁰⁶ Article 42 de la Loi n° 98-30 du 14 Avril 1998 portant Code des obligations civiles et commerciales en République du Sénégal.

¹⁰⁷ Rapport, note, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, Lexisnexis, 13^e éd., 2014, n° 270, p.208 ; Ph. Malaurie, *Rapport particulier sur la notion de l'ordre public et des bonnes mœurs dans le droit privé*, Neuvième séance d'étude in Travaux de l'association

Henri Capitant, Tome 7, 1952, p.750, l'auteur précise justement que « les bonnes mœurs ne jouent qu'un rôle accessoire à l'ordre public, elles ont pour but, selon l'expression d'un rédacteur du Code civil, de lui apporter "un supplément de clarté", de montrer aux tribunaux qu'ils ne doivent pas concevoir l'ordre public comme une opportunité politique et sociale, mais qu'il est aussi constitué par un certain nombre de principes moraux ».

¹⁰⁸ Al. Rigolet, « La liberté contractuelle – les réformes passent, le principe reste », op. cit, p.324.

¹⁰⁹ CE, 10 janvier 2014, n° 374528, *AJCT*, 2014, p.157.

¹¹⁰ F. Favennec-Henry, « L'ordre public légal », *JCP S.*, 2017, p.1126.

¹¹¹ P. Deumier et Th. Revêt, « Ordre public » in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p.1120.

cerner. Ce concept vise le bon comportement dans la société. Il repose sur des valeurs morales dynamiques susceptibles d'évoluer avec le temps et selon l'espace. A cet effet, tout contrat dont la cause porte sur le trafic de drogues ou d'ossements humains sera considéré comme un contrat en violation des bonnes mœurs.

Toute clause contractuelle par laquelle un consommateur décide de renoncer, par anticipation, au droit de rétractation est nulle et de nul effet. Sous peine de nullité, aucune clause contractuelle ne peut sacrifier le droit de rétractation du consommateur. Aussi, certains codes de la consommation ont consacré comme une infraction, à travers certaines de leurs dispositions, le non-respect du délai de rétractation¹¹². S'agissant du législateur béninois, non seulement il interdit pour le consommateur la renonciation au droit de rétractation mais également, il prévoit un large délai y afférent qui ne doit excéder 30 jours¹¹³. Quant au législateur camerounais, on note encore beaucoup plus de fermeté et de précision dans la loi-cadre portant protection du consommateur¹¹⁴ dont l'article 5 prévoit la nullité de toutes les clauses contractuelles qui présentent au consommateur des conséquences relatives à la perte ou à la limitation de l'exercice de ses droits et libertés. Parlant du législateur

ivoirien, l'article 45¹¹⁵ consacre le délai de rétractation et fixe le délai à 10 jours et l'article 87¹¹⁶ réprime la violation du droit de rétractation du consommateur. Cette nullité peut même être soulevée d'office par le juge. Par droit de rétractation, entendons un droit protecteur qui est accordé aux consommateurs à travers certaines dispositions tant législatives que réglementaires en vigueur. Son principal objectif consiste à garantir aux acheteurs une protection bien efficace de leurs intérêts contre les éventuels pressions et abus des professionnels. A cet égard, la CJUE a assuré la protection du consommateur en considérant que la loi relative aux clauses abusives touche assurément l'ordre public¹¹⁷.

Le droit de rétractation découle des obligations d'information et de transparence incombant aux vendeurs ou professionnels lors de la formation de contrat inhérent à la vente à distance et au démarchage à domicile. De même, ni de façon expresse ni de manière tacite, les parties contractantes ne peuvent déroger au droit de repentir¹¹⁸. Ainsi, le consommateur ne peut, à travers aucune clause contractuelle, renoncer à son droit de repentir¹¹⁹. Il en résulte qu'au cours de la formation d'un contrat mixte¹²⁰, mettant en relation soit un commerçant, soit un professionnel avec un non commerçant ou

¹¹² CA Amiens, 7 févr. 1986, *JurisData*, n° 1989-047220. – CA Paris, ch. 9 B, 8 juill. 1987, *JurisData* n° 1987-026320. – CA Grenoble, 20 janvier 1988, *JurisData* n° 1988-051119.

¹¹³ L'article 5 alinéa *in fine* de la loi n° 2007-21 du 16 octobre 2007 portant protection du consommateur en République du Bénin ; Cour suprême du Bénin, 18 décembre 2020, N° 48/CJ-CM du répertoire ; N° 2018-029/CJ-CM du greffe ; Arrêt du 18 Décembre 2020 ; Af Y Z Me Alfred BOCOVO Contre C CFAO MOTORS - GROUPE CFAO - CFAO France Me François Amorin, Me Bernard Paraïso et Me Guy-Lambert Yèkpè.

¹¹⁴ Loi-cadre n° 2011/012 du 6 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun.

¹¹⁵ Art. 45 de la Loi n°2016-412 du 15 juin 2016 relative à la consommation en République de la Côte d'Ivoire.

¹¹⁶ Art. 87 de la Loi n°2016-412 du 15 juin 2016.

¹¹⁷ C. Delforge, « Pas de trêve en matière de clauses abusives ! », *Les pages*, 2016, n° 11, p.1 et CJUE, 28 juillet 2016, C-191/15 et C-168/15. 30 avril 2014, C-26/13.

¹¹⁸ G. Raymond, « Démarchage », *Fasc. 922 LexisNexis*. [En ligne] www-lexis360-fr, Consulté le 29/11/24 à 17h 19mn.

¹¹⁹ Cass. civ. 1e, 16 mars 1994, n° 90-21348.

¹²⁰ Civ. 1^{re}, 17 mai 2023, n° 21-25.670 B ; Cass. 1^{re} civ., 17 mai 2023, n° 21-25670, M. O. N. c/ M. Z. J. et Sté Arezes, J., K., E. (rejet pourvoi c/ CA Paris, 16 févr. 2021), Mme Guihal, cons. doyen f. f. prés., M. Bruyère, rapp. ; SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, SARL Boré, Salve de Bruneton et Mégret, av. ; J.-D. Pellier, *Droit de la consommation*, 3^e éd., 2021, Dalloz, p.179, n° 136.

un consommateur, tout professionnel ou commerçant encourt des sanctions pénales lorsqu'il admet, au moyen de certaines clauses générales de vente, la renonciation du consommateur à son droit de repentir. Par ailleurs, il est souvent évoqué aussi le concept d'ordre public social qui recouvre divers sens, y compris celui de la doctrine travailliste. Certains auteurs civilistes emploient le même terme pour désigner l'ordre public dit de protection. A ce propos, Dirk BAUGARD affirme que « *c'est le cas dans le manuel de droit des obligations de Flour, Aubert et Éric Savaux : l'ordre public social serait une formule aussi indiquée que l'ordre public de protection pour désigner la catégorie des règles destinées à compenser les inégalités naturelles qui existent en matière contractuelle*¹²¹ »¹²². Face au développement de la dérogation conventionnelle en matière sociale, l'ordre public social a connu un important recul.

Au plan civil, la validité d'une convention dépend du « *respect de l'ordre public et des bonnes mœurs* »¹²³ comme mesure protectrice non seulement des mineurs mais également de la liberté d'expression du consentement. Il s'ensuit que le contrat formé doit être conforme aux lois impératives. Celles-ci visent généralement la protection de la partie contractuelle la plus faible. Elles concourent, beaucoup plus, à la préservation des intérêts privés. En l'espèce, on peut évoquer, en matière commerciale, l'option du législateur de protéger le preneur d'un fonds de commerce. A cet effet, le législateur lui garantit une durée d'utilisation ainsi que des possibilités d'aménagement ou de

transformation. Si violer des dispositions d'ordre public ou de bonnes mœurs entraîne une nullité absolue du contrat et peut faire l'objet de saisine inconditionnelle par le juge, il en va autrement pour l'inobservation de simples dispositions impératives. De cette inobservation découle une nullité relative et le juge ne peut la soulever d'office.

Peu importe la situation, les règles impératives s'imposent à tous. Nonobstant l'autonomie d'expression de la volonté, l'observance des règles impératives intervient en amont de la conclusion du contrat parce que ces règles sont censées s'imposer aux parties contractuelles dès la genèse du contrat. Ainsi, « *cette entorse au principe d'autonomie de la volonté qui, pourtant constitue un principe cardinal du droit des obligations, se justifie par la nécessité de faire primer l'intérêt collectif sur les intérêts particuliers* »¹²⁴. A la faveur des lois impératives, les parties contractuelles s'obligent de tenir compte, à la formation de leur contrat, des obligations édictées par le législateur. Ces obligations sont liées soit à l'ordre public, soit aux bonnes mœurs selon l'intérêt qu'elles défendent. L'essentiel est que l'intérêt défendu dépasse celui sacrifié et que l'on tienne compte de la primauté de l'intérêt général sur celui particulier. C'est le cas des obligations visant la santé ou la sécurité de l'employé qui incombent à l'employeur à travers les lois relatives à l'ordre public. Cela justifie l'obligation pour l'employeur de prendre des mesures nécessaires afin de protéger la santé des travailleurs et d'assurer leur sécurité sociale ainsi que leur intégrité physique¹²⁵ au travail.

¹²¹ J. Flour, J. – L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil : Les obligations*, tome 1 – *L'acte juridique*, Sirey, 16^e éd, 2014, n° 297, p.305. Gérard Farjat usait, déjà, dans sa thèse, de l'expression *ordre public*.

¹²² D. Baugard, « L'ordre public social », *Arch. phil. droit* 58, 2015, p.130.

¹²³ Voir articles 6, 1108, 1128, 1131 et 1133 CC.

¹²⁴ A. Bamde, Les acteurs de la lutte contre les clauses abusives: juge, associations de consommateurs, commission des clauses abusives, pouvoir

réglementaire, <http://aurelienbamde.com/2017/05/25/les-acteurs-de-la-lutte-contre-les-clauses-abusives-pouvoir-reglementaire-juge-associations-de-consommateur-commission-des-clauses-abusives/>, Consulté le 13/01/25 à 05h 58mn.

¹²⁵ M. Thomson et N. D'Amour, « L'ordre public et les stipulations contractuelles », 2012, sur <https://www.millerthomson.com/fr/perspectives-juridiques/bulletin-droit-de-la-construction->

L'inobservance d'une obligation prévue par une loi impérative annule tous les effets induits par le contrat signé au moment où cette loi fait partie du droit positif. En revanche, les règles supplétives sont prévues pour des cas où les parties n'ont rien prévu ou restent silencieuses sur certaines clauses contractuelles.

Pour tout contrat, la nullité absolue constitue une sanction beaucoup plus lourde et sévère que la nullité relative. Si la nullité absolue du contrat sanctionne la violation de l'intérêt général, la nullité relative, quant à elle, sanctionne un intérêt particulier et par conséquent un intérêt moindre que celui général. Aussi la titularisation de l'action en annulation est-elle ouverte à tout intéressé pouvant agir en justice. Selon le Code civil en son article 1180, « la nullité absolue peut-être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public ». L'ordre public dit de direction protège l'intérêt général de l'État. Ainsi ouverte au public, toute personne qui a un "intérêt à agir en justice" peut ester pour demander la nullité absolue. C'est le cas du ministère public qui agit en vue d'assurer la défense des intérêts de l'État. Par l'intérêt à agir en justice, il faut entendre une exigence qui relève des questions de la recevabilité d'une action en justice. Cette exigence s'illustre par l'adage « *pas d'intérêt, pas d'action* ». En effet, celui qui soumet l'action en justice, soit commerciale, soit civile, soit pénale¹²⁶, doit justifier de l'existence d'un intérêt légitime¹²⁷ et plus précisément d'un intérêt d'agir en justice. Cette exigence concerne surtout les conditions subjectives¹²⁸ de recevabilité. Cela a fait dire un auteur que « le défaut d'intérêt légitime entraîne l'absence de

*l'intérêt à agir en justice. Son appréciation se fait à l'ouverture de la demande ; c'est-à-dire la date d'introduction de l'instance*¹²⁹ »¹³⁰.

S'il est impossible de déroger par des arrangements particuliers aux dispositions législatives relatives aussi bien à l'ordre public qu'aux bonnes mœurs, la nullité s'impose de plein droit et nul ne peut revenir sur l'acte qui a dérogé à l'ordre public. En présence d'une violation à l'ordre public dit de direction, la nullité demeure absolue¹³¹.

Face aux prémices de la théorie classique du contrat ayant montré leur inadaptation à la configuration contemporaine de notre société, et ce depuis longtemps, l'enjeu de protéger la partie faible au contrat justifie le renouvellement progressif de la théorie originelle du contrat. Il en résulte l'émergence d'une nouvelle théorie du contrat axée sur la promotion de la justice contractuelle.

2. La justice contractuelle

Comme le souligne Brigitte Lefebvre, le Code civil québécois promeut une perception contractuelle nouvelle, celle de la justice contractuelle. Elle vise notamment la protection de la partie contractuelle faible. Cette nouvelle approche traduit un rejet de la théorie de l'autonomie volontaire. Dans le présent texte, l'auteure souligne, dans un premier temps, les motifs pour ce rejet puis expose les nouvelles avenues suggérées. La bonne foi fait partie du point central du débat. Dans un deuxième temps, après un regard sur la notion, elle aborde l'efficacité concrète des dispositions sur les clauses

et-fr/lordre-public-et-les-stipulations/, Consulté le 14/01/25 à 08h 22mn.

¹²⁶ R. Perrot, « Fin de non-recevoir-En tout état de cause », *Procédures* n°1, Janvier 2014.

¹²⁷ Cass. com., 22 février 2005, n° 02-11.519 et Cass. 1re civ., 7 octobre 1992, n° 89-19.425.

¹²⁸ C. Pelletier, « Invocabilité en tout état de cause de la fin de non-recevoir tirée du non-respect de la clause

de conciliation », *Revue des contrats*, 15/06/2015, n°02, page 311.

¹²⁹ S. Guinchard et Alii, *Droit et pratique de la procédure civile 2017/2018*, Dalloz action, 2016, p.16.

¹³⁰ I. Aclombessi, Le substantiel dans l'appréciation du droit d'agir, Thèse de doctorat en droit privé, 12 juin 2019, Paris 1, p.458, n° 825.

¹³¹ Cass. civ. 3, 22 mars 2018, n° 17-15830.

abusives¹³². La justice contractuelle vise la célébration de la dignité humaine de chaque contractant et sa protection à travers un rétablissement ou un redressement de la justice en référence à l'idéal que devrait être le contrat. A l'instar de certaines chartes, elle vise également la promotion des droits fondamentaux des contractants en leur assurant un traitement égal dans le contrat.

La justice contractuelle constitue une philosophie qui permet d'assurer l'équilibre contractuel. Cependant, elle « *heurte de plein fouet le principe "sacro-saint" de l'autonomie de la volonté* »¹³³.

En effet, l'"autonomie", c'est un dérivé d'"autonome", lequel vient du grec *autonomos* : du préfixe *auto* et du substantif *nomos* qui correspondent en latin à *Lex* et en français à la "loi". Autonomie traduit alors le droit et le privilège de s'auto-régir¹³⁴. La volonté désigne, le plus souvent, la faculté d'exercer un libre choix fondé sur la raison. Autrement dit, elle exprime la faculté qu'a la raison de définir une action d'après des principes ou des normes. Cependant, l'autonomie volontaire ne peut plus s'analyser comme « [...] *une pure puissance créatrice, pas plus qu'elle n'est en mesure de modeler seule les effets de droit qu'elle engendre* »¹³⁵. Certaines qualités injustifiées seraient reconnues à la volonté.

C'est ce qui explique les controverses autour de l'égalité contractuelle puis de la liberté contractuelle¹³⁶.

L'autonomie d'expression de la volonté contractuelle est guidée par le respect de la liberté individuelle. Or, celle-ci trouve sa source première dans le droit naturel¹³⁷. Notons que cette théorie des droits naturels de l'homme, dégagée par la philosophie du XVIII^e siècle, comportait déjà en elle-même un ordre juridique individualiste. L'autonomie volontaire repose sur la conviction en la liberté naturelle de l'homme. C'est en raison de cette liberté que celui-ci ne peut être assujéti aux obligations auxquelles il n'a pas consenti¹³⁸. Il doit respecter les obligations qu'il a librement consenties. En revanche, toutes les obligations qu'il a voulues peuvent s'imposer à lui. Dès lors, la volonté constitue la source du droit et par conséquent des obligations contractuelles. Dans cette veine, le doyen Carbonnier, partisan de l'équité¹³⁹ et un appui à la justice contractuelle¹⁴⁰, affirme que « *le contrat est le principe de la vie juridique, la volonté individuelle est le principe du contrat* »¹⁴¹.

Selon la conception originelle du contrat, le fondement de l'autonomie volontaire est la présomption de l'égalité entre les contractants. Or, cette présomption

¹³² Br. Lefebvre, « La justice contractuelle : mythe ou réalité ? », *Les Cahiers de droit*, 37(1), mars 1996, <https://doi.org/10.7202/043375ar>, p.30, Consulté le 18/11/24 à 06h 51mn.

¹³³ Br. Lefebvre, Op. cit., p.19, Consulté le 18/11/24 à 07h 13mn.

¹³⁴ F. Terré, *Droit Civil : les obligations*, 5^{ème} édition, précis Dalloz, 1993 ; p.23.

¹³⁵ Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel » in G. Goubeaux et J. Ghestin (dir.), *Études offertes à Jacques Ghestin : le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p.447.

¹³⁶ Br. Lefebvre, « *Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement* » in Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit des contrats* (2000), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p.53.

¹³⁷ Défini comme l'ensemble de principes intangibles et universels, issus de la « *nature humaine* », que le droit

positif et la morale sont tenus de respecter, il est conçu comme l'idéal auquel aspire la société civile ou comme la source dont provient toute régulation juridique et morale.

¹³⁸ J. Flour et J. - L. Aubert, *Les obligations, 1 acte juridique*, 8^{ème} édition, Armand Colin, 1998, p.65

¹³⁹ J. Carbonnier, *Droit civil*, 1997, p.40, où il évoque le phénomène Magnaud : il "méritait peut-être mieux que l'accueil un peu sarcastique des juristes". Cf. sa faveur au pouvoir modérateur du juge : consécration législative en droit du divorce notamment ; suggestion d'introduire un tel pouvoir en matière de responsabilité civile de l'aliéné pour tempérer ce que l'obligation de réparer pouvait avoir d'injuste.

¹⁴⁰ Sanction de l'absence de cause (J. Carbonnier, *Théories des obligations*, Paris, PUF, 1963, p.132), de la lésion (*Ibid.*, p.163 sq.) et de l'admission de la révision pour imprévision (*Ibid.*, p.260).

¹⁴¹ J. Carbonnier, *Droit Civil*, Tome 4, Op. cit., p.50.

d'égalité n'est nullement une réalité tangible à la genèse du contrat. L'idéal pour chaque contractant, c'est l'intérêt individuel et personnel qu'il tire du contrat. Chacun veille seulement sur ses intérêts personnels ou certains d'entre ceux-ci. Cela contraste déjà avec l'enjeu de la justice contractuelle. Pour pallier au déséquilibre contractuel, l'intervention du législateur ou du juge est indispensable tant pour la formation que pour l'exécution du contrat.

Dans la conception primitive du contrat, une importance est reconnue à la force de chaque contractant. A cet effet, le législateur a veillé à la consolidation de la justice contractuelle à travers la consécration de plusieurs mécanismes notamment les vices de consentement et le régime des incapacités. Cependant, il faut mentionner l'avènement des mutations majeures du rôle du consentement au fil des ans. Aussi, chaque contractant est-il souvent réduit à contracter ou à ne pas contracter. Il manque concrètement d'influence sur le contenu des clauses du contrat.

La justice contractuelle constitue une soupape qui joue le rôle de régulateur de la libre contractualisation. En effet, peu importe l'expression du consentement de chaque contractant, certains contrats qui s'imposent aux contractants. Dès lors, l'autonomie volontaire devient un leurre. Il en résulte l'opportunité de l'intervention du législateur afin de réglementer, de manière impérative, le contenu de certains contrats parmi lesquels on peut noter le contrat d'assurance, le bail, le contrat de travail, le contrat de téléphonie mobile, etc. De même, il a interdit "*certaines dispositions jugées abusives*" parce qu'elles entraînent un "*déséquilibre significatif*" entre les prérogatives et obligations contractuelles respectives. En réalité et très souvent, la partie économiquement forte dicte ses

conditions ou celles qui confortent ses intérêts. Ce faisant, la partie économiquement faible opte soit pour l'adhésion soit pour la renonciation de former le contrat. Souvent, la partie faible se trouve contrainte de contracter¹⁴². Parlant de certains contrats, les modalités et les clauses sont fixées impérativement par la loi. Dans la perspective d'éviter un abus de la partie économiquement forte à l'égard de celle plus faible, il n'est pas loisible aux parties de déterminer à leur convenance ni le contenu de contrat, ni les conditions. Faute d'une telle réglementation impérative, la partie faible économiquement serait, dans beaucoup de cas, exploitée par la partie forte à travers des conditions draconiennes comme clauses contractuelles.

Au cours de la phase de formation du contrat, seule la liberté économique du contractant permet d'assurer la justice contractuelle et de préserver l'intérêt aussi bien individuel que collectif. L'égalité des hommes face au droit n'est qu'une présomption. L'article 6 du code civil dispose qu'« *on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* »¹⁴³. Subséquemment, le contrat peut être très librement établi par les parties à condition que les dispositions contractuelles ne portent point atteinte ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs. En revanche, « *lorsqu'elles ne sont pas d'ordre public, les dispositions légales qui réglementent le contenu et les effets du contrat peuvent être écartées ou modifiées par les contractants* »¹⁴⁴. Il en résulte une obligation faite aux contractants de se conformer aux règles d'ordre public sous peine de trouver leur contrat modifié voire annulé par le juge. L'ordre public poursuit l'objectif de rétablir un certain équilibre entre les parties en présence afin d'assurer

¹⁴² P. Malinvaud, Les mécanismes juridiques des relations économiques, Paris 1970, p.103.

¹⁴³ Article 6 CC.

¹⁴⁴ G. Viney, Traité de Droit Civil : les obligations, LGDJ, 1982, p.585.

la "justice contractuelle"¹⁴⁵. Tenant compte de leur faiblesse économique, les plus faibles n'ont pas souvent la possibilité de débattre des clauses contractuelles et de leurs engagements respectifs. En effet, certains contractants sont ignorants des réalités de certaines clauses contractuelles et ne sollicitent pas non plus une aide pour leur accompagnement lors de la formation du contrat. Parfois, c'est après ou pendant l'exécution qu'ils se rendent compte de leurs erreurs.

Tenant compte de la contrainte inhérente au contrat, découlant de la loi, et en dépit des limites humaines de l'autonomie volontaire, Ghestin a évoqué une théorie qui vise la conciliation entre la justice contractuelle et la liberté contractuelle. Puisque l'obligatorité de la force du contrat a une origine légale, il est aisé de comprendre l'assujettissement du contrat à certaines restrictions légales. Pour parvenir à cette conciliation, Ghestin relève deux conditions à remplir par le contrat qui doit être utile et juste. Dans une chronique, il souligne que l'activité économique repose sur la confiance accordée par le créancier. La force obligatoire reconnue au contrat correspond au respect d'une règle morale de base, : le respect de la parole donnée. En revanche, le contrat exprimant un accord des volontés, il est équitable par nature. Les notions d'utile et de juste se révèlent des principes fondamentaux à la théorie contractuelle générale. Toutefois, l'accord volontaire des contractants reste un critère déterminant du contrat¹⁴⁶. Pour sa part, la professeure Louise Rolland admet que le

contrat oblige aussi au juge. Elle affirme également que «le contrat est-il injuste, lésionnaire ? Une présomption de justice est intériorisée dans chaque contrat¹⁴⁷ comme si l'adage « Qui dit contractuel, dit juste » (Fouillée) en faisait partie intégrante. Le juge n'est ni un justicier¹⁴⁸, ni le ministre de l'équité¹⁴⁹ : à tous égards, il faut craindre l'arbitraire du juge¹⁵⁰. Il vaut mieux s'en remettre à la volonté exprimée par les parties, car « faire prévaloir la volonté, c'est évidemment faire prévaloir la stabilité¹⁵¹ »¹⁵².

Selon le juge, certaines clauses contractuelles seront considérées comme non écrites pour l'absence de cause surtout lorsqu'elles sont susceptibles de faire disparaître la contrepartie de l'obligation de l'une des parties contractantes et par conséquent de causer la rupture de l'équilibre existant entre les prestations. Le législateur a aussi condamné certaines dispositions "jugées abusives" puisqu'elles entraînent un "déséquilibre significatif" entre les prérogatives et les obligations contractuelles des parties¹⁵³. En s'appuyant la cause contractuelle, le juge s'évertue à contrôler la justice contractuelle et à protéger la cohérence interne du contrat déjà formé. Ce faisant, il peut s'écarter de ce qui est établi et décidé par les parties lors de la formation du contrat. En témoigne, par exemple, la clause par laquelle le locataire affranchit le bailleur de tout engagement¹⁵⁴ en renonçant à former une quelconque action contre celui-ci pendant la durée du bail. Une telle clause est manifestement en opposition avec les principales règles du

¹⁴⁵ D. Azais-Vely, *Gestion juridique 1 contrat : Droit des affaires*, Foucher 1998, p.92.

¹⁴⁶ J. Ghestin, *Chronique ayant mis en parallèle l'article 1101 du CC qui 26 ans plus tard donne une définition précise du contrat* : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* », Dalloz Sirey, 1990, p.147.

¹⁴⁷ J. Carbonnier, *Droit civil*, T. 4, Op. cit., p.137.

¹⁴⁸ J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éd. Thémis, 2001, p.32.

¹⁴⁹ Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p.311.

¹⁵⁰ J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, Op. cit., note 5, p.211.

¹⁵¹ Ch. Larroumet, *Droit civil*, T. 3 – *Les obligations. Le contrat*, 4^e éd., Paris, Economica, 1998, p.388.

¹⁵² L. Rolland, « Les frontières de l'ordre contractuel : les traçages économiques et juridiques », *Les Cahiers de droit*, 47(1), 2006, 13–32. <https://doi.org/10.7202/043879ar>, p.18,

Consulté ce 10/12/24 à 03h 11mn.

¹⁵³ G. Viney, *Traité de Droit Civil : les obligations*, LGDJ, 1982, p.357

¹⁵⁴ Req. 18 janv 1863, DP 63.1.248.

contrat de location voire avec les bases principales de tout contrat. En témoigne également la "*clause couperet*" ou "*clause réclamation de la victime*" dans certains contrats d'assurance. Une telle clause limite la responsabilité de l'assureur et subordonne sa garantie à la réclamation par la victime avant toute résiliation du contrat. En effet, cette clause empêche l'assuré de bénéficier de ses droits d'assurance et donne de façon substantielle un « *avantage illicite comme dépourvu de cause au profit de l'assureur qui aurait perçu des primes sans contrepartie* »¹⁵⁵. Selon le juge, cette clause est contraire à l'esprit du contrat d'assurance qui doit garantir les dommages liés à tout fait survenu pendant cette période. Il en découle que le versement des primes d'assurance doit être la "*contrepartie nécessaire*" à la garantie des dommages pendant la période qui s'écoule entre la prise d'effet du contrat d'assurance et son expiration. En annulant certaines clauses contractuelles que le juge estime excessives ou abusives, il procède à une réfaction du contrat. Ce faisant, certains auteurs estiment que le juge effectue un "*contrôle de proportionnalité des obligations contractuelles*". Cela a fait dire au professeur Denis Mazeaud que la cause est devenue « *l'instrument qui permet de garantir que le contrat présente et conserve bien l'utilité et l'intérêt en considération desquels chaque contractant s'est engagé* »¹⁵⁶.

Quoique la perméabilité du contrat s'analyse comme une déconstruction qui ne protège pas les intérêts des parties, elle est l'œuvre commune et complémentaire accomplie par le législateur et le juge. Au lieu de déconstruire, ceux-ci jouent un important rôle dans la régulation de la libre

contractualisation. Cela justifie la limite de l'encadrement consacré à la perméabilité du contrat qui mérite également comme compléments que certains aménagements lui soient imposés.

II. La perméabilité imposée du contrat

Comme l'énonce le professeur Denis Mazeaud, l'intervention du juge dans le contrat en droit constitue une véritable œuvre de salut contractuel public puisqu'en dépit des profonds changements affectant l'environnement politique et socio-économique, les principes phares du droit contractuel et les préceptes contractuels sont des constructions jurisprudentielles¹⁵⁷. La perméabilité imposée du contrat est essentiellement une œuvre prétorienne. Cela traduit d'abord, une mise en doute du contrat et ensuite, sa soumission à de rudes épreuves. A la faveur d'un Colloque sur « *L'efficacité du contrat* », Frédéric Rouvière avait examiné « *la remise en cause du contrat par le juge* »¹⁵⁸. Ainsi avait-il affirmé qu'autrefois, c'était le législateur qui était censé remettre en cause le concept de contrat¹⁵⁹ et que de nos jours, il est revenu au juge de le relayer pour appuyer de funestes prédictions de ruine¹⁶⁰. Pourtant, le sort des Cassandre du contrat a été à l'inverse de la protagoniste grecque : ils ont été écoutés mais leurs prédictions n'ont point été réalisées. La menace législative qui était censée peser sur le contrat s'est faite oublier et la guerre livrée à la libre contractualisation n'a pas eu lieu. En revanche, l'inverse s'est produit : l'aval législatif a diminué l'intervention du juge dans la rencontre de la volonté exprimée par les parties. Cependant, cette intervention prétorienne s'épanouit plus pendant son exécution¹⁶¹. Le rôle du juge

¹⁵⁵ Civ. 1^{re}, 19 déc. 1990, bull. Civ. I, n°303

¹⁵⁶ D. Mazeaud, *Defrénois* 1997, p.333 *Recueil Dalloz*, 1997, p.175.

¹⁵⁷ D. Mazeaud, *Defrénois* 1997, op. cit.

¹⁵⁸ Fr. Rouvière, « *La remise en cause du contrat par le juge* », Colloque « *L'efficacité du contrat* », Aix-en-Provence, vendredi 11 juin 2010, p.1.

¹⁵⁹ Ph. Rémy, « *Droit des contrats : questions, positions, propositions* » in L. Cadiet (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, n°4, pp. 271-272.

¹⁶⁰ D. Mazeaud, « *Le juge et le contrat. Variations sur un couple "illégitime"* », *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p.235.

¹⁶¹ D. Mazeaud, « *Le nouvel ordre contractuel* », *RDC* 2003, n°22 et s., p.307.

est double : mission de régulateur du contrat et fonction du restaurateur de l'équilibre contractuel afin de rectifier les déséquilibres les plus flagrants¹⁶². Le juge tient, en cela, son soutien du législateur. Il s'agit notamment de la diminution des clauses pénales et de l'annulation ou l'interdiction des clauses abusives qui font partie des exemples bien remarquables de la mise en doute du contrat. Tout en admettant la réformation et l'interprétation du contrat (A), il convient également de souligner l'importance de l'affirmation de la régulation du contrat (B).

A- L'admission de la réformation et de l'interprétation du contrat

« Liberté, égalité, responsabilité »¹⁶³, tels pourraient se résumer les prérogatives et obligations attachées aux parties d'un contrat selon Denis Mazeaud. Tenant compte de la liberté accordée aux parties pour conclure ou non, il y a une forte présomption pour celles-ci de discuter entre elles, d'égal à égal, sur les conditions de leur contrat et son contenu, sous réserve d'observer les exigences relatives à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Peu importe que les parties aient conclu leur contrat sur une présomption d'égalité ou non, elles constituent les meilleurs juges de leurs propres intérêts sans que, par principe, le juge n'intervienne afin d'assurer une sécurité contractuelle. Toutefois, le rôle dévolu au juge s'est accru pour garantir l'équilibre des liens contractuels.

L'activisme judiciaire fortement remarquable dans le domaine contractuel

peut être à l'origine de la mise en doute de la sécurité du contrat. Toutefois, en référence aux pratiques contractuelles, ce n'est pas très surprenant de noter que le principal rôle du juge consiste à assurer la sécurité du contrat. Il n'est pas aussi illusoire de penser que l'interventionnisme prétorien dans le contrat a un impact certain sur celui-ci. Face à l'impératif du droit positif de protéger les intérêts des cocontractants, l'intervention du juge est devenue davantage indispensable et croissante. Il en résulte l'importance d'élucider cet interventionnisme du juge (1) afin d'assurer aux parties la sécurité judiciaire du contrat (2).

1. L'interventionnisme judiciaire dans le contrat

Comme l'a si bien dit Montesquieu dans sa métaphore, « le juge est la bouche de la loi ». L'expression « Le juge est la bouche qui prononce les paroles de la loi », tout comme sa formulation abrégée « Le juge, bouche de la loi », constituent l'une des allégories les mieux connues, citées et commentées de Montesquieu au sujet de la justice et des juges¹⁶⁴. Cette anecdote justifie bien l'œuvre du juge dans son rôle d'interprète de la loi.

Aussi longtemps que la jurisprudence a innervé le contenu contractuel, la doctrine s'est évertuée à dénombrer et à classer ces "nouveaux"¹⁶⁵ devoirs contractuels de source prétorienne. Parmi ceux-ci, il faut mentionner les obligations de sécurité, d'information, de collaboration, de conseil, d'adaptation, de reclassement, les devoirs

¹⁶² Fr. Rouvière, Op. cit., p.1.

¹⁶³ D. Mazeaud, « Le juge et le contrat. Variations sur un couple "illégitime" », Op. cit., p.235.

¹⁶⁴ S. Dauchy, Le juge, bouche de la loi. A propos de la célèbre métaphore de Montesquieu. Nagoya University Journal of Law and Politics, 2014, 256, pp.325-343. hal-02959170, p.3, Consulté ce 10/12/24 à 04h 12mn. Selon cet auteur, on l'aperçoit dans le livre XI de L'esprit des lois, titré Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la Constitution, dans le chapitre VI intitulé De la constitution d'Angleterre. « Cette allégorie a fourni de la matière à la

réflexion sur la montée en puissance du judiciaire, sur le rôle des plus hautes juridictions ou encore sur la motivation des décisions de justice ».

¹⁶⁵ Ces devoirs ne sont probablement pas si nouveaux que cela. R. Morel, Le contrat imposé, in Le droit privé français au milieu du 20^{ème} siècle. Études offertes à Georges Ripert, tome II : LGDJ, 1950, p.116 ; A. Supiot, La force obligatoire de la parole : pacta sunt servanda, in Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit : Points, coll. « Points Essais », 2009, p.157.

de loyauté, de bonne foi, de coopération et de renégociation, etc. A ce propos, le législateur a été très actif, même s'il a manqué de faire preuve d'originalité relativement aux types d'obligations et de devoirs imposés aux parties contractantes.

A la faveur des travaux du professeur Josserand sur « *le contrat dirigé* »¹⁶⁶, il importe de souligner la persistance du dirigisme et de l'interventionnisme de l'Etat dans le contrat. Ce faisant, la maîtrise du contrat a un peu échappé aux parties contractantes. Pour certains, il en découle l'existence du déclin de la théorie contractuelle ou d'une "*crise du contrat*"¹⁶⁷. Parler de la "*crise du contrat*", c'est prendre comme référence la conception primitive du contrat dont la formation est basée sur le consentement. Comme le souligne Planiol, « *le consentement des parties, c'est-à-dire l'accord des volontés, est l'élément essentiel de tout contrat* »¹⁶⁸. Dès lors, toute obligation, dont la source est contraire à la volonté commune exprimée par les contractants, constitue « *un procédé de forçage qui est la négation même de la règle de l'autonomie de la volonté contractuelle : les contractants ne sont plus maîtres chez eux* »¹⁶⁹. Peu importe la source du forçage, qu'elle soit légale ou prétorienne, le procédé de forçage dénature assurément l'essence du contrat. A cet égard, mentionnons que « *la découverte prétorienne d'une obligation de sécurité à*

la charge du transporteur a suscité un débat relatif à l'interprétation de la volonté des contractants »¹⁷⁰.

L'innervation du contenu des obligations conventionnelles constitue un phénomène pathologique du contrat dont l'accentuation amène la doctrine à parler d'une « *interprétation divinatoire* »¹⁷¹ de la volonté exprimée par les contractants. Sans nul doute, cela traduit une critique quasi excessive de la doctrine à l'égard des créations prétoriennes, de l'interventionnisme étatique et du dirigisme contractuel¹⁷².

Or, l'interventionnisme prétorien trouve son fondement dans le Code civil en son article 1135¹⁷³. Il s'ensuit que l'interventionnisme du juge trouve sa légitimité à travers sa consécration législative.

Si généralement, certains "nouveaux" devoirs des parties contractantes constituent une anomalie, ce n'est, par contre, pas le cas pour d'autres. Contrairement à ceux de la pensée volontariste du contrat qui sont mal accueillis, ceux de la conception du solidarisme contractuel s'accroissent très parfaitement de "*l'obligation d'information*"¹⁷⁴ et "*du devoir de loyauté*"¹⁷⁵ ainsi que de tous les devoirs qui traduisent souvent "*l'existence de relations*

¹⁶⁶ R. Morel, *op. cit.*, p.116.

¹⁶⁷ H. Batiffol, *La crise du contrat*, APD. 1968, p.13.

¹⁶⁸ Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1900, T.2, n°983.

¹⁶⁹ E. L. Josserand, *Le contrat dirigé*, DH. 1933, 89 et spéc. p.91.

¹⁷⁰ J. P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », Colloque "*La nouvelle crise du contrat*", May 2001, Lille, France. p.99, p.5, hal-01053544.

¹⁷¹ Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, Paris. 1989, n°11.

¹⁷² L. Rolland, *Op. cit.*, p.9.

¹⁷³ Ch. Jamin, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel in Études offertes à J. Ghestin, *Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ. 2001, p.443 ; Du même auteur, « Le procès du solidarisme contractuel :

brève réplique », dans Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, pp.159-160.

¹⁷⁴ On retrouve l'expression dans les œuvres de Josserand ; *Le contrat dirigé*, DH. Paris. 1933, p.90.

¹⁷⁵ A. Colin, 9^{ème} éd. 2000, n°399 ; Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Précis Dalloz 7^{ème} éd. 1999, n°429 ; J. Heinich, « Devoir de loyauté du dirigeant envers la société : pas de responsabilité en cas d'autorisation unanime des associés », *revue des contrats*, n°4, 10/12/2020, p.56 ; N. Jullian « L'adage *Volenti non fit injuria* et le devoir de loyauté du dirigeant », *La semaine juridique – entreprise et affaires* – n°45, 05/11/2020 ; Th. Favario, « Dirigeant social : un devoir de loyauté décidément conquérant », *Recueil Dalloz*, 2013 p.288 ; A. Fauchon et P. Merle, *Droit*

*contractuelles inégalitaires*¹⁷⁶. Le concept de contrat ne souffre point d'une crise évolutionnelle, comme l'estimait Josserand¹⁷⁷. Il s'agit surtout d'une évolution cyclique et d'une révolution. Il faut noter que les concepteurs du Code primitif de 1804 n'ont pas envisagé les conventions comme un instrument d'individualisme exacerbé.

Contrairement à l'affirmation de la doctrine¹⁷⁸, l'article 1134 al. ne comporte en rien le dogme du principe de l'autonomie volontaire. C'est plutôt l'œuvre de Domat qui a inspiré la formulation des articles 1134 et 1135 du Code civil. Ainsi que le souligne Picod, « *la règle générale qu'on peut faire toutes sortes de conventions est bornée par la règle qui défend celles qui blessent l'équité et les bonnes mœurs* »¹⁷⁹. Aussi, Portalis pense qu'« *il est des règles de justice qui sont antérieures aux contrats même, et desquelles les contrats tirent leur principale force* ». Selon lui, les perceptions du juste et de l'injuste ne résultent pas uniquement des conventions humaines ; elles les ont précédés et elles doivent assurer leur direction. De là, les jurisconsultes romains, et après eux toutes les nations policées, ont fondé la législation civile des contrats sur les règles immuables de l'équité naturelle¹⁸⁰. Subséquemment, il ressort que « *cette équité naturelle, que l'on retrouve à l'article 1135 c.civ., est donc un fondement pertinent pour justifier l'enrichissement du contenu obligatoire des*

contrats »¹⁸¹. Cela augure de l'importance du rôle salvateur du juge pour assurer la sécurité judiciaire au contrat.

2. La sécurité judiciaire du contrat

« *Le contrôle judiciaire de la morale contractuelle doit demeurer mesuré à peine de ruiner la sécurité contractuelle, le respect de la parole donnée, de devenir une incitation à la malhonnêteté et de constituer un "truc" pour gagner les procès* »¹⁸² avait affirmé Philippe Malaurie. De même, Roubier qualifie la sécurité juridique à l'image de « *la valeur la plus essentielle pour l'harmonie des rapports humains* »¹⁸³. A ce propos, certains auteurs pensent que, « *là où cette valeur essentielle qu'est la sécurité juridique a disparu, il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister* »¹⁸⁴. L'intervention prétorienne au contrat et sa sanction des comportements malhonnêtes des parties contractantes présentent certains inconvénients. Au risque de déjouer et de trahir les attentes des parties, l'idéal serait d'interdire au juge de ne point se mêler à la structure du contrat à travers sa révision sauf en cas de déséquilibre manifeste. Cette intervention du juge, qui s'effectue par une espèce d'effraction, laisse craindre le risque de l'arbitraire contre la sécurité des contractants. L'intervention prétorienne dans le contrat est très controversée par la doctrine. La non-ingérence du juge est

commercial, sociétés commerciales, 24^{ème} édition, Dalloz, 2020, p.625.

¹⁷⁶ De Juglart, L'obligation de renseignement dans les contrats, RTD.civ. 1945, 1.

¹⁷⁷ L'essor moderne ..., art. préc., p.346.

¹⁷⁸ H. Mazeaud, J. Mazeaud et L. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, T.II, Vol. 1^{er}, Obligations, 9^{ème} éd. par F. Chabas, 1998, n°721 : « *La règle de l'article 1134 C. civ. est la conséquence de l'autonomie de la volonté : la volonté est toute puissante ; elle engage l'individu à l'égal de la loi ; ni le législateur, ni le juge ne sauraient délier les contractants* ».

¹⁷⁹ Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Op. cit., n° 12 ; J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Liv ; préL., I, I, §VII ; J. P. Chazal, *De la signification du mot loi dans l'article 1134 al.1^{er} du Code civil*,

RTD. civ. 2001, 265 ; De même, Portalis assimile la liberté contractuelle à la justice, in *Disc. Prél.*, Locré, T.I, p.302

¹⁸⁰ Locré, T.14, 164.

¹⁸¹ J. P. Chazal, « *Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ?* », op. cit., p.5.

¹⁸² Note sous Cass. Com., 27 février 1996, n°94-11241, Dalloz 1996, p.520.

¹⁸³ P. Roubier, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Sirey, 1946, note 7, p.269.

¹⁸⁴ P. Roubier, Op. cit., p.334. Sur les liens entre sécurité juridique, justice et progrès social, voir également B. Tabbah, « *La trilogie : sécurité, justice, et progrès social* » in *Mélanges Paul Roubier*, t. I, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, p.460.

prônée par une doctrine majoritaire¹⁸⁵ appuyant une conception libéraliste du contrat. Toutefois, certains auteurs ont une position certes nuancée. Parmi ceux-ci figure Pascal Ancel qui soutient que « *l'intangibilité n'est pas une fin en soi, ce n'est qu'un moyen de parvenir à un certain équilibre économique et social, s'il n'apparaît plus adapté au but poursuivi, la portée de ce principe, qui procède du législateur, peut et doit être modifiée* »¹⁸⁶.

L'admission de la libre contractualisation raffermi la puissance reconnue à la volonté des contractants de pouvoir créer un engagement. L'importance de cette liberté s'illustre surtout à la phase de la finalisation du contrat. Cependant, elle reste très limitée pendant la phase exécutoire du contrat. Autrement dit, « *elle n'existe que pour entrer dans le contrat et non pour en sortir* »¹⁸⁷. Du respect scrupuleux de cette liberté découlent l'intangibilité et l'irrévocabilité du contrat formé par les parties. Subséquemment, cette liberté protège la sécurité juridique du contrat.

L'intangibilité et l'irrévocabilité du contrat conclu par les parties garantissent la protection de l'équilibre contractuel. À l'égard des contractants, et s'appuyant sur leur de volonté, le contrat doit être perçu comme étant juste. Il importe de souligner que « *personne ne peut vouloir pour elle-même un rapport d'obligations qui ne protège pas ses intérêts* »¹⁸⁸. Il en résulte, qu'à l'instar du "contrat social", le contrat traduit un accord mutuel de volontés qui est librement et également voulu et décidé par les parties. Ce faisant, aucune partie au contrat ne doit exprimer des craintes qui

révèlent, sur un contrat par elle en toute conscience, un déficit, un manque ou une perte de l'intérêt contractuel. Pour protéger les contractants et assurer la sécurité juridique de leurs transactions ainsi que la prévisibilité contractuelle, force doit être donnée au contrat qui est leur loi. Dès lors, il doit être respecté scrupuleusement. Si tout contrat conclu par les parties produit des effets, il est évident qu'il doit, préalablement, être légalement formé. L'autonomie volontaire impose, dans la formation du contrat, le consentement, censé libre et éclairé, des parties tant sur l'idée d'un intérêt à contracter que sur les rapports sociaux supposés équilibrés. Néanmoins, cette théorie ne permet pas l'intégration de certaines réalités tant économiques que sociales. Cela exprime son déclin. Il s'avère indispensable d'envisager la réadaptation de ce régime contractuel aux divers changements économiques et sociaux.

Le corollaire de l'autonomie d'expression de la volonté par les contractants est l'obligatorité de la force du contrat, un principe selon lequel « *seules les parties ayant exprimé leur volonté de s'engager, s'obligent* »¹⁸⁹. Dès lors, ce principe prescrit à « *toute tierce personne au contrat de ne pas s'y immiscer, y compris le juge* »¹⁹⁰. Toutefois, notons que, parfois, le respect des « *devoirs contractuels nécessite l'immixtion du juge* »¹⁹¹. Même si le juge n'intervient pas dans la genèse du contrat, il joue un grand rôle dans l'exécution du contrat signé à son insu. Aussi le juge est-il habilité à s'afficher dans le contrat, non pas pour en modifier forcément l'esprit ou le

¹⁸⁵ J. – L. Aubert, *le contrat, droit des obligations*, Dalloz, Connaissance du droit, 2000, p.116.

¹⁸⁶ P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p.773 ; A. Supiot, *La force obligatoire de la parole*, op. cit., p.162.

¹⁸⁷ E. Montéro et M. Demoulin, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée » in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, La Chartre, Bruxelles, 2004, p.65 ; C. Thibierge-Guelfucci,

« Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD.Civ., 1997, n° 24, p.375.

¹⁸⁸ M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2009, p.56 ; Br. Lefebvre, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p.35 ; R. Démogue, *Traité des obligations en général*, t.1, Paris, Rousseau, 1923, n°10, p.19.

¹⁸⁹ M. N. Diatta, Op. cit., n° 65, p.24.

¹⁹⁰ M. N. Diatta, Op. cit., p.24.

¹⁹¹ J. P. Chazal, Op. cit., p.20.

contenu mais pour soit renforcer les parties soit les secourir surtout lorsque certaines de leurs stipulations contractuelles ne favorisent pas l'exécution adéquate du contrat en vue de l'accomplissement de leurs attentes. Soulignons que le contrat formé par les parties peut souffrir de bonne exécution parce que soit l'une des parties a manqué de bonne foi, soit certaines clauses contractuelles soulèvent des difficultés majeures, soit qu'elles sont en contradiction avec le droit positif. Dans l'un ou l'autre cas, le recours au juge s'avère indispensable. L'intervention prétorienne dans le contrat peut s'avérer complexe ou sensible. En outre, cette intervention peut, parfois, s'analyser comme un bouleversement de la stabilité juridique du contrat. *De facto*, le juge, régulateur et garant de l'exécution adéquate du contrat, demeure à la lisière de l'option de jouer un double rôle, soit passif, soit actif. Passif, le juge doit garder sa neutralité et s'abstenir de tout comportement susceptible de nuire à la volonté contractuelle. Actif, le juge doit veiller à la conformité de la loi par la volonté des parties¹⁹². L'intervention du juge doit jouer un double rôle : faire respecter l'esprit du contrat et assurer l'équilibre contractuel.

S'agissant du respect de l'esprit du contrat, il incombe au juge, sans imposer sa volonté aux parties, de veiller au respect du contenu voulu et décidé par les parties. Au cas où le juge est dans l'obligation d'imposer sa volonté aux parties, il doit œuvrer pour leur adhésion à sa volonté de sorte que celles-ci ne nient pas la nouvelle volonté instaurée au contrat et qui leur crée des obligations contractuelles qui leur paraissent inacceptables. En témoigne un cas d'absence de certaines clauses contractuelles de prévoyance par les parties à la formation du contrat qui justifie des lacunes dirimantes au contrat en rendant ainsi son exécution très aléatoire ou fortement litigieuse. En l'espèce, le silence

du juge ne serait pas toléré pour avoir manqué de jouer son rôle de régulateur du contrat. Même sans l'accord des parties, il doit réguler le contrat en faisant régner la volonté correspondante aux besoins du contrat.

Quant à l'équilibre contractuel voulu et décidé par les parties ayant conclu le contrat, l'intervention du juge peut produire la révision du contrat en cas d'imprévision afin de le rééquilibrer. Il ne lui revient pas d'imposer aux parties sa volonté ou d'instaurer un équilibre selon l'esprit du contrat tel qu'il le souhaite ou désire qu'il aurait dû être. Autrement dit, son pouvoir de restaurateur de l'équilibre contractuel pour imprévision s'illustre à travers les nouvelles réalités et circonstances sans faire prévaloir son bon vouloir. Il en découle que l'autonomie volontaire et la force obligatoire laissent place au juge lorsque l'équité, la loyauté, l'usage, la loi et la bonne foi le contraignent non seulement à imposer aux parties des devoirs qui lui paraissent nécessaires à la convention litigieuse mais également lui permettent de modifier les clauses conventionnelles lorsque celle-ci rencontre des difficultés d'exécution dues au changement des circonstances imprévisibles¹⁹³.

Consacré, sous le bénéfice de l'Arrêt Crapone, le principe sacrosaint de l'intangibilité des conventions est le corollaire de la force obligatoire reconnue au contrat. A cet effet, le contrat s'imposera aux parties et dénierait l'immixtion de tout tiers dont le juge, sauf disposition contraire de la loi. Aussi le juge doit-il faire respecter le contrat à toute personne, lui-même y compris.

Notion ambiguë, la sécurité juridique peut être sclérosante pour le contrat. Ainsi, la justice contractuelle, qui confère au juge un rôle allant au-delà de la simple interprétation de la volonté reconnue aux parties, heurte la sécurité-intangibilité. Le

¹⁹² M. N. Diatta, Op. cit., p.24.

¹⁹³ M. N. Diatta, Op. cit., n° 68, p.25.

juge n'est ni ce serviteur du contrat, ni cet esclave de la volonté des contractants auquel on a trop voulu croire. Du coup, l'insécurité, qui découle du décalage pouvant exister entre la décision prétorienne et les attentes des parties, s'accroît à mesure que ses pouvoirs s'étendent¹⁹⁴. En effet, il n'est ni souhaitable, ni acceptable que le juge s'érige en arbitre de l'équité des relations contractuelles ou dispose de la légitimité pour apprécier l'équivalence des prestations des parties. Seules, ces dernières sont en mesure d'évaluer les intérêts qu'elles peuvent espérer avoir du contrat à sa formation ou qu'elles tirent du contrat lors de son exécution.

La garantie de la sécurité juridique est indispensable à tous les contractants. Cela permet d'éviter de nombreux conflits liés au contrat. Pour ce faire, le juge doit éviter de s'octroyer le droit d'apprécier l'opportunité d'une convention sans aucun risque d'arbitraire. Si, une fois le contrat formé, il faut obliger les parties à revenir sur leurs engagements soit pour les annuler, soit pour les modifier, parce qu'il leur serait, éventuellement, défavorable, cela témoigne d'une légèreté des parties et d'un engorgement superfétatoire des offices prétoriens. C'est le corolaire de l'inconvénient classique d'une surprotection au nom duquel la partie protégée, se croit toujours victime et croit pouvoir s'autoriser une certaine

nonchalance. Le déséquilibre contractuel peut engendrer la violation des droits de l'Homme¹⁹⁵. Pour y pallier, la régulation du contrat incombe au juge.

B.L'affirmation de la régulation du contrat

Le rôle régulateur du contrat qu'exerce le juge processualise le contrat¹⁹⁶. Si le contrat se révèle injuste et déséquilibré, le juge n'est plus contraint de respecter la loi contractuelle injuste¹⁹⁷. Il est autorisé soit de remodeler le contrat (1) afin d'assurer l'équilibre contractuel et la justice contractuelle¹⁹⁸, soit de l'annuler (2).

1. La modification prétorienne de la liberté des contractants

Partant de la quasi-ineffectivité de l'autonomie d'expression de la volonté reconnue aux contractants, la cohabitation entre « la dignité de législateurs »¹⁹⁹ et la justice contractuelle²⁰⁰ s'avère indispensable. Cela permettrait de mieux protéger la partie vulnérable au contrat. Un meilleur encadrement²⁰¹ des inégalités contractuelles²⁰² présente d'énormes atouts liés au respect des valeurs supérieures de justice et d'utilité sociale du contrat²⁰³. En raison des multiples et évidentes inégalités humaines²⁰⁴, il faut reconnaître que la justice contractuelle ne peut pas toujours émaner de la volonté contractuelle. Cependant, le contrat doit s'affranchir de *la main, certes, invisible*²⁰⁵ qui assure

¹⁹⁴ J. P. Chazal, *Op. cit.*, p.22.

¹⁹⁵ Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Op. cit.*, p.470 et s.

¹⁹⁶ L. Cadet, « Les jeux du contrat et du proces » in *Mélanges offerts à Gérard Farjat*, ed. Frison-Roche, 1999, p.23.

¹⁹⁷ Ch. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Dr. et Patr.*, mars 1998, p.46 ; L. Leveneur, « Le forçage du contrat », *Dr. et patr.*, mars 1998, p.72.

¹⁹⁸ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, Thèse Aix-Marseille, 1999, p.243.

¹⁹⁹ H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p.359.

²⁰⁰ I. Y. Ndiaye, « Leçon inaugurale » in *Actes du colloque sur les cinquante ans du code des obligations civiles et*

commerciales du Sénégal (C.O.C.C), I. Y. Ndiaye, J.-L. Correa et A. A. Diouf (dir.), vol. 1, *L'Harmattan-Sénégal*, 2017, p.16.

²⁰¹ R. Njeufack Tamgwa, « Les contrats partiellement règlementés en droit OHADA », *LPA* 25 sept. 2015, n° 192, p.14.

²⁰² J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, P.U.F., 2013, p.162.

²⁰³ F. Chenede, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité », *Op. cit.*, p.155 et s.

²⁰⁴ L. Cadet, « Une justice contractuelle, l'autre... », *Op. cit.*, p.178.

²⁰⁵ J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, *Op. cit.*, n° 78.

loyalement la garantie des intérêts de chaque partie contractante²⁰⁶. Face au défaut d'égalité et d'équilibre du contrat²⁰⁷, le juge doit rééquilibrer le contrat ou l'annuler pour libérer la partie faible vulnérable au contrat qui se révèle déjà injuste²⁰⁸. Ce serait inconcevable que le juge abandonne le faible dans un contrat déséquilibré pendant longtemps voire indéfiniment.

Conçu en 1804 comme la chose des contractants, le contrat se confond, traditionnellement, avec la personne des contractants qui lui ont donné naissance. Cependant, il faut noter une négation traditionnelle d'un intérêt contractuel vu que le contrat voit son avenir dessiné par la communauté volontaire des parties. De nombreux contrats à l'instar de celui de société sont porteurs d'un intérêt propre dont la sauvegarde mérite d'être assurée. A cet effet, le juge s'est progressivement façonné un « *nouveau profil* »²⁰⁹ en passant du statut de simple interprète de la volonté contractuelle à celui de réalisateur de la pérennité contractuelle²¹⁰. Cela illustre une émancipation du contrat.

Beaucoup d'auteurs alimentent aujourd'hui la controverse doctrinale de la conception purement volontariste du contrat ; « *en s'inscrivant dans la durée, le contrat acquiert ainsi, à l'instar de la personne morale ou du couple, une existence propre par rapport à l'échange des volontés qui en signale la naissance* »²¹¹. Même si les

parties ont la liberté d'abandonner leurs pourparlers, ils perdent une partie de leur emprise dès qu'ils ont décidé de donner vie au contrat. Quoique les contractants puissent orienter la destinée du contrat, ils ne sont ni en mesure ni autorisés à se l'approprier. En effet, le contrat se personnifie et s'identifie à « *une construction, un objet juridique à part entière* »²¹². Subséquemment, le contrat devient une entité très indépendante afin d'échapper aux parties. Dès lors, il se profile une nouvelle compréhension du contrat parce qu'il est doté d'un intérêt autonome et distinct de celui des parties au point d'être suffisamment digne de protection.

Face aux divers recours, les pouvoirs reconnus au juge varient sensiblement selon la nature du requérant et le moment où il doit exercer le contrôle. En raison des moyens dont dispose le juge pour exercer son contrôle, une place plus ou moins importante est accordée à la liberté contractuelle et au pouvoir discrétionnaire. De façon disproportionnelle, les moyens diffèrent selon que le contrôle prétorien est exercé lors de la formation ou de l'exécution du contrat qui constitue la loi s'imposant aux parties. A ce propos, de larges moyens sont accordés au juge dans la phase de formation du contrat. Il en va autrement lors de l'exécution de la loi établie par les parties contractantes. Au nom du respect tant de l'ordre public que des bonnes mœurs, d'une part, puis des

²⁰⁶ A. Benabent, *Droit civil, Les obligations*, Paris, 11^e Edition, Dalloz, 2013, p.41.

²⁰⁷ Th. Revet, « Les apports au droit des relations de dépendance » in *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, Dalloz, 1997.

²⁰⁸ J. Carbonnier, *Droit civil, t. 4, Les obligations*, PUF, 1998, n° 78 et s, op. cit.

²⁰⁹ S. Rozès, « *Un profil nouveau pour les juges* » in *Mélanges René Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?*, Dalloz, 1996, p.435, spéc. p.441 : « *Que ce soit par l'intermédiaire de la spécialisation de ses fonctions ou par un effet de l'évolution normale de la société dont il est à la fois un reflet et un censeur, le juge du troisième millénaire sera très différent de ses aînés. Il occupe déjà dans cette société une place qui ne peut que l'inciter à intervenir davantage, certes pour dire le droit, mais aussi pour*

régler concrètement des situations conflictuelles dont les enjeux sont graves et aigus ».

²¹⁰ A. - S. Lavefve Laborderie, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, 2005, préf. C. Thibierge, n° 271, p.162 : « *la pérennité contractuelle se réalise grâce à une pluralité d'acteurs, ce qui semble contredire le principe de la force obligatoire envisagé par la théorie classique du contrat* ».

²¹¹ B. Fages, « Nouveaux pouvoirs, Le contrat est-il encore la chose des parties ? » in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p.153, spéc. pp.159-160 ; J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français » in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier, PUF, 1986, p.41, spéc. p.55.

²¹² B. Fages, op. cit., p.153.

obligations de publicité et pour la mise en concurrence, d'autre part, le contrôle prétorien, durant la conclusion du contrat, est très étendu et peut affecter sensiblement la liberté reconnue aux parties. Pour préserver la libre contractualisation et respecter la loi des seules parties, le contrôle prétorien, pendant la phase exécutoire du contrat, est plus souple. Il en découle que le contrôle du juge requiert beaucoup plus de moyens à la formation du contrat qu'à son exécution.

La modification prétorienne peut se manifester par la modification d'une des clauses contractuelles et leur exécution forcée. En droit commun, l'exécution en nature du contrat est fondamentale. Face à toute ambiguïté rédactionnelle, le juge peut choisir de consacrer la deuxième lecture afin d'interpréter l'article 1142 du Code civil à l'aune de l'article 1134 alinéa 1 du Code civil. Cette règle est fortement soutenue par la doctrine majoritaire. Ainsi, la jurisprudence a privilégié l'exécution forcée en nature²¹³ en condamnant progressivement²¹⁴. Le juge ne saurait prononcer aucune exécution forcée lorsque celle-ci se révèle impossible sur le plan moral, matériel ou juridique²¹⁵. Toutefois, il faut retenir que le débiteur encourt des

sanctions d'ordre juridique. En admettant le contraire, cela porterait un coup très dur et fatal au caractère obligatoire du contrat. Ce faisant, si l'exécution forcée en nature est impossible, la partie fautive sera condamnée judiciairement à verser au créancier des dommages et intérêts. Il en résulte une exécution forcée ou une sanction par équivalent. Outre l'examen de la bonne foi, appréhendée supra, à tous les stades du contrat, son exécution comprise²¹⁶, l'Ordonnance française a également introduit, en 2016, dans le Code civil, des notions nouvelles qui confèrent au juge des pouvoirs étendus dont celui d'annulation des clauses abusives contractuelles.

2. L'annulation judiciaire des clauses abusives contractuelles

La clause abusive traduit un concept qui s'inspire, d'une part, du concept de "*significant imbalance*" en droit anglais et, d'autre part, de la bonne foi à l'instar du droit allemand²¹⁷. A travers une clause abusive, on note un déséquilibre significatif comme le cas du consommateur lésé dans ses droits et obligations face au professionnel²¹⁸. Il s'agit d'un déséquilibre si évident²¹⁹ qu'il retient l'attention du

²¹³ J.-P. Gridel et Y.-M. Laithier, « *Le droit français est présenté comme l'un de ceux qui favorisent le plus cette sanction au monde* », op. cit. ; V. Lonis-Apokourastos, n° 1, op. cit., p.17 ; Cass. civ. 1ère, 16 janvier 2007, *Bull. civ. I*, n° 19, *JCP G* 2007, IV, 1360.

²¹⁴ S. Le Gac-Pech, « Vers un droit des remèdes », *LPA*, 4 décembre 2007, n° 242, p.7, spéc. p.17 ; G. Viney, « Exécution de l'obligation, Faculté de remplacement et réparation en nature en droit français » in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Etudes de droit comparé sous la dir. de M. Fontaine et G. Viney, LGDJ, 2001, p.167, spéc. p.183 ; D. Mazeaud (note sous l'arrêt, *RDC* 2007, n° 3, p.719 ; ; en ce sens, v. Cass. civ. 3e, 11 mai 2005, *Bull. civ. III*, n° 103 ; *RTD civ.* 2005, p.596, obs. J. Mestre et B. Fages ; *CCC* 2005, comm. n° 187, obs. L. Leveneur ; *RDC* 2006, p.323, obs. D. Mazeaud ; V. C.-E. Bucher, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Étude de droit comparé interne*, Dalloz, 2011, préf. L. Leveneur, n° 526 et s., p.427 et s.

²¹⁵ D. Tallon, « Les remèdes », « *Le droit français* » in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de H. Donald et D. Tallon, LGDJ, 1987, p.271, spéc. p.287 ; Cass. civ. 3e, 17 janvier 1984, Abou, inédit, *RTD civ.* 1984, p.711, obs. J. Mestre, p.724.

²¹⁶ 45 v. supra la partie sur la bonne foi

²¹⁷ H.-W. Micklitz et N. Reich, « The Court and sleeping beauty : the revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD) », *Common Market Law Review*, n° 51, 2014, p.773.

²¹⁸ A.-P. André-Dumont, *Les clauses abusives - Le crédit hypothécaire au consommateur*, Larcier, 2017, p.255, n° 10.

²¹⁹ C. Delforge et C. Biquet-Mathieu, Op. cit., p.275 ; D. Philippe, G. Sorreaux, « L'abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises : premiers regards sur la loi du 4 avril 2019 », *D.A.O.R.*, 2019/3, 131, p.27 ; E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2006, pp. 138-149.

juge²²⁰. Une clause peut se révéler abusive par sa limitation d'une responsabilité d'un des contractants, généralement le fort, au détriment de l'autre qui est souvent le faible. Pendant son contrôle, le juge apprécie le caractère abusif de ladite clause et décide subséquemment²²¹.

A travers les lois françaises de 1971 et de 1978, certaines mesures protectrices tant préventives que curatives²²² avaient été envisagées. Leur point commun était de proposer des mécanismes de protection juridique susceptibles d'encadrer « *les relations contractuelles entre, d'une part, un particulier qui se porte acquéreur d'un bien ou d'un service pour des fins de consommation personnelle et, d'autre part, une entreprise commerciale, qu'il s'agisse d'un fabricant, d'un détaillant, d'un pourvoyeur de services ou d'un professionnel* »²²³. Selon un auteur, ces mesures ont fortement contribué à « *garantir l'authenticité du consentement des consommateurs en s'assurant que ce dernier, à défaut d'être totalement libre, est toutefois éclairé ; à améliorer l'information transmise aux consommateurs et à en faciliter l'accès ; à encadrer la publicité ; à rétablir le formalisme et à corriger toute situation abusive résultant de l'exploitation du consommateur. Il s'agit, par exemple, d'octroyer une faculté de résiliation à la discrétion du consommateur une fois le contrat conclu (cette faculté ne s'exerce*

*que dans certains cas particuliers tel le contrat électronique ou le contrat conclu avec un commerçant itinérant*²²⁴, par exemple), ou encore de sanctionner la stipulation de certaines clauses considérées comme abusives telles les clauses de modification unilatérale du contrat²²⁵ et les clauses limitatives de responsabilité²²⁶ »²²⁷. Cela a permis au juge de réviser le contrat pour lésion surtout que la loi sur la protection du consommateur comportait un « *embryon de régime général contre les clauses abusives* »²²⁸.

A la faveur du projet du gouvernement de loi de 2009, l'insertion d'une règle pour lutter contre les clauses jugées abusives a été une effectivité. A cet effet, l'article 79 alinéa 1^{er} dispose qu' « *une clause non négociée qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée* ». Peu importe les errements et tergiversations, il convient de louer cette initiative qui a envisagé l'élargissement des mesures protectrices des parties faibles au contrat. Autrement dit, ce sont ces parties plus vulnérables qui ne sont souvent pas éligibles au bénéfice « *des dispositions du droit de la consommation et du droit des pratiques restrictives de concurrence* »²²⁹. Il apparaît que « *l'introduction d'une règle permettant de sanctionner les clauses*

²²⁰ A-P. André-Dumont, Op. cit., p.256, n° 11.

²²¹ C. Delforge et C. Biquet-Mathieu, « La théorie des clauses abusives » in « *Clauses abusives et pratiques réglementées* », *Crédit aux consommateurs et aux P.M.E.*, CUP, Larcier, 2016, vol.170, p.247.

²²² C. Masse, « L'information et l'exploitation des consommateurs », *R.G.D.*, 1979, vol. 10, n° 1, p.110.

²²³ C. Masse, « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation » in *Mélanges Claude Masse : En quête de justice et d'équité*, P.-C. Lafond (dir.), Cowansville : Ed. Y. Blais, 2003, p.46.

²²⁴ Art. 59 L.P.C. : « Le contrat conclu entre un commerçant itinérant et un consommateur peut être résolu à la discrétion de ce dernier dans les dix jours qui suivent celui où chacune des parties est en possession d'un double du contrat ».

²²⁵ Art. 11.2 L.P.C. : Sauf stipulation contraire en respect dudit article, « est interdite la stipulation prévoyant que le commerçant peut unilatéralement modifier le contrat [...] ».

²²⁶ Art. 10 L.P.C. : « *Est interdite la stipulation par laquelle un commerçant se dégage des conséquences de son fait personnel ou de celui de son représentant* ».

²²⁷ H. Villain, *Contrat d'adhésion et justice contractuelle : étude comparée franco-québécoise*. Droit, Université de Lille, 28 mars 2022, France, p.204, n° 184.

²²⁸ D. Jacoby, « Le contrôle des pratiques illégales et irrégulières au regard de la politique de protection des consommateurs », *R. du B.*, mars-avr. 1986, t. 46, n° 2, p.192.

²²⁹ J. Ghestin, « Droit des contrats », *JCP G*, avr. 2009, n°s 16-17, I, 138, p.19, n° 3.

abusives insérées généralement dans les contrats déséquilibrés est indéniablement une réelle avancée dans la confection du futur droit des contrats. Néanmoins, la disposition telle que présentée par la Chancellerie ne manque pas de nous décevoir en ce qu'elle fait le choix de limiter le domaine d'application de la disposition à la clause non négociée et non au contrat d'adhésion »²³⁰.

En dépit de son adoption depuis plus de 20 ans, la directive de l'Union européenne réglementant les clauses abusives incluses dans les contrats formés avec les consommateurs est encore d'actualité. Depuis longtemps, les Etats font toujours recours à la CJUE afin de la questionner encore sur les conséquences à tirer du caractère non contraignant des clauses abusives. En témoigne la réponse du 29 avril 2021 de la CJUE à une énième question préjudicielle relative à l'interprétation de l'article 6 paragraphe 1 de la directive 93/13/CEE qui prévoit "*le caractère non contraignant des clauses abusives*"²³¹. De très nombreux professionnels violent allègrement et au quotidien cette réglementation. Nonobstant les condamnations des sociétés Twitter, Facebook et Google en 2018 et 2019²³², la société Apple avait été condamnée, en juin 2020, pour avoir inséré plusieurs clauses abusives à travers les conditions générales et la politique de confidentialité de son service juridique. Cependant, l'association de défense des consommateurs UFC-Que Choisir avait saisi, à Paris, le tribunal judiciaire contre la société UBER pour avoir inséré 24 clauses abusives dans ses contrats avec les consommateurs. Aussi le tribunal avait-il jugé ces 24 clauses abusives et réputées inexistantes et avait-il

condamné cette société le 27 octobre 2020²³³. Il ressort que « *les clauses abusives ne cessent d'être utilisées par les professionnels à l'encontre des consommateurs* »²³⁴. Cela témoigne de l'inefficacité de la lutte menée contre les clauses abusives et justifie la position du juge de les annuler afin de mieux protéger les parties faibles au contrat.

En vertu de larges pouvoirs qui sont conférés au juge à travers le code civil, celui-ci peut désormais apprécier les clauses abusives contractuelles tels le caractère abusif d'un prix fixé par une partie en exécution d'un contrat cadre²³⁵ ou d'un contrat de prestation de services²³⁶. A ce propos, le législateur précise qu'« *en cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts* ». Celui-ci peut également être amené à caractériser l'existence d'une clause abusive résultant d'un « *déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* »²³⁷ à un contrat d'adhésion. En outre, il pourra décider de l'annulation du contrat pour cause de violence résultant d'un abus de dépendance, notamment économique, qui permet à une partie d'obtenir de son cocontractant « *un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* »²³⁸.

Souvent, les plaideurs évoquent des clauses abusives et sollicitent l'intervention judiciaire dans le contrat. De l'examen des décisions, il ressort des difficultés pour définir avec précision la notion de clause abusive. Possiblement, la clause sera considérée comme abusive en l'absence d'une véritable explication. Très

²³⁰ H. Villain, Op. cit., p.204, n° 185.

²³¹ CJUE, 29 avril 2021, aff. C-19/20, Bank BPH.

²³² Communiqué de Presse, UFC-Que Choisir, 12 juin 2020, <https://www.quechoisir.org/actualite-clauses-abusives-l-ufc-que-choisir-fait-condamner-apple-n80119/>, Consulté le 14/01/25 à 07h 17mn.

²³³ Tribunal de Paris, 27 octobre 2020, n° RG 16/07290.

²³⁴ Rapport final du 23.5.2017, SWD (2017) 208 final.

²³⁵ Art 1164 C. civ.

²³⁶ Art 1165 C. civ.

²³⁷ Art. 1171 C. civ.

²³⁸ Art. 1142 et 1143 C. civ.

fréquemment, les tribunaux justifient leur intervention en établissant une comparaison entre la clause présumée abusive et ce qu'ils pensent tant juste que raisonnable. Une clause pénale présumée abusive peut découler d'un contrat d'adhésion ou non. A l'exception des contrats d'adhésion ou de consommation, l'annulation de la clause pénale qui découle d'autres contrats est impossible. Dans ces cas, le juge ne pourra décider que de leur réduction. Le comble est qu'il arrive que certains tribunaux ignorent les critères d'appréciation du contrat d'adhésion et pensent que les contrats sont formés en toute liberté parce que les négociations seraient faites d'égal à égal. En témoigne la jurisprudence liée au contentieux à travers lequel l'appelant demande de déclarer abusives et non écrites diverses clauses figurant dans un contrat de fourniture de gaz et de pétrole liquéfié conclu avec les représentants de la société le 21 octobre 2005²³⁹. C'est également le cas du dossier *Serviettes industrielles Normand inc. c. Automobiles Rivière-du-Loup inc.* où la défenderesse a demandé au juge l'annulation et, à défaut, la diminution de la clause pénale²⁴⁰. S'agissant des taux d'intérêts usuraires, l'emprunteur est souvent un consommateur, adhérent et bénéficiaire d'une protection spéciale contre la lésion entre les majeurs. Il en découle une similitude qui se fait habituellement en constatant que la lésion est une notion voisine de la clause abusive. Le déséquilibre contractuel peut être soit juridique soit économique. La doctrine milite beaucoup plus pour le déséquilibre juridique²⁴¹. Cela nécessite une comparaison des positions contractuelles des parties en vérifiant si les prérogatives et les obligations réciproques du

consommateur et du professionnel sont en équilibre suite à l'insertion de la clause litigieuse²⁴².

Quant à l'évaluation du déséquilibre significatif à l'égard du consommateur, la CJUE recommande une analyse comparative entre la clause litigieuse et la règle nationale applicable en l'absence d'un accord entre les contractants. Cela permet d'examiner si la situation juridique du consommateur est moins favorable dans le contrat relativement aux dispositions du droit positif en vigueur dans son État²⁴³. De même, il a été admis comme caractère abusif le non-respect des exigences de transparence. Dans cette veine, la CJUE a souligné que la transparence d'une clause « ne se réduit pas au seul caractère compréhensible de celle-ci sur les plans formel et grammatical mais implique également que le consommateur puisse prévoir les conséquences économiques qui découlent pour (lui) d'une clause contractuelle »²⁴⁴. De la sorte, la CJUE a déclaré abusive une clause à travers laquelle un consommateur avait été induit en erreur par le professionnel sur la détermination de la loi applicable au contrat conclu par voie électronique. Sans informer le consommateur qu'il pouvait bénéficier également des dispositions protectrices du droit positif de son État²⁴⁵, le professionnel avait donné l'impression à son contractant que la seule loi applicable était la sienne. La CJUE a établi le fondement du critère de l'induction en erreur, elle a conclu pour son caractère abusif. S'agissant des clauses relatives à l'objet et au prix et qui correspondent au champ d'application défini par la directive, il existe un traitement spécifique qui leur est réservé.

²³⁹ Cour d'appel de Nîmes, Chambre Civile, 1^{ère} Chambre A, Arrêt N° R.G : 11/02646 OT/DO du 04 avril 2013.

²⁴⁰ Cette distinction est faite dans la cause *Serviettes industrielles Normand inc. c. Automobiles Rivière-du-Loup inc.*, J.E. 96-1384 (C.Q.) et *Grenier-Lacroix c. Lafond*, J.E. 94-358 (C.Q.) à la p.6.

²⁴¹ E. Dirix, « Bezwarende bedingen », *D.A./O.R.*, 1992, liv. 22, p.36, n° 13.

²⁴² S. Stijns, « *De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998* », *R.D.C.*, 2000, p.156, n° 22.

²⁴³ CJUE, 14 mars 2013, aff. C-415/11, Aziz, pt 68.

²⁴⁴ CJUE, 20 septembre 2017 aff. C-186/16, Andriuciu e.a., pts 44 et 45.

²⁴⁵ CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-272/18, Verein für Konsumentinformation, pt 58.

Lorsque ces clauses sont rédigées de façon très claire et compréhensible, elles sont exclues du champ d'appréciation du caractère abusif²⁴⁶. Il en découle que « *le régime des clauses abusives a vocation à s'appliquer aux clauses accessoires du contrat* »²⁴⁷.

Dans l'examen du caractère abusif lié aux clauses du contrat, la question de déséquilibre économique et factuel entre les parties contractantes semble moins pertinente. Cet aspect se révèle le même pour la directive 93/13 dont l'article 4(2) dispose que « *l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part* »²⁴⁸, il est recommandé que ces clauses soient bien rédigées avec clarté et précision. Il en résulte deux sortes de clauses contractuelles communément appelées "*clauses essentielles*"²⁴⁹. En effet, celles-ci ne peuvent être examinées au cours du contrôle de caractère abusif de clauses contractuelles si elles n'entament l'exigence de transparence ou lorsque leur rédaction est en termes obscurs et ambigus. De même, la lésion est exclue du champ de contrôle prétorien sur le caractère abusif inhérent aux clauses contractuelles²⁵⁰. A contrario, l'examen du caractère abusif porte sur les clauses périphériques du contrat, notamment celles exonératoires de la partie forte au contrat à l'instar du professionnel.

CONCLUSION

Pour former un contrat et y apposer sa signature, chacun est libre de choisir son cocontractant, l'objet et le type du contrat. Cependant, cette liberté n'est pas absolue. Elle est non seulement encadrée par le législateur mais également imposée par le juge.

Certains contrats sont définis par la puissance publique et s'imposent aux contractants sans qu'aucune marge de manœuvre ne leur soit accordée. C'est le cas par exemple des contrats d'assurance de véhicules qui sont des contrats d'adhésion et traduisent le dirigisme contractuel²⁵¹ ou l'unilatéralisme²⁵² dans les liens contractuels. Aucun conducteur de véhicule n'a de choix. Celui qui refuse de se faire assurer a violé la loi et s'expose à la répression. Il existe également des types de contrat d'adhésion, souvent, imposés par la partie forte à celle faible ; en témoignent notamment les cas de téléphonie mobile, d'abonnement à l'électricité, d'achat de billet d'avion et de paiement de scolarité. Cela illustre l'infériorité de l'autonomie et par conséquent de la liberté reconnue aux contractants.

S'agissant de la régulation des contrats par la puissance publique, la loi instaure des prohibitions. Ce sont notamment les cas de la vente de drogue et de corps humains. Quiconque le fait enfreint à la loi et risque des sanctions.

En dépit de l'autonomie volontaire exprimée par les contractants et leurs attentes inhérentes à leur accord, il est impératif que leur convention réponde aux exigences légales relatives à l'ordre public

²⁴⁶ Dir. Article 4, paragraphe 2.

²⁴⁷ Sur la compréhensibilité de ces clauses, voir CJUE, 30 avril 2014, aff. Kásler et Káslerné Rábai, pt 75.

²⁴⁸ Article 4(2) de la directive 93/13/CEE. Cette disposition a également été transposée en droit belge à l'article VI.82 du Code de droit économique.

²⁴⁹ P. Wéry, « *Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des*

consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002 », J.T., 2003, liv. 6116, p.801, n° 10.

²⁵⁰ G. Fievet, « Erreur, dol et lésion qualifiée » in *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux*, Bruxelles, Larcier, 2016, p.66.

²⁵¹ D.H. 1933, Chron. 89.

²⁵² M. Cojpeel, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale », R. C.J.B., 1980, p.65 et s.

et aux bonnes mœurs²⁵³. Il ne leur est pas permis d'y déroger au travers de règles conventionnelles au risque de l'annulation leur contrat.

Par ailleurs, l'on pourrait également penser à travers le libre choix du contractant que le contrat est conclu d'égal à égal. Ce n'est qu'une présomption d'égalité. Dans beaucoup de cas, le contrat oppose une partie faible à celle forte. Il en résulte une asymétrie entre les parties. Or, le contrat doit rechercher non seulement un équilibre contractuel²⁵⁴ mais également une justice contractuelle²⁵⁵.

La loi s'impose aux parties contractantes. Par principe, l'encadrement légal et préalable du contrat illustre les capacités du législateur à bouleverser, à modifier ou à changer voire imposer aux contractants un cadrage de leur volonté et par conséquent de leur liberté contractuelle.

Lorsque certains contractants sont lésés par un contrat, ils peuvent saisir le juge. Celui-ci peut annuler ou modifier des contrats en supprimant certaines clauses du contrat ou en ajoutant d'autres pour donner des précisions, gage de la bonne exécution du contrat. Afin de mieux élucider l'intervention prétorienne dans le contrat, il s'avère indispensable de tenir compte de l'évolution de la notion de contrat²⁵⁶. Il faut partir de son origine, de son historique et de sa définition par la théorie classique de l'autonomie volontaire. Il importe également d'intégrer dans les agrégats de

l'analyse les diverses évolutions socioéconomiques qui ont engendré les bouleversements de ce concept et des grands principes, qui le gouvernent²⁵⁷.

Face au déséquilibre contractuel et à la quête de la sécurité contractuelle, le juge doit jouer le rôle de régulateur et de restaurateur du contrat. Aussi s'octroie-t-il le pouvoir de modifier les conventions en imposant aux contractants des prérogatives et obligations auxquelles ils n'avaient pas même songé pendant la conclusion du contrat tout en veillant à leur adhésion aux nouvelles obligations contractuelles. En refusant d'être l'esclave des stipulations contractuelles qui entravent l'équilibre contractuel, le juge joue un important rôle pour faire régner entre contractants la justice contractuelle²⁵⁸. Si le contrat est la loi des parties, il faut retenir que cette loi est susceptible de modification surtout lorsqu'elle ne protège pas efficacement les intérêts des contractants voire des tiers.

Aussi convient-il de se demander si l'émergence de nouveaux devoirs contractuels, notamment la loyauté, la conformité à l'ordre public, la bonne foi, la renégociation, la collaboration, la coopération, le volontarisme, le solidarisme et la fraternité²⁵⁹ n'a pas fragilisé la trilogie de la volonté, de l'intangibilité et de la sécurité contractuelle²⁶⁰.

La perméabilité du contrat s'illustre à travers la double intervention distincte et complémentaire assurée par le législateur et le juge. D'abord, le législateur intervient en

²⁵³ S. David Constant, Des vivants et des morts dans le droit des obligations, *J.T.*, 1977, p.651 ; La bonne foi : une mer sans rivages, in *La bonne foi*, Editions du Jeune Barreau de Liège, 1990, p.6 ; M. Masson, Les fourberies silencieuses, jurisprudence belge, 1979, p.525.

²⁵⁴ Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p.8 ; G. Tabi Tabi, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2011, p.179.

²⁵⁵ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau, 1912, p.44.

²⁵⁶ J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », Rapport aux Journées René Savatier, *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, 1986, p.42 et s.

²⁵⁷ M. Diatta, *Op. cit.*, p.3.

²⁵⁸ J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », *Op. cit.*, p.6.

²⁵⁹ D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in *L'avenir du droit*, Mélanges Terré, Dalloz. PUF. Juris-Class., 1999, p.603.

²⁶⁰ J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », *Op. cit.*, p.6.

amont par l'encadrement du contexte d'expression du consentement et par conséquent de la libre contractualisation. La loi dispose pour les hommes. Certains, peu diligents dans l'observance des règles légales, s'exposent à l'intervention prétorienne en aval. Cela permet de discipliner tous ceux qui n'auraient pas respecté le cadrage du législateur. En outre, l'intervention du juge, face au silence du législateur, permet d'éviter le vide juridique qui pourrait nuire à la sécurité du contrat.

La dynamique législative de compromis : Entre exigences économiques et protection des salariés en droit béninois du travail

Apollinaire GOUDOU

Enseignant – Chercheur
FADESP/UAC - Benin

RESUME : Les récents bouleversements du droit béninois du travail permettent de mettre en perspective la dialectique pour le moins conflictuelle qui caractérise les performances économiques et les droits des travailleurs. Ils apparaissent comme l'expression d'une nouvelle dynamique législative au service du droit du travail. Cette dynamique perçue comme un véritable changement de cap, concerne les différents aspects des relations de travail tant collectives qu'individuelles. Elle semble bien s'écarter de la posture traditionnelle du droit du travail dont l'essence réside dans la protection du salarié. Le législateur béninois, à travers les innovations apportées, s'engage dans une logique solitaire qui visiblement, fait abstraction d'une double balise. La première réside dans le principe de consultation préalable des acteurs en cas de réformes d'envergure en matière de droit du travail et la seconde est relative à la nécessaire référence aux normes supranationales. Cette envolée solitaire du législateur béninois est symptomatique d'une démarche législative visiblement émancipatrice. Cette émancipation, au lieu de rassurer le monde du travail, est porteuse d'innovations assez controversées.

MOTS-CLES : Dialogue social – Licenciement – Représentation syndicale – Droit de grève – Marché du travail

INTRODUCTION

Le marché du travail, l'une des composantes essentielles du tissu économique, est de plus en plus encadré par la norme étatique¹. La dialectique pour le moins conflictuelle qui caractérise les intérêts des acteurs de ce marché, semble trouver en droit béninois du travail, une nouvelle expression à travers la dynamique législative actuelle qu'il convient d'analyser.

Le droit du travail, tel qu'il a été conçu à l'origine, ne semble pas répondre aux exigences contemporaines de l'économie². Cette forme de dichotomie toujours observée au plan épistémologique entre « lois économiques » et « normes sociales » s'est effilochée au contact de la réalité et le droit du travail se retrouve dans un étau, entre droits des travailleurs et performances économiques.

La spécificité de la réglementation des rapports de travail transparait clairement au travers de la réalité décrite par SUPLOT pour qui, le droit du travail est constitué par un « acte de remise en cause du modèle individualiste dont le Code civil représentait la systématisation juridique »³ contrairement au droit civil et au droit pénal qui « forment une axiomatique qui déduit à partir de postulats de base un certain nombre de règles applicables à la société »⁴.

Le droit du travail n'est donc pas « une construction juridique monumentale édifiée mûrement par le législateur, mais plutôt une sédimentation de textes réalisés au hasard des flux et des reflux de la conjoncture politique et sociale »⁵.

La protection du salarié couvre, selon Professeur David Gnahoui, une triple dimension : « la protection de la personnalité, la protection du patrimoine et le soutien de l'avenir économique du salarié »⁶ et s'entend également de la sauvegarde et de l'amélioration de ses droits. Les droits des travailleurs représentent l'ensemble de prérogatives reconnues à eux reconnues et garanties par des instruments juridiques. Ils sont essentiellement constitués des droits fondamentaux au travail tels qu'ils sont proclamés et consacrés par les normes de l'OIT, en l'occurrence la Déclaration des droits et principes fondamentaux au travail⁷. Ces droits sont souvent mis en opposition aux exigences économiques qui sont liées aux objectifs économiques des pays. Il s'agit des données qui s'analysent au plan scientifique comme des objectifs de bien-être collectif que les pays se fixent en termes de performances auxquelles contribuent pour une large part, les entreprises.

Les récents bouleversements du droit béninois du travail mettent en perspective

¹ Voir F. GAUDU, « L'organisation juridique du marché du travail », *Dr. Soc.*, 1992, p.942. L'auteur décrit la notion du marché du travail. Il explique qu'à l'origine, le marché, une notion plus juridique qu'économique est avant tout un espace juridiquement à part, un « lieu » protégé. Les économistes ont construit le concept de marché en l'imaginant comme le lieu théorique où se rencontrent l'offre et la demande. Le marché du travail peut alors s'analyser comme la rencontre de l'offre et de la demande du travail. Il présente des spécificités qui tiennent entre autres, au fait que la concurrence entre les salariés est limitée par le droit du travail, étatique ou conventionnel.

² J.-M. SERVAIS, « Normes de travail internationales et cultures nationales. Mise en œuvre du droit du travail et cultures nationales », *RDT*, 2007, p. 124.

³ A. SUPLOT, « Délégation, normalisation et droit du travail », *Dr. Soc.*, 1984, N° 5, p.297.

⁴ Ch. NOËL, « Le droit du travail comme révélateur du conflit des normes juridiques et des valeurs », *Horizons philosophiques*, vol. 12, n° 2, 2002, URI: <http://id.erudit.org/iderudit/801209ar> DOI: 10.7202/801209ar., p.77.

⁵ A. SUPLOT, « Le juge et le droit du travail », *Dr. Soc.*, 1980, Num. spécial, p.60.

⁶ R. DAVID-GNAHOUI « Salariés précaires et pouvoirs de l'employeur à la lumière de la loi béninoise sur l'embauche », *Annales Africaines*, Numéro spécial, janvier 2021, p.140

⁷ La Déclaration des droits et principes fondamentaux au travail de l'OIT a été adoptée en 1998 et amendée en 2022.

cette liaison indestructible entre droit et économie. En effet, depuis l'année 2016, il est à noter des réformes à travers lesquelles le législateur béninois a voulu actualiser la législation du travail⁸ dans sa globalité, c'est-à-dire tant en ce qui concerne les rapports individuels que collectifs du travail. Ces interventions législatives constituent sans aucun doute un véritable changement de cap pour le droit du travail béninois. Elles portent, entre autres, sur la redéfinition du contrat à durée déterminée ; le plafonnement des dommages-intérêts en cas de licenciement abusif ; la mise en œuvre de la responsabilité du salarié en cas de rupture abusive du contrat de travail ; la distinction entre licenciements irréguliers et abusifs; la tentative de suppression du droit de grève.

La loi n° 2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de la main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin a introduit deux réformes majeures constitutives d'un véritable séisme en droit béninois du travail. Il s'agit de la redéfinition du contrat de travail à durée déterminée, désormais renouvelable sans durée maximale⁹ et du

plafonnement des dommages-intérêts dus à l'occasion des licenciements abusifs¹⁰. Quant à la loi n° 2018-3 sur le droit de grève au Bénin, elle semble sonner le glas de ce droit cher aux travailleurs. En effet, l'exercice du droit de grève a été encadré d'une manière assimilable à sa suppression¹¹.

Les bouleversements actuels de la législation béninoise du travail ne peuvent laisser indifférent car, en dépit de son jeune âge¹², le droit béninois du travail, à travers son histoire, avait montré très peu d'intérêt aux impacts économiques imputables à la législation du travail. C'était d'ailleurs une réalité partagée : l'humanisme prenait le pas sur le libéralisme dans les droits du travail de l'Afrique noire francophone. En effet, l'adoption en décembre 1952 du Code du travail des Territoires d'Outre-Mer (CTOM) a marqué « *le tournant décisif des relations professionnelles en Afrique* »¹³. À contre-courant du modèle de travail forcé¹⁴ qui prévalait à l'époque coloniale, ce code était considéré comme une véritable avancée dans la protection des droits accordés aux travailleurs. Plusieurs dispositions de ce code ont amélioré la situation des travailleurs. Il s'agit entre

⁸ Voir à cet effet, G. E. NONNOU, « Entre consolidation du marché et dérégulation : les équivoques d'une réforme du droit du travail au Bénin », *RDT*, juin 2018, p.12.

⁹Cf. Art. 13 de la loi n° 2017-05 du 29 Août 2017 fixant les conditions et les procédures d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin.

¹⁰Cf. Art. 18 a-4 de la loi n° 2017-05 du 29 Août 2017 précitée.

¹¹ Le législateur a désormais fixé la durée de la grève à au plus dix jours par année. Article 13 de la loi 2018-34 du 05 octobre 2018 modifiant et complétant la loi n° 2001-09 du 21 juin 2002 portant exercice du droit de grève en République du Bénin. La loi du 21 juin 2002 portant exercice du droit de grève en République du Bénin telle que modifiée par celle du 5 octobre 2018 a été modifiée et complétée à nouveau par la loi n° 2022-21 du 19 octobre 2022.

¹²Les raisons sont d'ordre historique. Les écrits assez abondants sur l'histoire du droit du travail en Afrique s'accordent sur la genèse relativement récente d'un droit du travail de l'Afrique noire francophone. Voir à

cet effet, P-G. POUGOUE, « Les enjeux d'un droit du travail en Afrique noire d'expression française », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, COMPTRESEC, 1987, n° 5, p.3 et suivants ; A. FOKO, « La rémunération du travail et la paix sociale » in *L'esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur du Professeur POUGOUE*, p.279 ; J.-P. LABORDE, « Retour sur la loi n° 52-1322 du 15 décembre 1952 instituant un code du travail dans les territoires et territoires associés relevant du Ministère de la France d'Outre-Mer » in *L'esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur du Professeur POUGOUE*, p.438 et suivants.

¹³A. FOKO, « La rémunération du travail et la paix sociale », *op. cit.*, p.280.

¹⁴Aux termes de l'Art. 1^{er} de la Convention N°29 de l'OIT, le travail forcé désigne « tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré ». Cette forme de travail a prévalu pendant la période coloniale jusqu' à la deuxième guerre mondiale dans les colonies.

autres, de la consécration du principe de non-discrimination ; de l'institution de la semaine de quarante heures de travail hebdomadaire ; des congés payés ou des congés de maternité. Lesdites avancées ne compromettent point la logique de protection des travailleurs adoptée par les nouveaux États devenus indépendants. Ceci explique sans doute le maintien dudit code aux lendemains de la proclamation de l'indépendance jusqu'à l'adoption de nouveaux codes du travail par ces mêmes États¹⁵. L'histoire sociale commune de ces États s'est d'ailleurs renforcée avec l'adhésion des pays déclarés indépendants à l'OIT. La crise économique des années 1980, ayant débouché sur des Programmes d'ajustement structurels¹⁶, constitue un deuxième tournant dans l'histoire du droit du travail en Afrique.

Les effets dramatiques de la crise ont particulièrement éprouvé les travailleurs et ont occasionné la réduction des salaires, la suppression d'emplois et la liquidation de nombreuses entreprises. Les syndicats, particulièrement actifs au cours de cette période, ont connu une embellie caractérisée par une liberté syndicale davantage étendue et l'avènement des

mouvements syndicaux plus nombreux et plus dynamiques. C'est dans ce contexte social et économique de mise en œuvre des programmes d'ajustement structurel, et sous la pression des bailleurs de fonds que représentent les institutions financières internationales¹⁷, que des réformes de la législation du travail ont été conduites dans plusieurs pays africains – dont le Bénin – et ont donné naissance à la deuxième génération de Code du travail¹⁸ qui, compte tenu de l'éveil syndical, a manifestement conservé la logique de protection des salariés.

Les principaux droits reconnus aux travailleurs trouvent leur origine dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) et plus spécifiquement dans la Déclaration de Philadelphie¹⁹. Ces droits ne sont plus figés mais sont appelés à évoluer en fonction du contexte économique, sans remettre en cause pour autant « l'esprit de Philadelphie »²⁰. Au Bénin, cette logique de protection a prévalu jusqu'aux récentes réformes du droit du travail à l'occasion desquelles le législateur a décidé d'opérer ce qu'il convient d'appeler le dépassement de l'exigence traditionnelle de la protection des salariés.

¹⁵La Centrafrique, le Burkina Faso et le Gabon ont adopté un nouveau code en 1962, la Côte d'Ivoire en 1965, le Cameroun en 1967.

¹⁶P. HUGON & N. PAGES, « Ajustement structurel, emploi et rôle des partenaires sociaux en Afrique francophone », Publication BIT, *Cahier de l'emploi et de la formation*, N° 28, 1998, p.2 et s. Un programme d'ajustement structurel est un programme de réformes économiques que le Fonds monétaire international (FMI) ou la Banque mondiale ont mis en place dans les pays pour la plupart africains lors de la crise économique des années 1980 pour permettre aux pays touchés par de grandes difficultés économiques. Il s'analyse comme une réponse à l'endettement des pays africains.

¹⁷Il s'agit bien entendu de la Banque mondiale et du Fonds monétaire international communément désignés comme les Institutions de Breton Woods.

¹⁸Voir P. HUGON & N. PAGES, *op. cit.*

¹⁹La Déclaration de Philadelphie de 1944 qui a consacré un certain nombre de droits aux travailleurs : La liberté d'expression et d'association est une condition indispensable d'un progrès soutenu ;

Tous les êtres humains, quelles que soient leur ethnie, leur croyance ou leur sexe, ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales.

La reconnaissance effective du droit de négociation collective et la coopération des employeurs et de la main-d'œuvre pour l'amélioration continue de l'organisation de la production, ainsi que la collaboration des travailleurs et des employeurs à l'élaboration et à l'application de la politique sociale et économique ;

L'extension des mesures de sécurité sociale en vue d'assurer un revenu de base à tous ceux qui ont besoin d'une telle protection, ainsi que des soins médicaux complets ;

Une protection adéquate de la vie et de la santé des travailleurs dans toutes les occupations ;

La protection de l'enfance et de la maternité.

²⁰ Voir A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Editions du Seuil, Paris, 2010.

Les rapports professionnels étant soumis à l'épreuve des conflits de valeurs et d'intérêts²¹, le respect de la législation du travail est souvent rendu difficile par des contraintes extra-juridiques. L'impression révélée est que le risque de transgression semble inhérent à l'encadrement préalablement normé des relations de travail²². Ces contraintes externes tiennent entre autres aux réalités économiques²³. Ceci nourrit constamment et de façon irréductible la controverse entre le néolibéralisme²⁴ et la doctrine sociale²⁵. Le législateur béninois semble prendre sa position au cœur de cette controverse.

Au cœur de cette controverse, le législateur béninois semble adopter une position qui, loin de passer inaperçu, une série de réactions doctrinales qui vont de simples interrogations à l'expression de réelles inquiétudes²⁶. En effet, la position libérale du législateur béninois a déjà retenu l'attention à travers une série de réflexions, qui ont porté exclusivement sur le contenu de la réforme normative introduite par la loi n° 2017-05 du 29 août 2017 fixant les

conditions et la procédure d'embauche, de placement de la main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin²⁷. Pourtant, depuis 2016, la nouvelle dynamique qui caractérise le droit béninois du travail est façonnée par une série de textes normatifs. Alors qu'en plus de cette loi sur l'embauche - qui a focalisé les attentions - il y a eu la loi n° 2018-34 du 05 octobre 2018 modifiant et complétant la loi n° 2001-09 du 21 juin 2002 portant exercice du droit de grève en République du Bénin, le Décret n° 2020-459 du 23 septembre 2020 portant modalités d'organisation des élections professionnelles en République du Bénin, le Décret n° 2022-041 du 19 janvier 2022 portant création de la Commission nationale de concertation, de consultation et de négociations collectives.

La présente réflexion se veut plus holistique pour analyser la dynamique globale qui se dégage de l'ensemble de ces réformes normatives.

S'il est admis que le droit du travail « porte les traces des luttes dont il est issu »²⁸, force est de constater que les luttes n'ont pas

²¹ Voir Ch. NOËL, « Le droit du travail comme révélateur du conflit des normes juridiques et des valeurs », *Horizons philosophiques*, vol. 12, n° 2, 2002, URI: <http://id.erudit.org/iderudit/801209ar> DOI: 10.7202/801209ar. p.77.

²² P-G. POUGOUE, « Le petit séisme du 14 août 1992 », *Revue juridique africaine*, Numéro spécial portant sur les nouvelles orientations du droit du travail au Cameroun après la réforme du 14 août 1992, PUC, 1994, p.10.

²³ L'analyse économique du droit, qui est la perspective interdisciplinaire sans doute la plus connue et la plus répandue. En faisant appel à des concepts empruntés à la science économique, l'analyse économique du droit cherche le plus souvent à mettre au jour la rationalité économique sous-jacente des règles juridiques et les principaux effets prévisibles de leur changement. Dans ce cadre théorique, les règles juridiques sont vues comme des mécanismes incitatifs par lesquels le droit va influencer le comportement des agents économiques qui vont réagir aux incitations du système juridique. L'analyse économique du droit prétend donc fournir des éléments pour un jugement éclairé sur les institutions juridiques et sur les réformes proposées.

²⁴ A. AFFICHARD, « De l'analyse économique à l'évaluation du droit du travail. Quelques leçons sur un programme de recherches », *RDT*, 2009, p.631.

²⁵ Voir à cet effet, P. LOKIEC, « L'adaptation du travail à l'homme », *Dr. Soc.*, 2009, p.755 ; A. SUPIOT, « Travail droit et technique », *Dr. Soc.*, 2002, p.19. ; A. SUPIOT, « Le droit du travail bradé sur le marché des normes », *Dr. Soc.*, 2005, p.1087 et suivants.

²⁶

²⁷ Voir : R. DAVID-GNAHOUI « Salariés précaires et pouvoirs de l'employeur à la lumière de la loi béninoise sur l'embauche », op. cit. p.127 ; G. E. NONNOU, « Entre consolidation du marché et dérégulation : les équivoques d'une réforme du droit du travail au Bénin », *RDT*, juin 2018, p.12 ; B. C. LASSEHIN, « La flexibilité du droit béninois du travail entre protection du salarié et promotion de l'emploi : analyse à partir de la loi béninoise sur l'embauche », *Revue de l'ERSUMA*, 2020 – 2, n°13 ; I. S. GUEDEGBE, *Commentaire article par article de la loi n° 2017-05 du 29 Août 2017 fixant les conditions et les procédures d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin*, Ed. CREDIJ, 2019.

²⁸ B. TEYSSIE, « Propos autour d'un projet d'autodafé », *Dr. soc.*, 1986, p. 559.

encore atteint leur épilogue. En effet, le droit du travail repose sur une permanente tension née de « *l'existence de conflits d'intérêts entre l'employeur et les salariés* »²⁹. Les termes du débat demeurent assez constants. Ils résident dans la recherche du difficile équilibre entre le pouvoir économique de l'employeur et la vulnérabilité du travailleur³⁰ ; le choix du contrat ou de l'imperium de la loi pour régir les relations de travail³¹ ; l'idéal de justice sociale et la libéralisation de l'économie³². Ces objectifs contradictoires sont autant de difficultés qui mettent à l'épreuve la mission de régulation des rapports du travail qui incombe au législateur. De cette série de dualité de contradictions, il se dégage la problématique relative à la dialectique suivante : droits des travailleurs et performance économique. Lorsqu'on adhère à l'idée selon laquelle « *L'économiste est toujours tenté de plaider qu'il représente le camp de l'efficacité, tandis qu'il incombe au juriste de défendre la cause de l'équité* »³³, l'essence axiologique de la problématique réside dans la dialectique « *équité* » versus « *efficacité* ».

Dans le but de la recherche d'une performance économique plus grande, quelle est la portée des compromis réalisés par le législateur béninois entre l'équité protégeant la vulnérabilité des travailleurs et la nécessité d'assurer la rentabilité des entreprises ?

La question n'est pas fondamentalement nouvelle. La problématique de la protection des salariés a été tout constamment débattue. Cependant, son actualité ne souffre d'aucune contestation dès lors que

la métamorphose du droit du travail demeure un mouvement continu. Le droit du travail étant ainsi marqué par la recherche permanente de compromis entre la protection des travailleurs et la nécessité de garantir les performances économiques³⁴ l'objectif de la présente étude est de d'analyser au regard donnée constante, l'approche et la substance des réformes introduites dans le droit du travail depuis 2017.

L'intérêt de cette étude est double. Théoriquement, tant la démarche légistique que la substance des réformes porteuses d'innombrables innovations est à mettre en lien avec la préservation des droits des travailleurs. La position du législateur révèle sa proximité avec la doctrine libérale à travers les innovations majeures portées par les réformes du droit béninois du travail. Au plan pratique, l'efficacité des réformes normatives introduites représente une énigme à éclaircir. En effet, la démarche législative et le contenu de la série de réformes seront mis en lien avec l'objectif de l'attrait économique pour en dégager de façon concrète, les implications sur la situation des travailleurs.

La présente réflexion a fait l'option de ne pas isoler les considérations économiques au cœur du débat sur l'efficacité du droit du travail. Il s'agit donc d'intégrer aux éléments de réflexion les faits et situations qui nourrissent le droit du travail. La démarche permettra d'éloigner le risque de s'enfermer dans une vision trop idéaliste du droit du travail, sans aucune prise directe sur les réalités économiques qui pourtant semblent visiblement guider les récentes réformes du droit du travail au Bénin. En

²⁹M.-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Paris, Dalloz, 2006, p.314.

³⁰La loi n° 52-1322 du 15 décembre 1952 instituant un code du travail dans les territoires et territoires associés relevant du Ministère de la France d'Outre-Mer.

³¹Voir A. SUPLOT, « Un faux dilemme : La loi ou le contrat ? », *Dr. Soc.*, 2003, p.59.

³²M.-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, op. cit., p.107 ; P. EGGER &

J. MAJERES, « Justice sociale et libéralisation : Les dilemmes de l'OIT », *Tiers-Monde*, 1997, Tome 38, n° 151.

³³O. FAVEREAU, « Note critique sur le droit, l'économie, et le « marché » du travail », *RDT*, 2012, p.481.

³⁴ Voir G. LYON-CAEN, *Le droit du travail : une technique réversible*, Dalloz, 1995, p.7 et suivants.

effet, la recherche avouée³⁵ de l'efficacité économique a conduit le législateur, dans le cadre des réformes, à adopter une dynamique qui semble ne pas tenir compte de certaines balises légales en s'émancipant visiblement de la logique de protection des droits des travailleurs (I) mais en conduisant à des innovations dont l'efficacité demeure controversée (II).

I- Une émancipation législative de la vision protectrice du salarié

La vocation première du droit du travail, depuis les origines est, d'assurer une protection aux travailleurs face à la puissance économique de l'employeur. Mais l'évolution du droit béninois du travail entreprise par le législateur béninois semble bien s'éloigner de la vision protectrice des travailleurs. Cette posture du législateur s'est manifestée dans l'approche légistique par un mouvement d'une double émancipation. L'émancipation du législateur au préjudice de la participation des travailleurs (A) et une émancipation au regard des normes supranationales (B).

A. Une émancipation au préjudice de la participation des travailleurs

Le législateur béninois semble davantage être préoccupé par le contenu des réformes entreprises que de la démarche de leur adoption. Pourtant, la procédure d'élaboration d'une loi impacte lourdement sur son application. Ainsi en matière sociale, la démarche qui garantirait au mieux l'effectivité des normes reste celle qui implique les différents acteurs concernés par leur mise en œuvre. Dans le contexte des réformes assez profondes, le

législateur court ainsi le risque d'inefficacité en donnant le plein pouvoir à sa volonté exclusive (1) et en évitant le dialogue social pourtant très recommandé (2).

1- L'expression de la volonté exclusive du législateur

Tant à l'occasion de l'élaboration des lois que de leur interprétation, la controverse est au cœur de la méthode du droit du travail³⁶. Le caractère sensible attaché aux relations de travail fait de celles-ci l'un des critères de la cohésion sociale appelée à faciliter l'effectivité des normes sociales. La recherche de la cohésion justifie la tendance constitutionnelle qui, en même temps qu'elle confère à la loi la primauté de régir les relations de travail, indique l'approche participative qui doit présider à l'élaboration des lois à caractère social. En effet, est du ressort du champ de la compétence législative, la détermination des principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et du droit de grève et de la sécurité sociale³⁷.

Mais cette compétence doit être exercée dans une approche participative consacrée à un double niveau. Le premier niveau est la collaboration entre les pouvoirs législatif et exécutif. Le second niveau réside dans l'exigence de recourir aux avis et recommandations du Conseil économique et social lors de l'élaboration des normes à caractère social³⁸. Bien que destinée à consolider une cohésion sociale et à garantir l'effectivité des normes, cette approche souffre d'insuffisances pratiques qui tendent à obscurcir les finalités des lois votées dans le cadre des récentes réformes du droit béninois du travail.

³⁵ Cf. Exposé des motifs de la proposition de la loi n° 2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de la main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail. Le législateur y a précisé que l'objectif est de permettre aux entreprises d'accroître leur productivité et leur compétitivité.

³⁶ M. VILLEY, *Philosophie du droit, les moyens du droit*, Dalloz, Paris, 2001, p.20 et suivants.

³⁷ Voir les articles 3 et 98 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990.

³⁸ Aux termes de l'article 139 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990, le Conseil économique et social compléter avec le rôle du CES en la matière.

En matière d'encadrement des relations de travail, le Gouvernement a en charge l'élaboration des projets de loi³⁹. Dans ce contexte, comme le dénonçait Borenfreund, l'origine véritable des textes de lois sont les bureaux des ministères, les commissions d'experts, « *autant de structures très changeantes et restreintes qui travaillent sous le contrôle plus ou moins prononcé du Gouvernement, et dont la légitimité est bien fragile* »⁴⁰. La réalité des procédures de vote des lois révèle que les parlementaires, en dépit de leur souveraineté n'ont pas toujours les moyens de modifier les options choisies et arrêtées par le Gouvernement⁴¹. Ceci est de nature à éluder les possibilités de réels débats tant sur les options philosophiques que sur le contenu des projets de lois. En matière de droit du travail, cette situation entretient ainsi une obscurité manifestement préjudiciable à la protection des travailleurs. En effet, malgré l'habilitation des organes destinés à énoncer en lieu et place de la multitude ce qui est le plus adéquat pour elle⁴², l'élaboration législative ne peut être faite par une « *inspiration subite* ».

Il est donc à relever dans l'élaboration des textes de loi en droit du travail, une insuffisance qui résulte du défaut d'implication du Conseil économique et social, un organe au sein duquel sont représentés les partenaires sociaux.

Dans un second temps, le processus d'élaboration des normes de travail permet l'implication du Conseil économique et social qui est habilité à donner son avis sur

les projets de loi ainsi que la loi de programme à caractère économique et social lui sont obligatoirement soumis pour avis. Même si le Président de la République omet de consulter le Conseil sur les propositions et projets de réformes à caractère économique, social, celui-ci peut, de sa propre initiative, sous forme de recommandation, attirer l'attention de l'Assemblée nationale et du Gouvernement sur les réformes d'ordre économique et social qui lui paraissent conformes ou contraires à l'intérêt général⁴³. La nature contraignante du dialogue social béninois est manifestement sujet à caution pour au moins deux raisons. D'abord, parce que l'obligation de consultation mise à la charge des pouvoirs publics à l'occasion de l'élaboration des normes étatiques souffre de réelles insuffisances. En effet, bien que le gouvernement soit en principe contraint de consulter le CES sur les projets de loi à caractère social, il ne s'expose à aucune sanction en cas de manquement.

De même, le législateur n'est pas, à proprement parler, soumis à une contraignante obligation d'engager le dialogue social préalablement à l'adoption d'une loi à vocation sociale. En effet, une interprétation stricte des dispositions constitutionnelles⁴⁴ conduit à la conclusion que la démarche législative peut éviter le recours au dispositif dialogue social. La preuve en est que la Cour constitutionnelle n'a pas détecté un défaut de conformité à la Constitution liée au défaut de consultation des partenaires sociaux⁴⁵.

³⁹Aux termes de l'article 105 de la Constitution béninoise, les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres car l'initiative des lois appartient concurremment au président de la République et aux membres de l'Assemblée nationale.

⁴⁰G. BORENFREUND, G. BORENFREUND, « Le droit du travail en mal de transparence ? », *Dr. Soc.*, 1996, *Op. cit* p.461..

⁴¹J.M. BELORGEY, « Vous avez dit législation sociale ? », *Dr. soc.*, 1994, p.531.

⁴²C. SPECTOR, « La théorie du législateur » in Rousseau. *Les paradoxes de l'autonomie démocratique*, sous

la direction de C. SPECTOR, Paris, Michalon, « Le Bien Commun », 2015, p. 89-98. URL : <https://www.cairn.info/rousseau--9782841867929-page-89.htm>.

⁴³Art. 139 de la Constitution du Bénin.

⁴⁴L'article 31 de la Constitution béninoise précise que l'obligation de consultation du Conseil économique et social ne concerne que les projets de loi à caractère économique et social.

⁴⁵ Cf Décision de la Cour constitutionnelle, DCC n°18-141 du 28 juin 2018.

A travers les dernières réformes, il est à constater un changement de paradigme dans la démarche d'élaboration des normes de travail. En effet, trouvant ses origines dans la lutte des classes ouvrières, le droit du travail avait toujours gardé les reflets marquant l'existence de conflits comme si ce dernier participe de son essence⁴⁶ de telle sorte que, la régulation des relations de travail, conduite par le pouvoir normatif, a souvent été l'expression d'une conception protectrice du salariat. Le législateur béninois semble omettre cette réalité historique qui recommande des concertations lors de l'élaboration des règles de travail. La démarche du législateur semble être influencée par la vision du patronat réclamant une plus grande flexibilité du marché du travail⁴⁷. Cette classique et constante demande a été alors relayée par le pouvoir exécutif.

Aujourd'hui, le législateur a souverainement décidé de mettre en avant la compétitivité des entreprises. Comme l'a détecté le GUEDEGBE, la solitude volontairement entretenue par les organes dotés de pouvoir normatif est à l'origine de la qualité parfois approximative des lois. Telles que des maladroites dans la présentation formelle et des défauts de clarté du style rédactionnel observées dans la loi n° 2017-05 fixant les conditions et la procédure d'embauche⁴⁸.

⁴⁶ Voir dans ce sens G. BORENFREUND, « Le droit du travail en mal de transparence ? », *Dr. Soc.*, 1996, p.461; G. LYON-CAEN, « A propos de quelques ouvrages de doctrine », *Dr. Soc.*, 1978, p. 292.

⁴⁷Cf. Exposé des motifs de la proposition de la loi n° 2017-05 du 29 août 2017, Op. cit.

⁴⁸ S.I.B. GUEDEGBE, *op. cit.*, p.3-4.

⁴⁹E. SOHOUENOU, « L'évolution de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin en matière de grève à la lumière du droit comparé », *Revue Constitution et Consolidation*, n° 1, 2019, N° spécial, p.26.

⁵⁰ L'OIT définit le dialogue social comme tout type de négociation, de consultation ou simplement d'échange d'informations entre l'État et les partenaires sociaux

2- Le principe du dialogue social ignoré

S'il est admis, à l'instar du Professeur Sohounou que, « rien ne vaut un dialogue social de qualité pour éviter la dramatisation et l'exacerbation des conflits sociaux »⁴⁹, la mission de l'Etat de l'instituer et d'y recourir devient une nécessité impérieuse. Le dialogue social s'entend de tout type de négociation, de consultation ou simplement d'échange d'informations entre l'État et les partenaires sociaux que sont les salariés et les employeurs sur des questions présentant un intérêt commun relatives à la politique économique et sociale⁵⁰.

Il est censé favoriser l'anticipation et la résolution des conflits d'intérêts ; l'amélioration du processus décisionnel ; le rétablissement de la paix sociale et le progrès économique⁵¹. L'exigence d'un dialogue social de qualité a contraint les pays africains à créer des cadres devant favoriser son déroulement.

La Commission nationale de concertation de consultation et de négociations collectives créée par décret n° 2021-338 du 07 juillet 2021, a récupéré l'ensemble des missions du CNDS.

Au Bénin, au moment des réformes de 2017 et 2018, le cadre institutionnel du dialogue social était composé au plan national du Conseil national du dialogue social (CNDS)⁵² et du Conseil national du travail (CNT)⁵³. Au sein desdits organes siègent

que sont les salariés et les employeurs sur des questions présentant un intérêt commun relatives à la politique économique et sociale. Voir à cet effet, BIT, *Le dialogue social tripartite au niveau national : Guide de l'OIT pour une meilleure gouvernance*, Genève, BIT, 2013, p.12.

⁵¹P. AURELLI & J. GAUTIER, *Consolider le dialogue social*, Rapport du Conseil Économique et Social, Paris, 2006, p.4.

⁵² Au Bénin, le CNDS est le dernier né des organes de promotion et du dialogue social. Il est créé par décret n° 323 du 28 juin 2017.

⁵³ Aux termes de l'article 286 du code du travail du Bénin, le CNT est un organe consultatif qui a pour

les premiers destinataires des normes sociales adoptées c'est-à-dire les partenaires sociaux.

Or ces différentes institutions se sont vues privées de toutes opportunités de se prononcer sur les lois n° 2017-05 et 2018-34 dans la mesure où elles n'ont pas été consultées préalablement à leur adoption. Pourtant, l'empreinte desdites lois sur le droit du travail n'est guère à démontrer. L'idée véhiculée par la Convention n° 144 de l'OIT est que le dialogue social, l'un des piliers de l'OIT⁵⁴, doit inspirer la pratique des partenaires sociaux au niveau national. Or, le dialogue social n'est pas concevable sans le respect de la liberté syndicale. Le Bénin, à l'instar d'autres pays francophones a déjà reconnu l'action syndicale⁵⁵ avant même que la liberté syndicale ne soit consacrée parmi les droits fondamentaux dans la Déclaration de l'OIT sur les principes et droits fondamentaux au travail de 1998⁵⁶. Aussi, la « liberté » que semble avoir pris le législateur béninois en écartant le dialogue social préalablement aux réformes engagées questionne l'existence même du dialogue social au Bénin.

En effet, contrairement au droit français⁵⁷, la nature contraignante du dialogue social béninois est manifestement sujet à caution

pour au moins deux raisons. D'abord, parce que l'obligation de consultation mise à la charge des pouvoirs publics à l'occasion de l'élaboration des normes étatiques souffre de réelles insuffisances. En effet, bien que le gouvernement soit en principe contraint de consulter le CNT⁵⁸, il ne s'expose à aucune sanction en cas de manquement.

Pour mieux comprendre cette mise à l'écart du dialogue social, il convient de rappeler par ailleurs que depuis les années 1990⁵⁹, la consultation des organisations syndicales — notamment celles du secteur public — constitue un exercice particulièrement redouté par le législateur. L'activisme syndical est tel qu'il génère fréquemment des mouvements de contestations pouvant aller jusqu'au recours à la grève⁶⁰. C'est donc la crise de confiance ainsi installée entre les syndicats et le gouvernement⁶¹ qui expliquerait pourquoi ce dernier cherche à éviter le débat à l'occasion de l'élaboration de certaines « *normes sensibles* »⁶². Par ailleurs, la propension des partenaires sociaux, notamment celle des représentants des travailleurs, à monter les enchères, peut également être une explication de la trop forte prudence des pouvoirs publics à développer le dialogue social. Ceci étant, et quelques soient les raisons, les deux réformes précitées ne pouvaient pas

mission « [...] d'émettre des avis et de formuler des propositions et résolutions sur la réglementation du travail ... ».

⁵⁴ Aux termes de l'article 2 de la convention n° 144, l'OIT exige que des consultations triparties aient lieu au niveau national, entre les représentants du gouvernement et les organisations représentatives des employeurs et des travailleurs à chaque étape des activités normatives de l'OIT.

⁵⁵ Cf. Art. 31 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 révisée le 07 novembre 2019.

⁵⁶ Voir OIT, Déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail et son suivi, Genève, 1998.

⁵⁷ Voir à cet effet, la loi française n° 2007-130 du 31 janvier sur la modernisation le dialogue social. Cette loi dispose que « *Tout projet de réforme envisagé par le gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau*

national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation ».

⁵⁸ Cf. Art. 286 du Code béninois du travail.

⁵⁹ Les années 1990 ont marqué sur le continent africain, le renouveau démocratique qui correspondait en même temps à la période de la reconquête de la liberté syndicale.

⁶⁰ Voir à cet effet N. ZATO KOTO YERIMA, *La pratique du dialogue social au Bénin. Bilan et perspectives*. Cotonou, Ed. Fondation FES Publikation, 2017, p.9. L'auteur stigmatise le bras de fer des syndicats avec les pouvoirs publics en précisant que « *Les syndicats [...] ont une forte capacité de mobilisation et de nuisance qu'aucun gouvernement ne devrait se permettre d'ignorer* ».

⁶¹ A. CHABI IMOROU, *Audit et analyse du paysage syndical au Bénin*, Cotonou, Ed. COPEF, 2019, p.81.

⁶² Les normes dites sensibles sont celles qui touchent aux intérêts et aux droits des travailleurs. Dans le processus d'élaboration de ces normes, l'évitement du dialogue avec les organisations syndicales était devenu récurrent au Bénin.

échapper, raisonnablement, au dialogue avec les partenaires sociaux dans la mesure où elles cherchaient à insuffler la flexibilisation⁶³ au marché béninois du travail. Au demeurant, le contournement du dialogue social a ôté aux dites lois une partie de leur légitimité et ce d'autant plus qu'elles sont porteuses d'une véritable métamorphose du droit béninois du travail⁶⁴.

Enfin, il est force de constater que ce défaut de consultation contraste avec la culture africaine du dialogue. En effet, « *malgré sa dénaturation exotique, le symbole de l'arbre à palabres témoigne de la recherche du consensus dans le traitement des affaires* »⁶⁵ en Afrique. Le Dialogue est donc un attribut de la culture africaine et y est considéré comme une « *grande vertu* »⁶⁶. En plus de garantir l'adhésion des acteurs et de faciliter l'effectivité des normes, le dialogue social, tout comme le recours aux normes communautaires de l'OHADA, participent à l'enrichissement du contenu normatif. Or, la volonté du législateur béninois est de puiser dans le droit du travail communautaire même si celui-ci est encore en gestation.

B. Une émancipation au détriment des normes supranationales

Les normes internationales de l'OIT intègrent un fond normatif du droit social devant servir de balises aux normes internes. L'approche adoptée par le législateur semble s'écarter de ces balises que constituent les normes internationales de travail (1). Il s'est également écarté de

l'esprit déjà visiblement porté par le projet d'acte uniforme de l'OHADA relatif au droit, qui, bien qu'inachevé, est « *animé par divers esprits plus ou moins visibles* » (2).

1- La faible anticipation sur le projet communautaire de l'OHADA

La loi ne disposant que pour l'avenir⁶⁷, son élaboration exige de la part du législateur un réflexe d'anticipation. Le législateur national, pour ne pas précipiter l'obsolescence des normes qu'il élabore, se doit de ne pas ignorer l'Acte uniforme portant droit du travail en cours de gestation, dans l'espace OHADA. Certes, l'achèvement de l'œuvre unificatrice se fait tarder et il n'est donc pas encore l'heure pour les États-parties de sacrifier leur souveraineté en matière de réglementation du travail. Cependant, le projet de l'acte est porteur d'un certain nombre d'« *esprits* »⁶⁸ susceptibles d'inspirer ou d'alimenter les lois nationales. Le projet d'Acte uniforme portant droit du travail s'inscrivant dans l'objectif fondamental de l'OHADA d'éliminer les divergences législatives, l'anticipation des lois nationales facilitera l'uniformisation des normes et des pratiques avant même la mise en vigueur dudit Acte.

La loi n° 2017-05 du 17 août 2017 a réalisé certaines avancées conformément à l'esprit du projet d'Acte uniforme, tout en s'en écartant sur des aspects manifestement sensibles. Dans la nouvelle loi, la partie relative à l'embauche montre l'effort d'anticipation du législateur notamment en ce qui concerne l'encadrement des contrats

⁶³P. LOKIEC, « Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi », *RDT*, 2003, p.48.

⁶⁴ Le déficit de communication du législateur — l'une des manifestations de l'absence de dialogue — a, par ailleurs entamé la qualité de l'œuvre normative qui souffre de certaines maladroites liées au style rédactionnel peu élaboré. Voir en ce sens, I. S. GUEDEGBE, *Commentaire article par article de la loi n° 2017-05 du 29 Août 2017 fixant les conditions et les procédures d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin*, Ed.

CREDIJ, 2019, p.3-4. L'auteur a relevé par endroits, des absences de cohérence et de clarté.

⁶⁵J. D. BONGOUKOU, « L'esprit des droits africains » in *L'esprit du droit africain*, *op. cit.* ; p.169.

⁶⁶A. CISSE NIANG, « A propos des sources du droit du travail : le dialogue social » in *Les Horizons du Droit OHADA, Mélanges en l'honneur du Pr F.M. SAWADAOGO*, *op. cit.* ; p.3.

⁶⁷Cf. Art. 2 du Code civil.

⁶⁸ Ph. AUVERGNON, « Des esprits présents dans le projet d'AU OHADA portant droit du travail » in *L'esprit du droit africain*, *op. cit.*, p.117.

de travail atypiques, à savoir le contrat de travail à temps partiel⁶⁹ et le contrat de travail intérimaire⁷⁰. Pourtant, à y regarder de plus près, le législateur béninois n'a fait que suivre une dynamique déjà amorcée par plusieurs législations dans les pays francophones d'Afrique. En effet, le travail intérimaire est déjà réglementé par les codes du travail du Cameroun⁷¹, de la Côte d'Ivoire⁷², du Mali⁷³, du Sénégal⁷⁴. Quant au travail à temps partiel, il est prévu dans les codes du travail du Sénégal⁷⁵, du Mali⁷⁶, de la Côte d'Ivoire⁷⁷. Aussi, cette intervention législative, en même temps qu'elle participe du mouvement d'uniformisation du droit en Afrique francophone, contribue utilement à combler un vide juridique. En effet, jusqu'à l'intervention du législateur béninois, la pratique du travail intérimaire s'est développée en dehors de tout encadrement juridique. Ceci a créé un sentiment d'insécurité juridique tant pour les salariés que pour les employeurs soumis aux aléas d'une interprétation casuistique par les juges.

Il en est également ainsi pour le licenciement irrégulier en la forme qui s'est vu attribuer une sanction spécifique, identique⁷⁸ aussi bien en droit béninois qu'en droit communautaire.

Sur un tout autre registre davantage marquant, l'unité de logique entre le droit béninois et le projet d'Acte uniforme portant droit du travail semble résulter de la consécration du principe de limitation des dommages et intérêts dus en cas de licenciement abusif. L'encadrement de l'indemnisation du licenciement abusif constitue en effet une véritable innovation, opérée tant par le projet de l'Acte uniforme portant droit du travail dans l'espace OHADA⁷⁹ que par la réforme du droit du travail béninois⁸⁰. Cependant, l'unité d'esprit des deux textes s'arrête au niveau du principe et une divergence se manifeste au niveau du contenu. En effet, alors que le législateur béninois ventile les dommages-intérêts entre un minimum de trois et un maximum de neuf mois de salaire⁸¹, le législateur communautaire ne fixe qu'un plancher (de trois mois de salaire)⁸².

Ce nouveau levier de « flexibilité » du marché du travail, déjà consacré en droit

⁶⁹Cf. Art. 14 de la loi béninoise n° 2017-05 du 29 Août 2017 fixant les conditions et les procédures d'embauche, de placement de la main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin et l'art. 25 du projet de l'acte uniforme portant droit du travail dans l'espace OHADA « *Le travail à temps partiel est le travail effectué sur la base d'une durée inférieure d'au moins un cinquième à la durée légale du travail ou à la durée conventionnelle* ».

⁷⁰ Art. 17 de la loi béninoise n°2017-05 précitée et l'art.75 du projet de l'acte uniforme portant droit du travail dans l'espace OHADA.

⁷¹ Art 26 du Code du travail du Cameroun.

⁷² Art.11.3 et suivants du code du travail de la Côte d'Ivoire.

⁷³ Art. L.313 du Code du travail du Mali.

⁷⁴ Art. L.226 et suivants du Code du travail du Sénégal.

⁷⁵ Art. L.137 du Code du travail du Sénégal.

⁷⁶ Art. L.113 du Code du travail du Mali.

⁷⁷ Art. 21.2 a-3 du Code du travail de la Côte d'Ivoire.

⁷⁸ L'Art. 29 de la loi béninoise n° 2017-05 du 29 Août 2017 fixant les conditions et les procédures d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin et l'art.75 du projet de l'acte uniforme portant droit du travail dans l'espace OHADA disposent que

« *Si le licenciement est survenu pour un motif légitime sans observation de la formalité de notification de la rupture ou de l'indication du motif, ou sans que le travailleur n'ait eu la possibilité de s'expliquer, ou pendant le congé, ce licenciement irrégulier en la forme ne peut être considéré comme abusif* ». La sanction consiste à « *accorder au travailleur une indemnité pour sanctionner l'inobservation de ces règles sans que le montant de cette indemnité ne puisse excéder deux (2) mois de salaire* ».

⁷⁹ Art. 47 du projet de l'acte uniforme portant droit du travail dans l'espace OHADA.

⁸⁰ Art. 30 de la loi n° 2017-05 du 29 Août 2017 fixant les conditions et les procédures d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin.

⁸¹Cf. art. 30 a-5 de la loi béninoise n° 2017-05 du 29 Août 2017 fixant les conditions et les procédures d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin qui dispose : « *le montant de la réparation, ne peut être inférieur à trois mois de salaire brut ni excéder neuf mois* ».

⁸²Cf. Art. 47 a-6 du projet de l'acte uniforme portant droit du travail dans l'espace OHADA dispose : « *le montant des dommages et intérêts, sans excéder un (1) mois de salaire par année d'ancienneté dans l'entreprise, ne peut être inférieur à trois (3) mois de salaire* ».

français⁸³, impose au juge béninois un plafond indépasseable dans la fixation du montant des dommages et intérêts alloués aux travailleurs abusivement licenciés en parfait désaccord avec l'esprit de l'Acte uniforme portant droit du travail dans l'espace OHADA⁸⁴. Or, ce plafonnement des indemnités du licenciement abusif âprement combattu par les organisations syndicales des travailleurs tant dans son principe que dans son contenu, a suscité ici comme ailleurs, assez de controverses qui sont encore loin de s'éteindre.

Il importe de tirer davantage l'attention sur la réalité transnationale que constitue la problématique de l'encadrement des dommages-intérêts dus en cas de rupture abusive du contrat de travail. Nous avons déjà vu que la problématique liée à cette mesure dépasse le droit national. Elle est présente en droit comparé⁸⁵ et en droit communautaire OHADA⁸⁶. Or, le plafonnement des indemnités en cas de licenciement abusif opéré par le législateur béninois est, contrairement à d'autres législations, caractérisé par une véritable rigidité⁸⁷ qui amplifie la controverse sur sa réelle légitimité. Certains l'assimilent d'ailleurs à une « *autorisation à licencier*

pour peu de frais »⁸⁸. S'il est compréhensible qu'une telle mesure répond à une nécessité économique, liée à la survie de petites et moyennes entreprises, il est cependant difficilement contestable qu'elle remet en cause le principe de la réparation intégrale qui pouvait garantir au salarié licencié la réparation du préjudice effectivement subi⁸⁹. L'impact de la limitation des dommages-intérêts sur la vulnérabilité du travailleur est en effet fonction de l'environnement socio-économique dans lequel il évolue. Or, dans le contexte socio-économique des pays africains, la limitation de l'indemnisation due aux salariés abusivement licenciés paraît une mesure peu propice⁹⁰. En effet, faciliter la rupture des relations de travail dans un environnement caractérisé par l'inexistence d'un système d'assurance chômage, d'une absence de politique de formation continue et d'orientation des travailleurs équivaut à lever les maigres garanties qui donnent un minimum de contenu au droit à l'emploi. Il semble bien que l'avancée du projet de l'Acte uniforme portant Droit du travail en matière de la reconnaissance du droit à la formation des salariés⁹¹ et la consécration dudit droit par

⁸³ Cf. Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

⁸⁴ Art. 2 de l'Ordonnance n° 2017-1387 précise que « [...] le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux fixés... »

⁸⁵ Art. L.1235-3 du code du travail français.

⁸⁶ Cf. Art. 46 et suivants du Projet de l'Acte uniforme de l'OHADA portant droit du travail.

⁸⁷ La rigidité réside dans un plafonnement fixe (à neuf mois de salaire). Ce plafonnement restreint dangereusement les possibilités d'une réparation intégrale. La rigidité se conçoit également en comparaison avec d'autres législations qui prévoient des encadrements plus souples en prescrivant des barèmes tenant compte de l'ancienneté du travailleur. Voir à cet effet l'article L.1235-3 du code du travail français et l'article 47 a-6 du Projet de l'Acte uniforme de l'OHADA portant droit du travail. Voir également, Ch. DAGBEDJI, « Le plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse, vers une application flexible », *Petites Affiches*, avril 2020, n° 69, p.11.

⁸⁸ CGT, « Loi MACRON : le plafonnement des indemnités de licenciement et la Constitution », *Droit ouvrier*, sept. 2015, n° 806, p.501, (Publication faite par la Confédération Générale des Travailleurs au titre d'un droit de réponse).

⁸⁹ Le principe de réparation intégrale a pour fondement légal l'article 1240 du Code civil (ancien 1382 du code civil toujours en vigueur en droit béninois) et a plusieurs fois été mis en œuvre par la jurisprudence. Arrêt du 11 Décembre 2014, Cass. Civ. 2^{ème} Ch. civ., *Recueil Dalloz*, 2015, p. 549 ; Arrêt du 03 mai 2018, *Recueil Dalloz*, 2018, p.1009, arrêt du 14 septembre 2017, *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1847. Voir également, M.-S. BONDON, *Le principe de réparation intégrale du préjudice. Contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile*, Aix-Marseille, PUAM, 2020.

⁹⁰ Voir à cet effet Ph. AUVERGNON, « Des esprits présents dans le projet d'acte uniforme OHADA portant droit du travail » in *L'esprit du droit africain*, op. cit., p.117.

⁹¹ Voir les articles 68 à 72 de l'Avant-Projet de l'Acte uniforme portant du droit du travail dans l'espace OHADA. Il y est prévu l'implication de l'Etat et des

des législations comme celle du Mali⁹² n'interpelle pas encore le législateur béninois.

Il résulte de ce qui précède que l'adoption des réformes du droit du travail béninois, partiellement à contrecourant du projet d'unification du droit du travail en Afrique francophone, montre la volonté du législateur de s'émanciper. Ainsi, il est à noter de la part du législateur béninois un pas vers la consécration d'un modèle du droit du travail porteur de spécificités susceptibles de répondre aux défis économiques. En dépit de quelques rapprochements entre la réforme du droit béninois du travail et le projet d'Acte uniforme portant droit du travail dans l'espace OHADA, des distanciations observées révèlent tout de même une opposition de modèle et une divergence de vision. Lesdites distanciations sont portées par des innovations législatives sur lesquelles il faudra, d'ores et déjà, convaincre les acteurs, notamment les organisations des travailleurs qui semblent prendre pour référence les normes internationales de travail.

2- La faible influence des normes internationales de travail

Les normes internationales du travail sont les instruments juridiques élaborés par l'OIT à travers le pouvoir normatif de ses mandants et dont la finalité est de fixer les principes et droits fondamentaux au travail. Le respect desdites normes ne peut s'apprécier exclusivement à l'aune du nombre de ratification des conventions⁹³ qui, dans le contexte béninois paraît assez élevé⁹⁴. Les destinataires traditionnels des normes internationales du travail étant juridiquement les Etats membres de l'OIT,

employeurs dans la mise du droit à la formation des salariés.

⁹² L'Art. 4 du Code du travail du Mali consacre le droit à la formation du salarié et l'art 178 du même code a institué des congés de formation au profit des salariés.

ceux-ci ont l'obligation de respecter les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet des conventions. En effet, la logique de l'OIT étant de consacrer des normes minima qui servent de référence à une protection minimale à accorder aux travailleurs. Ainsi, la norme internationale du travail, par son contenu est appelée, tout au moins, à servir de référence, d'orientation, d'inspiration pour les législateurs nationaux.

Le premier indicateur qui renseigne sur la faible influence des normes internationales de travail sur les réformes en droit du travail est la tendance affirmée par le législateur béninois de remettre en cause l'idéologie protectionniste qui a toujours prévalu lors de l'élaboration des normes sociales.

De façon concrète, le législateur béninois a pris l'option de s'émanciper de cette logique de protection en adoptant des réformes qui semblent s'éloigner de l'esprit de certaines normes de l'OIT. Une série de normes internationales de travail sont susceptibles d'être substantiellement convoquées à la lumière des réformes entreprises ces dernières années par le législateur béninois. Il s'agit notamment de la convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement, la convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, la Convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociations collectives et la convention n° 96 sur les bureaux de placement payants.

Certes, une avancée est consacrée par la nouvelle loi sur l'embauche au regard de la facilitation de l'exercice de la profession d'intermédiaire et de placement de la main d'œuvre. En effet, toute personne physique ou morale désireuse d'offrir les services de placement de main d'œuvre ou de servir

⁹³ P. LYON-CAEN, « L'application par la France des Conventions internationales du travail », *Droits fondamentaux*, n° 8, janvier 2010 – décembre 2010, p.2. L'auteur précise qu'« il ne suffit pas de ratifier les conventions, encore faut-il s'y conformer ».

⁹⁴ Le Bénin a ratifié 27 des 38 conventions de l'OIT.

d'intermédiaire en matière de recrutement doit se faire enregistrer au bureau d'emploi et de placement auprès des services compétents du ministère en charge du travail⁹⁵. Si, à travers cette facilité, l'esprit de la Convention n° 96 sur les bureaux de placement semble être respecté, le sort des autres conventions de l'OIT est manifestement différent. L'illustration de l'émancipation du législateur béninois est assez visible au regard de l'encadrement de la liberté syndicale. La liberté syndicale⁹⁶ et le droit de négociation collective⁹⁷ sont des droits fondamentaux en milieu de travail. Ils font partie des principes fondateurs de l'OIT. Ils apparaissent comme des droits matriciels qui permettent de garantir et promouvoir les autres droits des travailleurs⁹⁸. Le caractère sous développé de l'économie béninois ne peut servir de motif à la non prise en compte de la liberté syndicale. A l'instar des autres droits de l'homme, les droits syndicaux doivent être respectés quel que soit le niveau de développement du pays. Sans remettre en cause les conditions de création des organisations syndicales, le législateur béninois a cependant soumis les droits syndicaux notamment le droit de grève à des restrictions qui s'écartent de la logique de la promotion de la liberté syndicale⁹⁹ telle que consacrée par les conventions n° 87 et 98 élevées au rang de normes prioritaires de l'OIT.

Sur un autre registre, l'encadrement de la période d'essai peut être analysé à la lumière de la convention n° 158 de l'OIT. Ce lien a été, à différentes occasions, mis en évidence par les juges français¹⁰⁰ qui, pour apprécier la durée de l'essai, se sont fondés sur les principes posés par la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail. La dérogation prévue par le paragraphe 2 de l'article 2 qui permet le licenciement pendant la période d'essai mais à condition que celle-ci soit d'une durée raisonnable. C'est ainsi qu'a été qualifiée de déraisonnable, « *au regard des exigences de la Convention n° 158 de l'OIT, une période d'essai dont la durée, renouvellement inclus, atteint un an* »¹⁰¹. A défaut de consacrer l'applicabilité directe de la convention n° 158 de l'OIT, le législateur béninois aurait gagné en clarté en consacrant le délai raisonnable, pour qu'en cas de durée excessive pour la période d'essai, le juge puisse détenir le pouvoir de la déclarer contraire aux dispositions de la Convention¹⁰².

En effet, celui-ci a conféré aux parties au contrat de travail, la liberté de fixer la durée de l'essai¹⁰³ alors même que l'autonomie contractuelle en matière de relation de travail est propice à l'utilisation de la technique de la fraude par l'employeur. Ceci recommande de maintenir la veille compte tenu du soupçon de l'intention malicieuse de l'employeur en cas de fixation de la durée de l'essai¹⁰⁴. C'est

⁹⁵ Cf. art. 4 de la loi n° 2017-05 du 29 août 2017.

⁹⁶ Cf. Convention n° 87 de l'OIT sur la liberté syndicale.

⁹⁷ Cf. Convention n° 96 de l'OIT sur les bureaux de placement payants.

⁹⁸ Le caractère particulièrement sensible des principes a conduit l'OIT à créer le Comité de la liberté syndicale dont la mission est d'examiner les plaintes pour violation du droit à la liberté d'association, qui est l'un des principes et droits fondamentaux au travail de l'OIT. Tous les États membres de l'OIT sont censés respecter ces principes fondamentaux, qu'ils aient ou non ratifié les conventions s'y rapportant. Les plaintes sont déposées par des organisations de travailleurs ou d'employeurs contre un État Membre

⁹⁹ Cf. Loi n° 2018-34 du 05 octobre 2018 modifiant et complétant la loi n° 2001-09 du 21 juin 2002 portant exercice du droit de grève en République du Bénin.

¹⁰⁰ Voir Cass. soc. 11 janvier 2012, n° 10-17.945, *Recueil Dalloz*, 2012, p.226. ; Cass. soc., 29 mars 2006, pourvoi n° 04-46.499.

¹⁰¹ Cass. soc., 26 mars 2013, n° 11-25.580

¹⁰² J. MOULY, « Contrat de travail. Cadre. Période d'essai. Durée de six mois renouvelable une fois. Convention OIT n° 158. Dérogation. Durée raisonnable », *Dr. soc.*, 2012, p. 231.

¹⁰³ Art 9 de la loi n° 2017-05 du 29 août 2017

¹⁰⁴ Voir à cet effet J. MOULY, « Contrat de travail. Cadre. Période d'essai. Durée de six mois renouvelable une fois. Convention OIT n° 158. Dérogation. Durée raisonnable », *op. cit.*, p. 322.

pourquoi il apparaît opportun que la convention n° 158 de l'OIT soit mobilisée pour exiger une durée raisonnable pour la période d'essai. Cependant, il est utile pour le législateur de garder en esprit que « *la notion de raisonnable, surtout en droit international, est une notion particulièrement fuyante, et qu'elle est, bien souvent, l'aveu d'une absence de véritable consensus entre les Etats* »¹⁰⁵.

Le peu d'attention, qui est portée aux normes internationales de travail à l'occasion de la série de réformes entreprises par le législateur béninois, s'analyse comme un non-respect de certains engagements pris par le Bénin en tant que pays membre de l'OIT. Le faible niveau de développement de l'économie ne peut servir de motif raisonnable pour justifier cette dynamique législative qui consiste à s'émanciper des normes internationales de travail. Dans la démarche d'élaboration de ses normes, l'OIT est à la recherche constante d'un équilibre qui consiste à adopter des normes dont les exigences ne sont pas trop élevées au risque de ne pas être applicables dans tous les Etats membres mais en même temps porteuses d'un minimum de mesures significativement utiles pour assurer la protection des travailleurs.

Bien que désignées comme un *soft law* parce que dénuées d'obligations juridiques précises à caractère obligatoire¹⁰⁶, les normes internationales de travail répondent néanmoins à un besoin capital. Il s'agit en réalité d'instituer des balises à caractère universel susceptibles de contenir certaines velléités de compromission de la protection

des travailleurs. Cette nécessité a conduit à l'adoption de certaines conventions internationales du travail qui sont susceptibles d'être directement applicables en droit interne. C'est le cas entre autres, des conventions reconnaissant un droit à des individus ou des organisations et qui peuvent être évoqués par les justiciables au soutien de leurs prétentions¹⁰⁷.

II- Des innovations législatives controversées au regard des exigences économiques

La distance prise par le législateur béninois par rapport au passé, à travers certaines mesures de la réforme du droit du travail, est assez visible. Il n'a pas voulu en effet s'aligner à la logique classique de protection du salarié.

Les innovations apportées au droit du travail béninois par le législateur sont tout de même conduites avec une certaine prudence. Il ne peut d'ailleurs qu'en être ainsi car l'objectif de la réforme n'est pas fondamentalement nouveau. Il s'agit de promouvoir la création d'emplois à travers une flexibilisation du marché béninois du travail. Il n'est donc pas étonnant que toutes les mesures ne soient pas nouvelles. Certaines sont inspirées par des solutions déjà annoncées par plusieurs législations préexistantes ; d'autres tranchent nettement avec les positions classiques et révèlent la velléité souverainiste qui anime le législateur béninois. En adoptant de telles mesures, le législateur béninois cherche à dynamiser le marché de l'emploi (A), qu'il veut plus flexible, tout en prenant le risque de fragiliser la collectivité des travailleurs (B) qui représentent un acteur à la fois

¹⁰⁵ L. FLAMENT, « Le raisonnable en droit du travail », *Dr. soc.* 2007, p. 16.

¹⁰⁶ Les critiques formulées à l'encontre de la démarche de l'OIT sont nombreuses mais portent, pour l'essentiel, sur l'efficacité de la Déclaration à mettre en œuvre les droits fondamentaux au travail. Pour la plupart, elles dénoncent la forme de régulation retenue

en tant que réponse inadéquate aux défis de la mondialisation.

¹⁰⁷ La convention n° 87 sur la liberté syndicale, de 1948, qui prévoit notamment que « les travailleurs et les employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit, sans autorisation préalable, de constituer des organisations de leur choix ».

social et économique dont l'intervention participe de l'équilibre du marché du travail

A- Une dynamisation controversée du marché du travail

En dépit de la déclaration de Philadelphie qui décommande d'assimiler le travail à une marchandise, le concept marché du travail tel que consacré par la doctrine économique et s'entendant comme la rencontre de la demande et de l'offre du travail, demeure bien usitée en droit. La dynamisation du marché suppose un équilibre¹⁰⁸ qui vise la satisfaction des besoins croisés des principaux acteurs que sont les travailleurs et les employeurs. La série de réformes engagées par le législateur semble s'écarter de cet objectif d'équilibre en aggravant la vulnérabilité du travailleur (1) et en entretenant l'illusion d'une augmentation des emplois (2).

1- L'aggravation de la vulnérabilité du salarié

Les difficultés qu'éprouvent certains demandeurs d'emploi à trouver du travail sont souvent attribuées à la protection accordée aux salariés à travers des dispositifs tels que le travail à temps plein et à durée indéterminée¹⁰⁹ ou la protection contre le licenciement¹¹⁰. En effet, « une

constante des réformes menées au nom de l'emploi [...] est de s'attaquer toujours aux maigres sécurités auxquelles s'accrochent encore les plus faibles ».¹¹¹ Cette constance transparaît clairement dans l'esprit des réformes entreprises par le législateur béninois depuis 2017 dans le but d'accroître la flexibilité du marché de travail. Cette logique de flexibilisation qui rime en l'occurrence avec celle de la précarisation de l'emploi peut être détectée dans le contenu de certaines mesures. Au-delà d'une réforme, les normes nouvellement adoptées, constituent une véritable « révolution »¹¹² et créent une « fracture sérieuse avec le droit antérieur »¹¹³.

Sur le plan de la protection du travailleur dans les rapports individuels de travail, il est assez aisé de détecter dans les mesures initiées par la réforme de 2017, celles qui accentuent la précarisation de la situation du salarié au profit de l'objectif de la flexibilisation du marché de l'emploi. Il s'agit notamment du renouvellement illimité du contrat de travail à durée déterminée (CDD)¹¹⁴, de la fixation libre de la durée de l'engagement à l'essai¹¹⁵ et de l'encadrement des dommages-intérêts en cas de licenciement abusif¹¹⁶. En consacrant un renouvellement illimité¹¹⁷, le

¹⁰⁸ Voir G. E. NONNOU, *op. cit.*

¹⁰⁹ Le contrat de travail à temps plein et à durée indéterminée est celui qui offre le plus de protection au salarié. C'est la relation de principe en matière de travail. Les autres formes de relations contractuelles constituent des relations d'exception, de telle sorte que si elles ne sont pas expressément choisies par les parties, leurs relations professionnelles sont alors rangées dans la catégorie des relations de travail à temps plein et à durée indéterminée.

¹¹⁰ A l'instar de l'OIT à travers la Convention n° 158 et la Recommandation n° 166 sur le licenciement, la quasi-totalité des codes du travail assurent un minimum de protection du salarié contre le licenciement non justifié.

¹¹¹ A. SUPLOT, « Le travail bradé sur le marché des normes », *Dr. Soc.*, 2005, p. 1087.

¹¹² I. S. GUEDEGBE, *Commentaire article par article de la loi n° 2017-05 du 29 Août 2017 op. cit.*, p.3.

¹¹³ G. E. NONNOU, « Entre consolidation du marché et dérégulation : les équivoques d'une réforme du droit du travail au Bénin », *RDT*, juin 2018, p.18.

¹¹⁴ Art. 13 de la loi n° 2017-05 du 29 Août 2017 fixant les conditions et les procédures d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin.

¹¹⁵ Art. 9 de la loi n° 2017-05 du 29 Août 2017 fixant les conditions et les procédures d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin.

¹¹⁶ Voir, *Supra* ; Art. 30 de la loi n° 2017-05 du 29 Août 2017 fixant les conditions et les procédures d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin.

¹¹⁷ Aux termes de l'Art. 30 de la loi n° 2017-05 du 29 Août 2017 fixant les conditions et les procédures d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin, « le montant de la réparation, ne peut être inférieur à trois mois de salaire brut ni excéder neuf mois ».

nouveau régime du CDD constitue un signe de précarisation d'autant plus manifeste que le CDD est par essence et par vocation un contrat conclu pour la réalisation d'un travail ponctuel¹¹⁸. Le caractère précaire du CDD avait conduit l'ensemble des législations francophones d'Afrique, à l'instar du droit français, à en délimiter le champ¹¹⁹ et à plafonner la durée en limitant entre autres le nombre de ses renouvellements¹²⁰.

Le perpétuel renouvellement du CDD en revanche, désormais autorisé par le législateur béninois, place le travailleur dans une insécurité juridique qui le rend assez vulnérable face aux risques sociaux et le prive de possibilités de réaliser des projets professionnels à moyen ou à plus long terme. Dans le principe, le contrat à durée indéterminée doit être considéré comme étant la forme normale du contrat de travail et le CDD comme une exception dont le recours doit être au regard des besoins circonstanciels de main-d'œuvre¹²¹.

Bien que constituant une orientation fondamentalement nouvelle dans le contexte africain, la réforme consacrant le renouvellement illimité du CDD n'est pas une innovation du législateur béninois. Le droit comparé nous en fournit un autre exemple. En effet, l'une des multiples réformes suscitées par la crise grecque résidait dans le renouvellement illimité du

CDD¹²². Le contexte économique de l'époque, particulièrement critique, a servi de caution à cette réforme. Cependant, à la différence du législateur béninois, les réformateurs grecs ont conditionné le renouvellement indéfini du CDD à une raison objective qui peut résulter « *soit de la nature de l'activité exercée par l'employeur, soit des circonstances et nécessités spécifiques, tel le remplacement temporaire d'un salarié, l'exécution des tâches à caractère temporaire, l'accroissement temporaire d'activité ...* »¹²³.

En omettant d'émettre de telles réserves au renouvellement illimité du CDD, le législateur béninois soumet le sort du salarié à l'entière et souveraine volonté de l'employeur qui décide de sa survie professionnelle. Une démarche analogue transparaît dans la libre fixation de la durée de la période d'essai. En effet, le législateur de 2017 a remis en cause le rigide encadrement de la durée de la période d'essai¹²⁴ en conférant aux parties le pouvoir de fixer librement ladite durée¹²⁵. Il précise toutefois que la durée de la période d'essai est fonction de la technicité et des usages de la profession et doit viser à éprouver les capacités du travailleur bien qu'il omette au passage que l'engagement à l'essai est basé sur la réciprocité dans la mise à l'épreuve des parties au contrat du travail¹²⁶. Aussi, la détermination de la

¹¹⁸ B. AMOUSSOU & G. E. NONNOU, *Rapport d'étude sur la loi n° 2017-05, op. cit.*, p. 27.

¹¹⁹ Art. L.1242-1 Code du travail français selon lequel, « un contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ».

¹²⁰ Cf. Art. L.1242-1 et L.1242-2 du code français du travail ; Art. 13 de la loi n° 98-004 du 27 janvier 1998 portant du code du travail du Bénin (ancienne disposition).

¹²¹ F. GAUDU, « L'accord sur la « modernisation du marché du travail » : érosion ou refondation du droit du travail ? », *Dr. Soc.*, 2008, p. 268.

¹²² B. PALLI, « Le droit du travail confronté à la faillite de l'État : le cas de la Grèce », *Dr. Soc.*, 2013, p.4 et suivants.

¹²³ *Idem*.

¹²⁴ L'Art. 21 du code du travail béninois (article désormais abrogé) disposait que « Dans les contrats à durée indéterminée, la période d'essai ne peut excéder quinze jours pour les employés, ouvriers et manœuvres payés à l'heure, un mois pour les employés, ouvriers et manœuvres payés au mois et trois mois pour les agents de maîtrise, cadres et assimilés. Cette période ne peut être renouvelée qu'une fois et par écrit. Dans le contrat à durée déterminée la période d'essai ne peut excéder une durée qui, exprimée en jours ouvrables, est égale à un jour par semaine de travail prévu ou prévisible sans pouvoir excéder un mois pour les employés, ouvriers et manœuvres et trois mois pour les agents de maîtrise, cadres et assimilés ».

¹²⁵ Art.9 de la loi n° 2017-05 du 29 Août 2017 fixant les conditions et les procédures d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin.

¹²⁶ Conformément à l'art. 19 du code du travail béninois, « L'engagement à l'essai permet aux deux parties au

durée de l'essai reste *in fine* à la discrétion de l'employeur dans la mesure où le contrat de travail est, de fait, un contrat d'adhésion¹²⁷.

Ces nouvelles réalités de vulnérabilité s'ajoutent aux situations qui classiquement, caractérisent la vulnérabilité des travailleurs.

2-L'illusion d'une possible augmentation d'emplois

Il est de notoriété publique que « *la dialectique du droit et de l'économie continue de nourrir les réflexions sur les réformes du droit du travail* »¹²⁸. L'objectif de la flexibilisation du marché du travail demeure d'actualité. Les dernières réformes du droit du travail au Bénin maintiennent la question à la surface. L'objectif premier affiché par le gouvernement à travers la loi 2017-05 est de redonner confiance aux investisseurs et aux créateurs d'entreprises qui pourraient désormais recruter plus facilement de la main d'œuvre. En d'autres mots, il s'agit pour le gouvernement de promouvoir la création d'emplois. En effet, la création d'emplois figure dans presque tous les programmes des dirigeants et apparaît comme une mission obsessionnelle.

Aussi, une série de mesures initiées par la réforme de 2017 cherche à mobiliser tous les moyens disponibles, susceptibles de contribuer à la réalisation de l'objectif de flexibilité. La tendance qui consiste à faire des contrats atypiques de travail un moyen

pour atteindre la flexibilité semble emballer le législateur. Il s'agit notamment du recours aux contrats de travail temporaire¹²⁹ et aux contrats de travail à temps partiel¹³⁰.

Bien que le contrat de travail à temps partiel n'ait pas encore été intégré dans la pratique des relations professionnelles au Bénin, son implémentation permettra à terme « *d'assurer une réelle flexibilité au marché du travail au Bénin* »¹³¹. En effet, pour peu que le salarié y consente librement, le travail à temps partiel présente une série d'avantages. Pour le salarié, il facilite la conciliation de sa vie personnelle avec les contraintes du travail ; pour l'employeur, il constitue un instrument de « *gestion rationnelle* »¹³² du temps de travail et des effectifs. Sur le plan macro-économique, il constitue un instrument de partage du travail, et donc un instrument de lutte contre le chômage¹³³.

Mais on ne saurait reconnaître les mêmes avantages au contrat de travail intérimaire qui, au demeurant, n'était pas étranger au marché béninois du travail¹³⁴. Sa réglementation vient par conséquent combler un vide juridique qui pourrait néanmoins conduire à son usage abusif. En réalité, si le travail intérimaire garantit aux entreprises une marge de flexibilité, celle-ci est essentiellement profitable à l'employeur. Le travailleur intérimaire en revanche ne bénéficie pas des mêmes droits que les salariés de l'entreprise

contrat de se mettre réciproquement à l'épreuve. L'employeur apprécie l'aptitude professionnelle du travailleur et son rendement ; le salarié quant à lui apprécie les conditions de travail de vie, de rémunération, d'hygiène et de sécurité ainsi que le climat social de l'entreprise ».

¹²⁷ Voir à cet effet, T. SACHS, « L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée », *RDT*, 2017, p. 586.

¹²⁸ A. SUPLOT, « Le travail bradé sur le marché des normes », *Dr soc.*, 2005, p. 1087.

¹²⁹ Cf. Art. 14 de la loi 2017-05 du 29 Août 2017 fixant les conditions et les procédures d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin.

¹³⁰ Cf. Art. 17 de la loi précitée.

¹³¹ B. AMOUSSOU & G. E. NONNOU, *Rapport d'étude sur la loi n° 2017-05*, Cotonou, 2020, p.22.

¹³² *Idem*, p.22. Pour les auteurs, « la gestion doit être rationnelle en ce sens que le travail à temps partiel entraîne une remise en cause des modes d'organisation du travail existants ; la redéfinition et la configuration des postes, voire des services ; la nécessité de faire coïncider les horaires de travail souhaités par les salariés avec les exigences du service ».

¹³³ Voir à cet effet, E. RAY, « Les grandes manœuvres de négociation collective », *Dr. Soc.*, 1999, p. 1018. L'auteur précise que la réduction du temps de travail peut être considérée comme un instrument de lutte contre le chômage. Voir également A. SUPLOT, « La travail, liberté partagée », *Dr. Soc.*, 1993, p. 715.

¹³⁴ Voir *infra* ; Section I.

utilisatrice¹³⁵. Il s'agit d'une forme de marchandisation de la main-d'œuvre caractérisée par la précarisation du travail.

Toujours dans la recherche de flexibilité, le législateur a édicté d'autres mesures telles que la rupture conventionnelle¹³⁶. En redonnant à la volonté des parties le même poids qu'au moment de la conclusion du contrat de travail, la rupture conventionnelle favorise la flexibilité des rapports contractuels. Il convient de noter également l'assouplissement de la procédure de licenciement pour motif économique qui pourra désormais échapper à l'emprise de l'inspection du travail¹³⁷ à condition de passer par la voie conventionnelle.

L'objectif de création d'emploi, quoique noble, se heurte à la controverse classique générée par le discours sur la flexibilité. Les contextes africain et béninois, teintés d'une forte dose d'informalité ne font qu'alimenter cette controverse. En l'état actuel des législations africaines, il peut paraître en effet inconvenant d'exclure le secteur informel du champ d'application de la réglementation du travail. On estime en effet que les relations professionnelles couvertes par le droit du travail ne concernent aujourd'hui que 5 à 10% de la main-d'œuvre active¹³⁸. Cependant, l'exigence d'un formalisme stricte contribue aussi au développement d'une méfiance à l'égard du pouvoir étatique qui fait que l'essentiel du monde du travail se développe dans l'informalité afin d'échapper (de fait) à la législation du travail. Face à ce tableau, une question

essentielle se dégage : de quel marché du travail s'agit-il ? En d'autres termes, quel marché du travail veut-on flexibiliser sachant que le secteur informel demeure le réceptacle de la majorité des travailleurs qui exercent sans protection formelle et dans un cadre qui « *met en péril les moyens de subsistance des familles les plus vulnérables* »¹³⁹ ?

Ceci étant dit, les relations de travail relevant du secteur informel et celles qui n'en relèvent pas ne sont pas inconciliables pour autant. En effet, entre les rapports de travail informels et formels, il n'y a pas une relation d'auto-exclusion. « *L'économie informelle est une situation tout aussi « conforme » que l'économie formelle et peut être considérée comme une [...] forme d'alternative aux institutions officielles insuffisamment institutionnalisées* »¹⁴⁰. Aussi, l'économie informelle devrait pouvoir être également appréhendée par le droit. Ainsi, il est à noter que l'une des faiblesses les plus marquantes du droit du travail au Bénin et aussi dans beaucoup de pays africains reste son inapplication aux rapports de travail informels. Au demeurant, l'ampleur du phénomène et de la problématique liée au travail informel - provoquant la précarité des emplois - est telle qu'elle dépasse largement les limites de cette modeste réflexion. Malgré certaines invitations à relativiser l'impact des rapports de travail informels qui serait ainsi justifié par la tradition¹⁴¹, celui-ci demeure tout de même l'une des principales causes de l'ineffectivité du droit du travail

¹³⁵ Contrairement à ce qui se passe en droit français. En effet, l'article L.1251-43 6° du C. trav. prévoit par exemple que le montant de la rémunération du travailleur temporaire est celui « *que percevrait dans l'entreprise utilisatrice, après période d'essai, un salarié de qualification professionnelle équivalente occupant le même poste de travail* ».

¹³⁶ Art. 38 de la loi n° 2017-05 précitée.

¹³⁷ Art. 35 de la loi n° 2017-05 précitée.

¹³⁸ Voir à cet effet, O. SIDIBE, « Quel futur pour le droit du travail en Afrique », *op. cit.* à compléter.

¹³⁹ *Idem*, p. 20.

¹⁴⁰ Y. PESQUEUX, « L'économie informelle, une bonne « mauvaise pratique ? » », *Revue française de gestion*, n° 228-229, Sept. 2012, p.217.

¹⁴¹ Voir en ce sens, O. MANE, « Les limites du poncif de la tradition dans l'application du droit en Afrique : l'exemple des relations de travail au Gabon. » in *L'esprit du droit africain, op. cit.*, p. 278. L'auteur estime que « *le discours sur l'inadaptation du droit du travail qui conduit parfois à rechercher les solutions dans les institutions africaines est plus celui d'une élite dirigeante que de la grande masse des salariés* ».

en Afrique¹⁴² et se révèle un obstacle majeur à la réalisation de l'objectif d'un marché de travail sain et respectueux des normes de travail tant au Bénin qu'en Afrique francophone. Il est donc regrettable que les séries de réformes s'en préoccupent très peu.

Il importe de questionner le but ultime de la réforme de flexibilisation. Puisque les emplois informels ont toujours été qualifiés d'emplois précaires, on est en droit de se demander si le législateur cherche à mettre l'informel et le formel au même diapason. Un tel soupçon paraît légitime dans la mesure où le nouveau dispositif fragilise la situation des salariés du circuit qualifié de formel et semble mettre en définitive les deux types d'emploi dans la même logique de précarisation. Cette logique de précarisation est renforcée par la dynamique de fragilisation de la collectivité des travailleurs.

B- Un risque de fragilisation de la collectivité des travailleurs

La collectivité des travailleurs est essentiellement structurée autour des organisations syndicales dont l'arme ultime, pour assurer la défense des intérêts

des membres, reste le droit de grève. L'affaiblissement des mouvements syndicaux au Bénin tient dans une large mesure à la remise en cause du droit de grève (1). Au surplus, la représentativité syndicale organisée dans le but de crédibiliser les organisations syndicales est loin de contribuer au renforcement de ces dernières parce que, jusque-là, inaboutie (2).

1. Le droit de grève remis en cause

L'exercice du droit de grève, vu comme une expression de la liberté syndicale¹⁴³, constitue l'une des activités syndicales dont la densité a marqué les esprits ces dernières années au Bénin¹⁴⁴. Comme le faisait remarquer le Professeur Bonnin, si parfois la sympathie s'exprime à l'égard des travailleurs en grève, ce sont très bien souvent les conséquences néfastes qui sont redoutés tant par les populations que par les pouvoirs publics¹⁴⁵. Ceci explique la posture actuelle du législateur béninois qui a fini par décider de la quasi-suppression du droit de grève.

Cette situation de remise en cause du droit de grève par le législateur procède d'une série d'interventions législatives¹⁴⁶ rythmées par une frénésie d'une jurisprudence constitutionnelle¹⁴⁷. En effet,

¹⁴² Ph. AUVERGNON, « Modèles et transferts normatifs en droit du travail de pays africains », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, COMPTRASEC, 2005, p. 136.

¹⁴³ J. R. BELLACE, « L'OIT et le droit de grève », *RIT*, vol. 153, 2004, n° 1, pp. 46 et suivants. L'auteur explique que « depuis 1919, on considère que la liberté syndicale comprend le droit des travailleurs à agir pour la défense de leurs intérêts professionnels, ce qui a été expressément énoncé dans la convention n° 87 en 1948. Au cours des soixante dernières années, le Comité de la liberté syndicale l'a expressément qualifié de « droit de grève », reconnaissance qui vaut encore de nos jours ». Cette précision est utile parce que l'assimilation du droit de grève à l'exercice de la liberté syndicale n'a pas toujours fait l'unanimité entre les partenaires sociaux et a trop souvent rencontré l'opposition des organisations des employeurs au sein de l'OIT.

¹⁴⁴ Voir E. C. MONTCHO AGBASSA, « Chronique de l'exercice du droit de grève au Bénin de 2013 à 2018 », *Revue scientifique du CRADAT*, n° 3, 2020, p. 57 et suivants.

¹⁴⁵ V. BONNIN, « Les limitations du droit de grève fondées sur les droits des tiers au conflit », *Dr. Soc.*, 2014, p. 424.

¹⁴⁶ Le législateur béninois a, depuis la loi n° 2001-09 du juin 2002, voté une série de lois relatives à l'exercice au Bénin du droit de grève. Il s'agit de : La loi n° 2005-43 portant Statut Général des Personnels Militaires des Forces Armées Béninoises ; La loi n° 2011-25 portant règles générales applicables aux personnels militaires, des forces de sécurité publique ; Loi n° 2017-43 modifiant et complétant la loi n° 2015-18 du 13 juillet 2017 portant statut général de la Fonction publique ; La loi n° 2018-01 portant statut de la magistrature en République du Bénin votée par l'Assemblée nationale le 04 janvier 2018.

¹⁴⁷ Une série de quatre Décisions rendues par la Cour constitutionnelle révèle l'instabilité de la position de ladite Cour. Tantôt le caractère absolu du droit de grève reconnu, c'est le cas de la DCC 06-034 du 04 avril 2006 qui décide que « le droit de grève [...] est un droit absolu au profit de l'ensemble des travailleurs dont les citoyens en uniforme des forces armées. Le législateur ordinaire ne pourra

suite à la consécration constitutionnelle du droit de grève, le législateur a, par la loi n° 2001-09 du juin 2001, fixé les conditions d'exercice dudit droit. La mise en œuvre de cette loi se heurte à une question que le Professeur MONTCHO-AGBASSA, à travers un diagnostic chronologique, a identifié comme la problématique centrale sur laquelle la position de la Cour constitutionnelle s'est révélée éminemment inconstante. Il s'agit en l'occurrence du caractère absolu ou non absolu du droit de grève¹⁴⁸. La dernière de la série de décisions de la Cour constitutionnelle en date du 28 juin 2018, a expressément dénié au droit de grève, tout caractère absolu en donnant pouvoir au législateur ordinaire d'en limiter ou d'en interdire l'exercice¹⁴⁹. Fort de l'habilitation à lui conférée par cette emblématique institution chargée de l'interprétation de la Constitution¹⁵⁰, le législateur a gagné en aisance à restreindre le droit de grève en réduisant la durée maximale de la grève au détour de la loi n° 2018-34 du 05 Octobre 2018¹⁵¹. Aussi, les

travailleurs béninois — qu'ils soient salariés régis par le code du travail ou agents publics¹⁵² — ne peuvent exercer leur droit de grève « que dans certaines conditions de durée qui ne peut excéder : dix (10) jours au cours d'une même année, sept (07) jours durant un même semestre et deux (02) jours durant un même mois »¹⁵³. De surcroît, il est précisé que « *quelle qu'en soit la durée, la cessation du travail au cours d'une journée est considérée comme un jour entier de grève* »¹⁵⁴. Ces restrictions du droit de grève sont de nature à désorienter les travailleurs et laissent subsister des interrogations. Ramener à dix jours par an la durée maximale de grève, est-ce une simple limitation ou une suppression pure et simple¹⁵⁵ du droit de grève ? Si les travailleurs contestent le droit au législateur de porter une telle atteinte à leur droit de grève, celui-ci justifie son intervention par le contexte social béninois souvent marqué par des grèves anarchiques, parfois à durée illimitée, suspectées par les

porter atteinte à ce droit. Il ne peut que dans le cadre d'une loi, en tracer les limites et, s'agissant des militaires, opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels dont la grève est un moyen et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte ». Le juge constitutionnel, dans une autre décision, celle DCC 18-001 du 18 janvier 2018, a précisé qu'en application des dispositions des articles 31 de la constitution et 11 de la Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples, « *seul le constituant peut interdire l'action syndicale et le droit de grève, le législateur n'étant habilité qu'à encadrer leur exercice* ». Entre temps, La Cour a décidé par la décision DCC 11-065 du 30 septembre 2011 que le droit de grève, bien que fondamental et consacré par l'article 31 précité, n'était pas absolu. Il est susceptible de limitations pouvant « *aller jusqu'à l'interdiction dudit droit aux agents dont la présence est indispensable, pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays ; qu'ainsi l'Etat, par le pouvoir législatif, peut aux fins de l'intérêt général et des objectifs à valeur constitutionnelle, interdire à des agents déterminés, le droit de grève* ».

Une dernière Décision DCC 18-141 du 28 juin 2018 vient sans équivoque remettre en cause le caractère absolu du droit de grève. La cour constitutionnelle a ainsi décidé que si l'article 31 reconnaît et garantit le droit de grève, « *son exercice intervient dans le cadre de la loi qui peut le restreindre voire l'interdire, le même législateur étant habilité en vertu de l'article 98 al. 1-6 de la Constitution à en poser le principe fondamental* ».

¹⁴⁸ E. C. MONTCHO AGBASSA, *op. cit.* p. 59.

¹⁴⁹ Voir Décision DCC 18-141 du 28 juin 2018 précitée.

¹⁵⁰ *Idem*.

¹⁵¹ Cf. Loi n° 2018-34 du 05 octobre 2018 modifiant et complétant la loi n° 2001-09 du 21 juin 2002 portant exercice du droit de grève en République du Bénin.

¹⁵² L'Art. 2 de la loi n° 2018-34 du 05 octobre 2018 modifiant et complétant la loi n° 2001-09 du 21 juin 2002 portant exercice du droit de grève en République du Bénin, précise le champ d'application de la loi en disposant que « *Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux personnels civils de l'État et des collectivités territoriales ainsi qu'aux personnels des établissements publics, semi-publics ou privés...* ».

¹⁵³ Art. 13 de la loi n° 2018-34 du 05 octobre 2018 modifiant et complétant la loi n° 2001-09 du 21 juin 2002 portant exercice du droit de grève en République du Bénin.

¹⁵⁴ Cf. Art. 13 a-2 de loi n° 2018-34 du 05 octobre 2018 modifiant et complétant la loi n° 2001-09 du 21 juin 2002.

¹⁵⁵ Voir E. C. MONTCHO AGBASSA, *op. cit.* p. 57 et suivants, L'auteur décrit de façon chronologique les mouvements de grève qui ont pendant des années agité le front social au Bénin ainsi que leurs conséquences dans les différents secteurs de l'économie béninoise.

gouvernements successifs comme des grèves à visée politique¹⁵⁶.

La réforme de 2018 sur l'exercice de droit de grève consacre une restriction de portée générale quel que soit le secteur d'activité¹⁵⁷. Même si elle ne peut être analysée *stricto sensu* comme une suppression du droit de grève¹⁵⁸, *de facto*, elle finira par en être la cause car la grève est réduite à une portion telle qu'elle ne pourra plus produire d'effets sur l'employeur. La conséquence est que les travailleurs se trouvent davantage fragilisés parce que dépourvus de l'une des armes essentielles dont ils disposent pour défendre et promouvoir leurs intérêts. Cette limitation a une portée assez large dans la mesure où elle prive les travailleurs de toute possibilité de s'opposer à des réformes d'envergure.

L'illustration en est davantage donnée par la toute récente réforme législative du droit de grève intervenue en décembre 2022¹⁵⁹. Le législateur béninois a décidé de retirer le droit de grève aux travailleurs intervenant dans des domaines d'activités présentant selon lui, des spécificités¹⁶⁰. Sont concernés, tous les agents publics et les salariés qui sont régis par le code du travail. Si le champ des d'activités visées est limité, l'extension de l'interdiction de grève aux salariés du secteur privé semble prendre une proportion particulièrement large. En effet, le législateur inclut dans le champ des

personnels interdits de grève au Bénin, les agents des entités ou organismes nationaux ou internationaux opérant sur le territoire national et dont les activités concourent à la réalisation des missions des personnels et agents nationaux frappés par l'interdiction de grève¹⁶¹. Cette interdiction joue, nonobstant les stipulations des conventions d'établissement dont bénéficient les organismes internationaux.

Au-delà du champ, le caractère absolu de l'interdiction tel que consacré révèle la portée de l'atteinte à la liberté syndicale. En effet, le non-respect de l'interdiction constitue une infraction qui, en plus des sanctions disciplinaires fait courir aux travailleurs des peines d'amende et d'emprisonnement¹⁶². Face à ce nouvel épisode qui décide de la suppression du droit de grève à une frange non négligeable de salariés, les organisations syndicales sont restées impuissantes. L'une des causes de cette impuissance est liée au système de représentativité syndicale non efficient.

2- La représentativité syndicale inachevée

La notion de représentativité syndicale a pour finalité d'instituer une véritable collectivité des travailleurs¹⁶³. Le législateur, en consacrant expressément la liberté syndicale, a créé le contexte propice

¹⁵⁶ Cf. Les observations du comité des droits économiques et sociaux lors de l'examen du troisième rapport soumis par le Bénin au titre du PIDSEC le 05 février 2020.

¹⁵⁷ Cf. l'art. 2 et 13 de la loi n° 2018-34 du 05 octobre 2018 modifiant et complétant la loi n° 2001-09 du 21 juin 2002 portant exercice du droit de grève en République du Bénin.

¹⁵⁸ Au sens strict, la loi n'opère pas la suppression du droit de grève de l'ensemble des salariés mais plutôt pour une catégorie d'agents publics.

¹⁵⁹ Loi n° 2022-21 du 19 octobre 2022 modifiant et complétant la loi n° 2001-09 du 21 juin 2002 portant exercice du droit de grève en République du Bénin, telle que modifiée et complétée par la loi n° 2018-34 du 05 octobre 2018. Pour ce qui est du contexte de l'avènement de cette loi, elle a été adoptée juste au

lendemain de la grève de l'ASECNA qui a paralysé le secteur aéroportuaire en Afrique.

¹⁶⁰ Aux termes de l'article 2 de la loi n° 2022-21, les personnels militaires, les personnels paramilitaires, les personnels des services de santé, les personnels des secteurs d'activités portuaires, aéroportuaires, ferroviaire et fluvial, de l'eau, de l'énergie et des hydrocarbures ne peuvent exercer le droit de grève.

¹⁶¹ Cf. Art 2 al. 3 de la loi n° 2022-21.

¹⁶² Aux termes de l'art 11 de la loi n° 2022-21 « toute violation de l'interdiction de grève est sanctionnée par une amende d'un million (1 000 000) à cinq millions (5 000 000) de francs CFA et d'un emprisonnement de trois (03) mois à deux (02) ans ».

¹⁶³ Voir à cet effet, A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, op. cit. p. 142. ; G. BORENFREUND, « Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. soc.*, 1988, p. 476.

à la pluralité syndicale¹⁶⁴. La représentativité syndicale, identifiée comme l'un des moyens appropriés pour tirer meilleur profit de cette pluralité permet d'en contenir les effets négatifs. Elle permet d'éviter les concurrences anarchiques entre les organisations syndicales. Elle suppose également « la conformité ou la concordance entre les opinions, les positions et les attitudes exprimées par le représentant avec celles de ceux qu'il représente »¹⁶⁵. Au Bénin, la toute première réforme de la représentativité syndicale a été opérée dès 1999¹⁶⁶. Depuis lors, la représentation des organisations syndicales obéit à des critères de majorité issue des élections professionnelles¹⁶⁷.

La représentativité syndicale est alors acquise à partir des scores électoraux obtenus sur la base d'une liste électorale constituée des travailleurs régulièrement déclarés. Ainsi les organisations syndicales, pour être représentatives, doivent obtenir au moins 20 % des suffrages exprimés¹⁶⁸. Le critère de représentativité est essentiellement quantitatif et ne peut donc être soumis à une autre forme d'appréciation. Cette modalité de représentativité est d'ordre public¹⁶⁹, parce qu'elle n'est susceptible d'aucune transaction ou dérogation conventionnelle entre organisations syndicales¹⁷⁰.

Certes, il est reproché à la représentativité électorale de faire courir le risque de

transformer les organisations syndicales en « des professionnels de la représentation [...] qui n'ont plus de liens, autres qu'électoraux, avec les salariés qu'ils sont censés représenter et qui n'ont plus qu'une connaissance assez théorique de la situation réelle et des attentes de ces salariés »¹⁷¹ et par la même occasion « d'aggraver l'institutionnalisation des syndicats et, ce faisant, leur déracinement social »¹⁷². En dépit de cette réserve doctrinale, le critère de l'audience par la voie électorale paraît assez cohérent pour déterminer la légitimité des organisations syndicales. Car, au-delà du nombre d'adhésion, le degré de l'audience publique dont bénéficie l'organisation syndicale détermine la force de sa légitimité. Au surplus, l'efficacité de la mission assignée aux organisations syndicales représentatives nécessite qu'une réelle forte légitimité les caractérise. En effet, les centrales et confédérations représentatives sont celles qui doivent « prendre part aux activités des organes consultatifs de concertation et de négociations collectives au niveau national »¹⁷³.

Cependant, la réforme de la représentativité syndicale, telle qu'implémentée recèle une insuffisance majeure ; celle qui procèdent de la limitation de la représentativité aux syndicats de base et aux centrales et confédérations syndicales¹⁷⁴. La représentation des organisations syndicales ne concerne que les deux extrémités de la

¹⁶⁴ Voir Convention n° 87 de l'OIT concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical.

¹⁶⁵ G. DION, « Représentativité et représentation », *Relations industrielles*, Mars 2021, p.317–331. <https://doi.org/10.7202/027696ar>.

¹⁶⁶ Voir Décret n° 99-436 du 13 septembre 1999 portant définition des différentes formes d'organisations syndicales et critères de représentativité.

¹⁶⁷ Cf. Art. 3 du Décret n° 2020-459 portant modalités d'organisation des élections professionnelles au Bénin. Il y est indiqué que « les élections professionnelles sont organisées tous les cinq (05) ans aussi bien pour les centrales et confédérations syndicales que pour les syndicats de base ». L'ancien Décret n° 2006-132 du 29 Mars 2006 portant définition des différentes formes d'organisations syndicales et critères de représentativité.

¹⁶⁸ Art. 4 du Décret n° 2020-459.

¹⁶⁹ Art. 5 du Décret n° 2020-459 portant modalités d'organisation des élections professionnelles au Bénin.

¹⁷⁰ Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.406, Voir [Brèves] : « Représentativité d'un syndicat : le critère d'audience est d'ordre public absolu », *Lexbase, Le Quotidien* du 25 mai 2011.

¹⁷¹ K. YON, « Représentation du travail et représentativité syndicale aux marges du salariat : le cas de la distribution directe », *Travail et Emploi* n° 131, 2012, p.105.

¹⁷² D. ANDOLFATTO & D. LABBE, *Toujours moins ! Déclin du syndicalisme à la française*, Paris, Gallimard, cité par K. YON, *op. cit.* p.105.

¹⁷³ Art. 8 al. 2 du Décret n° 2020-459.

¹⁷⁴ Voir Art. 5 du Décret n° 2020-459.

structuration verticale des regroupements syndicaux. Alors que le législateur a lui-même fixé, de façon souveraine les différents niveaux de structuration verticale des organisations syndicales en reconnaissant les syndicats d'entreprise ou des syndicats de base¹⁷⁵, les fédérations syndicales¹⁷⁶ et les Centrales et Confédérations syndicales¹⁷⁷, il n'a pas daigné organiser la représentativité au niveau intermédiaire. Ainsi, les fédérations syndicales ne sont départagées par aucun critère de représentativité. Cette omission semble bien être opérée à dessein. En effet, des différentes modifications introduites par le pouvoir étatique dans le système de représentation syndicale depuis l'année 1999, il ressort que le pouvoir étatique a délibérément décidé de sortir les fédérations syndicales du système de représentation¹⁷⁸.

Les fédérations syndicales regroupent les syndicats évoluant dans la même branche professionnelle¹⁷⁹ qui, au plan pratique, constitue « *une référence structurante, qui informe sur les relations professionnelles et leur devenir* »¹⁸⁰. Omettre ces branches professionnelles revient à mettre à l'écart un maillon important outillé à faire valoir des spécificités liées aux différents secteurs d'activités. Puisqu'il est admis que l'accès à la représentativité permet de renforcer la participation des travailleurs au dialogue social et à la négociation collective¹⁸¹, la mise à l'écart des fédérations syndicales présente des risques évidents d'affaiblissement des mouvements syndicaux. En effet, lorsque dans une branche professionnelle, les activités syndicales sont animées par plusieurs fédérations, la qualité du dialogue et de la négociation collective s'en trouverait

¹⁷⁵ Les syndicats d'entreprise ou syndicats de base constituent l'unité syndicale de référence qui regroupe des membres dont les activités professionnelles n'ont cours que dans les limites d'intervention de ladite entreprise.

¹⁷⁶ La fédération syndicale qui est le regroupement, sur le plan vertical, de différents syndicats évoluant dans la même branche ou dans le même secteur d'activités et qui lui sont affiliés.

¹⁷⁷ La centrale syndicale qui est le regroupement de syndicats, de fédérations syndicales et d'unions syndicales ; la confédération syndicale qui réunit des syndicats, des fédérations syndicales et des unions syndicales.

¹⁷⁸ L'art. 1^{er} du Décret n° 99-436 du 13 septembre 1999 portant définition des différentes formes d'organisations syndicales et critères de représentativité précise que « *Les organisations syndicales de travailleurs sont structurées en syndicats de base, fédérations syndicales et confédérations ou centrales syndicales* ». Aux termes des articles 4,5 et 6 du même décret, aucune distinction n'est faite entre les trois niveaux d'organisation, il est précisé que le caractère représentatif des organisations syndicales est déterminé par les résultats des élections professionnelles et que pour être représentative, une organisation syndicale doit obtenir au moins 25 % des suffrages exprimés aux élections professionnelles. Par la suite, le Décret n° 2013-553 du 30 Décembre 2013 portant modalités d'organisation des élections professionnelles au Bénin, en son article premier décrète que les élections professionnelles concernent « les entreprises, établissements et services disposant de syndicats régulièrement constitués ainsi qu'aux autres organisations syndicales de travailleurs à tous les

échelons ou niveaux ». A cette étape des réformes, les fédérations syndicales sont manifestement concernées par les modalités de représentation.

L'exclusion des fédérations syndicales est intervenue à l'occasion de la réforme de la représentativité syndicale portée par le Décret n° 2006-132 du mars 2006 portant définition des différentes formes d'organisations syndicales et critères de représentativité. Les fédérations syndicales sont exclues de la représentativité. L'article 6 dudit décret précise que « pour être représentatif, le syndicat de base doit obtenir au moins 40 % des suffrages exprimés aux élections professionnelles. Les centrales ou confédérations syndicales doivent obtenir au moins 15 % des suffrages exprimés pour être représentatives ». Dans la même logique, le dernier Décret n° 2020-458 du 23 septembre 2020 portant différentes formes d'organisations syndicales de travailleurs et critères de leur représentativité en République du Bénin confirme la solution d'exclusion en modifiant simplement le score conférant la représentativité. Ainsi, aux termes de l'art. 5 du Décret, « pour être représentatif, le syndicat de base doit obtenir au moins 20 % des suffrages exprimés aux élections professionnelles. Les centrales ou confédérations syndicales doivent obtenir au moins 20 % des suffrages exprimés pour être représentatives ». Ces dispositions écartent ainsi les fédérations syndicales de la représentation syndicale au Bénin.

¹⁷⁹ Cf. Art. 2 du Décret n° 2020-459.

¹⁸⁰ J. PORTA, « La branche professionnelle : déconstruction et restructuration », *Le Droit Ouvrier*, n° 842, Septembre 2018, p. 586.

¹⁸¹ G. BORENFREUND, « Représentativité syndicale et négociation collective », *Dr. Soc.*, avril 2013, p. 300.

inévitablement affectée faute de représentativité.

Certes, la branche professionnelle est difficile à appréhender au plan juridique en ce sens qu'il n'y a objectivement pas de critères juridiques susceptibles de servir de référent à ce qui peut juridiquement être désigné comme telle. Cependant, elle n'en demeure pas moins une réalité juridique. L'illustration en est donnée par le Conseil d'Etat français, qui décide que la branche professionnelle est une notion « *qu'il appartient au ministre, sous le contrôle du juge administratif, de définir* »¹⁸². Dans le contexte économique béninois, cette définition se fait toujours attendre. L'organisation des branches professionnelles souffre d'un déficit de visibilité qui semble justifier la banalisation des fédérations syndicales habilitées à les représenter.

Ceci est d'autant plus perceptible que, malgré la diversité des secteurs d'activités, on ne dénombre aujourd'hui que trois conventions de branches signées entre les employeurs et les syndicats des branches concernées¹⁸³. La réforme de la représentativité syndicale, au lieu de renforcer la dynamique évolutive des différents secteurs, tend à fragiliser la syndicalisation dans les branches professionnelles. L'achèvement de la réforme de la représentation syndicale nécessite alors l'identification et la structuration des branches professionnelles et leur intégration dans le système de la représentation syndicale.

¹⁸² C.E, 4 mars 1960, p. 342, cité par J. PORTA, *op. cit.*, p. 574.

¹⁸³ Source : Direction générale du travail/Direction des Relations professionnelles. Il a été enregistré à la Direction des relations professionnelles trois (03) conventions de branches. Il s'agit de la convention collective des professionnels de Banque, La Convention collective des praticiens des institutions de système financier décentralisé désignés comme le

CONCLUSION

L'analyse de l'ensemble des réformes récentes adoptées par le législateur béninois révèle que le droit du travail a tendance à sortir du champ classique de protection des travailleurs¹⁸⁴ pour assurer une nouvelle mission, celle de favoriser la performance économique des entreprises. S'il apparaît que cette posture du droit du travail tend à se généraliser, du modèle en cours au Bénin se dégage un élan souverainiste qui caractérise la démarche du législateur et qui transparaît à travers un double mouvement.

Le premier, assez insidieux, est d'ordre procédural. Le législateur a en effet mis à l'écart tout ce qui est de nature à rendre difficile la procédure d'élaboration des réformes ou d'en compromettre l'adoption. C'est ainsi qu'il faut comprendre la mise à l'écart du dialogue social durant la phase préparatoire des réformes. Dans la même logique, l'inspiration que devrait susciter le projet d'Acte uniforme portant Droit du travail dans l'espace OHADA n'a pas été suffisamment exploitée par le législateur béninois. En effet, même s'il est constaté des similitudes dans certains principes, l'éloignement de l'esprit de OHADA¹⁸⁵ se fait sentir eu égard à des contenus assez distants.

Le second mouvement, davantage substantiel, concerne la flexibilisation des relations de travail. Le constat est que cette flexibilisation du marché du travail béninois a été accompagnée de la perturbation d'un certain nombre de principes, longtemps considérés comme immuables. Il s'agit de la remise en cause de certains droits que les travailleurs béninois se sont illusionnés à considérer

secteur de la microfinance et enfin la Convention collective des acteurs de la presse.

¹⁸⁴ A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 3è Ed., 2015, p. 97. L'auteur fait le constat que, « *Victime de son succès, le droit du travail, n'est plus [...] seulement le droit des travailleurs* ».

¹⁸⁵ Expression inspirée par : *De l'esprit du droit africain*, Mélanges en l'Honneur de P-G. POUGOUE, *op. cit.*

comme définitivement acquis, tels que le droit de grève ; le droit à la réparation intégrale du préjudice subi à l'occasion d'un licenciement abusif ou la limitation du recours aux contrats à durée déterminée.

L'assimilation de la promotion de l'emploi à un objectif chiffré, prenant la forme d'un nombre d'emplois créés, d'un taux de chômage ou d'un taux d'activité¹⁸⁶ soulève une autre préoccupation, celle de la qualité de ces emplois. Or, cette source de préoccupation nouvelle ne peut que questionner la pertinence desdites réformes. En effet, de l'analyse des réformes béninoises, il apparaît que la qualité des emplois, c'est-à-dire la quête du travail décent ne figure pas encore parmi les objectifs des réformateurs du droit du travail.

¹⁸⁶ J. AFFICHARD, A. LYON-CAEN & S. VERNAC, « De l'analyse économique à l'évaluation du droit du

travail : Quelques leçons d'un programme de recherche », *RDT*, 2009, p. 632 et suivants.

La Cour de justice de la CEDEAO et la prévention de l'atteinte à l'environnement des peuples autochtones en matière d'exploitation des ressources pétrolières et gazières

Abdoul Kader ABOU KOINI

Docteur en Droit Public de l'Université Gaston Berger de Saint-Louis
 Assistant Vacataire en Droit Public - Chargé des Travaux Dirigés

RESUME : La Cour de justice de la CEDEAO est depuis la réforme du 19 janvier 2005 une juridiction chargée d'assurer la protection des droits de l'homme. Dans l'exercice de cette mission, elle a pu détecter et sanctionner l'atteinte à l'environnement des peuples autochtones dans le cadre de l'exploitation des ressources naturelles. Elle s'est alignée sur la jurisprudence des autres juridictions pour engager la responsabilité des Etats défaillants et ordonner des mesures de réparation afin de soulager la souffrance des victimes.

MOTS-CLES : Environnement – Peuples – Autochtones – Exploitation - Ressources naturelles - Réparation

INTRODUCTION

Partout où les ressources naturelles sont exploitées, particulièrement le pétrole et le gaz, il existe une tension permanente entre l'Etat et les populations riveraines. Celle-ci s'explique en grande partie par les déversements du pétrole qui cause des dommages considérables aux populations en détruisant des cultures et endommageant la qualité et la productivité des terres utilisées par les communauté pour l'exploitation agricole, et contaminant des eaux exploitées pour la pêche, la consommation etc.

Malgré l'existence d'un dispositif juridique régissant l'exploitation du pétrole et du gaz, les Etats et leurs juridictions internes n'arrivent pas à traiter avec célérité les contentieux relatif à l'atteinte au droit du peuple à un environnement sain. Ce laxisme s'explique en vérité par deux raisons fondamentales. D'une part, l'essentiel des instruments juridiques adoptés en matière environnementale n'ont pas un caractère contraignant. Ce sont des textes qui ont un caractère programmatique, déclaratif ou préventif, bref, qui relève de la *soft law*, du droit mou. Par exemple, la Conférence des Nations unies sur l'environnement du 5 au 16 juin 1972 ou déclaration de Rio de 1992 précise en des termes génériques les obligations des Etats selon les termes suivants : « les Etats devront prendre toutes les mesures pour empêcher la pollution des mers, de l'eau... ». D'autre part, il y a un manque de volonté politique manifeste pour faire appliquer les textes nationaux et internationaux qui contrariaient de puissants lobbys.

Face à une telle situation, les juridictions internationales des droits de l'homme se

proposent de plus en plus comme des voies de recours ultime aux victimes. En Afrique, il s'agit particulièrement des juridictions les plus actives, notamment la Cour de justice de la CEDEAO et la Cour ADHP. Le Sénégal n'ayant pas accepté de faire la déclaration au titre de l'article 34 (6) du Protocole sur CADHP qui donne la possibilité aux individus et ONG d'introduire des recours contentieux ne peut être sanctionnée que devant la Cour de la CEDEAO pour violation du droit des peuples autochtones à un environnement sain. D'où la pertinence d'une telle réflexion sur la thématique suivante : « *la Cour de justice de la CEDEAO et la prévention de l'atteinte à l'environnement des peuples autochtones en matière d'exploitation des ressources pétrolières et gazières* ».

Il est important pour un souci méthodologique avant d'analyser la question au fond de procéder à quelques précisions terminologiques. Il s'agit notamment de donner un contenu à la notion de l'environnement, de la pollution et des peuples autochtones.

Selon l'institut de droit international notamment la résolution du 4 septembre 1997 à son article 1 : « *l'environnement comprend les ressources naturelles biotiques et abiotiques, notamment l'air, l'eau, la terre, la faune et la flore, ainsi que l'interaction entre ces mêmes facteurs* ». La Cour International de Justice(CIJ) précise dans son avis consultatif du 8 juillet 2006, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires que : « *L'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace ou vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et de leur santé, y*

compris pour ces générations à venir ». Donc en raison de l'extraction des ressources pétrolières et gazières cet environnement peut-être pollué.

La pollution renvoie à tout ce qui altère notre environnement ou notre santé, habituellement sous forme de substances, mais aussi sous forme d'ondes. La pollution s'attaque à l'air, à l'eau, au sol, à nos oreilles, à nos yeux etc. Cette atteinte cause naturellement des dommages aux peuples autochtones.

S'agissant de la notion des peuples autochtones, il est important de prime abord de définir ce qu'on entend par peuple. Lorsqu'elle a été sollicitée pour répondre à la question de savoir si le peuple du Québec doit s'entendre de l'ensemble de la population permanente de ladite province ou s'il s'agit uniquement des francophones établis dans cette province, la Cour suprême du Canada précise que cette notion peut viser aussi bien la population hétérogène d'un Etat que des groupes de population spécifique identifiés par leur culture.

Selon Olivier Nay le peuple est une « *Communauté historique vivant sur un territoire et partageant un sentiment d'appartenance commune* »¹. Donc, dans la présente étude, le peuple autochtone renvoie à une communauté vivant sur une portion du territoire national, particulièrement dans les localités où les ressources pétrolières et gazières sont exploités.

Notre présentation se portera sur les dommages environnementaux individuels et collectifs qui produisent leurs effets à

l'intérieur des frontières nationales, ce qui nous permet d'exclure les dommages transfrontaliers qui peuvent relever du contentieux international devant la CIJ².

Cette communication vise à éclairer les ONG, les individus, qui seront éventuellement victimes de pollution, sur l'existence des voies de recours supranationales en cas d'atteinte au droit des peuples à un environnement sain, et que les Etats se sont avérés laxistes à prévenir cette atteinte. Cette communication s'appuiera sur l'arrêt n°ECW/CCJ/JUD/18/12, SERAP contre la République fédérale du Nigeria du 14 décembre 2012, qui reste la seule affaire jugée au fond par la Cour en matière de violation des normes environnementales.

Une telle étude permettra de faire connaître le dispositif normatif qui encadre l'exploitation des ressources minières, pétrolières et gazières, notamment l'obligation qui pèse sur les multinationales de réduire au maximum les risques de pollution. Ensuite, ce travail contribuera à développer chez les ONG et les individus le réflexe d'intenter des procès contre les multinationales devant les juridictions internationales, particulièrement la Cour de justice de la CEDEAO, en cas d'atteinte à l'environnement, lorsque les juridictions internes s'avèreront incompétentes.

Quel est alors le rôle de la Cour de justice de la CEDEAO dans la protection du droit des peuples autochtones à un environnement satisfaisant, en tant que droit de l'homme ?

¹ Selon Olivier Nay, *Lexique de science politique : Vie et institutions politiques*, Ed. 4, Dalloz, 2008.

² CIJ Arrêt du 25 septembre 1997 Nagimaro, Rec., pp. 77-78, point 140.

Le paradoxe en Afrique est que les droits de l'homme sont constamment violés dans la plupart des pays, alors même que de belles et ambitieuses constitutions les proclament un peu partout comme le fondement des sociétés civilisées. Le juge d'Abuja tente de rectifier le tir dans l'espace de CEDEAO en assurant la défense de tous les droits et libertés, qu'ils soient civils ou politiques, économiques ou sociaux, qu'ils soient de la 1^{er}, deuxième ou 3^{eme} génération.

Cette Communication se fera sur deux axes. Nous verrons dans un premier temps, l'engagement de la responsabilité de l'Etat en cas de défaillance dans la prévention des dommages à l'environnement des peuples autochtones (I) et dans un second temps, nous allons aborder l'alignement de la Cour de justice de la CEDEAO au mouvement juridictionnel en faveur de la protection des citoyens contre la violation des normes environnementales à travers l'emprunt jurisprudentiel et l'octroi des mesures de réparation (II).

I. L'engagement de la responsabilité de l'Etat en cas de défaillance dans la prévention des dommages à l'environnement des peuples autochtones

Lorsqu'un Etat ne respecte pas ses obligations en matière de prévention de l'atteinte à l'environnement des peuples autochtones, sa responsabilité peut être engagée. Dans sa jurisprudence, la Cour de justice de la CEDEAO a rendu son prétoire accessible aux justiciables particulièrement, les individus et les organisations non gouvernementales (A)

avant de constater de violation du droit des peuples à un environnement sain (B).

A. L'accessibilité des individus au prétoire de la Cour en cas de violation du droit des peuples autochtones à un environnement sain

L'accessibilité au prétoire de la Cour passe nécessairement par la reconnaissance de la justiciabilité du droit de l'environnement et de l'intérêt à agir des requérants. Dans l'unique affaire jugée au fond à notre connaissance sur le droit de l'environnement, la Cour de justice de la CEDEAO a d'abord pris le soin d'établir sa compétence à juger le litige relatif à l'application des normes environnementales sur la saisine d'une ONG avant de se prononcer sur le fond de l'affaire.

La Cour de justice de la CEDEAO a sanctionné dans l'affaire célèbre SERAP c. Nigeria la violation des articles 1 et 24 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP) par celui-ci. L'affaire SERAP prend ses racines dans une requête du 23 juillet 2009 par laquelle cette ONG a saisi la Cour d'Abuja d'une instance contre le Nigéria, l'Attorney General du Nigéria, les compagnies pétrolières Nigeria National Petroleum, Shell Petroleum Development Company, ELF Petroleum Nigeria Ltd, AGIP Nigerian PLC, Chevron Oil Nigeria PLC, Total Nigeria PLC et Exxon Mobil³. Ainsi, le requérant se plaignait de la violation du droit à la santé, à la qualité de vie, à un environnement sain et au développement économique et social de la population du

³Dans un premier jugement de la cour de la CEDEAO du 10 octobre 2010, elle a exclu sa compétence à l'égard des compagnies pétrolières qui sont des firmes commerciales et à rayer leur nom de l'affaire.

Le 11 mars 2011, la SERAP a modifié sa demande initiale pour la diriger désormais contre l'État fédéral du Nigéria et son Attorney General.

delta du Niger par les compagnies pétrolières.

La République fédérale du Nigeria affirme que la Cour n'a pas compétence pour examiner des violations alléguées du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIRDGP) et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIRDSC). Elle demande également à la Cour de déclarer qu'elle n'a pas compétence pour siéger en cette affaire, car le demandeur a omis d'annexer à sa demande le rapport publié par Amnesty International, ce qui viole les dispositions des Règles de Procédures et porte atteinte aux droits du défendeur.

La première étape du raisonnement de la Cour a consisté à trancher sur les questions préliminaires soulevées par le Nigeria. Elle rappelle d'abord qu'elle tient sa compétence de l'article 9 (4) du protocole additionnel de la CEDEAO de 2005. Ensuite, concernant la qualité pour agir, elle retient la position adoptée dans son jugement du 10 octobre 2010 reconnaissant ladite qualité à l'ONG SERAP. Enfin, les deux autres arguments du Nigeria relatifs à la non admissibilité du rapport d'Amnesty international et la prescription des faits sont rejetés. La Cour a par la suite reconnu l'intérêt à agir d'une ONG en matière de violation des normes environnementales.

L'une des particularités du droit international de l'environnement tient au rôle que jouent les entités non étatiques dans sa mise en œuvre⁴. Il s'agit particulièrement des défenseurs de

l'environnement qui se sont organisés en ONG nationales ou internationales. Ainsi, « *défendre les droits de l'homme est un travail à la fois exaltant et périlleux, car le défenseur des droits de l'homme est la voix des sans voix, la bouche de ceux qui n'ont pas de bouches, bref la personne des personnes qui n'ont personne* ».

Les ONG jouent un rôle important dans le contentieux de violation des droits de l'homme en rapport avec l'atteinte aux normes environnementales. Elle peut le faire de plusieurs manières. Par exemple lorsqu'elle trouve l'autorisation, elle peut présenter un mémoire *d'Amicus curiae*⁵.

La Cour d'Abuja dans l'affaire SERAP reconnaît aux ONG l'intérêt à agir. Selon l'Etat du Nigeria, la demande a été déposée sans consultation ni accord préalable de la population du delta du Niger. Mais la Cour n'a trouvé aucun facteur déterminant pouvant forcer à écarter la jurisprudence précédente d'octobre 2010 dans l'affaire SERAP.

Après avoir admis le recours de l'ONG SERAP, la Cour de justice de la CEDEAO a sanctionné le Nigeria pour pollution à l'environnement des minorités ethniques ; violation des droits spécifiques des peuples du delta du Niger.

B. La constatation de la violation du droit à un environnement sain

Dans l'affaire SERAP c. le Niger, la Cour a d'abord procédé à l'assouplissement de la charge de la preuve avant de sanctionner

⁴ P. DAILLIER, P. ALAIN et M. FORTAU, *Droit international public*, Nguyen Quoc Dinh, 8^{ème} Ed. LDGJ, 2009, p.1424.

⁵ Cf. Organe de règlement de différend de l'OMC qui a admis devant les groupes spéciaux de l'OMC, 12 octobre 1998, Etats Unis-Crevettes.

l'attitude de l'Etat nigérian en rapport avec ses obligations prévues par la CADHP.

Les Etats ont l'obligation de « prendre des mesures nécessaire » pour assurer la protection de la population contre le risque lié à l'exploitation des ressources minières. Toutefois, il existe des difficultés à prouver les dommages environnementaux en matière du contentieux. La source des pollutions est souvent difficilement identifiable, du fait notamment des incertitudes car le lien nécessaire de causalité entre le manquement et le dommage, ne peut être établie avec la certitude⁶. Dans l'affaire SERAP c. Nigeria, la Cour déclare: « *la question de détermination des causes des déversements ou qui en est responsable n'est pas pertinente dans le cas présent. Ce qui est ici examiné est l'attitude et le comportement du défendeur en tant qu'Etat partie à la CADHP* ». Ce comportement est-il conforme à l'article 24 de la CADHP qui stipule : « *Tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement* ».

En principe, « *celui qui allègue doit prouver* ». Il faut démontrer comment la victime présumée est individuellement affecté, il ne faut pas tout simplement contester une loi ou une politique ou une pratique de l'Etat dans l'abstrait. Il faut une photographie, un rapport d'expertise pour montrer l'étendue de la dégradation et son impact sur les victimes (10 octobre 2017, Nosa Ehanir Esaghae et autres contre la RF. Du Nigeria).

La Cour de justice de la CEDEAO, a fait preuve d'indulgence en exigeant pas du requérant d'établir obligatoirement toutes les preuves de la violation du droit des populations riveraines à un environnement sain. En effet, sur la base d'un raisonnement analogique, elle fait le constat suivant : « *la qualité de vie des personnes étant déterminée par la qualité de l'environnement, le gouvernement avait manqué à son devoir de maintenir un environnement satisfaisant et propice au développement de la région du delta du Niger* ». La Cour relève qu'à partir du moment où l'atteinte à l'environnement est constatée, on peut déduire la détérioration de la qualité de vie des personnes vivant dans l'espace considéré. Elle réaffirme le droit du peuple nigérian à une vie exempte de toute pollution en sanctionnant l'attitude du Nigeria.

Dans ses arguments en défense, l'Etat du Nigeria a voulu démontrer les efforts qu'il a fournis pour la protection de l'environnement à travers l'adoption des textes législatifs et réglementaires. Toutefois, la Cour rappelle que la simple adoption des lois, ou la mise en place des organes n'est pas suffisante pour prouver le respect par l'Etat de ses engagements internationaux en matière de l'environnement. Elle précise que « *l'adoption de la législation, aussi avancée soit-elle, la création d'organismes inspirés des modèles internationaux de renom, ou bien l'allocation de ressources financières versées de manière équitables ne permettent pas systématiquement de satisfaire les critères des obligations*

⁶ P. DAILLIER, P. ALAIN et M. FORTAU, *Droit international public*, Nguyen Quoc Dinh, 8^{ème} Ed. LDGJ, 2009, p.1444.

internationales en matière de protection environnementale, si ces mesures demeurent simplement écrites et ne s'accompagnent pas d'autres supplémentaires concrètes visant à limiter les incidents occasionnant des dégâts ou à s'assurer que les auteurs soient tenus pour responsable notamment des réparations effectives des dommages environnementaux subis »⁷.

Même si les lois sont adoptées et que des organes de contrôle ont été institués, la Cour sanctionne l'incapacité de l'Etat à faire usage de l'autorité étatique, conformément aux obligations internationales, pour empêcher l'industrie de l'exploitation pétrolière de nuire à l'environnement, aux moyens de subsistance et à la qualité de vie des populations de cette région⁸. Ainsi, malgré toutes les lois adoptées et tous les organismes créés, la République fédérale du Nigeria n'a pas pu faire dans la région du delta du Niger une action au cours des dernières années pour incriminer les auteurs de nombreuses dégradations de l'environnement perpétrées⁹.

La Cour exprime clairement l'attitude de l'Etat du Nigeria qui est constitutive de la violation de ses engagements internationaux. Ainsi, « l'omission d'agir, de prévenir, les dégradations de l'environnement et d'affirmer la responsabilité des contre venants qui poursuivent impunément leurs activités néfastes en connaissance de cause, c'est ce qui caractérise le manquement de la République fédérale du Nigeria à ses obligations internationales. Par conséquent

la Cour conclut et déclare que la RFN par son comportement et par égard à ses obligations en matière d'abstention et de diligence en tant qu'Etat partie à la CADHP et a violé les articles 1 et 24 de cette dernière »¹⁰.

La position audacieuse de la Cour dans l'affaire SERAP c. la République fédérale du Nigeria s'inscrit dans la droite ligne de l'évolution du droit de l'environnement, qui tend vers la juridictionnalisation de la protection de ses normes.

II. Un alignement de la Cour de justice de la CEDEAO au mouvement juridictionnel en faveur de la protection de l'environnement

Les normes environnementales qui étaient reléguées au rang de la *soft law* sont de plus en plus justiciables devant les juridictions internationales. La Cour de justice de la CEDEAO s'est inscrite dans cette dynamique en s'inspirant de ses consœurs pour sanctionner la violation du droit de l'environnement (A) et ordonner des mesures de réparation (B).

A. La jurisprudence organes juridictionnels et quasi juridictionnel internationaux une source d'inspiration de la Cour de la CEDEAO

Aujourd'hui, il y a un mouvement en gestation de la protection du droit de l'environnement par les organes juridictionnels et quasi juridictionnels internationaux. En sanctionnant la violation par l'Etat nigérian du droit des peuples à un environnement sain, la Cour de justice de la CEDEAO s'est inspirée de la jurisprudence d'autres organes juridictionnels et quasi juridictionnels des droits de l'homme qui ont une jurisprudence riche en la matière.

⁷Idem, point 105

⁸ Idem, point 33.

⁹Idem, point 110

¹⁰ Idem, point 111

La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (Com. ADHP) a reconnu le droit des peuples à la libre disposition de ses ressources naturelles au titre de l'article 21 de la Charte en constatant la violation par le Kenya des droits d'accès et d'exploitation de la terre du peuple *Endorois* expulsé de la région du Lac Bogoria¹¹.

La Cour Africaine de l'Est¹² (CAE), dans l'arrêt ANAW¹³ contre la Tanzanie s'est déclarée compétente à connaître des cas de violation du droit à l'environnement avant de sanctionner ledit Etat pour violation de certains droits environnementaux¹⁴. Dans cette affaire, l'ANAW, la CAE expose que le projet qui prévoit la remise en l'état et la construction de la route Natta-Loliondo, baptisée « super autoroute » ou « Route du Nord » qui devait traverser le parc national du Serengeti, une réserve célèbre pour sa variété d'espèces animales et végétales envisagée présente des effets néfastes sur l'environnement et causera des dommages irréversibles à l'écosystème du Parc du Serengeti et celui des parcs voisins comme le Masai Mara au Kenya. La requérante invoque à l'appui de sa requête une violation par la Tanzanie de plusieurs de ses obligations contenues dans le Traité EAC¹⁵,

la déclaration de l'UNESCO faisant du Serengeti un patrimoine mondial et la Convention de Maputo de 2003 sur la conservation de la nature et des ressources naturelles, la déclaration de Rio et la Convention sur la diversité biologique. La requérante demande par conséquent à la Cour de bien vouloir constater ces violations et d'interdire définitivement à la Tanzanie toute mise en exécution des travaux projetés. Dans son jugement du 20 juin 2014, la chambre de première instance de la Cour de l'EAC constate que l'exécution de ces travaux causera véritablement des dommages à l'écosystème du Parc du Serengeti et celui des parcs voisins comme le Masai Mara au Kenya avant de conclure à la violation des dispositions énumérées du Traité EAC par la Tanzanie¹⁶. Le juge d'appel va confirmer le jugement de son homologue d'instance et donner gain de cause à l'ANAW.

En outre, la Cour européenne interprétant l'article 2 de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit à la vie a détecté par ricochet le manquement à l'obligation positive de l'Etat Turque dans l'arrêt *Öneryildiz* contre celui-ci concernant l'explosion de méthane survenue dans une décharge municipale. Se fondant sur les rapports d'experts qui

¹¹ Communication communauté Endorois c. Kenya, n° 276, 2003, 46^{ème} session ord, 27^{ème} rapport d'activité

¹² East African court of Justice (en Anglais).

¹³ C'est une association kenyane de défense et de protection des animaux dénommée : Africa Network for Animal Welfare (ANAW).

¹⁴ EACJ, Africa Network for Animal Welfare (ANAW) vs The Attorney General of the United Republic of Tanzania, Reference 9 of 2010, 29 August 2011, inedit.

¹⁵ L'*East African Community* (EAC) ou la *Communauté d'Afrique de l'Est* est un organisme international comprenant cinq pays de l'Afrique de l'Est: le Burundi,

le Kenya, l'Ouganda, le Rwanda et la Tanzanie. Fondée à l'origine en 1967, l'EAC fut dissoute en 1977, puis recrée en 2000-2001 avec le Kenya, l'Ouganda et la Tanzanie. Ces trois pays ont signé un traité qui a été modifié en 2006 et en 2007. En 2007, le Burundi et le Rwanda se sont joints au groupe initial. Le siège de l'organisme est situé à Arusha en Tanzanie. En 2012, les cinq États membres ont refusé l'adhésion du Soudan du Sud et de la Somalie.

¹⁶ East African Court of Justice, First Instance Division, Africa Network for Animal Welfare (ANAW) vs The Attorney General of the United Republic of Tanzania, 20 June 2014.

avaient attiré l'attention des autorités sur un tel risque, la Cour a considéré que l'Etat avait manqué à son obligation positive de prendre des mesures préventives pour protéger les personnes vivant à proximité de la décharge¹⁷. La constatation de violation par un Etat de ses obligations en matière environnementale, entraîne logiquement, l'édiction des mesures de réparation.

B. L'octroi des mesures de réparation comme sanction de l'atteinte au droit des peuples autochtones à un environnement sain

La Cour de justice de la CEDEAO a fait droit au argument de l'ONG, SERAP qui accusait la République fédérale de n'avoir pas pris les dispositions pour empêcher « *les déversements d'hydrocarbures et de déchets polluants dans l'eau à usage domestique y compris la boisson, l'échec à sécuriser les paramètres de santé, y compris un environnement sain, et l'incapacité à faire respecter les lois et règlements pour protéger l'environnement et prévenir la pollution* ». L'atteinte au droit des peuples à un environnement sain a causé énormément de dommages aux populations riveraines qui méritent l'octroi des mesures de réparation. Il existe plusieurs modalités de réparation, notamment la réparation intégrale, restitution ou restauration de la situation antérieure à la survenance du fait illicite ; l'indemnisation, elle concerne les dommages matériels, dans l'impossibilité de remettre les choses en l'Etat qu'on adopte la formule de réparation par équivalence¹⁸ et la satisfaction.

¹⁷ Cour EDH, Arrêt du 30 novembre 2004, Öneriyildiz contre Turquie, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%2201-67616%22%7D> (consulté le 4 novembre 2021).

Toutefois, dans l'affaire SERAP c. Le Nigeria, la Cour souligne les difficultés de réparation les dommages à travers l'indemnisation des victimes en précisant que « *le fait de verser une indemnité qu'à certaines victimes poserait un problème sérieux en matière de justice, de moralité et d'équité au sein d'une population très nombreuse. L'indemnité ne doit pas être un avantage pécuniaire* ». C'est pourquoi, elle opte pour d'autres formes de réparation, particulièrement, les garanties de non répétition. Ainsi, « *la Cour ordonne à la République fédérale du Nigeria de prendre dans les meilleurs délais, toutes les mesures nécessaires afin de garantir la restauration de l'environnement du delta du Niger* ». Le Nigeria doit aussi « *prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher que l'environnement ne se dégrade. Prendre toutes les mesures pour tenir pour responsable les auteurs des dégâts causés à l'environnement* ».

Cependant, la forme de réparation choisie par la Cour comporte des limites qu'il faudrait souligner. Les mesures de réparation ordonnées dans cette affaire ne comportent pas des dispositions suffisamment contraignantes. Il est important qu'à l'avenir que la Cour essaie d'identifier les victimes de pollution, surtout celles affectées par des maladies respiratoires, pertes des revenus agricoles pour accorder une indemnisation pécuniaire.

Ensuite d'autres mesures de satisfactions tels que le nettoyage immédiat de l'espace atteint, la construction des châteaux d'eaux

¹⁸ Nyabeyeu Tchoukeu Leopold, La responsabilité pour fait internationalement illicite à l'épreuve du temps», RASPOS, N° 24, novembre 2019, p.19.

pour la population ou la prise en charge totale des malades, surtout ceux qui ont des blessures corporelles causées par le déversement du pétrole brut, le torchage de gaz dans les centres de soin appropriées des peuvent paraître très utile.

CONCLUSION

La Cour d'Abuja intervient pour combler les difficultés que rencontre l'application affective des droits de solidarité dont celui de l'environnement dans l'ordre interne des Etats. Il y a un décalage entre le droit posé formellement justiciable et le droit matériellement invocable¹⁹ en ce qui concerne ce droit. La juridiction d'Abuja rencontre moins de difficulté que les juridictions internes en appréhendant les titulaires des droits de solidarité collectivement²⁰. Donc, les ONG et les victimes éventuelles doivent être conscientes de l'existence des voies de recours au niveau des juridictions internationales lorsqu'elles n'ont pas obtenu de satisfaction au niveau des juridictions internes. Mais celles-ci doivent absolument jouer leur rôle pour assurer une protection efficace des citoyens. Ce contentieux ne connaîtra son explosion au niveau des juridictions communautaires et internationales qu'en cas de défaillance des juridictions nationales.

La question suivante a été posée à l'ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme : que pourriez-vous souhaiter à la Cour européenne pour la décennie à venir ?

Jean-Paul Costa, répond : « *je dirais : qu'elle devienne inutile ! Autrement dit, que les États, liés par la Convention, la respectent et ne violent pas les droits et libertés de leurs habitants* »²¹. Alors notre souhait est que la Cour devienne inutile pour le Sénégal qui deviendra bientôt producteur du pétrole et du gaz, non pas parce que cet Etat refusera d'appliquer ses décisions, mais qu'il ne viole pas les droits et libertés des populations autochtones, ou qu'il le fasse très peu.

¹⁹ NDIAYE S. A., « Libres propos sur la notion de droit de l'homme en Afrique », *RGDIP*, 2022, p.20.

²⁰ *Idem*, p. 21.

²¹ Nicolas Hervieu, "Entretien avec Jean-Paul Costa, juge à la Cour européenne des droits de l'homme", La

Revue des droits de l'homme [Online], 18 | 2020, Online since 08 July 2020, connection on 11 February 2021.

URL: <http://journals.openedition.org/revdh/10392> ; DOI: <https://doi.org/10.4000/revdh.10392>

La confidentialité dans la médiation en droit OHADA

Jaurès DONGO TIOTSIA

Doctorant en Droit des Affaires et de l'Entreprise
Université de Dschang

RESUME : Dans l'optique de garantir aux parties l'effectivité et l'efficacité du processus de médiation et de relever substantiellement son taux de réussite, le législateur a édicté des principes la gouvernant, au rang desquels figure en bonne place le principe de confidentialité. Ce principe, qui se décline comme une véritable obligation concerne les parties et le médiateur au premier plan, mais également toutes les personnes qui de par leurs fonctions auraient connaissance de l'existence de la médiation et plus important encore, qui auraient l'occasion de manipuler des informations à l'occasion de l'exercice de ces fonctions. En ce sens, le centre de médiation se verra également astreint à cette obligation. Cependant, toutes les informations concernant la médiation ne seront pas nécessairement couvertes par cette obligation. C'est ainsi que son domaine inclusif et exclusif sont clairement délimités. Aussi, pour garantir l'effectivité de ce principe, des sanctions sont prévues. Ainsi, toute personne qui violerait cette obligation pourra voir sa responsabilité civile engagée, en même temps que, l'utilisation ou mieux la production des pièces couvertes dans une autre instance arbitrale ou judiciaire seront jugées irrecevables. Les personnes fautives pourront en outre voir leurs responsabilités pénale et/ou disciplinaire engagées.

MOTS-CLES : Confidentialité – Mediation – OHADA – Arbitrage

INTRODUCTION

Pour voir régler leurs différends de natures diverses, les parties se tournent de plus en plus vers des modes dits alternatifs de résolution des conflits. En effet, la justice étatique ne bénéficie plus aux yeux du public des mêmes grâces d'antan¹. C'est ainsi qu'à côté de la négociation et de l'arbitrage, la médiation se positionne de plus en plus comme un mode sollicité et privilégié de résolution des conflits. Ainsi, qu'il s'agisse d'un différend d'ordre civil, familial, social ou commercial, les parties peuvent convenir de recourir à la médiation.

En effet, celle-ci bénéficie d'importants attributs qui font son charme. Le législateur OHADA par exemple a, pour des raisons pratiques, doté les modes alternatifs de règlement des conflits de certaines caractéristiques spécifiques, en sus des règles classiques du procès équitable applicables devant les juridictions. De par la nature privée de la médiation et la souplesse et flexibilité accrues qui la caractérisent, il était impérieux de dispenser les modes alternatifs de résolution des conflits de certaines règles applicables devant les juridictions étatiques. C'est ainsi qu'à l'image de l'arbitrage, la médiation est régie par le principe cardinal de la confidentialité.

La confidentialité peut s'entendre comme le caractère de ce qui est confidentiel ou mieux, de ce qui est communiqué à autrui sous quelque forme que ce soit, notamment par écrit ou oralement, avec l'interdiction pour ce dernier de le révéler à quiconque². La médiation pour sa part s'entend comme *« tout processus, quelle que soit son appellation, dans lequel les parties*

*demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord (ci-après « différend ») découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre lié à un tel rapport, impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des États »*³.

Cette précision terminologique faite, l'on peut s'interroger sur la substance du critère de confidentialité dans le cadre de la médiation. En effet, quels sont les contours du critère de confidentialité dans le cadre de la médiation? L'intérêt de l'analyse des contours de la confidentialité est évident en ce qu'il permet de cerner l'étendue de cette obligation susceptible d'être sanctionnée le cas échéant.

Ainsi, pour une meilleure appréhension de son importance, il convient d'envisager le contenu du principe de confidentialité dans le cadre de la médiation (I) ainsi que les sanctions susceptibles d'être encourues le cas échéant (II).

I. Le contenu du principe de confidentialité dans le cadre de la médiation

Le principe de confidentialité est en réalité une véritable obligation pour les personnes qui y sont assujetties (A). En outre, elle a un champ matériel clairement défini (B).

A. Les personnes assujetties à l'obligation de confidentialité dans le cadre de la médiation

De manière évidente, les personnes tenues au secret dans le cadre de la médiation sont au premier chef les parties (1), et ensuite le médiateur (2).

¹ NKOU MVONDO (P.), « La crise de la justice de l'État en Afrique noire francophone : étude des causes de divorce entre la justice et les justiciables », *Penant*, n° 824, 1997, p. 209

² TSAFACK DJOUMESSI (C.), *La justice arbitrale dans l'espace OHADA*, thèse de doctorat PhD en droit privé et sciences criminelles, Université de Dschang, 2019, p.2

³ Article 8 de l'Acte uniforme relatif à la médiation.

1. L'obligation de confidentialité des parties

Le recours par les parties à la médiation procède entre autres des motifs de discrétion. En cela, cette recherche de discrétion n'est pas l'apanage de la médiation. Elle est consubstantielle à certaines matières telles la vie privée, le domicile, la correspondance⁴, etc. Elle traduit ainsi l'idée de poursuite de la recherche de la discrétion dans le volet contentieux des rapports entre particuliers.

Contrairement à la justice étatique où le principe est celui de la publicité des débats, le huis-clos n'étant alors qu'une exception dans certaines procédures spécifiques⁵ ou pour des raisons laissées à la discrétion du juge, le principe en matière de médiation, tout comme en matière d'arbitrage⁶, est celui de la confidentialité. Aussi, « *Il est souvent opportun pour une entreprise que ses contentieux commerciaux ne soient pas portés à la connaissance d'un trop large public, ni même des concurrents, des clients et des pouvoirs publics* »⁷.

Ainsi, les parties sont tenues au secret non seulement non seulement relativement à l'existence-même du processus de médiation, ainsi que de son objet, mais

également de tout son déroulement. Il en va de même des échanges et négociations qui se déroulent non pas dans une salle d'audience comme il est de principe devant les juridictions étatiques, mais plutôt dans un cadre privé, à l'abri des regards indiscrets du public. Ne peuvent y prendre part, outre les parties et le médiateur, que leurs conseils, ces derniers étant également tenus au secret dans les mêmes conditions que les parties qu'ils assistent. Il en va de même du médiateur dont l'obligation de confidentialité est évidente.

2. L'obligation de confidentialité du médiateur

L'obligation de confidentialité du médiateur découle de sa qualité de professionnel. Contrairement au juge étatique devant qui les débats se déroulent publiquement⁸, le médiateur est tenu d'assurer la confidentialité du processus en prenant des précautions pour ne laisser accès à la salle de négociation, aucune personne étrangère au processus ainsi engagé. Cela contraste radicalement avec la tenue des débats devant le juge étatique. En effet, dans cette dernière occurrence, toute personne, et même les médias peuvent y

⁴ L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose à cet effet que : « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Les articles 299 et 300 du code pénal camerounais répriment respectivement la violation de domicile et la violation de correspondance.

⁵ À titre d'illustration, l'article 720 du code de procédure pénale camerounais dispose que « à peine de nullité du jugement à intervenir, le huis clos est obligatoire devant toute juridiction appelée à connaître d'une affaire dans laquelle un mineur est impliqué ».

⁶ Malgré la persistance d'antan d'hésitations et même d'une méfiance quant à l'existence d'un principe général de confidentialité dans le cadre de l'arbitrage, cette polémique est aujourd'hui dépassée. Sur cette question, V. BAGNER (H.), « L'imbroglio de la confidentialité dans l'arbitrage commercial international », Bull. CCI, Vol. 12, n° 1-1er semestre 2001, p. 19 ; PAULSON (J.) et RAWDING (N.), « Les

aléas de la confidentialité », Bull. CCI, vol 5, n° 1-mai 1994.

⁷ TSAFACK DJOUMESSI (C.), *La justice arbitrale dans l'espace OHADA*, op. cit., p. 201.

⁸ Article 6 de la loi n° 2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire au Cameroun, modifiée et complétée par la loi n° 2011/027 du 14 décembre 2011. Le juge est toutefois tenu au secret des délibérations. A ce sujet, l'article 24 du statut de la Magistrature au Cameroun consacre cette obligation dans le serment des magistrats en ces termes : « Moi... je jure devant Dieu et devant les hommes de servir honnêtement le peuple de la république du Cameroun en ma qualité de magistrat, de rendre justice avec impartialité à toute personne conformément aux lois, règlements et coutumes du peuple camerounais sans crainte ni faveur, ni rancune, de garder le secret des délibérations, et de me conduire en tout, partout et toujours en digne et loyal magistrat ».

avoir accès. Cela constitue un gage de l'impartialité du juge.

Dans la mesure où c'est le médiateur qui choisit la salle où se déroulent les négociations, sous réserve de son approbation par les parties, il doit également prendre des précautions pour se rassurer que les négociations ne font pas l'objet d'enregistrements de quelque nature que ce soit, électroniques notamment, par des personnes inconnues du processus ainsi engagé. L'utilisation de brouilleurs ou de détecteurs de microphones peut être à cet égard d'une utilité pratique.

Aussi, l'obligation de confidentialité concerne toutes les personnes qui participent d'une manière ou d'une autre à la médiation ou qui, de par leur intervention dans le processus, sont appelées à prendre connaissance de quelque information que ce soit à ce titre. Il en va ainsi du centre de médiation et de son personnel, des témoins et experts éventuels, etc. Dans le cadre de l'arbitrage CCJA notamment, l'article 14 du règlement CCJA dispose que « (...) toute personne associée à l'arbitrage, sont tenus au respect de la confidentialité (...) ». Restent à préciser, les éléments couverts par ce principe, lesquels rentrent dans son domaine matériel.

B. Le domaine matériel de la confidentialité

Il convient d'envisager distinctement le domaine inclusif de la confidentialité dans le cadre de la médiation (1) de son domaine exclusif (2).

1. Le domaine inclusif de la confidentialité dans le cadre de la médiation

L'article 10 de l'Acte uniforme relatif à la médiation dessine le cadre du domaine de la confidentialité de la médiation en disposant que « *toutes les informations relatives à la procédure de médiation doivent demeurer confidentielles (...)* ».

D'abord, et comme nous l'avons fort opportunément relevé, l'existence même de la médiation doit rester strictement confidentielle.

Ensuite le déroulement de la procédure est tout aussi confidentiel. Ainsi, toutes les informations dont la divulgation ou la connaissance par l'autre partie n'aura été rendue possible qu'à l'occasion de la procédure de médiation ne sauraient faire l'objet de divulgation subséquente ni de la part de cette partie, ni du témoin appelé à déposer, de l'expert et encore moins du médiateur. Ces informations peuvent être orales ou écrites. En effet, dans le cadre du règlement de leurs conflits, les différents protagonistes sont appelés à prendre connaissance de certaines informations sensibles qui ne doivent de ce fait, ni être révélées aux tiers, ni être utilisées à un quelconque titre que ce soit. Le sceau de la confidentialité frappe aussi, en principe, les entretiens séparés que le médiateur peut avoir avec les parties, sauf décision contraire de la partie concernée⁹. En effet, ces « caucus » peuvent être d'une importance significative vers la recherche de la solution. En cela, ils doivent être protégés au même titre que les autres informations divulguées au médiateur.

⁹ Article 7 alinéa 1er du règlement du CMAP : « (...) S'il l'estime utile, il peut entendre les parties séparément, après avoir reçu leur accord de principe. Dans ce cas, il veille à assurer un équilibre de traitement entre toutes les parties et à faire respecter la confidentialité du processus » ; Article 4 du règlement

du CIMA : « (...) Le médiateur est libre de rencontrer séparément les parties, mais les informations qui lui sont communiquées lors de ces rencontres ne peuvent être divulguées à l'autre partie sans autorisation expresse de la partie de qui elles émanent ».

Enfin, le dénouement de la procédure de médiation est frappé par le sceau de la confidentialité. Ainsi, que les parties parviennent à un accord ou non, elles demeurent tenues au secret. L'accord de médiation est en effet frappé du sceau de la confidentialité. Ni son existence, ni son contenu ne sauraient être accessibles aux tiers.

Le domaine inclusif de la confidentialité dans le cadre de la médiation n'appelle pas de développements outre mesure, car il est de principe que toutes les informations y relatives doivent demeurer confidentielles, y compris l'existence même de ladite procédure. Il n'en est pas de même des exceptions à ce principe qui, pour leur part, méritent d'être amplement explicités.

2. Le domaine exclusif de la confidentialité

S'il est de principe que l'entame, le déroulement et l'issue de la procédure de médiation se déroulent dans le secret, il convient toutefois de noter que ce principe n'est pas d'application absolue. En effet, il peut être mis entre parenthèses principalement dans deux séries d'hypothèses consécutives à la volonté des parties d'une part, à la volonté du législateur et aux nécessités pratiques d'autre part.

L'Acte uniforme relatif au droit de la médiation dispose que toutes les informations relatives à la procédure de médiation doivent demeurer

confidentielles, « *sauf convention contraire des parties* »¹⁰. C'est dire que de commun accord, les parties peuvent décider d'écarter le principe de confidentialité qui encadre leurs échanges dans le cadre de la médiation. Il peut s'agir d'un accord partiel ou total, portant ainsi sur certains éléments ou informations précises ou sur l'ensemble des informations et/ou le processus de médiation.

Il s'agit là une fois de plus et à n'en point douter, d'une manifestation éclatante de la flexibilité qui irrigue le droit de la médiation. Ainsi, la loi autorise les parties à déroger à cette exigence de confidentialité. Cela est d'autant plus compréhensible que le droit de la médiation, en tant que mode privé de règlement des conflits, a pour principale finalité la satisfaction des intérêts particuliers des parties. Ainsi, si la publicité de la procédure est bénéfique pour celles-ci, elles ne devraient pas s'enfermer dans le carcan de la confidentialité. Aussi, l'une seulement des parties peut dispenser l'autre partie et/ou le médiateur de son obligation de confidentialité sans qu'il soit nécessairement besoin de réciprocité. Dans cette veine, la confidentialité serait donc un privilège ou un droit auquel cette dernière peut renoncer¹¹, dès lors que ladite renonciation est sincère, libre et éclairée.

Le législateur exempte également les différents intervenants et protagonistes à la médiation de l'obligation de confidentialité

¹⁰ Article 10 de l'AUM.

¹¹ L'article 9 de l'AUM semble toutefois opérer une discrimination quant à la teneur du principe de confidentialité eu égard les informations recues par le médiateur dans ses rapports avec les parties et avec les tiers. En effet, les informations recues par le médiateur semblent a priori ne pas être couvertes par le sceau de la confidentialité à l'égard des autres parties, sauf stipulation expresse de la partie ayant révélé ladite information. Cet article dispose que lorsque le médiateur reçoit d'une partie des informations concernant le différend, il peut en révéler la teneur à

toute autre partie à la médiation. Toutefois, lorsqu'une partie donne au médiateur une information sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle, celle-ci ne doit être révélée à aucune autre partie à la médiation". Des auteurs ont estimé qu'en prenant ce parti, l'Acte uniforme avait adopté une position "opposée" au principe qui prévaut en matière de confidentialité dans le cadre de la médiation. V. AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J-M.), *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (OHADA)*, LGDJ, Editions Lextenso, Collection Issy-les-Moulineaux, 2018, p. 335.

pour les informations dont la divulgation est exigée par la loi¹². Il s'agit, en règle générale, de l'existence ou de la découverte d'informations à caractère délictuel. En effet, la loi fait peser sur tous les individus une obligation de dénonciation des infractions dont ils auraient connaissance¹³. Il s'agit de la consécration de la suprématie de l'ordre public sur toute considération d'ordre privé. En cela, toute stipulation interdisant la révélation de quelque information que ce soit, y compris des faits à caractère délictuel sera nul de nullité absolue.

Aussi, l'article 10 de l'AUM dispose in fine que les parties sont exemptées de l'obligation de confidentialité pour les informations dont la divulgation est nécessaire pour la mise en œuvre ou l'exécution de l'accord issu de la médiation. Cette disposition est la traduction de l'adage *necessitatis non habet legem*. En effet, dans la mesure où la nécessité l'impose, l'on ne saurait reprocher à l'une des parties la divulgation d'une information rendue incontournable pour la mise en œuvre ou l'exécution de l'accord en médiation. C'est notamment le cas de l'accord qui, n'ayant pas fait l'objet d'exécution spontanée, est soumis à l'homologation de la juridiction compétente. Pour réduire les risques de divulgation des informations concernant la médiation à sa plus petite expression, le législateur Ohada a simplifié au maximum les conditions de cette exécution¹⁴. C'est dire qu'une telle divulgation ne sera tolérée que dans des hypothèses exceptionnelles.

Cette exception s'applique dans les mêmes termes dans le cadre de l'arbitrage. Toutefois, dans ce dernier cas, même si la sentence est frappée du sceau de la confidentialité au même titre que l'accord en médiation, il est offert une possibilité au Secrétaire Général de la CCJA de publier certains extraits des sentences arbitrales. Confidentialité et opacité n'étant pas synonymes¹⁵, cela ne porte nullement atteinte au sacro-saint principe sus évoqué dans la mesure où l'identité des parties est préservée, toute chose qui contraste avec la justice étatique. En effet, dans cette dernière occurrence, la publicité des jugements s'analyse comme le prolongement de la publicité des débats et est d'application absolue. Fort de cela, même les jugements concernant les affaires dont les débats ont été menés à huis clos sont rendus publiquement¹⁶. Après leur prononcé, les décisions de justice tombent dans le domaine public et toute personne désireuse peut, sans justificatif aucun, en obtenir une copie ou mieux, une expédition.

Au total, le principe de la confidentialité est un principe général qui n'admet d'exceptions que dans des hypothèses limitativement énumérées. De fait, sa violation ne sera pas sans conséquences.

II. La sanction de la violation de l'obligation de confidentialité

La violation de l'obligation de confidentialité constitue pour son auteur un manquement susceptible d'être sanctionné sur les plans civil et processuel d'une part, (A) pénal et disciplinaire d'autre part (B).

¹² Article 10 in fine de l'AUM.

¹³ L'article 135 alinéa 2 du code de procédure pénale camerounais dispose que « Toute personne ayant connaissance d'une infraction qualifiée crime ou délit, est tenue d'en aviser directement et immédiatement, soit le Procureur de la République, soit tout officier de

police judiciaire, ou à défaut, toute autorité administrative de la localité ».

¹⁴ KOITA (Y.-S.), « La médiation ou le blivet du droit OHADA », Ohadata D-19-09, p.16

¹⁵ NGWANZA (A.), Editorial Jada, n° 2, 2012, p. 4.

¹⁶ Article 6 de la loi n° 2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire sus visée.

A. Sur les plans civil et processuel

Il convient d'envisager distinctement ces différentes sanctions encourues. Aussi, la sanction sur le plan civil (1) précèdera celle encourue sur le plan processuel (2).

1. Sanction civile de la violation de l'obligation de confidentialité

La violation soit par l'une des parties, soit par le médiateur ou par tout autre intervenant au processus de médiation de l'obligation de confidentialité constitue de la part de son auteur, une faute susceptible de mettre en œuvre sa responsabilité conformément aux dispositions de l'article 1382 du code civil¹⁷. La mise en œuvre de cette responsabilité suppose que la victime établisse l'existence d'une faute, d'un préjudice, et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice subi.

L'établissement de la faute sera aisé et procèdera de la preuve de la divulgation en dehors des hypothèses suscitées prévues par la loi. En effet, l'obligation de confidentialité inhérente au processus de médiation est une obligation de résultat, faisant présumer la faute du débiteur en cas d'inexécution de sa part¹⁸. Cette divulgation pouvant être non seulement écrite, mais également par voie orale, sa preuve pourra s'effectuer par voie testimoniale ou par la production d'une parution de la presse dans laquelle les informations confidentielles auront été divulguées, ou par tout autre moyen de preuve. La partie fautive pourra en rapporter la preuve contraire pour se dédouaner. Le préjudice pour sa part peut

être moral ou matériel. Le premier est laissé à l'appréciation du juge, à l'inverse du second qui doit être assis sur des éléments objectifs. Il pourra s'agir de la preuve de la réduction du chiffre d'affaire de la partie plaignante consécutivement à la divulgation décriée. L'établissement du lien de causalité sera également, pour sa part, laissée à l'appréciation souveraine du juge saisi à cet effet. Ce dernier devra ainsi se prononcer et dire si, au regard des éléments de preuves produits, le préjudice subi par le plaignant a pour origine la divulgation fautive des informations mise au passif du mis en cause.

Toutefois, à l'égard des parties et du médiateur, en sus d'une responsabilité civile délictuelle, ces derniers pourront également voir engagée leur responsabilité civile contractuelle. En effet, dans la mesure où les obligations qui leur incombent découlent d'un contrat, le contrat de médiation pour les parties, et le contrat de mission du médiateur pour ce dernier, il apparaît logique qu'une telle responsabilité puisse être mise en œuvre, en raison de l'existence de l'obligation de confidentialité qui découle de leurs contrats respectifs. En effet, de par la nature de la médiation¹⁹, il découle pour chacun des protagonistes, notamment les parties et le médiateur une obligation de confidentialité. Ainsi, même si une telle obligation de confidentialité n'a pas expressément été stipulée, elle est consubstantielle à chacun des contrats passés entre les différents protagonistes. De fait, sa violation par l'une quelconque des parties suscitées brigue la mise en œuvre de sa responsabilité civile

¹⁷ Cet article dispose que « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un préjudice oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

¹⁸ TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.) et CHENEDE (F.), *Droit Civil les obligations*, 12^{ème} édition Dalloz, 2019, P. 8. V. aussi MAZEAUD (H.), « Essai d'une classification des obligations », RTD civ., 1936.

¹⁹ L'article 1135 du code civil dispose à cet effet que « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

contractuelle par la partie victime dudit manquement. Le principe de confidentialité recèle une obligation de ne pas faire, notamment celle de ne pas divulguer. La violation de cette obligation s'exprimera donc par un acte positif de divulgation qui peut, comme nous l'avons relevé plus haut, prendre la forme écrite ou orale. La sanction civile suscitée coexiste avec la sanction processuelle de la violation de l'obligation de confidentialité.

2. La sanction processuelle de l'obligation de confidentialité

Une autre sanction, et pas des moindres, frappe la violation par les protagonistes de l'obligation de confidentialité. Il s'agit de l'irrecevabilité dans une procédure ultérieure des éléments de preuve obtenus dans le cadre de la médiation et qui sont frappés du sceau de la confidentialité, c'est-à-dire, qui n'ont pas, en dehors des cas où la loi rend leur divulgation obligatoire, expressément obtenu l'aval aux fins de divulgation des parties ou de la partie concernée. L'article 11 de l'Acte uniforme relatif au droit de la médiation est fort loquasse sur cette sanction²⁰ et s'applique quel que soit le support ou la forme des informations ou des éléments de preuve qui s'y trouvent visés. L'irrecevabilité qui frappe ces informations est absolue à telle enseigne que leur divulgation ne peut être ordonnée par un tribunal arbitral, une

juridiction étatique ou toute autre autorité publique compétente. Le texte susvisé est sentencieux sur cette question et exclut la recevabilité de ces éléments, que la procédure arbitrale ou judiciaire (subséquente) ou toute procédure analogue se rapporte ou non au différend qui fait ou a fait l'objet de la procédure de médiation. C'est dire que, même dans l'hypothèse d'une procédure n'ayant aucun lien avec la procédure de médiation ou avec les parties, les informations recueillies au cours de cette dernière ne sauraient non plus être admis. La seule hypothèse de leur recevabilité n'étant, et conformément aux développements supra, que dans la mesure exigée par la loi ou nécessaire à la mise en œuvre ou à l'exécution de l'accord issu de la médiation²¹.

Toutefois, et comme il fallait s'y attendre, l'obligation de confidentialité, et partant, l'irrecevabilité ne peuvent frapper les « *éléments de preuve préexistants à la procédure de médiation ou constitués en dehors de toute relation avec celle-ci* »²².

En réalité, il s'agit du prolongement ou mieux de l'application du principe général de la loyauté de la preuve en droit processuel. Ainsi, et il en est de même devant la juridiction étatique ou arbitrale où, ne seront pas admises les preuves obtenues de manière déloyale²³. C'est dire que, ne seront admis comme moyens de

²⁰ Cet article dispose que : « Une partie à la procédure de médiation, le médiateur et toute tierce personne, y compris celles qui ont été associées à l'administration de la procédure de médiation, ne peuvent, dans une procédure arbitrale ou judiciaire ou dans une procédure analogue ni invoquer ni présenter l'un ou l'autre des éléments de preuve ci-après ni témoigner à leur sujet : a) une invitation à la médiation adressée par une partie ou le fait qu'une partie était disposée à participer à une procédure de médiation, sauf lorsqu'une partie doit prouver l'existence d'un accord ou de l'envoi d'une invitation pour engager le processus de médiation en relation avec l'article 4 du présent Acte uniforme ; b) les vues exprimées ou les suggestions faites par une partie au cours de la

médiation concernant une solution éventuelle de règlement du différend ; c) les déclarations faites ou les faits admis par une partie au cours de la procédure de médiation ; d) les propositions faites par le médiateur ou par l'une des parties ; e) le fait qu'une partie a indiqué être disposée à accepter une proposition de règlement présentée par le médiateur ou par l'autre partie ; f) un document établi aux seules fins de la procédure de médiation ».

²¹ Article 11 in fine de l'AUM.

²² Ibidem.

²³ Il en est par exemple de l'aveu obtenu par la violence ou des enregistrements frauduleusement obtenus sans l'autorisation de l'autorité judiciaire compétente.

preuve, que les éléments obtenus dans les formes prévues par la loi. De fait, ceux frappés, en l'espèce, du sceau de la confidentialité seront purement et simplement irrecevables et partant, exclus des débats.

Au total, la divulgation par quelque moyen que ce soit des éléments confidentiels issus de la procédure de médiation peut entraîner la mise en jeu de la responsabilité civile de son auteur, en même temps que, ces éléments seront déclarés irrecevables dans toute procédure ultérieure, judiciaire ou arbitrale notamment. En marge de ces chefs de responsabilité, l'auteur peut également voir sa responsabilité pénale, voire disciplinaire engagée.

B. Les sanctions pénale et disciplinaire de la violation de l'obligation de confidentialité

Il convient d'envisager distinctement ces deux rubriques aux confins particuliers.

1. La sanction pénale de la violation de l'obligation de confidentialité

La responsabilité civile suscitée n'est ni exclusive, ni alternative à la responsabilité pénale de son auteur. Cette dernière pourra d'ailleurs faciliter la mise en œuvre de la première.

En effet, la divulgation par quelque moyen que ce soit des éléments confidentiels issus de la procédure de médiation peut constituer, pour son auteur, soit le délit de violation du secret professionnel, soit celui de violation du secret commercial

répréhensibles par la loi²⁴. L'alinéa 2 de l'article 310 du code pénal camerounais exclut, et il fallait s'y attendre, les déclarations faites aux autorités judiciaires ou de police et portant sur des faits susceptibles de constituer un crime ou un délit. Il s'agit d'une application de l'exemption prévue à l'article 76 du même code qui dispose que « ne constitue aucune infraction, le fait ordonné ou autorisé par la loi et accompli conformément à la loi ». D'ailleurs, le défaut de dénonciation de tels faits peut entraîner la responsabilité pénale de son auteur au titre de complicité²⁵.

S'agissant des personnes susceptibles de tomber sur le coup de cette infraction, l'on note au premier chef le médiateur. Le risque de tomber sous le coup de cette infraction est dédoublé lorsque ce dernier exerce subséquemment les fonctions d'arbitre dans le cadre du med-arb sus-spécifié. En effet, la tentation est grande que ce dernier fasse application, lors du prononcé de sa sentence des éléments de preuve dont il a eu connaissance lors du processus de médiation. Il devra à cet effet opérer une scission entre ces différentes fonctions, avec leurs implications respectives. En outre, l'expert, et de manière générale, tout professionnel impliqué dans le processus de médiation peut tomber sous le coup de cette infraction. L'article 310 alinéa 2 du code pénal suscité exclut toutefois l'avocat du giron du délit de violation du secret professionnel. Toutefois, il ne s'agit nullement d'une exemption. Cela procède de l'obligation de confidentialité qui est consubstantielle à cette profession et qui

²⁴ Au Cameroun, l'article 310 du code pénal dispose, au titre de violation du secret professionnel, qu'« est puni d'un emprisonnement de trois (03) mois à trois (03) ans et d'une amende de vingt mille (20 000) à cent mille (100 000) francs, celui qui révèle, sans l'autorisation de qui il appartient, un fait confidentiel qu'il n'a connu ou qui ne lui a été confié qu'en raison de sa profession ou de sa fonction ». L'article 311 pour sa part dispose qu'« est puni d'un emprisonnement de

trois (03) mois à trois (03) ans et d'une amende de cent mille (100 000) à cinq million (5 000 000) francs, celui qui révèle, sans l'autorisation de qui il appartient, un fait ou procédés industriels ou commerciaux dont il a eu connaissance en raison de son emploi ».

²⁵ CLAY (T.), *L'arbitre*, thèse de Doctorat, Université Panthéon Assas (Paris II), janvier 2000, p. 598.

est, à ce titre, réprimée le cas échéant par sa loi organique²⁶. Cette responsabilité pénale brigue généralement la mise en œuvre de la responsabilité disciplinaire de l'auteur des faits querellés.

2. La sanction disciplinaire de la violation de l'obligation de confidentialité

La responsabilité disciplinaire est cette sanction encourue par tout professionnel pour manquement grave à l'éthique et à la déontologie inhérentes à sa profession. En effet, les professionnels sont, pour la plupart, regroupés autour des corporations qui défendent leurs intérêts. Celles-ci proposent souvent, ou adoptent elles-mêmes, au besoin, un corpus de normes régissant leur secteur d'activité. Aussi existe-t-il pour la majorité des professions, des textes organiques ou des règlements intérieurs régissant la déontologie inhérente à l'exercice de leurs professions.

L'idée de l'institution d'un ordre des médiateurs au niveau des Etats ou au niveau sous régional ou régional a été avancée²⁷, avec pour corollaire la mise sur pied d'un code de déontologie des médiateurs. Mais qu'à cela ne tienne, il n'en demeure pas moins qu'en l'état actuel, et même en l'absence d'un véritable code de déontologie des médiateurs, leur responsabilité disciplinaire est susceptible d'être mise en jeu, surtout dans le cadre de la médiation institutionnelle. En effet, le

centre de médiation peut prononcer à l'encontre du médiateur ayant fait preuve de manque de probité ou ayant violé ses obligations, des sanctions allant jusqu'à sa radiation de la liste de ses médiateurs agréés. Aussi, le prononcé par la juridiction répressive des sanctions pénales peut s'accompagner des déchéances telles qu'il ressort des dispositions des articles 310 et 311 in fine²⁸. En outre, et comme nous l'avons relevé supra, la condamnation d'un médiateur pour des faits à caractère délictueux porte un coup sur l'exigence de moralité auxquels peuvent légitimement prétendre les parties désireuses de mettre en œuvre la médiation prévue dans leur contrat.

La responsabilité disciplinaire du médiateur n'est pas, en ce sens, aux contours clairement définis comme celle du juge étatique²⁹. Il en va aussi différemment de l'action en responsabilité disciplinaire de l'arbitre dont les hypothèses sont de plus en plus croissantes³⁰.

²⁶ Il s'agit de la loi n° 90/059 du 19 décembre 1990 portant organisation de la profession d'avocat.

²⁷ BOLI DJIBO (B.), « Les obstacles à la médiation dans l'espace OHADA », Lexbase édition Ohada, n° 10, 12 avril 2018, p. 34

²⁸ Ces dispositions prévoient mutatis mutandis que « La juridiction peut prononcer les déchéances de l'article 30 du présent code ».

²⁹ Au Cameroun, l'article 46 de la loi portant statut de la Magistrature énumère les actes constitutifs d'une faute disciplinaire susceptible de brider la responsabilité disciplinaire de son auteur. Il s'agit notamment de : tout acte contraire au serment du magistrat, tout manquement à l'honneur, à la dignité et aux bonnes mœurs, tout manquement aux devoirs de

son état, tout manquement résultant de l'insuffisance professionnelle. S'agissant des sanctions disciplinaires applicables, elles vont de l'avertissement à la révocation avec suspension de droits à pension en passant par la réprimande, la radiation du tableau d'avancement, le retard à l'avancement d'échelon pour une durée maximale de deux ans, l'abaissement d'un ou de plusieurs échelons, le retrait de la fonction, la rétrogradation d'un groupe ou d'un grade, l'exclusion temporaire du service pour une durée maximum de six mois et la révocation sans suspension de droits à pension (cf. article 47 du statut de la magistrature).

³⁰ Clay (Th.), *L'arbitre*, Dalloz, Vol. 2, 2001, p. 704, n°928.

BIBLIOGRAPHIE**I- Ouvrages Généraux**

1.ANOUKAHA (F.) et OLINGA (A. D.) (Dir.), *L'obligation*, Études offertes au Professeur Paul - Gérard POUGOUE, L'harmattan, 2015.

2.CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, 7ème éd., LexisNexis, Manuel, 2014.

3- CARBONNIER (J.) : - *Droit Civil, Introduction*, Puf, 27ème éd., 2002.

- *Droit Civil, Les obligations*, Tome IV, Puf, 2000.

- *Flexible droit*, LGDJ, 10ème éd., 2001.

4 - CLAY (T.), *Le modèle pour éviter le procès*, In Code Civil et modèles. Des modèles du code au code comme modèle, LGDJ, 2004.

5- CORNU (G.) (dir.), Vocabulaire juridique, Paris, France, PUF, 2018.

6 - CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, Puf, 2ème éd., 1996.

7 - GARBY (Th.), *La gestion des conflits*, Economica, 2004.

8 - GUINCHARD (S.) (dir.), - *Droit processuel : Droits fondamentaux du procès*, Précis Dalloz, 8e éd., 2015.

9- GUINCHARD (S.), *Justices et droit du procès, Du légalisme procédural à l'humanisme processuel* (Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard), Dalloz, 2010.

10 - GUINCHARD (S.) et FERRAND (F.), *Procédure civile*, 28ème éd., Dalloz, 2006.

11 - JEULAND (E.), *Droit processuel général*, 3ème éd., L.G.D.J., 2014.

12 - LOHOUES-OBLE (J.), *OHADA : Traité et Actes Uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2ème édition 2002.

13 - MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2ème éd., 2005.

14 - MENGUE (J.-L.), *Résolution des conflits et promotion de la paix chez le Beti du sud Cameroun*, Monographie historique, séminaire de doctorat, Université de Yaoundé I, 1995.

15- POUGOUE (P.G.) et KALIEU ELONGO (Y. R.), *Introduction critique à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*, Presses Universitaires d'Afrique, 2008.

16- POUGOUE (P.G.) et KUATE TAMEGHE (S. S.), (Dir.), *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, l'Harmattan, 2010, 694 pp.

17- SOCKENG (R.) *Les institutions judiciaires au Cameroun*, 4eme Édition, Macacos, 2005

18-TCHANTCHOU (H.), *La supranationalité judiciaire dans le cadre de l'OHADA : Etude à la lumière du système des communautés européennes*, L'harmattan, 2009

19 - TERRE (Ph.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, Dalloz, 9ème éd., 2005.

II - Ouvrages spécialisés.

1- AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J.-M.), *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (OHADA)*, Issy les Moulineaux, France, LGDJ, 2018.

2- BLOHORN-BRENNEUR (B.), *La médiation pour tous dans l'espace*

OHADA et en Afrique de l'Ouest : théorie, pratique et cadre juridique de la médiation, Paris, France, l'Harmattan, 2018.

- 3- **BOUHEROUA (S.)**, *Foundation of mediation in Islamic law and its contemporary application*, Department of Islamic Law, Ahmad Ibrahim Kulliyah of Law, International Islamic University Malaysia (IIUM).
- 4- **BOYER (L.)**, *La médiation familiale*, Bayard, Paris, 1993.
- 5- **CADIET (L.) et CLAY (T.)**, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Paris, France, Dalloz, 2016.
- 6- **FOUCHARD (Ph.) (Dir.)**, *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du centre René Jean DUPUY pour le droit et le développement, Bruylant, 2000, Vol 1, 310 pp.
- 7- **GAILLARD (E.)**, *Le principe de confidentialité dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1987.
- 8- **GUILLAUME-HOFNUNG (M.)**, *La médiation*, Paris, France, PUF, 5^{ème} édition, 2012.
- 9- **JARROSSON (C.)**, *Médiation et arbitrage. Alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative*, Litec, 2005.
- 10- **OPPETIT (B.)**, *Théorie de l'arbitrage*, Paris ; France, PUF, 1998.
- 11- **POUGOUE (P.G.)**, **TCHAKOUA (J.M.)** et **FENEON (A.)**, *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, PUA, 2000.
- 12- **TRICOIT (J-Ph.)**, *La médiation judiciaire*, L'Harmattan, 2008.
- 1- **ABDOU DIOLLO**, *Réflexion sur l'arbitrage dans l'Espace OHADA*, thèse de doctorat, Université de Perpignan, 2016.
- 2- **BAYO BIYI (B.)**, *Le rôle de la Cour commune de justice et d'arbitrage dans la sécurisation de l'espace OHADA*, thèse de Doctorat, Université de Caen Basse Normandie, novembre 2009.
- 3- **BOUCARON NARDETTO (M.)**, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, thèse de Doctorat, Université de Nice-Sophia Antipolis, 2012.
- 4- **HUCHET (G.)**, *La clause de médiation*, Thèse de doctorat, Droit, Lyon 3, 2007.
- 5- **JARROSSON (C.)**, *La notion d'arbitrage*, Thèse d'Etat, LGDJ, 1986.
- 6- **KENFACK- DOUAJNI (G.)**, *L'arbitrage dans le système OHADA*, thèse de doctorat en droit privé, Paris I, 2005
- 7- **NORD (V.N.)**, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, thèse pour le doctorat en droit, 2003.
- 8- **TCHAKOUA (J.M.)**, *Le contrôle de la régularité internationale des jugements et des sentences arbitrales en droit camerounais*, thèse de Doctorat 3e cycle, Université de Yaoundé II-Soa, décembre 1991.
- 9- **TEPPI KOLLOKO (F.)**, *L'efficacité de la sentence arbitrale en droit OHADA*, thèse de Doctorat, Université de Dschang, juillet 2015.

III - Thèses de doctorat

- 10- **TSAFACK DJOUMESSI (C.-C.)**, *La justice arbitrale dans l'espace OHADA*, thèse de Doctorat, Université de Dschang, 2019.

III- Articles de doctrine

- 1- **ASSEPO (A.-E.)**, « L'ordre public international dans l'acte uniforme de l'OHADA relatif à l'arbitrage », in *Revue de l'arbitrage*, n°4, 2007 ;
- 2- **-BADJI (P.)**, « Réflexion sur l'attractivité du droit OHADA », bulletin de droit économique, Faculté de droit de l'Université Laval, 2014.
- 3- **BAKAM (N.)**, « Les MARD dans l'espace OHADA : vers une nouvelle avancée ? », in *Les cahiers de l'arbitrage (The Paris Journal of International Arbitration)*, décembre 2017, Vol. 2017, n° 3, p. 506.
- 4- **BERGER (K. P.)**, « Integration of Mediation Elements into Arbitration, 'Hybrid' Procedures and 'Intuitive' Mediation by International Arbitrators », *Arbitration International*, Vol. 19 n° 3 (2003), p. 398.
- 5- **BUHRING-UHLE (C.)**, **SCHERER (G.)** et **KIRCHHOFF (L.)**, « The Arbitrator as Mediator – Some Recent Empirical Insights », *Journal of International Arbitration*, Vol. 20 n°1, 2003, p. 82.
- 6- **CADIET (L.)**, « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », *Ritsumeikan Law Review*, N° 28, 2011.
- 7- **CHAPUT (Y.)**, « Médiation et contentieux des affaires », in *Alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative*, Litec, 2005, p. 93
- 8- **CLAY (T.)**, « L'arbitre peut-il avoir été précédemment conciliateur ? », *D.* 2004, Somm. p. 3180.
- 9- **FENEON (A.)**, - « La médiation post-arbitrale ou la médiation au secours de l'exécution des sentences arbitrales rendues contre les États », *Penant, Revue trimestrielle de droit africain*, n°894, janv.-mars, 2016
- 10- **FIGUERES (D. J.)**, « Le règlement amiable comme préalable à l'arbitrage dans les clauses d'arbitrage CCI : introduction et commentaire », *Bulletin de la CCI*, Vol.14, n° 1, 2003, p.77.
- 11- **GINESTET (C.)**, « Médiation et notions voisines », *Lexbase édition Ohada*, Avril 2018, n° 10, p. 19 ;
- 12- **GORE (M.)**, « La médiation : champ d'application et articulation avec d'autres modes de résolution des conflits », *LEDAF*, mai 2018, p.3
- 13- **GUILLAUME-HOFNUNG (M.)**, « Le rôle de la volonté dans la médiation », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, p. 427
- 14- **JAEGER (V.L.)** et **LACHMANN (C.)**, « Interactions entre médiation et arbitrage », *Jada*, n° 1, 2011, p. 20

- 15- **KENFACK (H.)**, « L'état du droit de la médiation en France et dans la zone OHADA », Lexbase édition OHADA, Avril 2018, pp. 9-11.
- 16- **KOITA (Y.-S.)**, « La médiation ou le blivet du droit OHADA », Ohadata D-19-09
- 17- **MULLER (C.)**, «La confidentialité dans l'arbitrage commercial international: un trompe-l'œil ? », Bull.ASA2005, n°2, pp. 216-240.
- 18- **NEMEDEU (R.)**, « La recherche du critère d'arbitrabilité des litiges concernant les personnes morales de droit public en droit OHADA », *Revue Africaine des Sciences Juridiques FSJP UYII*, Vol 6, n°1, 2009, pp. 45-73 ;Recueil d' Études sur l'OHADA et l'UEMOA , Vol 1, PUAM 2010.
- 19- **NKOU MVONDO (P.)** « La crise de la justice de l'État en Afrique noire francophone : étude des causes du divorce entre la justice et les justiciables », Penant, no 824, 1997
- 20- **OTTO**, « Médiation et OHADA », Revue de l'ERSUMA, Droit des affaires, pratique professionnelle, n° 4, Septembre 2014.
- 21- **TCHAKOUA (J.-M.)**, « Le système d'arbitrage de la CCJA en questions », in l'arbitrage en Afrique, Questions d'actualité Colloque de Yaoundé, 14 et 15 janvier 2008, *Revue camerounaise de l'arbitrage*, février 2010.
- 22- **TSAFACK (C.)**, « La confidentialité dans la procédure arbitrale dans l'espace OHADA »,

Revue trimestrielle de droit africain, n° 894, janv.-mars 2016.

- 23- **VAUGON (I.)**, « La médiation commerciale : une alternative au système judiciaire », Jada, n° 1, 2011.

IV– Législation

- Acte uniforme relatif à la médiation du 23 novembre 2017
- Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage du 23 novembre 2017.
- Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants de Washington du 18 mars 1965.
- Directive française n° 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.
- Loi-type de la Commission de Nations Unies sur l'arbitrage commercial international (adoptée par la Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international) du 21 Juin 1985.
- Règlement d'arbitrage de la CCJA du 23 novembre 2017.
- Règlement de procédure de la CCJA du 18 Avril 1996.
- Traité de Québec du 17 octobre 2008 portant modification du Traité de Port Louis du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

PRACTICIENS

La saisie des monnaies numériques dans le nouvel Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution

JOEMOU PATIO Fernand

Clerc Assermenté d'Huissier de Justice (Étude Maître TSAMO Daniel,
Huissier de Justice près la Cour d'Appel de l'Ouest à Bafoussam et les Tribunaux de Dschang)
Doctorant en Droit Privé et Sciences Criminelles FSJP-Uds, Diplômé des Sciences de Gestion
Prix MODI KOKO - Meilleur Essai (BEAC)

RESUME: La monnaie, moyen de paiement par excellence, est de plus en plus gérée, stockée et échangée à travers des systèmes informatiques. Cette numérisation s'est d'autant plus accentuée avec la crise liée au Covid-19, qui exigeait de procéder préférentiellement à des paiements à distance. A la résolution d'un problème pratique, ces nouvelles formes monétaires posent un problème juridique ; celui de l'encadrement de leur mise sous-main de justice. En étendant le champ de la saisie-attribution des créances, à la monnaie électronique dans le nouvel AUPSRVE, le législateur OHADA réalise une avancée notable. Néanmoins, on peut déplorer le fait qu'il soit resté silencieux au sujet des comptes de paiement et des cryptomonnaies.

MOTS-CLES : Monnaies numériques - Saisie - AUPSRVE – Réforme

INTRODUCTION

Le créancier communément défini comme celui à qui un autre, le débiteur, doit une prestation en nature ou en argent, ne doit pas souffrir à l'échéance de l'inconfort dû à l'insolvabilité de ce dernier. Le crédit prendrait un coup, emportant le commerce dans sa chute si, le créancier n'avait aucun moyen efficace pour contraindre son débiteur à honorer ses engagements¹. L'exécution étant l'un des catalyseurs favorisant un climat propice aux affaires², le droit de l'OHADA organise dans ce sens une kyrielle de mécanismes connus sous le nom de saisies ou de voies d'exécution, qui permettent de mettre sous-main de justice les biens d'un débiteur insolvable. Les voies d'exécution sont dès lors des moyens légaux mis à la disposition des créanciers qui ne peuvent obtenir de leurs débiteurs l'exécution volontaire des obligations dont ceux-ci sont tenus à leur égard³. Elles tendent ainsi à l'exécution forcée desdites obligations.

L'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE), adopté le 10 avril 1998 et réformé le 17 octobre 2023 fait office de principale base juridique en la matière dans l'espace de l'OHADA. Il

aménage plusieurs procédures permettant de saisir et de réaliser les biens du débiteur insolvable indépendamment de leur nature mobilière ou immobilière, corporelle ou incorporelle. Mais par l'effet de la mondialisation des échanges, des avancées technologiques et de la modification de l'activité humaine et industrielle, l'on assiste aujourd'hui à une prolifération de nouveaux biens incorporels⁴ aussi qualifiés d'immatériels parce que ne pouvant être saisis par les sens⁵.

La monnaie, actif liquide par excellence et objet de choix des saisies, se singularise dans la catégorie des biens meubles par sa capacité à exister sous des formes matérielle et immatérielle. En effet, la monnaie qui est selon Michelle DE MOURGUES l'instrument d'échange qui permet l'achat immédiat de tous les biens, services et titres sans coûts de transactions ni coûts de recherche et qui conserve la valeur entre deux échanges⁶, existe désormais sous une forme dématérialisée.

Émise exclusivement par les banques centrales et essentiellement fiduciaire à l'origine, la monnaie se présente aujourd'hui sous des formes incorporelles, ce qui contraint le législateur à revoir sans

¹¹ À titre de droit comparé, une étude française révèle que plus de 25% des faillites s'expliqueraient par des retards de paiement et les impayés. Les secteurs les plus touchés sont la construction (46%), l'industrie (43%), les transports (35%) et le commerce de détail (27%). Voir dans ce sens, D. FOUGERE, C. GOLFIER, G. HORNY et E. KREMP, « Quel a été l'impact de la crise de 2008 sur la défaillance des entreprises? », *Economie et statistique* n° 462-463, janv. 2014, p. 69, cité par R. ASSONTSA et É.P. TALE TIOGKENG, « La saisie des biens du débiteur marié en droit de l'OHADA », *Juridis périodique* n°126, Avril-Mai-Juin 2021, p. 143. Voir également C. TINKE TCHINDA, « La saisie de l'immeuble non

immatriculé en droit camerounais », *Juridis Périodique* n° 133, Janvier-Février-Mars 2023, p. 110.

² L. PONGO WONNYA, *Précis des voies d'exécution dans l'espace OHADA*, 1^{re} éd., HANS KELSEN, 2019, préf. du professeur EBERANDEKOLONGELE, p. 7.

³ G. COUCHEZ et D. LEBEAU, *Voies d'exécutions*, 12^{ème} éd., Sirey, 2017, p. 1., J-M. DELLECI, *La réforme des procédures civiles d'exécution. Son application aux opérations de banque*, Banque Editeur, 2^{ème} éd., Paris, 1997, p. 17.

⁴ G. GIDROL-MISTRAL, *Les biens et l'immatériel*, Journées espagnoles 2014, *Capitant*, Québec, p. 2.

⁵ R. ASSONTSA et C. TINKE, *L'immatériel et le Droit OHADA des saisies*, L'Harmattan 2017, p. 13.

⁶ M. DE MOURGUES, *Macroéconomie monétaire*, Economica, 2000, p 13.

cesse la législation y relative. La monnaie jadis bœuf, s'est faite métal, puis elle est devenue papier, puis écriture⁷, et l'évolution a continué comme l'avait prédit un auteur⁸ pour aboutir à une monnaie qui est de plus en plus gérée, stockée et échangée à travers des systèmes informatiques. On parle alors de façon générale de monnaie numérique. Contrairement à la mise sous-main de justice de la monnaie fiduciaire qui obéit à la saisie des biens meubles corporels, la saisie de la monnaie sous sa forme numérique laisse planer quelques zones d'ombre nonobstant la réforme de l'AUPSRVE.

La monnaie numérique désigne toute monnaie règlementée ou non qui existe uniquement sous forme électronique. Sont ainsi considérées comme des monnaies numériques, la monnaie scripturale, la monnaie électronique et la cryptomonnaie. La monnaie scripturale est enregistrée dans les comptes bancaires et les comptes de paiement et circule par des jeux d'écriture. La monnaie électronique désigne une valeur monétaire stockée sous une forme électronique, y compris informatique ou numérique, représentant une créance sur l'émetteur, qui est émise à la valeur nominale contre remise de fonds, aux fins d'opérations de paiement et qui est acceptée par une personne physique ou morale autre que son émetteur, sans faire intervenir de

compte bancaire dans la transaction⁹. La cryptomonnaie en ce qui la concerne est une monnaie émise sans nécessité d'une banque centrale, utilisable au moyen d'un réseau informatique décentralisé et qui utilise la cryptographie pour sécuriser les transactions¹⁰. La numérisation de la monnaie s'est d'autant plus accentuée avec la crise relativement récente liée à la covid-19, qui exigeait de procéder préférentiellement à des paiements à distance. À la résolution de ce problème pratique, ces nouvelles formes monétaires posent un problème juridique; celui de l'encadrement de leur mise sous-main de justice. Car la dématérialisation monétaire est un potentiel refuge pour les débiteurs insolubles. L'AUPSRVE initial n'accordait pas une place spécifique aux monnaies numériques. Après plus d'une vingtaine d'année, le processus de réforme dudit Acte uniforme a été initié le 16 septembre 2022 par le secrétariat permanent de l'OHADA. Ce processus a donné naissance à un nouvel AUPSRVE qui intègre partiellement les monnaies numériques.

La réglementation de l'émission et de la gestion des monnaies numériques relève de la compétence des autorités bancaires. Ainsi la monnaie scripturale et la monnaie électronique font l'objet d'une réglementation dans les sous régions CEMAC¹¹, UEMOA¹², et au plan national

⁷ J. DAUTUN, *La relève de l'or*, édition du seuil, Paris, 1966, p 15.

⁸ X. THUNIS, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, presses universitaires Namur, 1996, coll. Travaux de la faculté de droit de Namur, n° 9, p. 16.

⁹ Art. 193 du Règlement du 21 décembre 2018 relatif aux services de paiement dans la CEMAC.

¹⁰ Note d'information du GICAM sur les cryptomonnaies, mai 2022. Voir aussi article 4 de la loi n° 22/004 du 22 avril 2022 régissant la cryptomonnaie en République Centrafricaine.

¹¹ Voir Règlement du 21 décembre 2018 relatif aux services de paiement dans la CEMAC et Règlement n° 03 /16-CEMAC-UMAC-CM du 21 décembre 2016 relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement.

¹² Instruction n° 008-05-2015 du 21 mai 2015 régissant les conditions et modalités d'exercice des activités des émetteurs de monnaie électronique dans les États membres de l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA), Règlement n°15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement

notamment en RDC¹³, en République du Comores¹⁴ et en République de Guinée¹⁵. Pour ce qui est de la cryptomonnaie elle n'est réglementée et donc acceptée qu'en République Centrafricaine¹⁶ malgré la position réticente des autorités CEMAC et fait l'objet de désapprobation par les autorités de l'UEMOA et les autres États membres de l'OHADA¹⁷. Plusieurs constats sont néanmoins faits: les paiements des biens et services par monnaie électronique en zone CEMAC ont dépassé 1258 milliards de Francs CFA en 2020, contre 700 milliards de Francs CFA en 2019 soit une progression 79,71%¹⁸, en zone UEMOA, le nombre total des opérations réalisées s'élève à 5 milliards en fin décembre 2021 pour un montant total de 63 895 milliards de FCFA contre un volume total de 4 milliards d'opérations en 2020, pour une valeur de 41 455 milliards de FCFA, soit une hausse de 47% en volume et 54% en valeur¹⁹. Pour ce qui est de la cryptomonnaie, on compte 320 millions de détenteurs en 2022 dans le monde et l'Afrique est devenue la deuxième région au monde à abriter le plus grand nombre de

détenteurs de cryptomonnaie avec 53 millions de détenteurs²⁰. Il faut également noter que dans le classement des trente pays africains en termes de nombre de détenteurs de cryptomonnaies en 2022 figurent huit États membres de l'OHADA²¹.

L'usage des monnaies numériques va grandissant dans les pays membres de l'OHADA malgré la réticence des autorités monétaires et est susceptible de devenir en l'absence d'une législation encadrant leur saisie, un stratagème des débiteurs pour échapper à toute voie d'exécution. La mise en place d'une telle législation incombe au législateur de l'OHADA qui a la charge d'uniformiser les voies d'exécution dans les États membres. L'interrogation centrale est donc celle de savoir si la réforme de l'AUPSRVE garantie aux créanciers l'existence des procédures permettant d'assurer le recouvrement forcé de leurs créances par la saisie des monnaies électroniques ?

La question est d'autant plus importante car l'espace OHADA regroupe deux unions économiques et monétaires auxquelles il

dans les États membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA).

¹³ Instruction n° 24 du 11 novembre 2011 relative à l'émission de la monnaie électronique et aux établissements de monnaie électronique, Loi n° 18-019 du 9 juillet 2018 relative aux systèmes de paiement et de règlement-titres, Loi L/2013/060/CNT du 28 novembre 2013 portant réglementation bancaire.

¹⁴ Loi n° 20-005/AU du 23 juin 2020 sur les services de paiements et prestataires, le Décret n°15-026/PR du 3 mars 2015 sur les systèmes, moyens et incidents de paiements dans l'Union des Comores.

¹⁵ Décision D/2015/003/CAM du 31 mars 2015 portant émission de la monnaie électronique et établissement de monnaie électronique en République de Guinée.

¹⁶ Loi n° 22/04 du 22 avril 2022 régissant la cryptomonnaie en République Centrafricaine.

¹⁷ Voir Décision COBAC D-2022-071 du 6 mai 2022 relative à la détention, l'utilisation, l'échange et la conversion des cryptomonnaies ou cryptoactifs par les établissements assujettis à la COBAC.

¹⁸<https://www.beac.int/wp-content/uploads/2021/10/Services-de-paiement-par-la-monnaie-%C3%A9lectronique-dans-la-CEMAC-EN-2020>, disponible en pdf, consulté le 25 juin 2023 à 22 heures 25 minutes.

¹⁹ BCEAO, *Évolution des services financiers numériques dans l'UEMOA au titre de l'année 2021*, rapport annuel, Décembre 2022, p. 16.

²⁰ Agence ecofin, Classement des pays africains selon le nombre de détenteurs de cryptomonnaies en 2022 (Triple A), <https://www.agenceecofin.com/actualites/3108-100750-classement-des-pays-africains-en-termes-de-nombre-de-detenteurs-de-cryptomonnaies-en-2022-triple-a>, consulté le 17 juin 2023 à 10 heures 24 minutes.

²¹ TRIPLE A, *Cryptocurrencyownership data*, <https://triple-a.io/crypto-ownership-data/>, 2021, Consulté le 21 juin 2023 à 14 heures 05 minutes. 6^{ème} RDC, 11^{ème} Cameroun, 14^{ème} Côte d'Ivoire, 18^{ème} Togo, 19^{ème} Mali, 21^{ème} Bénin, 22^{ème} Sénégal, 23^{ème} Burkina Faso.

faut ajouter la République Démocratique du Congo, les Comores et la République de Guinée qui ont des législations tantôt semblables, tantôt différentes sur les questions de monnaie. Pour exemple la monnaie électronique est régie de façon quasi identique dans les deux Unions mais la notion de compte de monnaie électronique usitée en droit de l'UEMOA est inconnue de la législation bancaire de la CEMAC. Cette nuance peut susciter des difficultés quant 'à l'harmonisation des règles relatives à la saisie dudit compte. Il faut noter que les voies d'exécution de l'OHADA ne sont pas totalement restées en marge de la dématérialisation monétaire. La saisie des comptes bancaires y est consacrée depuis l'adoption du premier Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. La saisie de la monnaie électronique qui était implicitement mentionnée dans l'AUPSRVE²² initial est désormais expressément mentionnée comme l'atteste les articles 161 et suivants du nouveau Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Cette prise en compte bien que salutaire souffre de quelques manquements. L'analyse sera centrée sur la saisie exécution des monnaies numériques, dans la mesure où toute saisie conservatoire est une mesure temporaire qui peut aboutir soit à une main levée soit à sa conversion en une saisie exécution.

De façon générale on peut observer des avancées notables dans la réglementation de la saisie des monnaies numériques après la réforme, notamment la saisie envisagée

de la monnaie électronique (I). Mais attentes restent nombreuses (II).

I. L'avancée: La saisie de la monnaie électronique

La monnaie électronique est lancée pour la première fois en 2007 en Afrique au Kenya par l'opérateur Safaricom²³ via son service M-pesa. La première législation sur la question dans l'espace de l'OHADA est intervenue en 2002 via le Règlement n°15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine. En Afrique Centrale le premier texte sur la question date de 2005 à travers le règlement COBAC R-2005/02 du 1^{er} décembre 2005, relatif aux établissements de monnaie électronique, réaménagée par plusieurs textes communautaires qui ont suivis et dont le plus récent et le plus indicatif est le Règlement CEMAC du 21 décembre 2018 relatif aux services de paiement dans la CEMAC. Or l'AUPSRVE initial est adopté en 1998. Le législateur de l'époque n'aurait pu tenir compte de ces évolutions technologiques intervenues une dizaine d'années plus tard. Le nouvel AUPSRVE rectifie le tir en consacrant explicitement la saisie de la monnaie électronique (A), même si on déplore la limitation de la qualité de tiers saisi aux seuls établissements émetteurs de monnaie électronique (B).

A. La consécration explicite de la saisie de la monnaie électronique

La monnaie électronique est une valeur monétaire stockée sous une forme électronique, y compris informatique ou

²² Articles 153 et 161 de l'AUPSRVE.

²³ Filiale britannique de la société télécommunication Vodafone.

numérique, représentant une créance sur l'émetteur, qui est émise à la valeur nominale contre remise de fonds, aux fins d'opérations de paiement et qui est acceptée par une personne physique ou morale autre que son émetteur, sans faire intervenir de compte bancaire dans la transaction²⁴. Cette définition se retrouve dans les législations de l'espace OHADA notamment aux articles premiers de l'Instruction n° 008-05-2015 du 21 mai 2015 régissant les conditions et modalités d'exercice des activités des émetteurs de monnaie électronique dans les États membres de l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA), de l'Instruction n° 24 du 11 novembre 2011 relative à l'émission de monnaie électronique en RDC, de la Décision D/2015/003/CAM du 31 mars 2015 portant émission de monnaie électronique et établissement de monnaie électronique (EME) en République de Guinée et à l'article 2 du Décret n°15-026/PR du 3 mars 2015 sur les systèmes, moyens et incidents de paiements dans l'Union des Comores. La définition de la monnaie électronique est donc quasi identique dans les législations de l'espace OHADA. « *La monnaie électronique représente une créance sur l'émetteur* »,

c'est le point commun qui ressort de ses législations.

L'Acte uniforme initial sur les voies d'exécution ne faisait aucune mention de la monnaie électronique. Ce qui a pu faire dire à une certaine doctrine que la législation en vigueur n'avait prévu aucune procédure tendant à réaliser le droit de l'exécution forcée sur les unités de monnaie électronique détenues par un débiteur insolvable²⁵. Ce point de vue est resté discutable²⁶. On décelait en effet dans l'AUPSRVE initial des dispositions qui permettaient d'étendre implicitement la saisie-attribution des créances à la monnaie électronique. L'article 153 de ce texte disposait dans ce sens que « *tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible, peut, pour en obtenir le paiement, saisir entre les mains d'un tiers les créances de son débiteur portant sur une somme d'argent, sous réserve des dispositions particulières à la saisie des rémunérations* ». Les législations bancaires dans l'espace de l'OHADA considèrent que les fonds remis en contrepartie de l'émission de la monnaie représentent une créance du porteur sur l'émetteur²⁷. La monnaie électronique

²⁴ Article 193 du Règlement du 21 décembre 2018 relatif aux services de paiement dans la CEMAC.

²⁵ F. DONCHI DONFACK, La saisissabilité de la monnaie électronique : essai de systématisation d'une théorie au regard du droit des voies d'exécution dans l'espace CEMAC, Thèse de doctorat Université de Dschang, 2019, p. 264.

²⁶ Voir à ce sujet H.M. TCHABO SONTANG, « Le nouveau régime de la monnaie électronique dans la CEMAC », *Revue de Droit et de Jurisprudence CEMAC (RDJ-CEMAC)*, n° 03, 2nd semestre 2013, pp. 170-191.

²⁷ Voir le Règlement du 21 décembre 2018 relatif aux services de paiement dans la CEMAC et Règlement n° 03 /16-CEMAC-UMAC-CM du 21 décembre 2016 relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement, l'Instruction n° 008-05-2015 du 21 mai 2015 régissant les conditions et modalités d'exercice des activités des

émetteurs de monnaie électronique dans les États membres de l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA), Règlement n°15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), l'Instruction n° 24 du 11 novembre 2011 relative à l'émission de la monnaie électronique et aux établissements de monnaie électronique, Loi n° 18-019 du 9 juillet 2018 relative aux systèmes de paiement et de règlement-titres, Loi L/2013/060/CNT du 28 novembre 2013 portant réglementation bancaire et la Loi n° 20-005/AU du 23 juin 2020 sur les services de paiements et prestataires, le Décret n°15-026/PR du 3 mars 2015 sur les systèmes, moyens et incidents de paiements dans l'Union des Comores. Décision D/2015/003/CAM du 31 mars 2015 portant émission

entraîné par conséquent dans le champ d'application de l'article 153 de l'AUPSRVE.

Un autre élément qui confortait cette position nous était fourni à l'article 161 de l'AUPSRVE qui prévoyait que « *lorsque la saisie est pratiquée entre les mains d'un établissement bancaire ou d'un établissement financier assimilé, l'établissement est tenu de déclarer la nature du ou des comptes du débiteur ainsi que leur solde au jour de la saisie* ». L'usage de la notion d'établissement financier assimilé permettait d'étendre implicitement la qualité de tiers saisi aux établissements émetteurs de monnaie électronique²⁸ et aux prestataires de services de paiement²⁹. Ces derniers sont en effet autorisés à l'instar des établissements financiers, à octroyer des crédits même si cela se fait de façon exceptionnelle³⁰. Cette extension reste néanmoins discutable d'autant plus que l'AUPSRVE initial et même le nouvel Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ne donnent aucune définition de ce qu'ils entendent par établissement financier assimilé. L'analyse du Règlement du 21 décembre 2018 relatif aux services de paiement dans la CEMAC permet cependant de donner un contenu à la notion d'« *établissement financier assimilé* ». Si l'établissement financier est une entité agréée qui exerce après obtention d'un agrément des activités de banque et des activités connexes, l'établissement

financier assimilé est celle qui sans avoir la qualité d'établissement financier, exerce des opérations de banques. On peut ranger dans cette dernière catégorie les établissements de microfinance et les établissements de paiement.

D'ailleurs en ce qui concerne les établissements de paiements on peut relever qu'à plusieurs occasions le législateur communautaire CEMAC associe ou du moins rapproche l'établissement de paiement aux établissements financiers. On peut d'abord l'observer à l'article 6 alinéa 2 du Règlement du 21 décembre 2018 relatif aux services de paiement dans la CEMAC quand il pose que « *La réglementation relative aux conditions d'exercice et à la supervision des établissements financiers s'applique mutatis mutandis aux établissements de paiement, sauf dérogation du présent règlement et de ses textes subséquents* ». Et ensuite en ce qui concerne l'octroi du crédit à l'article 10 alinéa 2 du même Règlement lorsqu'il prévoit que « *dans la mise en œuvre des dispositions des alinéas précédents, les établissements de paiement doivent respecter les règles relatives au taux effectif global et au taux d'usure applicables aux établissements financiers* ». La saisie de la monnaie électronique n'était dès lors pas une saisie omise, mais une saisie qui pouvait aisément s'adapter aux dispositions existantes.

Le nouvel Acte uniforme sus-indiqué dissipe les doutes et prévoit désormais

de la monnaie électronique et établissement de monnaie électronique en République de Guinée.

²⁸ Lorsqu'il s'agit du droit UEMOA.

²⁹ Lorsqu'il s'agit du droit CEMAC. Parmi ces prestataires de services de paiement on retrouve les établissements de paiement.

³⁰ Article 10 alinéa 2 du Règlement du 21 décembre 2018 relatif aux services de paiement dans la CEMAC et article alinéa 5 de l'Instruction n° 008-05-2015 du 21 mai 2015 régissant les conditions et modalités d'exercice des activités des émetteurs de monnaie électronique dans les États membres de l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA).

explicitement la saisie de la monnaie électronique. Premièrement son article 1-1 consacré aux définitions reprend la définition de la monnaie électronique qui est similaire à celles des législations de l'espace OHADA. Il y figure que la *« monnaie électronique est une valeur monétaire représentant une créance sur l'établissement émetteur stockée ou incorporée sous forme électronique, émise contre remise de fond, qui peut être utilisée ou qui est acceptée pour effectuer des paiements à des personnes autres que l'émetteur, sans faire intervenir des comptes bancaires dans la transaction »*. Deuxièmement l'article 153 de l'AUPSRVE est complété et dispose que *« les créances objet d'une saisie-attribution peuvent consister en avoirs en monnaie électronique dont le débiteur peut disposer en effectuant un retrait, un paiement ou un transfert »*. Troisièmement l'article 161 est également modifié pour inclure les établissements émetteurs de la monnaie électronique. Il y est en effet prévu que *« lorsque la saisie est pratiquée entre les mains d'un établissement de crédit ou assimilé, d'un établissement de microfinance ou d'un établissement émetteur de monnaie électronique, il est tenu de déclarer la nature du ou des comptes du débiteur ainsi que leur solde au jour de la saisie. Cette déclaration porte aussi sur les avoirs en monnaie électronique »*.

C'est l'occasion de relever la controverse relative à l'obligation ou non de signifier au

débiteur un commandement préalablement à la saisie. Malgré les tergiversations de jurisprudence³¹, la doctrine fondée sur la loi française dont le législateur OHADA s'est inspiré ne fait nullement état de cette formalité, les commentateurs de l'AUPSRVE sur les voies d'exécution non plus³². Au regard du caractère extrêmement volatil des unités de monnaie électronique, l'observation de cette formalité handicaperait l'efficacité de la saisie de la monnaie électronique. Le nouvel AUPSRVE n'y fait également pas mention. C'est conscient de cette extrême volatilité des unités de monnaie électronique que le législateur envisage à l'article 162 dudit AUPSRVE que *« si le débiteur est titulaire de comptes différents, le paiement est effectué en prélevant, en priorité, soit sur les fonds disponibles à vue soit sur les avoirs en monnaie électronique à moins que le débiteur ne prescrive le paiement d'une autre manière »*.

Plus de doute donc la saisie de la monnaie électronique est désormais encadrée. Cependant la question du tiers saisi dans la procédure de saisie de la monnaie électronique soulève encore quelques débats.

B. La limitation critiquable de la qualité de tiers saisi aux établissements émetteurs de monnaie électronique

Le tiers saisi est le personnage central de la procédure de saisie-attribution. Toute confusion lors de son identification met en péril ladite procédure³³. La Cour commune

³¹ Yaoundé, cour d'appel du centre arrêt n° 398/Civ du 4 octobre 2000; RDCA n°5, octobre-novembre-décembre 2000, Ordonnance n° 65 et n° 66 du 21 octobre 1998 du juge des référés de Douala ; PTPI Douala, ordonnance de référé n° 820 du 31 mai 2000; SOPPO PRISO et autres C/SECH Holly Wood Hôtel et autres, PTPI Yaoundé, ordonnance de référé n°

71/C du 26 octobre 2000; RCDA n°5, octobre-décembre 2000, p. 193.

³² P.-G. POUYOUÉ et F. TEPPI KOLLOKO, *La saisie attribution des créances, op.cit.*, p. 33.

³³ Voir D. PIIH et F. JOEMOU PATIO, « Les obligations du banquier, tiers saisi », Vol. III-N° 09, Janvier-Mars 2023, pp. 49-76.

de Justice et d'Arbitrage (CCJA) définit le tiers saisi comme « *la personne qui détient des sommes d'argent dues au débiteur saisi en vertu d'un pouvoir propre et indépendant, même si elle les détient pour le compte d'autrui* »³⁴. L'article 1-1 du nouvel Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution inspiré par cette définition de la CCJA, va au-delà en nuancant sa définition selon qu'il s'agisse de la saisie d'une créance ou d'un bien autre qu'une créance. « *Le tiers saisi est en matière de saisie sur une créance: personne tenue, au jour de la saisie d'une obligation portant sur une créance de somme d'argent née d'un rapport de droit qui implique un pouvoir propre et indépendant à l'égard du débiteur* ». En matière de saisie sur un bien autre qu'une créance, le « *tiers saisi est une personne détenant au jour de la saisie, pour le compte du débiteur, un bien sur lequel porte la saisie* ».

Dans le cadre de la saisie de la monnaie électronique l'établissement émetteur de monnaie électronique est en effet débiteur des sommes remises en contrepartie de l'émission de la monnaie électronique. L'article 157 alinéa 2 du nouvel Acte uniforme prévoit que « *lorsque la saisie porte sur un avoir en monnaie électronique, l'acte est signifié à l'établissement émetteur* ». En vertu de la jurisprudence des

gares principales³⁵, toute signification d'acte de saisie faite à une agence dudit établissement est valable.

Il faut rappeler que contrairement aux établissements de crédit et aux établissements de microfinance qui par leur agrément détiennent un monopole sur l'activité bancaire³⁶, la possibilité est offerte aux prestataires de services de paiement et aux établissements émetteurs de monnaie électronique de recourir aux services d'un distributeur ou d'un sous-distributeur. Le distributeur ou sous-distributeur est en droit de la CEMAC toute personne physique ou morale proposant des services de paiement à sa clientèle, au nom et pour le compte d'un ou plusieurs prestataires de service de paiement agréé³⁷. Le droit UEMOA insiste sur la qualité de commerçant du distributeur en exigeant que ce dernier soit inscrit au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier³⁸. La Décision D/2015/003/CAM du 31 mars 2015 portant émission de monnaie électronique et établissement de monnaie électronique (EME) en République de Guinée parle quant 'à elle « *d'établissement distributeur de monnaie électronique* », qu'elle définit comme une entreprise, commerçant ou prestataire de services offrant, en exécution d'un contrat conclu avec un établissement de monnaie

³⁴CCJA, 27 Janvier 2005, n° 009/2005, précité, Recueil de jurisprudence CCJA n° 5, vol. 1, p. 7 ; voir dans le même sens : CCJA, 30 janvier 2014, n° 003/2014 (N° Lexbase : A7015WQU), Recueil de jurisprudence CCJA, n° 21 janvier - juin 2014, vol. 1, p. 195 ; CCJA, 25 avril 2014, n° 062/2014 (N° Lexbase : A8359WQN), Recueil de jurisprudence CCJA, n° 21, p. 246 ; CCJA, 25 avril 2014, n° 071/2014 (N° Lexbase : A8368WQY), Recueil de jurisprudence CCJA n° 21, p. 252.

³⁵ La jurisprudence des gares principales a pour origine un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation française du 15 avril 1893.

³⁶ L'Article 24 de l'annexe à la Convention du 17 janvier 1992 portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les États de l'Afrique Centrale dispose qu'il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit effectuer des opérations de banque à titre habituel.

³⁷ Article 2 du Règlement du 21 décembre 2018 relatif aux services de paiement dans la CEMAC.

³⁸ Article premier de l'Instruction n° 008-05-2015 du 21 mai 2015 régissant les conditions et modalités d'exercice des activités des émetteurs de monnaie électronique dans les États membres de l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA).

électronique, un service de chargement, de rechargement ou d'encaissement de monnaie électronique en faveur des Agents³⁹. Un agent étant une personne recrutée par un EME⁴⁰ ou un distributeur de monnaie électronique en vue de constituer un réseau de distribution et qui, dans les limites du contrat les liant, effectue des opérations de distribution de monnaie électronique. La législation congolaise dissocie quant à elle l'émission de la monnaie électronique de la distribution de la monnaie électronique et seules les personnes morales sont habilitées à effectuer des services de chargement, de rechargement ou d'encaissement de monnaie électronique⁴¹, qui constituent des opérations de distribution de monnaie électronique.

Les distributeurs, les sous distributeurs et les agents sont des partenaires commerciaux des établissements émetteurs de monnaie électronique. La question se pose de savoir si l'acte de saisie signifie à un agent, un distributeur ou un sous distributeur est valable au regard de leur lien avec l'établissement émetteur de monnaie électronique. La réponse serait négative si on s'en tient à l'interprétation stricte du nouvel Acte uniforme et à la définition du tiers saisi retenue par la CCJA. En effet, le distributeur ou le sous distributeur n'est pas le débiteur des sommes remises en contrepartie de l'émission de la monnaie électronique. Mais au regard de leur proximité avec les

clients et du lien juridique entre ces acteurs et l'établissement émetteur de monnaie électronique, le législateur aurait pu les assimiler à des agences des établissements émetteurs de monnaie électronique. Car comme les agences, ces derniers effectuent des opérations de gestion et de distribution de la monnaie électronique au nom et pour le compte des établissements émetteurs de monnaie électronique. Bien plus le distributeur ou le sous distributeur est lié à l'établissement émetteur de monnaie électronique par un contrat de mandat⁴², l'Agent quant lui est lié par un contrat de travail à l'émetteur de monnaie électronique. Le distributeur, le sous distributeur, l'Agent et l'établissement distributeur de monnaie électronique représentent dès lors l'émetteur de monnaie électronique auprès des clients. Il serait donc logique qu'ils puissent recevoir des actes de procédure pour le compte de leur mandant ou employeur au moins pour transmission. Le législateur aurait ainsi facilité la mesure d'exécution au créancier face à cette multiplication des représentants de l'établissement de monnaie électronique⁴³.

La saisie de la monnaie électronique jouit désormais d'un régime adapté nonobstant ce manquement. Mais le chantier de la réglementation de la saisie des monnaies numériques ne se limite pas à la seule monnaie électronique.

³⁹ Article premier de la Décision D/2015/003/CAM du 31 mars 2015 portant émission de monnaie électronique et établissement de monnaie électronique (EME) en République de Guinée.

⁴⁰ Etablissement de Monnaie Electronique.

⁴¹ Article premier de l'instruction n°24 du 11 novembre 2011 relative à l'émission de monnaie électronique et aux établissements de monnaie électronique en RDC.

⁴² Voir articles 63 alinéas 3 et 4 du Règlement du 21 décembre 2018 relatif aux services de paiement dans la CEMAC, article 17 de l'Instruction n° 008-05-2015 du 21 mai 2015 régissant les conditions et modalités d'exercice des activités des émetteurs de monnaie électronique dans les États membres de l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA).

⁴³ Qui est le véritable tiers saisi.

II. Les attentes relatives à la saisie des monnaies numériques

L'appréhension de la monnaie électronique par les voies exécution de l'OHADA est louable au regard de l'usage sans cesse grandissant de ladite monnaie. Néanmoins le législateur OHADA n'a pas visé toutes les monnaies numériques. Aussi bien l'AUPSRVE initial que le nouvel Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ne fait mention du compte de paiement. Concernant les crypto actifs, le législateur OHADA semble malheureusement avoir suivi ses homologues de la CEMAC et de l'UEMOA dans leur logique de désapprobation. Les comptes de paiement et les cryptomonnaies ne sont pour autant pas des paradis des voies d'exécution en l'absence de cadre juridique relatif à leur mise sous-main de justice. Au regard de la nature du compte de paiement et de ses modalités de fonctionnement, les procédures prévues pour la saisie des créances pourraient s'y étendre (A). Concernant les cryptomonnaies, leur saisie est également possible nonobstant les difficultés pratiques (B).

A. La saisie du compte de paiement: L'adaptabilité face au vide juridique

Dans l'espace OHADA la notion de « *compte de paiement* » se retrouve uniquement dans la législation communautaire CEMAC. Le législateur CEMAC a abandonné l'expression

d'établissements de monnaie électronique⁴⁴ pour l'expression plus large de prestataires de services de paiement. Ce sont ces derniers qui sont habilités à ouvrir des comptes de paiement. Le compte de paiement est un compte détenu au nom d'un ou plusieurs clients, dans les livres d'un prestataire de services de paiement, aux fins de l'exécution d'opérations de paiement à l'exception des celles liées aux moyens de paiements et services liés à la transmission de fonds, ne faisant pas intervenir de compte soit du payeur, soit du bénéficiaire ou des deux et les services d'émission et de gestion de la monnaie électronique⁴⁵. Le compte de paiement n'est donc pas une variante du compte de monnaie électronique puisqu'il est formellement exclu l'émission et la gestion de la monnaie électronique via les comptes de paiement⁴⁶. Si le compte de paiement ne peut être le support de la monnaie électronique on conclut qu'il héberge de la monnaie scripturale. Le fait que le législateur ait choisi l'expression « établissement émetteur de monnaie électronique » dans le nouvel Acte uniforme peut paraître réducteur car seuls les prestataires de services de paiement sont habilités à ouvrir des comptes de paiement. Le prestataire de service de paiement n'étant pas nécessairement un établissement émetteur de monnaie électronique.

La consécration du compte de paiement en droit communautaire CEMAC est une inspiration française⁴⁷ qui elle-même est le fruit d'une directive européenne⁴⁸. Le

⁴⁴ Jadis régis par le Règlement COBAC R-2005/02 du 1^{er} décembre 2005 relatif aux établissements de monnaie électronique.

⁴⁵ Article 2 du Règlement du 21 décembre 2018 relatif aux services de paiement dans la CEMAC.

⁴⁶ Article 3 du Règlement du 21 décembre 2018 relatif aux services de paiement dans la CEMAC.

⁴⁷ Article L. 314. 1 du Code monétaire et financier, dernière modification: 2020-12-24, édition : 2020-12-26.

⁴⁸ Directive 201/92/UE comparabilité et transparence des frais et des règles liées aux comptes de paiement et aux changements de compte.

compte de paiement bien que comportant la monnaie scripturale, présente la particularité d'exister sans nécessité d'ouverture d'un compte bancaire. La distinction entre le compte de monnaie électronique et le compte de paiement n'est pas aisée dans la pratique. C'est certainement cette difficulté qui a conduit le législateur UEMOA à ne pas retenir ce dispositif. Les fonds remis au prestataire de services de paiement doivent être utilisés exclusivement à des fins de paiement et la monnaie scripturale chargée dans un compte de paiement reste la propriété exclusive du porteur mais demeure une créance sur le prestataire de service de paiement. L'exemple type de compte de paiement est la carte prépayée. L'instrument étant détenu par le porteur qui l'introduit dans les distributeurs automatiques de billet ou des terminaux de paiement électronique pour effectuer des paiements. La carte prépayée est liée à un compte de monnaie électronique ou un compte bancaire le prestataire de service de paiement étant débiteur des fonds préalablement remis.

La monnaie scripturale qui est contenue dans un compte de paiement est donc saisissable par la voie d'une saisie-attribution avec pour tiers saisie le prestataire de service de paiement. Pour ce qui concerne les cryptomonnaies on peut

nourrir une inquiétude sur leur saisissabilité en raison de l'absence de cadre légal⁴⁹.

B. La saisie des cryptomonnaies: Une possibilité face aux difficultés surmontables

Le droit commun de l'exécution forcée prend source dans deux articles emblématiques du code civil applicable au Cameroun; les articles 2092 et 2093, auxquels il faut adjoindre l'article 50 alinéa 1 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution. L'article 2092 du code civil dispose que « *quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir* »; l'article 2093 quant' à lui ajoute que: « *les biens du débiteur constituent le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* » et l'alinéa 1 de l'article 50 de l'AUPSRVE prévoit enfin que « *les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur alors même qu'ils seraient détenus par des tiers, sauf s'ils ont été déclarés insaisissables* ». À la lecture de ces articles on comprend aisément que les biens du débiteur peu importe leur nature peuvent servir pour désintéresser ses créanciers sauf pour ceux-ci d'avoir été expressément déclarés insaisissables⁵⁰. La

⁴⁹ A. LAURENT et V. MONVOISIN, « Les nouvelles monnaies numériques : au-delà de la dématérialisation de la monnaie et de la contestation des banques », *Revue de la régulation*, 2^{ème} Semestre, AUTUMN 2015, <https://journals.openedition.org/regulation/11524>, consulté le 23 juin 2023 à 10 heures 20 minutes.

⁵⁰ L'article 51 de l'AUPSRVE prévoit que sont insaisissables :

« 1) les provisions alimentaires adjugées par décision de justice ;
2) les biens déclarés indisponibles par la loi nationale des États parties ;

3) les sommes et objets disponibles, déclarés inaliénables par le testateur ou le donateur, lorsque la saisie est poursuivie par les créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs, sauf autorisation du juge et pour la portion qu'il détermine ;

4) les biens que la loi rend incessibles, à moins qu'il n'en soit disposé autrement;

5) les provisions, sommes et pensions à caractère alimentaire, sauf pour le paiement des aliments déjà fournis par le saisissant à la partie saisie ;

6) les biens mobiliers nécessaires à la vie du débiteur et de sa famille ;

mise sous-main de justice des cryptomonnaies est certes entravée par des obstacles d'ordre mais elles sont loin d'être insaisissables. Les difficultés de saisie des cryptomonnaies tiennent essentiellement dans l'absence d'encadrement juridique de ladite monnaie. Ces difficultés conduisent à recourir à l'exemple français qui présente des solutions plutôt satisfaisantes.

La cryptomonnaie⁵¹ tire ses origines de la philosophie libertarienne ou anarcho-capitaliste, très hostile à l'intervention de l'État⁵² née dans les années 1971. Elle a ensuite évolué au courant de la décennie qui a suivie, sans toutefois donner lieu à un phénomène d'envergure mondiale. En 1995, David CHAUM crée le DIGICASH, forme précoce de paiement électronique cryptographique qui a besoin d'un logiciel utilisateur et des clés cryptées spécifiques pour les transactions. En 1998, Nick SZABO crée le Bit Gold souvent qualifié de précurseur direct du Bitcoin mais n'a pas pu résoudre le problème de double dépense sans passer par une autorité centrale⁵³. Ce n'est qu'une décennie plus tard, lorsqu'une mystérieuse personne répondant au pseudonyme de « SATOSHI NAKAMOTO » publie un livret blanc appelé *Bitcoin – A Peer to Peer Electronic Cash System*, que l'histoire du Bitcoin et des cryptomonnaies qui en découleront commence.

Il n'existe aucune autre réglementation des cryptomonnaies dans l'espace OHADA en dehors de la loi n° 22/004 du 22 avril 2022 régissant la cryptomonnaie en République Centrafricaine. La Banque Centrale du Congo a plusieurs fois alerté le public congolais sur le fait que les crypto monnaies, Bitcoins et les autres monnaies virtuelles proposées sur des plateformes électroniques ne sont ni réglementés ni autorisés à opérer en République Démocratique du Congo⁵⁴. Les autorités de la CEMAC et de l'UEMOA ont également marqué leur désapprobation relativement aux cryptomonnaies. Quant' aux autorités guinéennes et comoriennes, elles sont restées muettes sur la question. Ce vide juridique n'a pas empêché la prolifération des cryptomonnaies dans l'espace OHADA.

Les monnaies fiduciaire, scripturale et électronique sont convertibles en cryptomonnaie et vice versa sur de nombreuses plateformes. Les plus connues sont Coinbase Exchange, BinanceExchange, Coinmama Exchange. L'usage des cryptomonnaies est en évolution dans l'espace OHADA car les cryptomonnaies permettent d'offrir notamment un service plus rapide dans les transactions, des coûts de transactions beaucoup plus bas que ceux pratiqués par les banques classiques et une plus grande inclusion financière⁵⁵. Des raisons qui ont

7) les biens mobiliers nécessaires à l'exercice de l'activité professionnelle du saisi, si ce n'est pour paiement de leur prix, sauf si ces biens se trouvent dans un lieu autre que celui où le saisi demeure ou travaille habituellement, ou s'ils constituent des éléments corporels d'un fonds de commerce ou s'il s'agit de biens de valeur ;

8) les objets indispensables aux personnes en situation de handicap ou destinés aux soins des personnes malades ;

9) les avoirs des banques ainsi que ceux des autres établissements financiers ou de crédit, de microfinance ou de paiement sous forme de dépôts dans les comptes des banques centrales ;

10) les biens et droits déclarés insaisissables par les États parties.

⁵¹ Dite également cryptoactif, cryptodevise, monnaie cryptographique ou encore cybermonnaie

⁵² MINFI, *Cryptomonnaies*, Document de travail du Ministère des finances du Cameroun, division de la prévision, p. 3.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Site du Ministère du Numérique Congolais.

⁵⁵ W. GAORANGWANGKARI, « Regard sur la Loi n° 22/004 du 22 avril 2022 régissant la cryptomonnaie

certainement motivé le législateur Centrafricain. Mais on constate que le législateur OHADA a suivi ses homologues CEMAC, UEMOA, comorien et congolais dans la désapprobation des cryptomonnaies. Cette situation crée une insécurité juridique. Car bien que très spéculative, un débiteur pourrait transformer tout ou parties de ses biens en cryptomonnaies avec une facilité déconcertante d'autant plus que les plateformes de cryptomonnaies pullulent en ligne. Aucune voie d'exécution n'étant aménagée avec pour objectif de mettre sous-main de justice les cryptomonnaies, on pourrait conclure que les cryptomonnaies sont des paradis des voies d'exécution dans l'espace OHADA. Une conclusion qui est d'autant plus soutenable car les entreprises émettrices de cryptomonnaies ne sont pas créancières des fonds reçus en contrepartie de la cryptomonnaie. La saisie des cryptomonnaies ne demeure pas pour autant improbable.

En matière d'encadrement des cryptomonnaies la France nous apporte quelques réponses intéressantes. La Banque de France, qui ne dispose pas d'un pouvoir législatif, différencie les cryptomonnaies des titres de reconnaissance de dette et les de la monnaie traditionnelle. Elle les reconnaît sous la définition de « *tout instrument contenant sous forme numérique des unités de valeur non*

monétaire pouvant être conservées ou être transférées dans le but d'acquérir un bien ou un service, mais ne représentant pas de créance sur l'émetteur »⁵⁶. La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises met en place un cadre juridique pour l'émission de jetons et les prestataires et services sur actifs numériques. Cette réforme salubre ne donne néanmoins aucune indication sur la mise sous mains de justice des crypto actifs. L'article L. 54-10-1 de ladite loi définit la cryptomonnaie comme « *toute représentation numérique d'une valeur qui n'est pas émise ou garantie par une banque centrale ou par une autorité publique, qui n'est pas nécessairement attachée à une monnaie ayant cours légal et qui ne possède pas le statut juridique d'une monnaie, mais qui est acceptée par des personnes physiques ou morales comme un moyen d'échange et qui peut être transférée, stockée ou échangée électroniquement* ».

La France reconnaissait les crypto actifs de façon implicite bien avant. Tout d'abord l'administration fiscale a dès 2014 soumis les gains en bitcoins à l'impôt et le Conseil d'État, le 26 avril 2018, en a requalifié la fiscalité des gains (BNC⁵⁷ et non plus BIC⁵⁸). Cette décision a eu l'intérêt de donner une première qualification juridique, que tout le monde présentait, à savoir qu'une cryptomonnaie telle que le bitcoin est un bien meuble incorporel⁵⁹. La

en République Centrafricaine », *ATDA* n° 14, Septembre 2022, <https://www.legiafrica.com/subscription/publication/49336-regard-sur-la-loi-n-22-004-du-22-avril-2022-regissant-la-cryptomonnaie-en-republique-centrafricaine?searchword=monnaie%20%C3%A9lectronique>, consulté le 14 juin 2023 à 7 heures 30 minutes.

⁵⁶ Banque de France, L'émergence du bitcoin et autres crypto-actifs : enjeux, risques et perspectives, Focus n° 16, [https://publications.banque-](https://publications.banque-france.fr/lemergence-du-bitcoin-et-autres-crypto-actifs-enjeux-risques-et-perspectives)

[france.fr/lemergence-du-bitcoin-et-autres-crypto-actifs-enjeux-risques-et-perspectives](https://publications.banque-france.fr/lemergence-du-bitcoin-et-autres-crypto-actifs-enjeux-risques-et-perspectives), consulté le 23 juillet 2023 à 12 heures 45 minutes.

⁵⁷ Bénéfices Non Commerciaux.

⁵⁸ Bénéfices Industriels et Commerciaux.

⁵⁹ LEROI ET ASSOCIES (Huissiers de Justice), Saisie de bitcoin : est-il possible de saisir des cryptomonnaies ?, <https://leroi-associes.com/blog-saisie-de-bitcoin/>, consulté le 22 juin 2023 à 19 heures 14 minutes.

qualification d'un bien est la première étape nécessaire qui permettra d'identifier la voie d'exécution indiquée pour sa mise sous mains de justice. Le Tribunal de commerce de Nanterre dans une espèce est allé plus loin en établissant que le bitcoin est une chose fongible et consommable⁶⁰.

Les supports de conservation des cryptomonnaies déterminent eux aussi le choix de la procédure d'exécution. En effet, le détenteur de cryptomonnaies peut décider de les conserver par le biais d'une plateforme (*hot wallet*) ou bien hors ligne (*cold wallet* ou *cold storage*- stockage à froid), en utilisant un dispositif électronique de la taille d'une clef USB dédiée et conçue à cet effet. Il peut également choisir des supports tels que les smartphones avec applications mobiles dédiées, de simples disques durs ou le très traditionnel papier (Impression de la combinaison constituant la clé de chiffrement)⁶¹. On est dans cette seconde hypothèse face à une situation inédite d'une saisie d'un bien incorporel, matérialisé par un bien meuble corporel⁶². Si les cryptomonnaies sont conservées sur une plateforme la procédure de saisie consistera à les rendre indisponibles entre le tiers gestionnaire de la plateforme et de dénoncer par la suite cette saisie au débiteur. La saisie-attribution n'est pour autant pas possible car les plateformes ne sont pas débitrices des cryptomonnaies ne sauraient être des tiers saisis. La saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières

semble être indiquée car elle est effectuée soit auprès de la société ou de la personne morale émettrice, soit auprès du mandataire chargé de conserver ou de gérer les titres⁶³.

Mais cette procédure peut s'avérer complexe si le cryptoactif est conservé sur une plateforme étrangère, d'où la nécessité d'un cadre juridique régissant les activités des émetteurs de cryptoactifs et un élargissement explicite du champ de la saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières aux cryptomonnaies. Concernant la saisie des cryptomonnaies contenues sur un support physique hors ligne, la saisie vente entre les mains du débiteur pourrait être appliquée. La difficulté sera l'obtention des codes d'accès auprès du débiteur. L'application de ces mesures reste fortement à un ajustement de l'AUPSRVE actuel dans le sens d'inclure les cryptomonnaies.

CONCLUSION

Le but premier des voies d'exécution est de mettre à la disposition des opérateurs économiques des moyens leur permettant de rentrer en possession de ses droits en cas de crise de confiance avec son partenaire économique. L'affirmation du droit de l'exécution implique de la part du législateur la prise de mesures à même de le rendre effectif⁶⁴. Le législateur doit prévoir de ce fait des mécanismes et moyens

⁶⁰ Tribunal de commerce de Nanterre, 6^{ème} chambre, 26 février 2020, n°2018F00466.

⁶¹ A. GERMAIN-ALAMARTINE, Peut-on saisir les crypto monnaies appartenant à un débiteur ?, <https://www.axiojuris.com/articles/peut-on-saisir-les-crypto-monnaies-appartenant-a-un-débiteur-3225.htm>, consulté le 17 mai 2023.

⁶² P. RENELIER, Peut-on saisir des cryptomonnaies dans une procédure de recouvrement ?,

Finyear, https://www.finyear.com/Peut-on-saisir-des-cryptomonnaies-dans-une-procédure-recouvrement_a48255.html, consulté le 22 juillet 2023 à 15 heures 23 minutes.

⁶³ Article 236 de l'AUPSRVE.

⁶⁴ HOUNDARA KAOSSIRI (L.), *Les voies d'exécution OHADA et les droits fondamentaux*, Revue Juridique et Politique en Afrique (RJPA), vol n°2 /2024, numéro septembre 2024, p. 7.

destinés à assurer l'effectivité de ce droit. La question de la saisie des monnaies numériques a été posée au cours de la réforme de l'AUPSVE, mais le législateur est resté parcellaire. La saisie de la monnaie électronique est effective dans l'espace OHADA. Concernant le compte de paiement et les cryptomonnaies, les solutions sont divergentes. Nonobstant le vide juridique, les procédures de saisie des créances peuvent être appliquées au compte de paiement au regard de sa nature et son mode de fonctionnement avec pour tiers saisi le prestataire de service de paiement.

La mise sous-main de justice des cryptomonnaies appelle quant 'à elle à plusieurs réformes. Si les crypto actifs détenus dans un support physique par le débiteur peuvent être saisis par la procédure de saisie vente, ceux détenus par contre sur des plateformes numériques échappent aux voies d'exécution actuelles. La saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières se présente comme adaptée à ce type d'actif mais un élargissement du champ de ladite saisie s'avère nécessaire pour une prise en compte explicite des cryptoactifs détenus sur une plateforme numérique.

En somme, il apparaît justifié d'affirmer, à l'instar d'une doctrine autorisée, que « *le paradigme du droit du travail* » n'est plus un modèle imperturbable mais apparaît désormais un projet en constante évolution, que l'on peut construire, mais aussi déconstruire en fonction des contingences⁶⁵. Dans la dynamique actuelle, le libéralisme économique reprend ses droits et se rend alors plus visible à travers sa forte influence sur la réglementation du travail. Le constat est

fait : « *l'économie semble prendre le pas sur le social* »⁶⁶.

⁶⁵ Voir G. E. NONNOU, « Entre consolidation du marché et dérégulation : les équivoques d'une réforme

du droit du travail au Bénin », op. cit., p. 13.

⁶⁶ Ch. DAGBEDJI, op ; cit., p. 11.

LEGISLATION

REPUBLIQUE DU CAMEROUN

Paix – Travail – Patrie

REPUBLIC OF CAMEROON

Peace – Work – Fatherland

LOI-CADRE N° 2011/012 DU 6 MAI 2011 PORTANT PROTECTION DU CONSOMMATEUR AU CAMEROUN

L'Assemblée Nationale a délibéré et adopté,
Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Chapitre I : Des dispositions générales

Article 1^{er} :

- (1) La présente loi fixe le cadre général de la protection du consommateur.
- (2) Elle s'applique à toutes les transactions relatives à la fourniture, la distribution, la vente, l'échange de technologies, de biens et de services portant sur la protection du consommateur.
- (3) Les transactions visées à l'alinéa 2 ci-dessus, concernent notamment les secteurs de la santé, la pharmacie, l'alimentation, l'eau, l'habitat, l'éducation, les services financiers, bancaires, le transport, l'énergie et les communications.

Article 2 : Au sens de la présente loi et des textes d'application, les définitions suivantes sont admises :

- **Consommateur** : toute personne qui utilise des produits pour satisfaire ses propres besoins et ceux des personnes à sa charge et non pour les revendre, transformer ou les utiliser dans le cadre de sa profession, ou toute personne qui bénéficie des prestations de service ;
- **Pratique commerciale restrictive** : Toute pratique commerciale qui exige du consommateur d'acheter, de louer ou de se procurer toute technologie, bien ou service comme une condition ou un préalable pour acheter, louer ou se procurer toute technologie, bien ou service comme une condition ou un préalable pour acheter, louer ou se procurer toute autre technologie, bien ou service ;
- **Pratique commerciale inéquitable** : toute pratique commerciale qui, dans le cadre de la promotion de la vente, de l'utilisation ou de la fourniture d'un bien, d'un service ou d'une technologie, adopte une méthodologie, y compris la déclaration orale, écrite ou la représentation visuelle, qui porte atteinte à l'équité dans une transaction ;
- **Clause abusive** : toute clause qui est ou qui semble être imposée au consommateur par un fournisseur ou prestataire de service qui a une supériorité économique sur le consommateur, donnant au premier un avantage injuste, déraisonnable ou excessif sur le second ;

- **Contrat de consommation** : un contrat autre que le contrat de location ou de l'emploi, établi entre un consommateur et un fournisseur de bien ou un prestataire de service, pour la vente, la fourniture d'un bien d'une technologie ou d'une prestation de service.

Chapitre II : **Des principes de la protection du consommateur**

Article 3 : La politique nationale de protection des consommateurs s'inspire, dans le cadre des traités, lois et règlements en vigueur notamment des principes suivants :

- a) Le principe de protection selon lequel les consommateurs ont droit à la protection de la vie, de la santé, de la sécurité et de l'environnement dans la consommation des technologies, biens ou services ;
- b) Le principe de satisfaction selon lequel les consommateurs ont droit à la satisfaction des besoins élémentaires ou essentiels dans les domaines de la santé, de l'alimentation, de l'eau, de l'habitat, de l'éducation, de l'énergie, du transport, des communications et tout autre domaine technologies, des biens et services ;
- c) Le principe d'équité selon lequel les consommateurs ont droit à la réparation complète des torts pour les dommages subis et qui, au terme des dispositions de la présente loi ou d'autres règlements en vigueur, sont imputables aux fournisseurs ou prestataires ;
- d) Le principe de participation selon lequel les consommateurs ont le droit et la liberté de former des associations ou organisations de consommateurs bénévoles, autonomes et indépendantes afin de réaliser ou participer à la promotion et à la défense des droits visés par la présente loi.

Chapitre III : **De la protection économique et technologique du consommateur**

Article 4 : Les pratiques commerciales inéquitables, restrictives ou anticoncurrentielles, ainsi que les clauses abusives des contrats et de consommation, doivent être réglementés et contrôlés et, autant que faire se peut, interdits dans tous les contrats et transactions auxquels la présente loi s'applique.

Article 5 :

- (1) Sont nulles, les clauses contractuelles qui :
 - Exonèrent, excluent, réduisent ou limitent la responsabilité des fournisseurs ou des prestataires de services pour les défauts, déficiences ou inéquations de toutes sortes dans la technologie, le bien fourni ou le service rendu ;
 - Impliquent la perte des droits et libertés garantis au consommateur ou en limitent l'exercice ;
 - Créent des termes ou conditions contractuels injustes, déraisonnables, inéquitables, répressifs ou qui retournent à la responsabilité du consommateur des défauts, les déficiences ou inadéquations non immédiatement apparents ;
 - Imposent une clause d'arbitrage unilatérale.
- (2) Les clauses contractuelles mentionnées à l'alinéa 1 ci-dessus peuvent être d'office déclarées nulles par la juridiction compétente.

Article 6 :

- (1) Les accords-standards ou contrats d'adhésion doivent être rédigés en français et en anglais en caractères visibles et lisibles à première vue par toute personne ayant une vue normale. Ils doivent être réglementés et contrôlés pour assurer une protection légitime au consommateur.
- (2) Les accords ou contrats visés à l'alinéa 1 ci-dessus doivent en outre contenir des termes clairs et compréhensibles pour le grand public, sans faire référence à d'autres contrats, règles, pratiques, textes et documents non connus du public ou non mis à sa disposition avant ou pendant l'exécution desdits contrats.
- (3) Les parties à un accord ou contrat reçoivent et conservent chacune un exemplaire des textes ou documents contenant ou prouvant la transaction.

Article 7 : Le consommateur a le droit de se rétracter dans un délai ne pouvant excéder quatorze (14) jours à compter de la date de signature ou d'exécution d'un contrat, de réception d'une technologie, d'un bien ou d'un service lorsque le contrat a été conclu, indépendamment du lieu, à l'initiale du fournisseur, du vendeur ou de ses employés, agents ou serviteurs.

Article 8 :

- (1) Les pratiques commerciales restrictives et inéquitables qui peuvent avoir des effets négatifs sur les droits du consommateur, notamment les ententes, les fusions, les abus de position dominante, le partage du marché, la publicité erronée, mensongère ou abusive, sont strictement interdites.
- (2) Les pratiques d'une entreprise ou d'une société qui limitent ou sont susceptibles de limiter l'accès d'un concurrent au marché sont interdites.

Article 9 : S'agissant de l'octroi des crédits au consommateur pour la fourniture de technologies, de biens et services, le fournisseur ou prestataire est tenu d'informer le consommateur par écrit sur le prix comptant, le montant de l'intérêt, le taux annuel à partir duquel cet intérêt est calculé, le taux d'intérêt sur les arriérés, le nombre de traite payables, la fréquence et la périodicité de ces traites et le montant total à payer.

Article 10 :

- (1) Le vendeur, le fournisseur ou prestataire d'une technologie doit fournir ou livrer au consommateur un produit, une technologie, un bien ou un service qui satisfait les exigences minimales de durabilité, d'utilisation et de fiabilité et qui assure sa satisfaction légitime.
- (2) La technologie, le bien ou le service fourni livré doit être accompagné d'un manuel, d'un reçu ou de tout autre document contenant, entre autres, des informations relatives aux caractéristiques techniques, au mode de fonctionnement, à l'utilisation et à la garantie.
- (3) Pour les transactions concernant les biens durables, un service après vente doit obligatoirement être assuré au consommateur.

Article 11 : Lorsque les biens vendus au consommateur sont défectueux, d'occasion, reconditionnés ou réparés, il doit en être expressément fait mention, clairement et distinctement sur les factures, reçus, quittances ou pièces comptables.

Article 12 :

- (1) La vente ou l'acquisition d'une technologie, d'un bien ou d'un service conditionnés à l'achat d'une autre technologie, bien ou service par le même consommateur sont interdites et doivent être réprimées.
- (2) Le consommateur ne doit pas être privé de la possibilité d'acquérir une technologie, un bien ou service à moins qu'il n'en soit exclu par un texte particulier.

Article 13 : Chaque fournisseur ou prestataire d'une technologie, d'un bien ou d'un service doit fournir au consommateur, en français et en anglais, une information juste, suffisante, claire et lisible concernant les biens et services offerts afin de lui permettre de faire des choix adéquats et raisonnables avant la conclusion d'un contrat.

Article 14 : Toute publicité destinée au consommateur doit se conformer à la législation et à la réglementation en vigueur en matière de publicité des prix et des conditions de vente.

Chapitre IV :

De la sécurité physique et de la protection de l'environnement

Article 15 : Les autorités compétentes et groupes de consommateurs doivent créer et renforcer des cadres institutionnels appropriés afin de s'assurer que les activités se rapportant à la gestion, la collecte et l'évacuation des déchets dangereux ou toxiques, la gestion de l'eau et le traitement des eaux usées sont conformes à la législation et à la réglementation en vigueur en matière de protection de l'environnement.

Article 16 :

- (1) Toute technologie ou tout bien produit localement ou importé, doit être inspecté, testé et mesuré par les administrations compétentes, afin de s'assurer qu'il est propre à la consommation et qu'il respecte les normes nationales et internationales sur l'environnement, la santé et la sécurité.
- (2) La vente d'une technologie ou d'un bien n'ayant pas préalablement satisfait aux normes nationales sur l'environnement, la santé et la sécurité est interdite.
- (3) Toute technologie ou tout produit constituant un danger potentiel doit, dès constatation de cet état, être immédiatement retiré de la vente et renvoyé au test, aux frais du fournisseur ou vendeur, sans préjudice des autres sanctions prévues par la législation et la réglementation en vigueur.

Article 17 : Les normes relatives aux produits alimentaires, pharmaceutiques et aux médicaments doivent être obligatoires et conformes à celles fixées par les organisations internationales compétentes et couvrir la sécurité chimique et biologique.

Article 18 : Tout bien de consommation ou tout service dangereux pour la santé humaine, animale ou pour l'environnement doit être accompagné d'un manuel d'instructions, en français et en anglais, comprenant des avertissements facilement visibles afin de permettre une utilisation normale dans les conditions de sécurité maximale.

Article 19 :

- (1) La vente des produits alimentaires non emballés, à l'exception des produits du cru, est interdite.

(2) L'emballage de tout produit vendu doit être conforme à la norme sur l'étiquetage des denrées alimentaires préemballées au Cameroun.

Article 20 : L'octroi des brevet, marques déposées, droits d'auteur, marques de service, autorisations, permis ou tout autre document délivré par les administrations compétentes aux producteurs ou fournisseurs de biens, de technologies ou de services n'exempte en aucun cas, les bénéficiaires de la responsabilité pour le dommage effectivement causé aux consommateurs et qui leur est imputable ou à d'autres intervenants, dans la chaîne de distribution de biens dangereux.

Chapitre V : **De l'éducation et de la participation du consommateur** **à la prise de décision**

Article 21 : Les consommateurs ont le droit et la liberté de former des associations ou organisations de consommateurs bénévoles, autonomes et indépendantes ayant un champ et des zones d'intervention bien définis. Ils peuvent participer aux structures de prise de décision au niveau de l'Etat.

Article 22 : Les associations des consommateurs sont des regroupements apolitiques et à but non lucratif. Dans le cadre de leurs activités, elles doivent s'abstenir :

- De promouvoir des activités commerciales et/ou politiques ;
- D'insérer des publicités commerciales dans leurs publications ;
- De faire une exploitation commerciale sélective des informations et conseils destinés aux consommateurs.

Article 23 : Les objectifs des associations de consommateurs sont, entre autres :

- La promotion et la protection des intérêts du consommateur ;
- La représentation des intérêts individuels ou collectifs des consommateurs auprès de l'Etat ou des fournisseurs et prestataires des secteurs publics et privé ;
- La collecte, le traitement des informations objectives sur les biens et services qui existent sur le marché ;
- La mise en œuvre des programmes de formation et d'éducation du consommateur.

Article 24 : Les programmes d'éducation et d'information du consommateur portent notamment sur :

- La santé ;
- La nutrition et la prévention des maladies liées à l'eau et aux aliments, ainsi qu'à l'altération des aliments ;
- L'hygiène alimentaire ;
- L'hygiène du milieu ;
- La sécurité et les dangers liés aux produits ;
- Les normes, notamment celles relatives à l'étiquetage des produits ;
- L'information sur les poids et mesures, les prix et la qualité, la disponibilité des biens et services et la préservation de l'environnement ;

- Les textes législatifs et réglementaires relatifs à la consommation notamment en ce qui concerne la réparation des dommages causés par les technologies, biens et services fournis.

Article 25 :

- (1) Il est institué un Conseil national de la consommation, placé auprès du ministre en charge de la consommation.
- (2) Le Conseil national de la consommation est un organe consultatif qui a pour mission :
 - De promouvoir l'échange de vues entre les pouvoirs publics, les organisations de protection des intérêts collectifs des consommateurs et les organisations patronales ;
 - De favoriser la concertation entre les représentants des intérêts des consommateurs et les délégués des organisations patronales sur les questions relatives à la protection du consommateur ;
 - D'émettre des avis sur tous les projets de textes à caractère législatif et réglementaire susceptibles d'avoir une incidence sur la consommation de biens et services ou sur la protection du consommateur ;
 - D'étudier toutes les questions relatives à la consommation de biens et services ou à la protection du consommateur qui lui sont soumises par le gouvernement.
- (3) L'organisation et le fonctionnement du Conseil National de la Consommation prévu à l'alinéa 1 ci-dessus sont fixés par voie réglementaire.

Chapitre VI :

De la réparation des dommages causés aux consommateurs

Article 26 :

- (1) La défense en justice ou devant toute instance d'arbitrage des intérêts d'un consommateur ou d'un groupe de consommateurs peut être individuelle ou collective.
- (2) La défense individuelle est celle qui est faite par le consommateur lésé ou par ses ayants droits.
- (3) La défense collective est assurée par une association de consommateurs ou une organisation non gouvernementale oeuvrant pour la protection des consommateurs.

Article 27 :

- (1) L'action tendant à la défense des intérêts des consommateurs est intentée devant les juridictions compétentes ou introduite devant les instances arbitrales soit par le consommateur lésé ou par ses ayants droits, soit par l'une des structures visées à l'alinéa 3 de l'article 26 ci-dessus.
- (2) L'action visée à l'alinéa 1 ci-dessus peut être préventive ou réparatrice.
- (3) L'action préventive est celle qui tend à faire cesser la menace d'une atteinte aux droits du consommateur. Elle ne peut être intentée que par une association de consommateurs ou par une organisation non gouvernementale.
- (4) L'action réparatrice est celle qui résulte d'une atteinte aux droits d'un consommateur ou d'un groupe de consommateurs.

Article 28 : Dans le cadre de l'instruction de toute procédure relative à la protection du consommateur, la charge de la preuve contraire des faits allégués incombe au vendeur, fournisseur ou prestataire de service.

Article 29 : Les décisions rendues dans le cadre des instances introduites par une association non gouvernementale produisent à l'égard de tous les consommateurs, tous leurs effets bénéfiques et peuvent être invoquées par un consommateur ou groupe de consommateurs pour obtenir réparation du préjudice subi.

Article 30 :

- (1) Dans le cadre de la protection des consommateurs, il est créé au niveau de chaque arrondissement, un comité de recours ayant pour mission d'assurer le service public d'arbitrage des différends relatifs à la protection des consommateurs.
- (2) L'organisation et le fonctionnement des comités prévus à l'alinéa ci-dessus sont fixés par voie réglementaire.

Article 31 :

- (1) Le consommateur peut demander l'annulation ou la révision du contrat sans préjudice de la réparation du dommage subi.
- (2) La demande d'annulation est fondée sur les défauts ou vices cachés qui altèrent la qualité de la technologie, du bien ou du service objet du contrat.
- (3) Le consommateur peut exiger le remplacement ou la réparation aux frais du vendeur, du fournisseur ou du prestataire de service de la technologie, du bien ou du service sans préjudice de son droit à la réparation du dommage subi.
- (4) Pendant la durée de la réparation, qui ne saurait excéder quinze jours à compter de la remise du bien ou de la constatation de la défectuosité de la technologie ou du service, le vendeur, fournisseur ou prestataire de service doit fournir au consommateur, un bien, une technologie ou un service de remplacement de manière à éviter tout désagrément au consommateur. La non fourniture ou l'impossibilité de le faire se résout en dommages et intérêts négociés avec le consommateur.
- (5) Aux termes de la négociation prévue à l'alinéa 4 ci-dessus, le consommateur insatisfait conserve son droit de se pourvoir en justice.

Chapitre VII :
Des dispositions pénales

Article 32 :

- (1) Est puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de deux cent mille à un million de francs ou de l'une de ces deux peines seulement, celui qui fournit des informations erronées sur la qualité des technologies, biens ou services fournis à un consommateur.
- (2) Est puni des peines prévues à l'alinéa 1 ci-dessus, celui qui donne de fausses informations aux autorités compétentes ou toute à structure, organisme ou association des consommateurs au cours d'une enquête menée dans le cadre de la présente loi.

Article 33 : Sans préjudice de la responsabilité pénale des dirigeants ou employés des sociétés commerciales de vente, de fourniture ou de prestation de service, de technologie ou de biens, les personnes morales peuvent être condamnées au double des peines d'amende prévues à l'article 32 ci-dessus, si les infractions commises par leurs dirigeants ou employés l'ont été à l'occasion ou dans l'exercice de leurs fonctions au sein desdites structures.

Article 34 :

- (1) Lorsque l'une des infractions visées au présent chapitre a causé un préjudice à un consommateur, le montant des indemnités réparatrices des droits compromis est

doublé, majoré des intérêts de droit à compter de la date de réception ou de compromission.

(2) Dans ce cas, l'exécution provisoire portant sur le remboursement du principal est prononcée nonobstant toute voie de recours.

Article 35 : Est nulle, toute clause d'exonération ou de limitation de responsabilité ou réduisant la portée des garanties contenues dans le contrat de vente, de fourniture des biens ou technologies, de prestation de service à un consommateur.

Article 36 : Les personnes morales dont les dirigeants se sont rendus coupables des infractions à la présente loi peuvent faire l'objet des peines complémentaires prévues par le code pénal.

Chapitre VIII : **Dispositions diverses et finales**

Article 37 : Les contrats de consommation doivent être interprétés de manière à préserver les droits des consommateurs.

Article 38 : Les modalités d'application de la présente loi sont, en tant que de besoin, définies par voie réglementaire.

Article 39 : La présente loi, qui abroge toutes les dispositions antérieures contraires, sera enregistrée et publiée suivant la procédure d'urgence, puis insérée au journal officiel en français et en anglais.

Yaoundé, le 6 mai 2011
Le Président de la République

Paul BIYA

BUSINESS LAW - RDAF

STANDARD'S EDITION: **INVESTMENTS & TRADE Ass.**

www.revuebusinesslaw.com
revuebusinesslaw@gmail.com

+49 1521 2383276 / +237 621265341

BP: 9031 Douala - Cameroun

Publication : Dschang

ISSN : 3080-8855



Toute
Reproduction
interdite



**DO NOT USE
AI TOOLS**