



SORBONNE STUDENT LAW REVIEW

REVUE JURIDIQUE DES ÉTUDIANTS DE LA SORBONNE

2022

Volume 5, n°1

Sorbonne Student Law Review – Revue juridique des étudiants de la Sorbonne
12 Place du Panthéon, 75005 Paris, France
Sorbonnestudentlawreview.org
sslr@univ-paris1.fr

Licence Creative Commons 4.0 attribution
Sorbonne Student Law Review and various contributors – Revue juridique des étudiants de la Sorbonne et les
différents contributeurs - 2022

Publié en ligne le 6 juillet 2022.
Published online on the 6th of July 2022.

Editor-in Chief - Rédactrice en chef

Anne-Charlotte Cervello

Managing Editor – Cheffe du comité éditorial

Lisa Forrer

Editors - Éditeurs

Alex Alexis
Amani Ayadi
Vincent Boucher

Marina Lovichi
Rémi Poirot
Benjamin Tendron

Guillaume Tourres
Marco Santoro

Reading Committee - Comité de lecture

Rocio Trujillo Sosa
Issiaka Guindo
Thomas Austin Brown

Coralie Klipfel
Victor-Ulysse Sultra
Juliette Tissot

Rosanne Craveia
Clara Grudler

Advisory Board - Comité scientifique

Mathias Audit
Laurent Aynes
Ludovic Ayrault
Tristan Azzi
Ségolène Barbou des Place
Charlotte Beaucillon
Julie Benetti
Didier Boden
Pierre Bonin
Eleonora Bottini
Chahira Boutayeb
Sara Brimo
Pierre Brunet
Paul Cassia
Loic Cadiet
Emanuel Castellarin
Marie-Xavière Catto
David Chilstein
Thomas Clay
Christel Coton
Marie-Anne Cohendet
Philippe Delebecque
Joan Divol

Philippe Dupichot
Xavier Dupré de Boulois
Vivienne Forrest
Bénédictte Fauvarque-Cosson
Jenny Frinchaboy
Jérôme Gotié
Daniel Guttman
Jérémy Houssier
Emmanuel Jeuland
Andreas Kallergis
Yann Kerbrat
Evelyne Lagrange
Yves-Marie Laithier
Elise Le Gall
Grégoire Loiseau
Pascal Lokiec
François-Xavier Lucas
Jean Matringe
Anne-Catherine Muller
Christine Neau Leduc
Sophie Nicinski
Nobert Olszak
Etienne Pataut

Fabienne Peraldi-Leneuf
Anne Pimont
Ioannis Prezas
Lukas Rass-Masson
Bertrand Reau
Olivier Renaudie
Raphaële Rivier
Thierry Revet
Judith Rochfeld
Marilyne Sadowsky
Ruth Sefton-Green
Denys Simon
David Soldini
Jean-Marc Sorel
Philippe Stoffel-Munck
Fanny Tarlet
François-Guy Trébulle
Pascal de Vareilles-Sommières
Pierre-Yves Verkindt
Michel Verpeaux
Nicolas Warembourg

Layout - Mise en page

Anne-Charlotte Cervello - Lisa Forrer

TABLE OF CONTENT – SOMMAIRE

ÉDITORIAL : LE TEMPS DES RÉFORMES	5 – 6
EDITORIAL: TIME FOR REFORM <i>Anne-Charlotte Cervello</i>	7 – 8

Conference – Conférence

Law and Francophone Songs – La chanson francophone et le droit

LE ROLE DE LA SACEM DANS L’ÉVOLUTION DE L’INDUSTRIE MUSICALE FRANCOPHONE A L’HEURE DU NUMÉRIQUE <i>Simon Lhermite (Senior & Legal Business Affairs – SACEM)</i>	10 – 19
--	---------

Articles

REFORME DE LA PROCEDURE CIVILE ET REFORME DU DROIT DES CONTRATS. À PROPOS DE QUELQUES INFLUENCES RECIPROQUES <i>Pierre-Claver Kamgaing (Université de Dschang / Université de Côte d’Azur)</i>	20 – 45
DU VOLONTARISME AU SOLIDARISME CONTRACTUEL : ASPECTS D’UN REAJUSTEMENT PROGRESSIF DES PARADIGMES CLASSIQUES DE LA THEORIE GENERALE DU CONTRAT <i>Ernest Awono (Université de Yaoundé 2)</i>	46 – 77
LA PARTICIPATION DU PUBLIC ET LA PROTECTION DE L’ENVIRONNEMENT COMME PATRIMOINE COMMUN : ANALYSE DE LA CONVENTION D’AARHUS ET DE L’ACCORD D’ESCAZU <i>Rafaela de Deus Lima (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul)</i>	78 – 112

ÉDITORIAL : LE TEMPS DES REFORMES

La publication du précédent numéro de la *Revue juridique des étudiants de la Sorbonne*, en janvier 2022, annonçait une réinvention des pratiques éditoriales au sortir d'une crise sanitaire éprouvante et, semblait-il à l'époque, condamnée à rester l'épicentre des débats politiques et sociétaux. À la relecture de l'éditorial rédigé à l'époque par Charlotte Collard, je ne peux m'empêcher d'être stupéfaite face à la tournure qu'ont finalement pris les événements de ces derniers mois.

En effet, six mois après la publication du dernier numéro de cette Revue, l'avenir du droit – ainsi que des droits individuels – n'a jamais semblé aussi incertain. Nous avons ainsi assisté au renversement de tous les fondements les plus basiques du droit international, à commencer par le principe souveraineté territoriale, depuis le début de l'invasion de l'Ukraine par la Russie, marquant au passage le retour d'un conflit armé et de violations massives des droits de l'homme, en plein cœur du continent européen. Puis à l'effondrement de droits si difficilement acquis, mais si facilement supprimés, avec l'annulation par la Cour suprême des États-Unis des arrêts *Roe v Wade*¹ et *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v Casey*², remettant en cause durablement l'accès à l'avortement pour un grand nombre de citoyennes américaines³. Ces remises en cause successives de principes juridiques et de droits que l'on pensait immuables sont d'autant plus choquantes qu'elles se sont produites là où l'on s'y attendait le moins : l'Europe n'était-elle pas un modèle à suivre en matière de protection des droits de l'Homme, notamment grâce à l'efficacité de la Cour européenne des droits de l'Homme ? Les États-Unis n'étaient-ils pas un emblème de progressisme et de modernité ? Cette incertitude quant au respect par les États de la *rule of law*, ainsi qu'à leur capacité à protéger les droits individuels appelle nécessairement à la réflexion, puis à la réforme.

C'est de cette réforme, sous toutes ses formes, dont il est question dans ce numéro. Réforme tout d'abord de la Revue elle-même, avec une refonte totale de l'équipe éditoriale. En compagnie de Lisa Forrer, devenue cheffe du Comité éditorial, je suis ravie d'accueillir nos nouveaux éditeurs et éditrices : Alex Alexis, Amani Ayadi, Vincent Boucher, Marina Lovichi, Rémi Poirot, Benjamin Tendron, Guillaume Tourres et Marco Santoro.

¹ U.S. Supreme Court, *Jane Roe et al. v. Henry Wade*, n°70-19, décision du 22 janvier 1973.

² U.S. Supreme Court, *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Robert P. Casey*, n°91-744, 91-902, décision du 29 juin 1992.

³ U.S. Supreme Court, *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al., v. Jackson Women's Health Organization et al.*, n°19-1392, décision du 24 juin 2022.

Réforme ensuite, comme fil rouge reliant l'ensemble des contributions publiées dans ce numéro. Vous y trouverez ainsi la retranscription d'une des interventions de notre dernière conférence, organisée en septembre dernier, portant sur *La chanson francophone et le droit*. Cette retranscription traite de la réforme nécessaire des pratiques de la SACEM, face à l'émergence du numérique au sein de l'industrie musicale, sujet passionnant que nous avait présenté Simon Lhermite (« *Le rôle de la SACEM dans l'évolution de l'industrie musicale francophone à l'heure du numérique* »).

Il est également question de réforme dans l'article proposé par Pierre-Claver Kamgaing (« *Réforme de la procédure civile et réforme du droit des contrats. À propos de quelques influences réciproques* »), qui interroge cette notion s'agissant des influences réciproques dans les refontes du droit des contrats et de la procédure civile. Comme l'auteur le souligne très justement, si la réforme a pour but l'amélioration de l'efficacité du droit, elle peut également être créatrice de nouvelles difficultés, notamment en matière civile où les deux domaines en cause s'influencent mutuellement. Ces difficultés ressortent particulièrement de la contribution d'Ernest Awono, intitulée « *Du volontarisme au solidarisme contractuel : aspects d'un réajustement progressif des paradigmes classiques de la théorie générale du contrat* ». Ce dernier démontre que, si l'inclusion du solidarisme contractuel dans la pratique juridique française et camerounaise est largement souhaitable, cette inclusion ne s'est pas faite sans difficultés. Ainsi, elle soulève encore de nombreuses questions théoriques et pratiques, au titre desquelles figure la crainte (infondée, selon l'auteur) d'instaurer une certaine insécurité juridique au cours de l'exécution contractuelle. Enfin, Rafaela de Deus Lima souligne une des évolutions majeures des méthodes de gestion et de protection de l'environnement, à savoir la patrimonialisation du bien environnemental et son encadrement par le biais d'une participation accrue du public (« *La participation du public et la protection de l'environnement comme patrimoine commun : l'analyse de la Convention d'Aarhus et de l'Accord d'Escazú* »).

En somme, ces contributions ont pour point commun de mettre en avant la capacité unique d'évolution et d'adaptation des outils juridiques, y compris – et surtout – face à des défis monumentaux tels que l'urgence climatique. Rien de tel donc, dans une période aussi incertaine qu'est la nôtre, qu'un rappel de cette extraordinaire qualité.

Anne-Charlotte Cervello

Rédactrice en chef – Doctorante à l'École de droit de la Sorbonne

EDITORIAL: TIME FOR REFORM

In our previous issue, published in January 2022, we announced the reinvention of editorial practices, at the end of a challenging health crisis that seemed, at the time, condemned to remain in the center of political and societal debates. On rereading the editorial written at that time by Charlotte Collard, I cannot help but be amazed at the turn the events of past months have taken.

Indeed, barely six months after the publication of the Sorbonne Student Law Review's last issue, the future of law – as well as individual rights – has never looked so insecure. We have witnessed the reversal of the most basic foundations of international law, starting with the principle of territorial sovereignty, since the beginning of the Russian invasion of Ukraine, marking the return of an armed conflict and massive human rights violations at the very heart of the European continent. Then came the collapse of rights so hardly won, yet so easily taken away, with the overturning by the Supreme Court of the United States of America of *Roe v. Wade*

¹ and *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*², permanently challenging the access to abortion for a large number of American women³. These successive challenges to legal principles and rights that were thought to be immutable are all the more shocking because they occurred where we least expected them: wasn't Europe a model to follow in terms of human rights protection, in particular through the efficiency of the European Court of Human Rights? Weren't the United States a symbol of progressivism and modernity? This uncertainty as to States' ability to comply with the rule of law, as well as their ability to protect individual rights, necessarily calls for reflection and reform.

It is this reform, in all its shapes and forms, that this issue is about. First of all, a reform among the Review itself, with a complete overhaul of our editorial team. Along with Lisa Forrer, who has taken over the head of Editorial Committee, I am delighted to welcome our new editors: Alex Alexis, Amani Ayadi, Vincent Boucher, Marina Lovichi, Rémi Poirot, Benjamin Tendron, Guillaume Tourres and Marco Santoro.

¹ U.S. Supreme Court, *Jane Roe et al. v. Henry Wade*, n°70-19, January 22nd, 1973.

² U.S. Supreme Court, *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Robert P. Casey*, n°91-744, 91-902, June 29th, 1992.

³ U.S. Supreme Court, *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al., v. Jackson Women's Health Organization et al.*, n°19-1392, June 24th, 2022.

Secondly, reform is the common thread linking every contribution published in this issue. You will find the transcript of an intervention that took place during our last conference, organized in September 2021, on “Law and Francophone songs”. This transcript deals with the needed reform of SACEM’s practices in light of the emergence of digital technology in the music industry, a fascinating subject that raises many issues of representation, and presented by Simon Lhermite (“*Le rôle de la SACEM dans l’évolution de l’industrie musicale francophone à l’heure du numérique*”).

Reform is also discussed in the article written by Pierre-Claver Kamgaing (“*Réforme de la procédure civile et réforme du droit des contrats. À propos de quelques influences réciproques*”), which questions this notion with respect to reciprocal influences in the reform of contract law and civil procedure. As the author rightfully points out, while the purpose of reform is to improve the efficiency of law, it may also create new obstacles, particularly in civil matters, where both areas influence each other. These difficulties are particularly reflected in Ernest Awono’s contribution, entitled “*Du volontarisme au solidarisme contractuel : aspects d’un réajustement progressif des paradigmes classiques de la théorie générale du contrat*”. The latter shows that, even though the inclusion of contractual solidarism in French and Cameroonian legal practice is to be welcomed, this inclusion has been a real challenge. In fact, it still raises various theoretical and practical questions, among which is the concern of creating a situation of legal uncertainty regarding the execution of contractual obligations – that risk being perfectly unfounded, according to the author. Finally, Rafaela de Deus Lima highlights one of the major developments in environmental protection methods, namely the “patrimonialization” of environmental property, and its supervision through an increased public participation (“*La participation du public et la protection de l’environnement comme patrimoine commun : l’analyse de la Convention d’Aarhus et de l’Accord d’Escuazú*”).

In short, all these contributions emphasize the unique capacity of legal instruments to evolve and adapt, including – and especially – when confronted to massive challenges such as climate emergency. There is nothing like a reminder of this extraordinary quality in such uncertain times as ours.

Anne-Charlotte Cervello
Chief Editor – PhD candidate, Sorbonne Law School

LE ROLE DE LA SACEM DANS L'EVOLUTION DE L'INDUSTRIE MUSICALE FRANCOPHONE A L'HEURE DU NUMERIQUE

Simon Lhermite*

Table of content/Table des matières

INTRODUCTION	12
1. ORIGINE DE L'INTERVENTION DE LA SACEM DANS LE DOMAINE DU NUMERIQUE	14
1.1. LES APPORTS DIRECTS.....	14
1.2. LES MANDATS	14
2. LA DEFENSE DE LA CREATION FRANÇAISE PAR LA SACEM.....	15
2.1. LA DEFENSE DES INTERETS DES CREATEURS AUPRES DES INSTANCES INTERNATIONALES ET DES EXPLOITANTS	16
2.2. LES PISTES DE REFLEXION	18

* *Senior Legal & Business Affairs* – SACEM – Direction de Développement, de l'International et des Opérations.

Abstract

The present paper aims at describing the history, creation, and functions of the SACEM, a French company that collects and allocates royalties resulting from the exploitation of the works of its members. This role has been disrupted with the emergence of digital streaming platforms, conducting the SACEM to rethink and reinvent its methods.

Résumé

Le présent article vise à décrire l'histoire, la création ainsi que les fonctions de la SACEM, société française ayant pour rôle de collecter et répartir les redevances relatives à l'exploitation des œuvres de ses membres. Ce rôle fut bouleversé avec l'émergence des plateformes d'écoute musicale en ligne, conduisant ainsi la SACEM à repenser et réinventer ses méthodes.

INTRODUCTION

En 1847, Ernest Bourget, Paul Henrion et Victor Parizot entrent au Café des Ambassadeurs sur les Champs Élysées ; alors qu'ils passent commande, ils constatent que le propriétaire du café-concert fait jouer leurs œuvres musicales. Les trois créateurs refusent alors de régler leurs cafés tant qu'ils ne seront pas rémunérés pour l'exécution publique de leurs œuvres. Ces derniers portent alors l'affaire devant la justice qui, contre toute attente, leur donne raison le 8 septembre 1847.

En 1850, sous l'impulsion de Bourget, Henrion et Parizot associés à l'éditeur Jules Colombier, est fondé le Syndicat des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique qui deviendra, un an plus tard la Sacem, Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (mais également aujourd'hui des réalisateurs, des humoristes, des auteurs de doublages, des sous-titres et des poètes) dont les statuts prévoient qu'elle a pour objet « la protection mutuelle » de ses membres « envers les entrepreneurs de spectacles et établissements publics qui exécutent des œuvres musicales ». Dix ans plus tard, la Sacem regroupe plus de 900 créateurs (parmi lesquels on compte notamment Richard Wagner, Hector Berlioz, Giochino Rossini ou Giuseppe Verdi).

Aujourd'hui, plus de 176 150 membres (dont plus de 21 350 créateurs étrangers) de 168 nationalités ont choisi la Sacem pour protéger leurs œuvres et défendre leurs intérêts dans le monde entier. Elle ne défend donc pas uniquement la création française, mais la création francophone dans son ensemble, en comptant parmi ses membres des créateurs issus du continent africain, des canadiens, etc. À ce titre, la Sacem représente plus de 150 millions d'œuvres et dispose d'accords de représentation dans 95 pays lui permettant de s'assurer de la défense des œuvres de son répertoire à l'étranger, mais également de représenter sur son territoire les œuvres des sociétés étrangères. Elle possède également plus de 60 délégations en France métropolitaine et en outre-mer, assurant un maillage lui permettant d'intervenir au plus près des exploitations.

Le rôle de la Sacem est de collecter et répartir les redevances relatives à l'exploitation des œuvres de ses membres. La collecte se fait à deux niveaux. Au niveau local tout d'abord, la Sacem collecte les redevances relatives à l'exploitation des œuvres de son répertoire ainsi que des œuvres appartenant à tous les répertoires qu'elle représente sur son territoire *via* des accords de représentation. Cette collecte est effectuée par les délégations dans le cas de l'exécution publique des œuvres dans les commerces, les lieux et manifestations sonorisées, sont centralisées au siège

de la Sacem en ce qui concerne les exploitations réalisées par les chaînes de télévision et les stations de radio ainsi que pour les exploitations réalisées en ligne sur son territoire d'intervention (à savoir, la France, Monaco et le Luxembourg).

S'agissant des exploitations numériques, la Sacem dispose également de la possibilité d'intervenir au niveau international en délivrant des licences multi-territoriales sur son répertoire direct, c'est-à-dire les œuvres créées et/ou éditées par les créateurs et éditeurs qui sont membres de la Sacem, et sur le répertoire des entités qui lui ont confié un mandat pour la représentation de leurs droits dans le cadre de ces licences multi-territoriales *online*.

En ce qui concerne la répartition, la Sacem est une société civile à but non lucratif, elle a pour objectif de reverser ses collectes à ses membres, en ne prélevant que ses frais de gestion. Cette répartition peut se faire selon plusieurs méthodes. Tout d'abord, et c'est la méthode qui est principalement retenue, elle peut être réalisée en fonction des données de diffusion ou d'exploitation communiquées par les différents exploitants. Pour les exploitants qui ne remettent pas ces données, la répartition peut également se faire par analogie en comparant les services concernés à des services similaires pour lesquels la Sacem dispose de données d'exploitation.

Ces activités font l'objet d'un contrôle régulier de la Commission de contrôle des organismes de gestion des droits d'auteurs et des droits voisins qui dépend de la Cour des comptes. Cette commission rend un rapport annuel dans lequel elle se concentre sur les activités de certains des organismes de gestion rentrant dans son champ de compétence, à savoir ceux percevant plus de deux milliards d'euros de droits divers et les répartissant, après prélèvements pour frais de gestion, à plus de 500 000 bénéficiaires associés, sociétaires ou ayants-droits.

Afin de répondre à la question qui nous occupe aujourd'hui, à savoir quel est le rôle de la Sacem dans l'évolution de l'industrie musicale francophone à l'heure du numérique, il convient de déterminer dans un premier temps quelle est l'origine de l'intervention de la Sacem dans ce domaine ; puis dans un second temps quels sont les outils et les actions de la Sacem pour défendre la création francophone.

1. ORIGINE DE L'INTERVENTION DE LA SACEM DANS LE DOMAINE DU NUMERIQUE

En matière d'exploitations numériques, la Sacem intervient pour un répertoire dont elle détient ou représente les droits à deux titres : tout d'abord, en vertu des apports qui lui sont faits par ses membres ; ensuite, en vertu de mandats qui lui ont été confiés par des éditeurs ou d'autres organismes de gestion collective.

1.1. Les apports directs

En adhérant à la Sacem, les éditeurs et les créateurs lui apportent le droit de représentation (ou d'exécution publique) et le droit de reproduction mécanique sur toutes les œuvres qu'ils créent ou qu'ils éditent. Aucune formalité ne conditionne l'entrée des œuvres dans le répertoire direct de la Sacem.

Se pose la question de la nature de ces apports. Le créateur ou l'éditeur conserve-t-il la capacité à agir au titre de ces droits ? La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 17 décembre 2010, a posé le principe (rappelé ensuite par la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 13 novembre 2014) selon lequel l'auteur ayant, par son adhésion, fait apport de l'exercice de ses droits patrimoniaux, est dès lors irrecevable, sauf carence de cette société, à agir personnellement en défense de ceux-ci.

Par conséquent, ces apports constituent une cession au profit de la Sacem qui devient alors la seule, sauf en cas de carence, à pouvoir délivrer des autorisations au titre des droits de représentation et de reproduction mécanique pour les œuvres de son répertoire.

Mais en complément des apports directs qui lui sont faits, la Sacem se voit également confier la gestion de droits de reproduction mécanique par l'intermédiaire de mandats.

1.2. Les mandats

C'est la Directive 2014/26/UE concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multi-territoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur qui a donné aux titulaires de droits la possibilité

de fragmenter leurs droits et d'en confier la gestion à l'organisme de leur choix. Certains éditeurs ont alors, peu à peu, choisi de confier leurs droits de reproduction mécanique pour les exploitations multi-territoriales en ligne à un organisme différent de leur organisme d'appartenance.

Certains d'entre eux ont, par l'intermédiaire d'un mandat, confié l'exercice de leur droit de reproduction mécanique à la Sacem qui, par le biais d'accords avec les organismes de gestion étrangers, obtient le droit de délivrer les autorisations pour le droit de représentation associé. Elle dispose alors de la possibilité de délivrer des autorisations pour l'ensemble des œuvres au titre de ces deux droits.

La Sacem a profité de son expertise pour convaincre un certain nombre d'éditeurs majeurs de lui confier par mandat la gestion de leurs droits, ce qui a une conséquence directe sur la capacité de la Sacem à défendre son répertoire direct et plus largement les créateurs francophones. En effet, plus le nombre d'œuvres figurant dans le répertoire représenté par la Sacem augmente, plus cette dernière dispose d'un poids important dans les négociations, ce qui lui permet de contrebalancer le poids des plateformes en se positionnant comme une entité puissante afin de défendre les intérêts des créateurs.

La Sacem étant l'un des premiers organismes de gestion collective au monde, elle est devenue un partenaire de choix, en parvenant également à convaincre des organismes de gestion collective étrangers de lui confier la gestion de leurs droits pour les exploitations en ligne pour un territoire plus étendu que son simple territoire d'intervention direct, comme c'est le cas dans les accords de représentation. À ce titre, elle représente par exemple le répertoire de la société canadienne, la SOCAN, qui comporte elle-même un important répertoire francophone.

Fort de la représentation de ces différents catalogues, la Sacem met à profit sa position pour défendre la création française et plus largement la création francophone.

2. LA DEFENSE DE LA CREATION FRANÇAISE PAR LA SACEM

La Sacem se positionne pour la défense des intérêts des créateurs tant au niveau des instance internationales qu'auprès des exploitants.

2.1. La défense des intérêts des créateurs auprès des instances internationales et des exploitants

Lors des discussions autour de la directive européenne 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, les GAFAs se sont adonnés à un lobbying agressif afin de faire supprimer l'article 13 (aujourd'hui devenu l'article 17 de la directive).

Grâce aux actions menées notamment par la Sacem et les représentants des ayants-droits, cet article est resté partie intégrante de la directive. Son adoption a donc eu pour conséquence :

- de mettre fin au régime de responsabilité très réduite de l'hébergeur ;
- d'instaurer une obligation pour les plateformes de négocier des accords avec les ayants-droits ;
- d'établir un encadrement de la rémunération des auteurs.

En définitive, même si de son côté, la Sacem dispose depuis de nombreuses années d'accords avec les différentes plateformes, l'adoption de la directive permet de rétablir un équilibre dans le rapport de force avec ces dernières lors des négociations. Les plateformes ne peuvent alors plus se cacher derrière l'absence de responsabilité pour négocier de faibles rémunérations pour l'exploitation des œuvres artistiques.

C'est principalement auprès des producteurs de contenus et des éditeurs de jeu vidéo anglo-saxons que la question de la rémunération proportionnelle est la plus conflictuelle. En effet, chez ces exploitants, la pratique dite du « *buy-out* » est très répandue. Cette pratique consiste à payer au créateur une somme forfaitaire unique en contrepartie de la cession des droits d'exploitation sur les œuvres commandées ou licenciées. Cette pratique peut prendre des proportions très importantes : à titre d'illustration, *Discovery Networks* – groupe de médias américain - a exigé de leurs compositeurs qu'ils renoncent à tous les droits de représentation sur les œuvres qu'ils composent pour les chaînes du groupe, ainsi qu'à toutes redevances pour les programmes passés.

Il s'agit d'un conflit culturel. En effet, la pratique est en totale opposition avec principe de rémunération proportionnelle posé par le droit français. Par conséquent, les ayants-droits ayant mandaté la Sacem pour la gestion de leurs droits bénéficient de ses actions en faveur de la défense du principe de rémunération proportionnelle et de la protection apportée par le droit français.

Les services de diffusion de vidéos à la demande tentent toutefois de faire valoir le paiement de « *buy-out* » pour essayer d'échapper au versement de la rémunération à laquelle peut prétendre la Sacem pour le compte des ayants-droits qu'elle représente. Toutefois, comme nous l'avons vu plus tôt, la nature des apports faits par ses membres fait obstacle à la délivrance par ces derniers d'autorisations couvrant les droits de représentation et de reproduction mécanique.

En matière de jeux vidéo, l'arrêt Cryo rendu par la Cour de cassation le 25 juin 2009 reconnaît la compétence de la Sacem pour percevoir des droits de reproduction mécanique auprès des éditeurs de jeux vidéo, même lorsqu'ils ont conclu un contrat direct avec le créateur. On est en droit de se demander quel intérêt la Sacem aurait à intervenir, dès lors que le créateur est prêt à accepter les conditions proposées par l'éditeur du jeu vidéo. C'est justement ici que la Sacem intervient pour la défense de ses membres ; en effet, la vue d'ensemble dont elle dispose sur le marché du jeu vidéo lui permet de conseiller au mieux les créateurs afin d'éviter que les éditeurs de jeux vidéo ne profitent de leur méconnaissance.

Toutefois cet arrêt a eu, à court terme, de fâcheuses répercussions sur la Sacem et ses membres. En effet, les éditeurs de jeux vidéo refusent alors de travailler avec des créateurs Sacem. Il faudra quelques années avant qu'ils n'acceptent de rouvrir les discussions.

Il faut tout de même reconnaître que le principe du « *buy-out* » n'est pas dénué d'avantages si le programme ou le jeu est un échec (comme ce fut le cas de la série *Marseille*, diffusée sur Netflix). A l'inverse, il peut être très pénalisant pour le créateur en cas de succès inattendu (c'est l'exemple notamment du jeu *Candy Crush*).

2.2. Les pistes de réflexion

Depuis la loi dite Toubon, du 1^{er} février 1994, les radios françaises se voient imposer de diffuser un minimum de 40 % de chansons d'expression française, dont la moitié au moins provenant de nouveaux talents ou de nouvelles productions, diffusées aux heures d'écoute significatives.

De son côté, la directive 2010/13/UE sur les services de médias audiovisuels a posé l'exigence d'un quota de 30% d'œuvres européennes dans les catalogues des services de médias audiovisuels à la demande et l'application des règles du pays ciblé aux contributions financières des services linéaires comme des services non-linéaires.

Se pose alors la question d'une possible mise en place de quotas également pour les services de streaming tels que *Spotify* ou *Deezer*. Si le modèle appliqué aux radios semble peu pertinent, en revanche celui mis en place pour les services de médias audiovisuels à la demande pourrait s'y appliquer.

Mais la discussion la plus prégnante en ce moment, notamment poussée par *Deezer*, est celle du modèle « *user centric* ». L'industrie s'interroge sur la pertinence de passer du modèle actuel dit « *market centric* », qui redistribue l'ensemble des revenus générés par les abonnements selon la part de marché d'un artiste dans les écoutes d'un mois donné, à un modèle « *user centric* », qui répartit le coût de l'abonnement d'un utilisateur uniquement aux artistes qu'il a écoutés. L'idée est alléchante d'un point de vue intellectuel, mais une étude du Centre National de la Musique dont les conclusions ont été rendues publiques au début de l'année 2021 ne s'est pas prononcée réellement en faveur du modèle « *user centric* ».

Pour les artistes les moins écoutés (au-delà du 10 000^{ème} artiste), si en pourcentage les proportions évoluent, la réalité en matière de rémunération se joue à quelques euros par an. Le modèle « *user centric* » contribuerait toutefois à rééquilibrer les genres (au détriment du rap et en faveur du rock et de la pop) et serait plus profitable au « *back catalogue* » - c'est-à-dire les œuvres dont les enregistrements ont été communiqués au public pour la première fois il y a plus de 18 mois.

Par ailleurs, le coût important de mise en place des outils de traitement pour ce changement de modèle nécessiterait en contrepartie une réelle différence dans la redistribution en faveur des créateurs.

REFORME DE LA PROCEDURE CIVILE ET REFORME DU DROIT DES CONTRATS

À propos de quelques influences réciproques

Pierre-Claver Kamgaing*

Table of content/Table des matières

INTRODUCTION	21
1. LES ASPECTS CONTRACTUELS DE LA REFORME DE LA PROCEDURE CIVILE.....	24
1.1. UN CIRCUIT PROCEDURAL PROPRE A CERTAINS LITIGES CONTRACTUELS	24
1.2. UNE TENDANCE A LA CONTRACTUALISATION DE LA JUSTICE ET DU PROCES.....	28
2. LES ASPECTS PROCESSUELS DE LA REFORME DU DROIT DES CONTRATS.....	33
2.1. UNE EXTENSION CONSIDERABLE DE LA MATIERE A JUGER.....	34
2.2. UNE RENOVATION SUBSTANTIELLE DE LA MANIERE DE JUGER	39
CONCLUSION	44

* Doctorant en droit privé – cotutelle de l’Université de Dschang et de l’Université Côte d’Azur.

Abstract

Although they are opposed, the contract and the judicial decision are not unrelated. This is particularly noticeable in civil matters where these two tools influence each other reciprocally. In the light of the reform of contract law by the 2016 ordinance and the reform of civil procedure by the 2019 decree, this interplay between the contract and civil procedure appears in a new light. Indeed, both the new provisions introduced and the old modified provisions of these texts clearly reflect the phenomenon of processualization of contract law, and contractualization of justice. It is this phenomenon that the present contribution attempts to account for by showing that it is impossible to resolve the problems which arise in contract law -and hence in substantive law-, without anticipating at the same time those which will arise, from this fact, in civil procedure - and therefore in procedural law.

Résumé

Bien qu'opposées, les décisions contractuelles et judiciaires nourrissent des liens. Ceci est particulièrement remarquable dans la matière civile, où l'on observe un mouvement d'influence réciproque entre les deux instruments. À la lumière de la réforme de la procédure civile par le décret de 2019, cette interaction entre le droit des contrats et la procédure civile apparaît sous un nouveau jour. En effet, tant les dispositions nouvellement introduites que celles qui furent modifiées reflètent clairement un phénomène de processualisation du droit des contrats d'un côté, et de contractualisation de la justice de l'autre côté. Cette contribution tente d'éclairer ce phénomène, en démontrant qu'il est impossible de résoudre des problèmes découlant du droit des contrats – et donc du droit substantiel – sans anticiper dans le même temps ceux qui naîtront, de ce fait, en procédure civile – c'est-à-dire en droit processuel.

INTRODUCTION

Contrat et décision judiciaire : je t’aime, moi non plus ? La relation entre le contrat et la décision judiciaire est faite d’ambivalence et de complexité, car ils sont deux modes opposés de gestion des relations humaines et des rapports sociaux. Le contrat, en tant qu’instrument privilégié de la vie civile et de la vie des affaires, « *est précisément fait pour éviter le juge ; et lorsqu’il est dressé en la forme authentique, il est doté d’une force comparable à celle d’un jugement* »¹. Sa force repose essentiellement sur l’échange de consentement et l’engagement des parties impliquées², alors que l’autorité de la décision judiciaire est intimement liée à l’*imperium* d’un tiers indépendant, en l’occurrence le juge. De manière plus globale, la décision judiciaire intervient généralement lorsque le conflit s’est mué en litige³ parce que les parties n’ont pas pu trouver un terrain d’entente.

Mais en réalité, bien qu’ils soient opposés, le contrat et la décision judiciaire ne s’ignorent pas⁴. Cela est particulièrement perceptible en matière civile où ces deux *outils* s’influencent réciproquement. D’une part, il peut arriver - et il arrive même - que les parties au contrat investissent un tiers de la compétence pour connaître les litiges susceptibles de naître⁵. D’autre part et inversement, il entre dans la mission du juge de concilier les parties, autrement dit, d’œuvrer à la recherche d’une solution consensuelle (article 21 du code de procédure civile). À l’aune de la réforme du droit des contrats par l’ordonnance de 2016⁶ et de la réforme de la procédure civile par le décret de 2019⁷, cette compénétration entre le contrat et la procédure civile se présente sous un nouveau jour. En effet, autant les nouvelles dispositions introduites que les anciennes dispositions modifiées de ces textes rendent bien compte du phénomène de processualisation du droit des contrats⁸ et de contractualisation de la justice⁹.

¹ L. AYNÈS (dir.), *L’authenticité : Droit, histoire, philosophie*, Paris, La documentation française, 2013, n° 16.

² C’est notamment le cas des contrats synallagmatiques.

³ Sur la distinction entre le conflit, le différend et le litige, v. Cl. NÉLISSE, « Règlement déjudiciarisé : entre flexibilité technique et pluralité juridique », in *Revue de droit de l’Université Sherbrooke*, n° 23, 1992, p. 270.

⁴ Tout comme le contrat, la décision judiciaire s’impose entre les parties.

⁵ C’est le cas lorsqu’elles optent pour un mode amiable ou alternatif de résolution des différends. Il s’agit également des clauses attributives de compétence.

⁶ V. l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations.

⁷ V. l’ordonnance n° 2019-133 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile.

⁸ Même si le contrat reste essentiellement soumis à la volonté des parties ; J. MESTRE et B. FAGES, « Deux exemples du phénomène de “processualisation du contrat” », in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 92.

⁹ Ch. JARROSSON et *alii*, « Chapitre 3. La contractualisation de la justice : jusqu’où aller ? », in L. CADIET et L. RICHER (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l’État*, Paris, PUF, 2003, pp. 185-219.

Vous avez dit réformes¹⁰ ? Dans un contexte de mondialisation de l'économie mettant en concurrence les droits de tous les pays, l'on a pu diagnostiquer les maux dont souffrent la procédure civile et le droit français des contrats : faible attractivité, mais grande complexité et imprévisibilité¹¹. C'est la raison pour laquelle *réformer* est nécessaire, si on entend par cette expression le fait d'apporter « *un changement profond, radical (...) visant à améliorer l'efficacité* »¹² d'une loi¹³. Cependant, toute réforme intervenant dans une matière, même si elle peut entraîner des répercussions sur d'autres, devrait préserver -à défaut de l'améliorer- la cohérence du système juridique. En cela, interroger les influences qu'entretiennent la réforme du droit des contrats et la réforme de la procédure civile est intéressant à plus d'un titre.

D'un point de vue juridique, l'analyse tente de comprendre comment le législateur organise, à l'occasion des réformes, la mise en œuvre processuelle des droits substantiels qu'il édicte¹⁴. Sur le terrain de la pratique, il s'agira de relever les difficultés que peut rencontrer le juge lorsqu'il intervient dans une relation contractuelle ainsi que les préoccupations que peuvent avoir les *contractants-justiciables* au moment de faire reconnaître leur droit en justice. D'un point de vue social, la réflexion conduit à questionner plus globalement les politiques publiques en matière de normes juridiques¹⁵. Mieux, elle interroge l'esprit même des réformes pour montrer qu'on ne saurait résoudre les problèmes qui se posent en droit des contrats -et partant en droit substantiel-, sans anticiper par la même occasion ceux qui naîtront, de ce fait, en procédure civile -et partant en droit processuel-. Tout est donc lié !

Organisation du propos. Certes la réforme du droit des contrats et la réforme de la procédure civile ne sont pas intervenues au même moment, la seconde ayant succédé à la première. De même, tout comme les textes préparatoires de l'ordonnance de 2016¹⁶ précité

¹⁰ D. MAZEAUD, « Réforme, vous avez dit réforme ? », in *La semaine juridique*, édition générale, n° 9-10, 26 février 2016, spéc. p. 433.

¹¹ Lire à propos, J. SIMON, directrice des affaires juridiques du MEDEF, dans le rapport du Sénat de 2015, p. 59. V. également le rapport « Doing Business » 2016. En effet, la France n'évolue pas en vase clos. Elle est influencée tant par les réformes des pays voisins que les par les procédures européennes. V. à propos, P. GIELEN et R. VANSWIJGENHOVEN, *La procédure civile européenne*, Bruxelles, Wolters Kluwer, 2018, pp. 9-35.

¹² *Dictionnaire Larousse*, 2001, p. 440.

¹³ Comprise dans son sens large.

¹⁴ Cette articulation entre le droit substantiel et le droit processuel est indispensable, car « à quoi cela sert-il d'être titulaire d'un droit si l'on ignore pouvoir le faire reconnaître en justice ? (...) à quoi bon être un spécialiste de droit de la famille, de droit commercial ou encore, de droit international, si l'on ne sait pas comment exercer un droit en justice ? », Y. STRICKLER et A. VARNEK, *Procédure civile*, 9^e éd., Bruxelles, Bruylant, Coll. « Paradigme », 2019, p. 9.

¹⁵ On présente souvent le droit comme « la continuation de la politique par d'autres moyens », M. ROUYER, « La politique par le droit », in *Raisons politiques*, n° 9, 2003/1, spéc. p. 65 ; v. aussi, P. LASCUMES, « Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques », *L'année sociologique*, n° 10, 1990, pp. 43-71.

¹⁶ Notamment le Rapport adressé au président de la République, JORF n° 0035 du 11 février 2016.

n'annonçaient pas expressément l'avènement subséquent du décret de 2019, les rapports relatifs à la réforme de la procédure civile¹⁷ n'ont fait aucune référence à la réforme du droit des contrats. Il s'agirait donc, en apparence, de deux textes sans liens. Pourtant, une analyse des nouvelles dispositions permet de déceler les aspects contractuels de la réforme de la procédure civile **(1)** et les aspects processuels de la réforme du droit des contrats **(2)**. L'analyse révèle également que ces influences réciproques ne sont pas toujours positives car, faute pour le législateur d'avoir mis en corrélation ces réformes, des difficultés ne manqueront pas de survenir.

1. LES ASPECTS CONTRACTUELS DE LA REFORME DE LA PROCEDURE CIVILE

Le contrat au cœur de la justice. À travers le contrat, les parties déterminent leurs droits et obligations, aménagent les modalités d'exécution des différentes prestations et envisagent les conditions de résolution des litiges. Sur ce dernier point, elles peuvent prévoir une clause attributive de compétence afin de soumettre leur litige à une juridiction déterminée¹⁸. Et c'est précisément à ce niveau que la réforme de la procédure civile a révélé ses premières difficultés. En effet, avec l'avènement du tribunal judiciaire, il s'est posé la question du sort des clauses contractuelles qui attribuaient la compétence à un tribunal de grande instance ou à un tribunal d'instance¹⁹. Mais dans l'ensemble, la *nouvelle* procédure civile accorde une importance aux conventions, notamment à travers l'aménagement d'un circuit procédural spécifique au traitement de certains litiges contractuels **(1.1)** et la tendance à la contractualisation de la justice et du procès **(1.2)**.

1.1. Un circuit procédural propre à certains litiges contractuels

Le choix de la procédure accélérée au fond. Dans un objectif de simplification, de clarification et d'harmonisation des procédures, l'ordonnance n° 2019-738 du 17 juillet 2019²⁰ a opéré un nouveau choix terminologique significatif en remplaçant « *la forme des référés* »²¹ par la « *procédure accélérée au fond* ». Ce changement n'est pas anodin, car, au vrai, la

¹⁷ V. le rapport Fr. AGOSTINI et N. MOLFESSIS, *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile*, 2018, 48 pp.

¹⁸ Elles peuvent également prévoir une clause de mise en œuvre des modes amiables ou alternatifs de résolution des différends.

¹⁹ P. TALBOURET et L. GAULARD, « Réforme de la procédure civile : quels impacts contractuels ? », in *Analyses*, 22 avril 2020.

²⁰ Prise en application de l'article 28 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

²¹ Plusieurs expressions étaient employées : « procédure en la forme de référés », « comme en matière de référé », « dans la forme des référés », etc. V. dans ce sens, M. FOULON et Y. STRICKLER, « Le décret n° 2011-1043 et la procédure en la forme des référés », in *Recueil Dalloz*, 2011, chron. 2668.

référence au « *référé* » pour désigner en réalité une procédure préjudiciant le fond de l'affaire était une source d'erreurs en pratique²². La procédure accélérée au fond peut être mise en œuvre dans les cas qui nécessitent qu'une solution au fond soit rendue dans les délais rapides. Ces hypothèses sont expressément prévues par la loi. Mais, comme on le verra, des incertitudes demeurent.

En effet, certains litiges contractuels qui étaient tranchés « *en la forme des référés* » sont maintenues, mais sous la nouvelle dénomination. C'est le cas de l'article 127-4 du code des assurances relatif à l'assurance de protection juridique²³. Aux termes de cette disposition, le contrat doit stipuler qu'en cas de désaccord entre l'assureur et l'assuré au sujet de mesures à prendre pour régler un différend, cette difficulté peut être soumise à l'appréciation d'une tierce personne désignée d'un commun accord par les parties ou, à défaut, par le président du tribunal judiciaire statuant selon la procédure accélérée au fond. Il en va de même en cas de fixation des conditions relatives aux prix de cession des droits sociaux d'un associé, telle qu'envisagée par l'article 1843-4 du code civil. Ainsi, lorsque la loi ou les statuts prévoient la cession ou le rachat des droits sociaux, leur valeur est déterminée, en cas de contestation, « *par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par jugement du président du tribunal judiciaire ou du tribunal de commerce compétent, statuant selon la procédure accélérée au fond et sans recours possible* »²⁴. Plusieurs autres hypothèses de contestation sont envisagées²⁵ et il incombe à la partie la plus diligente de saisir, le cas échéant, la juridiction compétente.

Un circuit adapté à la vie des affaires. Dans les deux hypothèses sus évoquées²⁶, la procédure accélérée au fond permet de trancher rapidement les difficultés liées à la désignation de l'expert ou de l'évaluateur. Spécifiquement en ce qui concerne l'article 1843-4 du code civil, elle cadre mieux avec l'objectif du législateur qui est « *d'éviter qu'un désaccord sur le prix des*

²² Y. STRICKLER, « De la forme des référés à la procédure accélérée au fond », in *La Semaine juridique*, éd. G., n° 38, 16 septembre 2019, doctr. 928. L'auteur relève cependant que l'expression « *procédure accélérée au fond* » n'était pas « *forcément la mieux choisie* », car dans sa mise en œuvre, elle pouvait se confondre avec la procédure à jour fixe. Au vrai, dans ces deux procédures, c'est le président de la juridiction saisie qui fixera le jour où l'affaire sera appelé. L'auteur proposait plutôt l'expression « *ordonnance au fond* », expression qui n'est pas également à l'abri de critique. En fin de compte, le plus important c'est bien qu'on sache qu'il s'agisse d'une procédure portant sur le fond du litige ! *Contra*, v. M. FOULON et Y. STRICKLER, « Le référé-rétractation », in *Recueil Dalloz*, 2010, chron., p. 456.

²³ Cette disposition est modifiée par l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2019-738 du 17 juillet 2019 suscitée.

²⁴ Signalons au passage que le maintien de l'expression « expert » dans la nouvelle rédaction de l'article 1843-4 n'est pas approprié. Il aurait été préférable de parler « d'évaluateur » ou « d'appréciateur ». En effet, tandis que l'avis d'un expert ne lie pas le juge, l'avis de l'évaluateur s'impose aux parties et au juge. V. dans ce sens, L. CADIET, « Le juge et l'évaluation d'un prix de cession par un tiers », in *RDC*, n° 3, 2004, p. 750.

²⁵ C'est le cas de l'article L. 631-19-2 du code de commerce relatif à la cession des droits en cas redressement judiciaire. Ce texte est modifié par l'article 3 de l'ordonnance n° 2019-738 suscitée.

²⁶ Article 127-4 du code des assurances et article 1843-4 du code civil.

parts sociales ou actions ne puisse empêcher une cession d'aller à son terme»²⁷. Ainsi, l'expertise pourra se dérouler sans obstacles, car aucune partie ne sera admise à contester immédiatement la décision désignant l'expert²⁸. En clair, cette décision ne pourra être remise en cause que si le juge a méconnu l'étendue de son pouvoir. Or, le recours pour excès de pouvoir est une véritable boîte de Pandore et on se demande notamment s'il peut être invoqué lorsque le juge, saisi, refuse de désigner l'expert ou refuse de procéder à son remplacement.

Cette question, non envisagée par le législateur, est pourtant légitime. En effet, le refus du juge de désigner un expert peut occasionner un sérieux blocage dès qu'on admet qu'il est le seul moyen pour la partie intéressée²⁹ d'obtenir une évaluation de ses droits sociaux avant leur rachat ou leur cession. Il importe donc que les juges en aient conscience. En tout cas, les recours-nullités fondées sur l'excès de pouvoir en matière de désignation d'un expert judiciaire prospèrent difficilement devant la Cour de cassation. Dans une espèce³⁰, les statuts d'une société par actions simplifiée dont le capital était détenu par deux actionnaires précisait que « *tout actionnaire, qui cesse définitivement d'exercer ses fonctions salariées et/ou de mandataire social au sein de la société perd l'exercice de ses droits attachés à sa qualité d'actionnaire, et que les actions dont il est titulaire sont rachetées par un ou plusieurs cadres salariés ou mandataires sociaux* ».

L'un des actionnaires a démissionné de ses fonctions salariées. Faute d'accord entre les coactionnaires, le juge a été saisi aux fins de désignation d'un expert. Il a fait droit à la demande de l'actionnaire démissionnaire et l'appel-nullité formé contre sa décision a été déclarée irrecevable par la cour d'appel. Par la suite, le démissionnaire a demandé le remplacement de l'expert. Cette demande a été déclarée irrecevable par une ordonnance du 19 septembre 2017. Or, quelque temps plus tard, l'expert ayant refusé de poursuivre sa mission, l'actionnaire a réintroduit une demande de remplacement. Cette demande est accueillie par le juge, mais sa décision est infirmée par la cour d'appel. Pour le juge du second degré, le président du tribunal a commis un excès de pouvoir en méconnaissant l'autorité de la chose jugée attachée à

²⁷ B. RAYNAUD, « L'article 1843-4 du code civil et ses évolutions récentes », in *Experts*, n° 120, juin 2015, p. 4 et s. En effet, l'article 1843-4 du code civil, tel qu'envisagé par l'ordonnance n° 78-9 du 04 janvier 1978, avait vocation à s'appliquer lorsque la loi impose la cession ou le rachat forcés de parts sociales ou d'actions.

²⁸ V. dans ce sens, Cass. civ. 2^e, 07 juin 2018, n° 17-18.722, *Bull. com.*, 2018, II, n° 114. Ainsi, aussi bien la décision de désignation, de refus de désigner que de changement d'expert ne peuvent faire l'objet d'un recours-réformation ; Cass. com. 11 mars 2008, n° 07-13.189, *Bull. com.*, 2008, IV, n° 62 ; *RTD com.*, 2008, p. 840, obs. B. BOULOC ; Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-12.999, *Rev. sociétés*, 2012, p. 491, note E. SCHLUMBERGER. V. aussi M. KEBIR, « Procédure accélérée au fond devant les juridictions judiciaires », in *Dalloz actualité*, 13 janvier 2020.

²⁹ Généralement le cédant de droits sociaux.

³⁰ Cass. com., 17 mars 2021, n° 19-14.679, inédit.

l'irrecevabilité qu'il avait déjà prononcée le 19 septembre 2017, ce d'autant plus que la nouvelle demande de remplacement concernait les mêmes parties, le même d'objet et la cause.

Cette interprétation est sanctionnée par la haute juridiction qui précise que « *la méconnaissance de l'autorité de la chose jugée attachée à une précédente décision ne constitue pas un excès de pouvoir* ». Si l'évocation de l'autorité de la chose jugée peut-être contestable³¹, l'arrêt de cassation laisse cependant entrevoir une réponse à la question posée plus haut, celle de se si le juge, saisi en vertu de l'article 1843-4 du code civil, peut refuser de désigner ou de remplacer un expert. À notre sens, étant donné le caractère d'ordre public de l'article 1843-4 du code civil³² et l'impossibilité pour le juge de procéder lui-même à l'évaluation³³, deux situations devraient l'obliger à désigner l'expert, à peine d'excès de pouvoir. La première hypothèse est celle de la demande initiale aux fins de désignation de l'expert, bien entendu lorsque celle-ci est régulière. La seconde hypothèse est celle de la cessation des fonctions de l'expert³⁴. Quoi qu'il en soit, rien n'empêche³⁴ que les parties, même en cours d'instance, conviennent de la désignation d'un expert. Un tel accord devrait rendre sans objet la procédure contentieuse et s'imposer au juge.

Choisir entre l'article 1592 et l'article 1843-4 du code civil ? La grande incertitude.

La réforme du code civil n'a pas apporté de réponse à une difficulté pourtant fréquente en pratique. En effet, il arrive que les parties à une cession de droits sociaux se réfèrent à l'article 1592 relatif à la détermination du prix de la vente plutôt qu'à l'article 1843-4 suscitée. Ce texte prévoit que le prix de la vente « *peut cependant être laissé à l'estimation d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente, sauf estimation par un autre tiers* ». Ces conventions concluent sur le fondement de l'article 1592 du code civil attribuaient souvent au président du tribunal, devant statuer *en la forme des référés*³⁵ -devenue la procédure accélérée au fond-, la compétence pour désigner le tiers évaluateur. Ce qui n'est pas expressément prévu par la loi. Or, par simple mimétisme, les parties à une cession de droits

³¹ S'il y a évidemment identité de parties et d'objet lors de la seconde demande de remplacement de l'expert, on peut se demander s'il y a identité de cause. Dans la première demande, c'est l'associé-cédant qui, *motu proprio*, sollicite un remplacement de l'expert alors que la seconde demande est consécutive au refus par ce dernier de poursuivre sa mission. V., M. STORCK, « Article 1843-4 du code civil : méconnaissance de l'autorité de la chose jugée et excès de pouvoir », note sous l'arrêt préc., *Bulletin Joly Sociétés*, n° 6, 1^{er} juin 2021, p. 21.

³² Cass. com., 04 décembre 2007, n° 06-13.912 ; CA Grenoble, 12 mai 2011, n° 08/04340. V. aussi, J.-Ph. ERB, « L'article 1843-4 du code civil n'est pas applicable aux cessions de droits sociaux librement consenties par les associés », in *Journal des sociétés*, n° 119, mai 2014, p. 41 et s.

³³ CA Colmar, 2^e ch. A, 08 juin 2000, n° C6364 ; *Gazette du palais*, 5-6 octobre 2001, p. 15, obs. VRAY.

³⁴ Si c'est une partie qui sollicite le remplacement de l'expert, le juge peut rejeter la demande.

³⁵ CA Paris, pôle 1, ch. 3, 04 juillet 2018, n° 17/19755. V. également CA Aix en Provence, 02 mai 2019, n° 18/16301.

sociaux seront tentées de croire que sur la base de l'article 1592, elles peuvent prévoir que la désignation judiciaire de l'expert se fera -cette fois-ci- selon *la procédure accélérée au fond*. Pourtant, le nouvel article 481-1 du code de procédure civile s'oppose à une telle démarche, puisqu'il réserve cette procédure aux seules hypothèses prévues « *par la loi ou le règlement* »³⁶. Les parties doivent donc redoubler de vigilance, car, en faisant référence à l'article 1592 au lieu de l'article 1843-4 du code civil pour organiser la cession des droits sociaux, elles écartent d'office la procédure accélérée au fond et renoncent à la célérité qu'elle offre.

En allant plus loin, eu égard au caractère d'ordre public de l'article 1843-4 du code civil, on peut même se demander si les parties à une cession de droits sociaux devraient toujours pouvoir recourir à l'article 1592 du code civil. Selon notre manière de voir, et à rebours de certains auteurs³⁷, cette disposition pose des règles générales applicables à la détermination du prix de vente tandis que l'article 1843-4 s'applique uniquement à la cession des droits sociaux. À ce titre, ce dernier constitue une véritable dérogation au premier, d'où la nécessité d'appliquer la maxime *specialia generalibus derogant*³⁸. En d'autres termes, dès qu'il s'agit d'une cession de droits sociaux, le seul mécanisme ouvert aux parties devrait être celui de l'article 1843-4. Une telle précision aurait permis au code civil de gagner en « *lisibilité* »³⁹. En attendant, il revient au juge de cassation de trancher définitivement ce problème. En définitive, force est de constater que le rédacteur du code civil a voulu protéger la relation contractuelle en invitant les parties à rechercher une issue consensuelle à leur différend, car, dit-on souvent, un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès. Cette quête du consensus se matérialise également en droit processuel par la tendance à la contractualisation de la justice et du procès.

1.2. Une tendance à la contractualisation de la justice et du procès

Précision terminologique. La contractualisation est une expression générique bien connue, mais difficile à cerner. Elle recouvre plusieurs réalités et peut se manifester sous diverses formes. Mais globalement, on peut distinguer la contractualisation de la Justice⁴⁰ de la

³⁶ Cette solution avait déjà été donnée par la Cour de cassation au sujet de la procédure en la forme des référés. V. Cass. civ. 1^{re}, 15 février 2012, n° 10-21.457.

³⁷ B. RAYNAUD, *op. cit.*, p. 7. Pour cet auteur, l'article 1592 devrait s'appliquer à chaque fois que la session est imposée par la volonté privée et que celle-ci « *prévoit dans le même temps le mode de détermination du prix de rachat* », tandis que l'article 1843-4 s'appliquerait lorsque la convention « *ne comporte pas les précautions rédactionnelles qu'impose l'article 1592* ».

³⁸ Ce qui signifie que la règle spéciale prévaut sur la règle générale.

³⁹ V. le compte rendu du Conseil des ministres du 10 février 2016, relatif à la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁴⁰ Le mot « Justice » est compris ici dans son sens juridictionnel (rendre la Justice) et non organique ou institutionnel (le service public de la justice).

contractualisation du procès. La première désigne le fait de recourir au contrat pour résoudre les conflits : il s'agit donc de la Justice par le contrat. La seconde, quant à elle, renvoie à « *l'utilisation du contrat au sein du procès* »⁴¹, c'est-à-dire comme un instrument de gestion de la procédure. La réforme de la procédure civile a envisagé ces deux facettes de la contractualisation avec d'une part la généralisation du contrat comme mode de résolution des conflits et d'autre part l'incitation du juge et des parties à une gestion concertée de l'instance.

La généralisation du contrat comme mode de résolution des conflits. « *Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société ; empêcher les procès, c'est la première et il faut que la société dise aux parties : pour arriver au temple de la justice, passez par celui de la concorde* »⁴². Fidèle à la tradition française d'une justice pacificatrice⁴³, le législateur a toujours été favorable à ce que les justiciables envisagent la résolution amiable de leurs différends⁴⁴, avant la saisine du juge. En effet, les modes amiables présentent des avantages indéniables par rapport à la justice étatique⁴⁵. De même, ils soulagent la machine judiciaire qui, à cause du manque de moyens financiers, matériels et humains, subit les méfaits de la société contentieuse⁴⁶. C'est la raison pour laquelle la réforme de la procédure civile précise les cas où le recours à un mode amiable doit obligatoirement précéder la saisine du juge⁴⁷. Le législateur est passé de la simple incitation à une véritable obligation⁴⁸

L'article 4 du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 crée le nouvel article 750-1 du code de procédure civile qui encadre le recours préalable obligatoire à un MARD⁴⁹. Désormais, une demande en justice doit être précédée⁵⁰, au choix des parties, d'une tentative de conciliation, de médiation ou de procédure participative, lorsqu'elle tend au paiement d'une

⁴¹ Sur cette distinction, Ch. JARROSSON et *alii*, « La contractualisation de la justice : jusqu'où aller ? », *op. cit.*, spéc. p. 185.

⁴² J. PRUGNON, *Archives parlementaires*, tome XVI, 1970, p. 739.

⁴³ B. BERNABÉ, « Les chemins de l'amiable résolution des différends », in *Les cahiers de la justice*, n° 4, 2014/4, pp. 631-643. *Contra*, v. Th. COUSTET, « Médiation : et si les réticences étaient culturelles ? », in *Dalloz actualité*, 16 juillet 2018.

⁴⁴ Fr. BONHOMME et Th. MOHAMED SOILHI, *Les outils juridiques de prévention et de traitement des difficultés des entreprises à l'aune de la crise de la covid-19*, Rapport d'information n° 615 (2020-2021), p. 44.

⁴⁵ En termes de rapidité et -parfois- de coût.

⁴⁶ La justice étatique est « *trop lente, trop chère, trop compliquée, trop lointaine et souvent incertaine* », J.-M. COULON, « L'Évolution des modes de règlement sous l'égide du juge », in P. ANCEL et M.-C. RIVIER (dir), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, Economica, 2001, p. 133.

⁴⁷ C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 35^e éd., Coll. « Précis », 2020, n° 2366 s. ; L. CADRET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 11^e éd., Paris, LexisNexis, 2020, n° 890.

⁴⁸ G. MAUGIN, « Réforme de la procédure civile : cas de recours préalable obligatoire aux modes de résolution amiable des différends », in *Dalloz actualité*, 16 décembre 2019.

⁴⁹ Ce qui signifie modes amiables de résolution des différends. L'arbitrage est donc exclu.

⁵⁰ La demande en justice doit mentionner cette diligence, article 54 5° du CPC.

somme n'excédant pas 5000 euros ou lorsqu'elle est relative à l'une des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire⁵¹. Cette exigence est sanctionnée par l'irrecevabilité de la demande en justice⁵² que le juge « *peut relever d'office* »⁵³. Il ne peut y être dérogé que dans des hypothèses limitativement énumérées par le texte⁵⁴.

Cette nouvelle disposition n'est pas à l'abri de critiques. On y a vu notamment une atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif étant donné que, mis à part la conciliation judiciaire⁵⁵, tous les autres modes amiables sont payants. De même, le texte méconnaît le principe d'égalité devant la justice dans la mesure où il instaure une différence de traitement entre les justiciables selon la nature et l'intérêt de leur litige. Enfin, il remet en cause le principe de la liberté contractuelle en vertu duquel ce sont les parties qui, de leur propre initiative, conviennent de soumettre leur litige à un tiers autre que le juge. Cependant le Conseil constitutionnel⁵⁶ a écarté toutes ces récriminations. Il a en effet précisé qu'en limitant l'obligation de recourir préalablement aux MARD aux *petits litiges*⁵⁷, en admettant des cas de dispense et en diversifiant le choix des justiciables, le législateur n'a pas méconnu le droit à un recours effectif⁵⁸. De la même manière, le législateur n'instaure pas une discrimination injustifiée entre les justiciables. Au contraire, il poursuit l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice, lorsqu'il entend « *réduire le nombre des litiges soumis au juge [en identifiant ceux] dont il a estimé qu'ils se prêtent particulièrement à un règlement amiable* »⁵⁹.

⁵¹ Ces dispositions sont relatives aux conflits de voisinage. Sur le domaine de l'article 750-1 du CPC, v. CA Paris, 28 mai 2021, n° 20/13205 ; CA Pau, 20 mai 2021, n° 20/02481 ; CA Nancy, 11 janvier 2021, n° 20/02102.

⁵² La question s'est posée de savoir si le non-respect de cette obligation pouvait être régularisé en cours d'instance. Autant la loi (article 127 du CPC) que la jurisprudence (Cass. civ. 2^e, 12 juillet 2012, n° 10-19.476 ; Cass. ch. mixte, 12 décembre 2014, n° 13-19.684 ; Cass. civ. 3^e, 06 octobre 2016, n° 15-17.989 ; Cass. civ. 3^e, 16 novembre 2017, n° 16-24.642) ne sont pas favorables. Comme on le sait, une demande déclarée irrecevable n'interrompt pas la prescription (Cass. com., 26 janvier 2016, n° 14-17.952 ; Cass. civ. 2^e, 21 mars 2019, n° 17-10.663). Cependant, selon un auteur, cette fin de non-recevoir n'est pas définitive, car « *le risque que l'action en justice soit prescrite pourrait caractériser une urgence manifeste, tandis que l'introduction d'une première action en justice en violation des dispositions de l'article 750-1 pourrait constituer une circonstance rendant impossible une telle tentative* », G. HILGER, « Le défaut de mise en œuvre de la tentative obligatoire de résolution amiable du litige est-il régularisable en cours d'instance », in *Gazette du palais*, n° 9, mars 2021, p. 16.

⁵³ Et non « doit » !

⁵⁴ Article 750-1 alinéa 2 du CPC. Pour application, v. CA Dijon, 08 juin 2021, n° 20/01543. Mais le domaine de l'article 750-1 du CPC reste assez flou, v. CA Riom, ch. com., 17 mars 2021, n° 20/01181.

⁵⁵ Notons qu'il entre dans la mission du juge de concilier les parties, article 21 du CPC.

⁵⁶ Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC.

⁵⁷ C'est-à-dire les litiges ayant un faible enjeu pécuniaire.

⁵⁸ Dans le même sens, v. C. BOILLOT, « Quelle sanction procédurale pour les clauses de conciliation obligatoire ? », in *Recueil Dalloz*, 2015, p. 298.

⁵⁹ Une auteure a critiqué la réduction de la conciliation « *à certains litiges de relation humaine opposant des personnes amenées à continuer à vivre ou à travailler ensemble* », B. GORCHS, « La conciliation comme "enjeu" dans la transformation du système judiciaire », in *Droit et société*, n° 62, 2006/1, spéc. p. 237.

On peut cependant questionner l'efficacité de l'article 750-1 du code de procédure civile. Réduira-t-il véritablement le nombre d'affaires soumises au juge ? En effet, il n'est pas exclu que les justiciables optent massivement pour la conciliation judiciaire qui est gratuite, au détriment des autres modes amiables. Si une telle situation venait à se produire, les conciliateurs seraient très rapidement débordés par l'abondance de demandes qu'ils ne pourront traiter dans un délai raisonnable. Or, en application de l'article 750-1 3° du code de procédure civile, l'indisponibilité des conciliateurs de justice est un cas de dispense de l'obligation de tenter une résolution amiable. À cela, il faut ajouter que l'échec de la médiation, de la conciliation ou de la procédure participative aura pour conséquence, en fin de compte, de rallonger le traitement de l'affaire puisqu'il faudra commencer la procédure judiciaire à zéro⁶⁰. Dans le même sillage, il n'est pas inutile de rappeler que la mise en œuvre des MARD suppose le consentement de toutes parties impliquées. Il peut alors arriver que l'une d'elles, en l'occurrence le mis en cause, s'oppose explicitement ou tacitement à l'arrangement amiable. Le refus ou le silence de la partie adverse devrait justifier la saisine du juge⁶¹. Le plus important, aux yeux de la loi, c'est de *tenter* une résolution amiable. Mais quand peut-on considérer qu'il y a eu *tentative* ?

Dans une espèce, un demandeur avait saisi le tribunal de Grenoble par déclaration au greffe. Le tribunal a prononcé l'irrecevabilité de l'acte, faute pour le demandeur de justifier qu'il a accompli les démarches en vue de la conciliation judiciaire préalable, prescrite par l'article 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016. Le justiciable se pourvoit en cassation. Pour paralyser le jugement, la haute juridiction relève le défaut de base légale, car le demandeur avait mentionné dans sa déclaration au greffe, « *avoir envoyé un courrier à l'autre partie en vue d'un accord* »⁶². Pour le juge suprême, le tribunal aurait dû examiner si, par un tel courrier, le demandeur ne justifiait pas des démarches requises. Même si cet arrêt se rapporte à un texte abrogé, il est intéressant pour l'application de l'article 750-1 du code de procédure civile : « *si un plaideur a expressément indiqué avoir envoyé un courrier à l'autre partie en vue d'un accord pour mettre un terme au litige, les juges devront, même sous l'empire du droit en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2020, apprécier si cet élément permet de justifier de démarches en vue de*

⁶⁰ « Dès lors que les parties ont accepté de tenter une médiation ou une conciliation, elles n'ont pas à être pénalisées en se trouvant confrontées à des délais bien plus longs que si elles étaient demeurées dans le circuit judiciaire contentieux », Inspection Générale des Services Judiciaire, *Rapport sur le développement des modes amiables de règlements*, avril 2015, n° 22-15, p. 36.

⁶¹ V. dans ce sens TJ Amiens, 24 juillet 2020, n° 11-20-000327 : « compte tenu de cette opposition ferme et sans appel, il est manifeste que la résolution amiable du litige était impossible. Dès lors, [le demandeur] justifie d'un motif légitime pour s'exonérer de la tentative de résolution amiable mentionnée à l'article 750-1 du code de procédure civile ».

⁶² Cass. civ. 2°, 15 avril 2021, n° 20-14.106, F-P, *Dalloz actualité*, 10 mai 2021, note C. BLÉRY.

parvenir à une résolution amiable du litige »⁶³. En définitive, force est de constater qu'en voulant obliger les parties à mettre en œuvre la résolution amiable de leur contentieux, le législateur a fait naître, par la même occasion, le contentieux de l'amiable⁶⁴.

Le recours au contrat comme instrument de gestion du procès. Le contrat, en tant qu'instrument de gestion de l'instance, participe du principe de coopération en application duquel tous les acteurs du procès concourent loyalement à l'avancement du procès. Les contrats de procédure sont variés. Il peut s'agir des contrats individuels tels que les calendriers de procédure et la convention de procédure participative aux fins de mise en état ou des contrats collectifs comme les protocoles de procédure conclus entre les juridictions et les professions judiciaires⁶⁵. La réforme de la procédure civile n'apporte rien de neuf en ce qui concerne les protocoles et calendriers de procédure. En revanche, elle accorde une importance toute particulière à la mise en état conventionnelle⁶⁶ qui est susceptible d'intervenir à tout moment de l'instance⁶⁷ et d'entraîner d'importantes conséquences.

Tout d'abord, la signature d'une convention de procédure participative aux fins de mise en état vaut renonciation de chaque partie à se prévaloir d'une fin de non-recevoir, de toute exception de procédure et des dispositions de l'article 47 du code de procédure civile, à l'exception de celles qui surviennent ou sont révélées postérieurement à la signature de la convention de procédure participative⁶⁸. Cela se comprend aisément, car la mise en état conventionnelle repose essentiellement sur la bonne foi de ceux qui s'y engagent⁶⁹. Ensuite, lorsque les parties et leurs avocats justifient avoir conclu une convention de procédure participative aux fins de mise en état, le juge peut, à leur demande, fixer la date de l'audience de clôture de l'instruction et la date de l'audience de plaidoiries. Il renvoie l'examen de l'affaire

⁶³ C. BLÉRY, « Où l'amiable devient l'objet du contentieux... », note sous l'arrêt précité, *Dalloz actualité*, 10 mai 2021.

⁶⁴ Car le juge sera bien obligé d'apprécier, compte tenu des circonstances, s'il y a eu *tentative*, expression vague. V. dans ce sens G. MAUGAIN, « Cas de recours préalable obligatoire aux modes de résolution amiable des différends », in *Dalloz actualité*, 20 janvier 2020.

⁶⁵ Un auteur y voit une sorte de « *convention collective de procédure civile* », L. CADIET, « Les jeux du contrat et du procès-Esquisse », in *Mélanges offerts à G. FARJAT*, Paris, éd. Frison-Roche, 1999, pp. 23-52, spéc. n° 18 ; « Propos introductifs : faire lien », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Actes du colloque des 11, 12 et 13 octobre 2007, spéc. p. 87.

⁶⁶ Elle est prévue par les articles 2062 et s. du code civil.

⁶⁷ Article 1546-1 alinéa 1^{er} du CPC. V. aussi l'article 776 du CPC.

⁶⁸ Article 1546-1 alinéa 3 du CPC.

⁶⁹ Dans ce sens, N. FRICERO, C. DENOIT-BENTEUX et V. DELNAUD, « Procédure participative de mise en état : la mise en état conventionnelle des divorces contentieux », Dossier « Atelier d'actualité sur la réforme du divorce et de la mise en état conventionnelle », in *Gazette du palais*, n° hors-série 1, avril 2021, p. 29.

à la première audience précitée. À défaut de demande en ce sens, le juge ordonne le retrait du rôle⁷⁰.

Enfin, la nouvelle rédaction de l'article 369 du code de procédure civile prévoit que l'instance est interrompue par la conclusion d'une convention de procédure participative aux fins de mise en état y compris en cas de retrait du rôle⁷¹. De même, au stade de l'appel, « l'information donnée au juge de la conclusion d'une convention de procédure participative entre toutes les parties à l'instance d'appel interrompt les délais impartis pour conclure et former appel incident mentionnés aux articles 905-2 et 908 à 910 »⁷². Au regard de ce qui précède, force est de constater que la procédure civile se contractualise. Cette contractualisation tourne le dos au légicentrisme en remettant les parties au cœur de la résolution du litige et de la conduite du procès. Inversement, avec la réforme du droit des contrats, le contrat tend plutôt à procéduraliser.

2. LES ASPECTS PROCESSUELS DE LA REFORME DU DROIT DES CONTRATS

Le juge au cœur du contrat. Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. Cette disposition de l'article 1103 du code civil consacre le principe de l'effet relatif des contrats. Compris de manière extensive, ce principe exclut l'immixtion d'un tiers dans la convention. Exceptionnellement, le législateur admet que le juge intervienne pour « réviser un contrat déséquilibré lors de sa formation ou qui le devient au cours de son exécution ou encore à l'occasion de son inexécution »⁷³. Bien que la réforme du droit des contrats n'ait pas suivi les propositions doctrinales en faveur de la consécration de la lésion qualifiée pouvant justifier une révision judiciaire du contrat⁷⁴, elle a renforcé le contentieux contractuel par une extension considérable de *la matière à juger* (2.1). Cette extension résulte de la multiplication des hypothèses de recours au juge dans la relation contractuelle. De même,

⁷⁰ Article 1546-1 alinéa 2 du CPC.

⁷¹ Il convient de noter que l'interruption de l'instance emporte l'interruption du délai de péremption (article 392 du CPC). Dans le cas particulier de la mise en état conventionnelle, le délai de péremption recommencera à courir à compter de l'extinction de la convention de procédure participative.

⁷² Article 1546-2 du CPC.

⁷³ Cl. WITZ, « Le juge et la révision du contrat : vision du droit français », in *Petites affiches*, n° 65, 2018, p. 10.

⁷⁴ « Un droit des contrats doit comporter une disposition sanctionnant les contrats initialement trop déséquilibrés, pour faire échec à certains abus et assurer la justice contractuelle », M. FONTAINE, « Table ronde : le regard des juristes européens », in *Revue des contrats*, n° 1, 2009, p. 372. Cependant, certains auteurs estiment que le vice de violence -économique-, prévue par l'article 1143 du code civil, recouvre et va même au-delà de la lésion qualifiée. V. dans ce sens D. MAZEAUD et Y. PICOD (dir.), *La violence économique à l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*, Association Henri CAPITANT, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2017, 114 pp. Or, « alors que la sanction de la violence est la nullité du contrat, celle de la lésion qualifiée aurait pu prendre la forme d'une révision judiciaire », Cl. WITZ, *ibid.*

la réforme a rénové substantiellement *la manière de juger*, car les nombreux silences de la loi font que le juge passe désormais du rang d'esclave du contrat à celui de maître (2.2).

2.1. Une extension considérable de la matière à juger

Quand le juge vient à la rescousse du contrat... L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations rompt, sur bien des points, avec l'esprit et la lettre du code de 1804. Influencée par les projets européens⁷⁵ et par l'expérience des pays voisins⁷⁶, elle semble favorable à une plus grande intervention du juge dans la relation contractuelle⁷⁷, notamment à travers la consécration de la révision judiciaire du contrat. Elle permet de réduire un déséquilibre des prestations contractuelles consécutif à un changement imprévisible de circonstances. La révision peut avoir lieu à différents moments de la vie du contrat, soit en cours d'exécution -cas de la révision pour imprévision-, soit en cas d'inexécution -hypothèse de la réduction du prix du contrat-. Elle peut également être tantôt directe lorsque le juge modifie les termes du contrat, tantôt indirecte lorsqu'il se limite à contrôler les dispositions contractuelles et à sanctionner, le cas échéant, la partie fautive.

La révision judiciaire du contrat pour imprévision. Jusqu'à une époque encore récente, ni le code civil de 1804, ni la jurisprudence de la Cour de cassation⁷⁸ n'admettaient la possibilité d'une révision judiciaire du contrat pour imprévision⁷⁹. L'idée était que, selon la conception napoléonienne des accords de volonté, « *la réécriture du contrat ne puisse être que l'affaire des parties, seules à même d'apprécier et de déterminer les termes concrets de leurs*

⁷⁵ C'est le cas des principes de droit européen des contrats (PDEC) et le droit commun européen de la vente (DCEV). Sur la question, v. C. CASTETS-RENARD et H. HATANO, « L'influence des PDEC sur les projets de réforme des droits français et japonais des contrats, in *RIDC*, n° 3, pp. 713-738.

⁷⁶ Notamment l'Italie et l'Allemagne.

⁷⁷ Quoique certaines dispositions qui alimentaient le contentieux en matière contractuelles aient été supprimées. C'est le cas la cause comme condition de validité du contrat. V. cependant, O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « La cause a-t-elle réellement disparu du droit français des contrats ? », in *ERCL*, vol. 13, Issue 4, décembre 2017, pp. 418-430. Ces auteurs estiment que si la référence à la cause est supprimée, elle est remplacée par des expressions analogues (motif, but). De même, dans certains cas, la recherche de la cohérence du contrat amènera le juge à rechercher incidemment sa cause.

⁷⁸ Notamment à travers le célèbre arrêt *Canal de Craponne* : « *dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse apparaître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* », Cass. civ., 06 mars 1876, *DP*, I, 1876, p. 163 ; v. dans le même sens Cass. com., 10 juillet 2007, n° 06-14.768, *RDC*, 2007, p. 1007, obs. L. AYNÈS ; Cass. civ. 3^e, 25 juin 2013, n° 11-27.904 ; *contra*, Cass. com., 03 novembre 1992, n° 90-18.547, *JCP G*, II, 1993, p. 22164, obs. G. VIRASSAMY.

⁷⁹ Seules était admise la révision des clauses pénales manifestement excessives et la révision des honoraires des mandataires (Cass. civ. 2^e, 19 février 2009, n° 07-21.518).

droits et obligations respectifs »⁸⁰. Aujourd'hui, à travers l'article 1195 du code civil⁸¹ qui introduit cette nouveauté en précisant ses conditions et ses modalités, le législateur a voulu rechercher un équilibre entre la justice contractuelle et l'autonomie de la volonté. Trois conditions cumulatives sont indispensables pour déclencher la procédure de révision judiciaire du contrat.

Tout d'abord, il faut un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat. Ces circonstances peuvent être de divers ordres⁸², l'essentiel étant qu'elles soient extérieures à la volonté et à la situation des contractants au moment de la conclusion du contrat. L'imprévisibilité du changement tient à son caractère anormal ou soudain. En d'autres termes, la révision ne sera pas admise si un homme moyen, placé dans les mêmes conditions que les parties, aurait pu -ou dû- prévoir un tel changement.

Ensuite, le changement de circonstances doit avoir rendu l'exécution du contrat « *excessivement onéreuse* »⁸³. En clair, il faut qu'il y ait un « *écart considérable entre ce que l'une des parties fournit et ce qu'elle reçoit* »⁸⁴. Il revient donc au juge, comme on le verra plus tard, d'apprécier le caractère excessivement onéreux. Mais cette tâche n'est pas facile, car on peut se demander la démarche qu'il doit adopter. Doit-il, pour réviser le contrat, prendre uniquement en compte le bénéfice déjà perdu au moment où il est saisi ou alors faut-il plutôt, comme le suggère un auteur, « *envisager la durée restant à courir du contrat [pour] prendre en compte les projections qui pourraient corriger la situation, etc.* »⁸⁵. Or, selon notre manière de voir, le juge devrait considérer l'économie générale du contrat, autrement dit, ce que chacune

⁸⁰ Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », in *RDC*, n° 2, 2016, p. 373. Ainsi, le rôle du juge se limitait à l'invalidation du contrat (ou de certaines stipulations) lorsqu'il contrevenait à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (articles 6, 1128 et 131 du CC).

⁸¹ Article 1195 du CC : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

⁸² Économique, politique, commercial, technologique, monétaire et même, dans une certaine mesure, juridique.

⁸³ Par exemple une dévaluation, une hausse drastique de prix. Il faut cependant que l'exécution du contrat soit toujours possible. Au cas contraire, c'est la force majeure qu'il faut invoquer, F. AUQUE, « Retour du juge par la loi. L'ordonnance réformant le droit des obligations : les nouveaux articles 1171 et 1195 du code civil », in *AJDI*, 2016, p. 184 et s.

⁸⁴ Th. REVET, *ibid.*

⁸⁵ N. MOLFESSIS, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », in *JCP G*, n° 52, 2015, p. 1415.

des parties espérait tirer comme profit au terme du contrat le contrat⁸⁶. Cela implique que la révision tienne compte à la fois de la perte subie et des possibilités d'un retour à la normale.

Enfin, le changement de circonstances ne doit pas avoir été accepté par la partie qui l'invoque. En effet, l'acceptation d'un tel risque ôte au changement de circonstances son caractère imprévisible⁸⁷. Un auteur⁸⁸ suggère cependant d'établir une différence entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion. En effet, dans ces derniers et à la différence des premiers, certaines clauses sont rédigées d'avance et de manière unilatérale par l'un des contractants, l'autre se contentant de les ratifier. Il peut donc arriver qu'au nombre des clauses non négociables dans un contrat d'adhésion, figurent une clause d'acceptation du risque de changement de circonstances. Dans ce cas, selon l'auteur, même si la partie adhérente au contrat est réputée avoir accepté une telle clause⁸⁹, elle pourra toujours solliciter et bénéficier une révision judiciaire. Or, à regarder de très près, cet argument est assez contestable dans la mesure où la partie qui adhère à un contrat pré-rédigé est supposée en avoir accepté les termes. Elle est par conséquent, sauf dans l'hypothèse de l'article 1171 du code civil, assimilée à une partie au contrat de gré à gré. En outre, il n'est pas bon de discriminer là où la loi ne le fait pas, au risque de fragiliser l'utilité de ce type de convention.

Quant aux modalités de la révision, il convient de signaler que la saisine du juge est précédée d'une renégociation amiable du contrat. Concrètement, la partie qui subit les effets du changement de circonstances « *peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la négociation* »⁹⁰. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, « *les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation* »⁹¹. L'emploi par le législateur de l'expression « *peut* » laisse cependant planer une incertitude quant au caractère obligatoire de la renégociation du contrat avant la saisine du juge. Autrement dit, la saisine du juge aux fins de révision du contrat sans renégociation préalable du contrat constitue-t-elle une fin de non-recevoir ?

Pour une partie de la doctrine, il s'agit bel et bien d'une fin de non-recevoir, car le législateur a voulu que la partie concernée, avant de saisir le juge, « *propose à l'autre une*

⁸⁶ Et non simplement ce que chacune d'elles espérait avoir déjà gagné au moment du changement de circonstances.

⁸⁷ La révision judiciaire vise à protéger la partie qui subit les conséquences d'un changement alors qu'elle n'a pas accepté « *d'en assumer le risque* », article 1195 al. 1^{er} du CC.

⁸⁸ Th. REVET, *op. cit.*, p. 373.

⁸⁹ En signant le contrat. La signature du contrat emporte l'acceptation de toutes ses clauses.

⁹⁰ Article 1195 al. 1^{er} du CC.

⁹¹ Article 1195 al. 2 du CC.

renégociation amiable et, en cas d'échec ou de refus des négociations, qu'elle recherche avec l'autre une résolution amiable du contrat ou la présentation conjointe d'une demande de révision judiciaire »⁹². Cependant, cette interprétation s'éloigne tant de la lettre de la loi que de la *ratio legis* de cette disposition. Assurément, derrière le choix de mots, se cache le poids des mots. En d'autres termes, si le législateur entendait faire de la tentative de renégociation du contrat un préalable obligatoire au contentieux de la révision, il l'aurait prescrit à peine d'irrecevabilité relevable d'office par le juge⁹³. De même, le rapport au président de la République qui a précédé l'ordonnance de 2016 semble plutôt mettre en relief le caractère incitatif de l'article 1195 du code civil lorsqu'il relève que « *le risque d'anéantissement ou de révision du contrat par le juge [devrait] inciter les parties à négocier* »⁹⁴. En tout cas, il appartiendra au juge, notamment de la Cour de cassation, de se prononcer définitivement sur cette question.

Mais cette ambiguïté terminologique rejaille sur l'office du juge qui, s'il est assez important, manque de clarté. Par exemple, aux termes de l'article 1195 alinéa 2 du code civil, à défaut d'accord entre les parties « *dans un délai raisonnable*⁹⁵, le juge **peut**, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». Une interprétation simpliste de cette disposition peut induire en erreur, surtout si elle amène à considérer que le juge, saisi d'une demande en révision pour imprévision puisse librement choisir entre la révision et la résolution du contrat. À moins de considérer « *qu'une demande de résolution est toujours comprise dans une demande de révision, et réciproquement* »⁹⁶, le principe dispositif s'oppose à une telle faculté. Le juge doit donc limiter sa décision à la demande qui lui est adressée. Quoi qu'il en soit, dès que les conditions de la révision pour imprévision sont réunies, le juge *doit* la prononcer⁹⁷, tout en déterminant la date à laquelle elle prend effet⁹⁸ ainsi que ses conditions de mise en œuvre⁹⁹.

⁹² Th. REVET, *op. cit.*, p. 373.

⁹³ Par rapprochement aux dispositions de l'article 750-1 du CPC. En effet, même si les fins de non-recevoir de l'article 122 du CPC ne sont pas exhaustives, le principe demeure celui de la légalité des fins de non-recevoir.

⁹⁴ V. Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁹⁵ Qui appréciera ce « *délai raisonnable* » ? Sans doute le juge. Mais peut-il rejeter une demande pour un tel motif ? L'avenir nous le dira.

⁹⁶ Th. REVET, *op. cit.*, p. 373.

⁹⁷ La révision peut consister en une augmentation du prix de la transaction, un aménagement de la prestation, un rééchelonnement de l'exécution, etc. Bref, il faut une « *distribution équitable* » des pertes qu'occasionne le changement de circonstances (article 6 : 111(3) des PDEC.

⁹⁸ La date de révision peut être ramenée à celle du changement de circonstances.

⁹⁹ Ainsi, le juge modifiera unilatéralement certaines stipulations contractuelles.

En poussant la réflexion on peut également se demander si la partie qui agit en justice doit continuer à exécuter ses obligations devenues excessives. La loi reste silencieuse sur cette question. Néanmoins, il y a lieu d'estimer qu'elle pourra toujours solliciter et obtenir du juge une suspension d'exécution. À défaut, il faudra que la procédure judiciaire de révision pour imprévision soit assez rapide pour éviter que, de l'onérosité de l'exécution, on passe à l'impossibilité d'exécution. Dans ce sillage, il aurait même été opportun d'envisager un circuit accéléré de traitement des demandes de révision pour imprévision¹⁰⁰.

La révision judiciaire du contrat pour inexécution. Aux termes de l'article 1223 du code civil, en cas d'exécution imparfaite¹⁰¹ de la prestation, « *le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa **décision** d'en réduire de manière proportionnelle le prix. L'**acceptation** par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit [et motivée]¹⁰². Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix* ». Cette rédaction est imprécise quant à la nature de la réduction proportionnelle du prix. Alors que la référence à une *décision* du créancier laisse croire que la réduction est une mesure unilatérale, l'évocation d'une *acceptation* de cette décision par le débiteur suggère le contraire. En réalité, il faut se référer aux travaux préparatoires pour constater que le législateur a consacré le principe de la réduction unilatérale du prix¹⁰³ -même si rien n'empêche que les parties le fassent d'un commun accord-. On peut aussi s'interroger sur la conséquence de l'acceptation de la réduction du prix par le débiteur. Vaut-elle renonciation à une éventuelle contestation devant le juge ? Il est difficile de trancher. Au pire des cas, elle ne sera pas admise à saisir le juge, au meilleur des cas, cette acceptation constituer un moyen de défense pour le créancier.

En outre, le texte semble limiter la saisine du juge pour le seul cas où le créancier aurait déjà payé le prix de la prestation¹⁰⁴. Mais il va sans dire que le débiteur peut également saisir le juge afin de contester la réduction unilatérale du prix par le créancier. Dans l'un ou l'autre

¹⁰⁰ Par exemple la procédure accélérée au fond.

¹⁰¹ Il peut s'agir d'une imperfection (insuffisance) quant à la quantité ou la qualité de la prestation. Un auteur, s'appuyant, sur l'article 50 de la Convention de Vienne, exclu cependant l'imperfection pour retard dans l'exécution, Fr. CHÉNÉDÉ, « La réduction du prix », in *RDC*, 2017, p. 571 et s. Le créancier peut également, en cas d'exécution imparfaite, faire exécuter lui-même l'obligation (article 1222 du CC) ou rompre unilatéralement le contrat (article 1226 du CC).

¹⁰² Bien que la loi soit silencieuse sur la question, il serait judicieux pour le créancier de motiver sa décision, ce qui permettra au débiteur et au juge de mieux apprécier la réduction.

¹⁰³ H. BARBIER, « L'exécution et la sortie du contrat », in *RDC*, n° Hors-série, 2018, p. 40.

¹⁰⁴ Il s'agit ici d'avoir payé la *totalité* du prix. Si le créancier n'a payé qu'une *partie* du prix, il peut retenir le reste.

des cas, son travail consiste à constater l'effectivité de l'exécution imparfaite et à contrôler la proportionnalité de la réduction unilatérale du prix¹⁰⁵. Si celle-ci est excessive, le juge condamnera le créancier au paiement de la différence. On est alors en présence d'une révision indirecte du contrat dans la mesure où le juge ne modifie pas la nature et la teneur des obligations des parties. Il se contente de corriger l'abus résultant de la réduction unilatérale du prix du contrat. Ce faisant, il rétablit l'équilibre du contrat¹⁰⁶. Au regard de ce qui précède, force est de constater que la réforme du droit des contrats est favorable à une intervention du juge en matière contractuelle, qu'il s'agisse de sanctionner les abus ou de corriger les déséquilibres. Pour lui permettre de bien remplir ces nouveaux rôles, son office se trouve rénové.

2.2. Une rénovation substantielle de la manière de juger

Le juge et le contrat ou la dialectique du maître et de l'esclave ? On a vu que le code civil de 1804 était porté par une méfiance à l'égard du juge. En envisageant le contrat comme une loi supplétive, l'article 6 avait fait du juge l'esclave de celui-ci. C'est ainsi qu'on a pu estimer que le *contrat est loi*, autant pour les parties que pour le juge. Or, avec la réforme de 2016, l'office du juge connaît une évolution assez remarquable, surtout en ce qui concerne l'interprétation du contrat¹⁰⁷. De même, le décuplement des standards juridiques et la multiplication des qualifications relatives sont de nature à redonner plus de place et de vigueur au libre arbitre du juge¹⁰⁸.

Le juge et l'interprétation du contrat. L'ordonnance de 2016 prévoit un chapitre¹⁰⁹ spécifique à l'interprétation du contrat. Il est logé, comme pour servir de pont, entre le chapitre relatif à la formation du contrat et celui qui en précise les effets¹¹⁰. En effet, par l'interprétation, le juge « *recherche le sens d'un instrumentum obscur ou ambigu* »¹¹¹. C'est ainsi que l'article 1188 alinéa 1^{er} du code civil dispose que « *le contrat s'interprète d'après la commune intention*

¹⁰⁵ Comme en cas d'action estimatoire (article 1644 du CC en matière de vente).

¹⁰⁶ Plusieurs autres hypothèses de révision judiciaire indirecte sont envisagées par la réforme du droit des contrats, v. les articles 1164, 1165 et 1167 du CC.

¹⁰⁷ Pour les autres hypothèses d'intervention du juge dans la relation contractuelle, notamment en cas de contentieux de la validité et en cas de contentieux de l'exécution, les règles n'ont pas beaucoup changé. V. dans ce sens, L. AYNÈS, « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », in *Revue des contrats*, n° Hors-série, 2016, p. 14.

¹⁰⁸ M. KEBIR, *Le libre arbitre du juge*, Paris, Dalloz, 2019, 547 pp., spéc. p. 140 et s.

¹⁰⁹ Et non seulement une section comme en 1804. Cela s'inscrit dans la logique de la loi d'habilitation qui soulignait la nécessité de « *clarifier les dispositions relatives à l'interprétation* », article 8 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015.

¹¹⁰ V. les articles 1188 à 1192 du CC.

¹¹¹ A. E. DE SAINTE MARIE, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », in *RDC*, n° 2, 2016, p. 384. On ne peut interpréter les stipulations claires et précises du contrat à peine de dénaturation, article 1192 du CC.

des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes ». Il s'agit là d'une directive plutôt classique : le juge doit rechercher ce que les parties ont voulu réellement exprimer et qu'elles ont peut-être mal dit¹¹². Cependant, il est loisible de douter de l'existence véritable d'une *commune intention des parties*. N'est-ce pas une chimère que de penser que les parties puissent s'être accordées sur tout ? De ce point de vue, la recherche de l'intention commune peut, dans certains cas, être illusoire ou simplement hypothétique¹¹³.

C'est sans doute la raison pour laquelle le second alinéa du même article introduit une véritable nouveauté, en s'inspirant des propositions européennes¹¹⁴ en faveur de l'harmonisation du droit des contrats : « *lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète suivant le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation* »¹¹⁵. Avec une telle disposition, il n'est pas exclu que l'interprétation *raisonnable* du contrat finisse par l'emporter sur l'interprétation d'après la commune intention des parties, et donc que l'exception s'érige en principe. Dit autrement, il y a un risque que le juge se comporte plus en personne raisonnable qu'en esclave de la volonté des parties. De ce fait, il ne sera pas toujours évident pour la Cour de cassation de contrôler l'interprétation, car contrairement à ce qui est souvent admis, il peut bien arriver que des personnes raisonnables, placées pourtant dans les mêmes situations, ne donnent pas toujours le même sens aux choses et aux événements. C'est dire en définitive, comme on le verra plus tard, que le contrôle de la Cour de cassation en matière d'interprétation risque d'être confiné à la seule hypothèse de dénaturation¹¹⁶.

La réforme de 2016 maintient également le principe d'une interprétation globale du contrat¹¹⁷. Chaque clause doit s'interpréter par rapport à une autre¹¹⁸, tout en donnant à chacune le sens qui respecte la *cohérence* de l'acte tout entier. Ainsi, le contrat est un *tout* et quand bien même plusieurs contrats concourent à une seule et même opération, ils sont interprétés en

¹¹² V. cependant l'impact des clauses d'intégralité sur l'interprétation, Fr. BUY et *alii*, Les principales clauses des contrats d'affaires, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2018, n° 965.

¹¹³ O. DESHAYES, « Les directives d'interprétation du code civil : la cohérence des textes », in *RDC*, 2015, p. 159 et s., spéc. p. 163 et s.

¹¹⁴ Principes UNIDROIT, article 4.1 (1) ; PDEC, article 5 : 101 (3). À rapp. du Projet TERRÉ, article 136 al. 2.

¹¹⁵ Il s'agit d'une personne « *placée dans la même situation* » que qui ? Les parties ou le juge ? La rédaction de cette disposition manque de lisibilité. Néanmoins, on pourrait considérer qu'elle fait référence à la fois aux parties (il s'agira donc pour le juge se mettre à la place des parties), mais aussi au juge qui doit, pour interpréter, tenir compte des circonstances nouvelles. Dans ce dernier sens, v. CJCE, 13 juillet 2004, n° 69498/01, *Pla et Puncernau c. Andorre*.

¹¹⁶ Prévue à l'article 1192.

¹¹⁷ À côté de cette interprétation, il y a l'interprétation utile qui consiste, aux termes de l'article 1191 du CC, lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, à considérer celui qui lui confère un effet au détriment de celui qui ne lui en fait produire aucun.

¹¹⁸ Ce qui ne signifie pourtant pas qu'il n'y ait pas une hiérarchie entre les clauses d'un contrat. À notre sens, certaines clauses peuvent être plus importantes que d'autres, par exemple une clause relative au prix.

fonction de celle-ci¹¹⁹. Dans le même sens, l'ordonnance précise la démarche du juge selon qu'il doit interpréter un contrat de gré à gré ou un contrat d'adhésion. L'interprétation du premier se fait « *en faveur du débiteur* », tandis que l'interprétation du second se fait « *contre celui qui l'a proposé* »¹²⁰. Cette distinction vise certes à protéger la partie supposée « *faible* » et à éviter d'éventuelles confusions¹²¹, mais elle peut induire le juge en erreur. En effet, aussi bien dans le contrat de gré à gré que dans le contrat d'adhésion, les clauses susceptibles de préjudicier les intérêts de la partie faible n'émanent pas toujours de son cocontractant -partie forte-¹²². C'est la raison pour laquelle une partie de la doctrine, suivant en cela les instruments d'harmonisation, suggère de retenir une directive d'interprétation unique afin que, dans l'un ou l'autre cas, le contrat ne soit pas interprété contre le créancier, « *mais seulement (...) contre celui qui a proposé la clause* »¹²³.

Si cette solution permet une interprétation plus concrète, elle s'avère cependant dangereuse dans la mesure où elle conduira à une interprétation trop intime -donc difficile- du contrat. En effet, elle amènera le juge à *dépiécer* la convention afin d'attribuer à telle ou telle partie la paternité de telle ou telle clause. Or, il peut arriver que la clause litigieuse ait été proposée simultanément par les parties ou qu'il soit en tout cas difficile d'établir avec précision son auteur. Ainsi, selon notre manière de voir, il serait judicieux de se référer une fois de plus l'économie générale du contrat plutôt qu'à sa nature ou à l'origine de ses clauses. Pour dire les choses autrement, le juge devrait apprécier le contrat dans sa globalité¹²⁴ en vue de protéger, eu égard aux obligations qu'elle a contractées, la partie qui lui semble la moins favorisée.

Plus fondamentalement, la problématique des directives d'interprétation renvoie inéluctablement à la question de leur valeur normative. Le nouveau texte n'en souffle mot alors que le débat *enflammait* la doctrine et la jurisprudence. À plusieurs reprises, la haute juridiction

¹¹⁹ Article 1189 du CC.

¹²⁰ Article 1190 du CC. Il est vrai qu'on aurait pu, afin de garder une certaine symétrie dans le choix des termes, préciser simplement que le contrat d'adhésion s'interprète « *en faveur de celui qui l'a accepté* ». En mentionnant plutôt l'interprétation « *contre celui qui l'a proposé* », on laisse croire que l'interprétation a une fonction sanctionnatrice.

¹²¹ F. CHÉNEDÉ, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », in *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1226.

¹²² Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables-et non toutes les clauses-, déterminées à l'avance par l'une des parties. Il peut donc arriver que les clauses faisant l'objet de l'interprétation soient plutôt celles proposées par l'adhérent. Inversement, dans le contrat de gré à gré, où les parties sont supposées être « *égales* », certaines clauses peuvent être imposées. C'est le cas de certains contrats de consommation, A.-C. MARTIN, « Le contrat d'adhésion en droit de la consommation et de la concurrence », in *RDC*, n° 2, 2019, p. 128.

¹²³ A. E. DE SAINTE MARIE, *op. cit.*

¹²⁴ Comme l'y invite l'article 1189 du CC.

s'est refusée de contrôler l'interprétation du contrat par les magistrats du fond¹²⁵. Elle a vu en ces directives d'interprétation « *plutôt des conseils donnés aux juges (...) que des règles rigoureuses et impératives* »¹²⁶. Or, en s'appuyant sur l'article 1192 du code civil qui interdit l'interprétation des clauses claires et précises à peine de dénaturation et l'article 1188 alinéa 1^{er} du même texte qui indique que le contrat est interprété - en priorité¹²⁷ - d'après la commune intention des parties, certains auteurs concluent que les directives d'interprétation sont contraignantes pour le juge. De ce point de vue, on peut douter de la compatibilité de la position de la Cour de cassation avec « *l'exigence constitutionnelle de normativité de la loi [et] l'objectif de clarification des dispositions relatives à l'interprétation fixé par la loi d'habilitation : il aurait mieux valu supprimer ces textes, s'ils ne sont pas porteurs de règles de droit et si le justiciable ne peut donc s'y fier* »¹²⁸. Allant plus loin, cette partie de la doctrine invite la juridiction suprême à contrôler, non pas la *mise en œuvre* par le juge de la méthode d'interprétation qu'il a choisie -commune intention vs interprétation raisonnable-, mais plutôt *le choix* de cette méthode. Très concrètement, cette solution conduirait par exemple à sanctionner le juge du fond qui a fait prévaloir l'interprétation raisonnable -exception- sur l'interprétation d'après la commune intention des parties -principe-.

Mais comme relevé plus haut, la recherche de la commune intention des parties peut souvent aboutir à une véritable « *incantation divinatoire* »¹²⁹. À notre sens, c'est en connaissance de cause que le législateur a consacré l'interprétation raisonnable. D'ailleurs, dire qu'une *directive* est contraignante est un contresens quand on sait qu'en règle générale, la directive précise simplement l'objectif à atteindre, mais laisse le libre choix des moyens et de

¹²⁵ V. entre autres, Cass. civ. 1^{re}, 06 mars 1979, n° 77-14827, *Bull. civ.*, I, n° 81 ; 28 mars 1995, n° 93-11672 ; 19 déc. 1995, n° 94-10478, *Bull. civ.*, I, n° 466 ; 20 déc. 2000, n° 99-10697 ; 1^{er} mars 2005, n° 02-16802 ; Cass. com., 19 janvier 1981, n° 79-14310, *Bull. civ.*, IV, n° 36 ; *contra*, Cass. civ. 1^{re}, 20 janvier 1970, n° 68-11.420, *Bull. civ.*, I, 1970, n° 24, p. 20. Cette position constante de la Cour est critiquée par une partie de doctrine, v. notamment, C. GRIMALDI, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », in *RDC*, 2008, p. 207 ; C. WITZ, « L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats », in *Recueil Dalloz*, 2015, p. 2020.

¹²⁶ Cass. ch. req., 18 mars 1807 : S. 1807, 1, p. 361. Elle a cependant reconnu la valeur normative de l'interprétation *contra proferentem* applicable en matière de droit la consommation (article L. 133-2 du code de la consommation), Cass. civ. 1^{re}, 21 janvier 2003, n°s 00-13342 et 00-19.001, *Bull. civ.* I, n° 19 ; *RTD civ.*, 2003, p. 292, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹²⁷ Ce qui suppose *a priori* que ce n'est qu'en l'absence de cette commune intention que le juge doit interpréter en personne raisonnable.

¹²⁸ A. E. DE SAINTE MARIE, *op. cit.* L'auteur signale également le fait que les directives d'interprétation sont rédigées à l'indicatif, ce qui indique le plus souvent une prescription. D'autres auteurs avaient émis le vœux de que les directives soient érigées en véritables règles, v. C. GRIMALDI, « La valeur normative des directives d'interprétation », in *RDC*, n° 1, 2015, p. 154.

¹²⁹ Dans ce sens, D. LLUELLES, « Les règles de lecture forcée "*contra proferentem*" et "*contra stipulatorem*" : du rêve à la réalité », in *RJT*, n° 235, 2003/37, pp. 235-263.

la forme¹³⁰. Sur le terrain particulier de l'interprétation, l'objectif est d'apporter un brin de lumière à l'obscurité du contrat, bref de lui donner un sens sans toutefois le dénaturer. Si cet objectif peut être valablement atteint par l'une ou l'autre méthode d'interprétation¹³¹, à quoi bon créer un nouveau contentieux de l'interprétation ? Ainsi, à rebours de cette partie de la doctrine, la Cour de cassation doit se limiter au contrôle de *la mise en œuvre* de la méthode d'interprétation choisie par le juge. Très clairement, ce n'est que lorsque la méthode retenue a entraîné la dénaturation du contrat que la sanction des juges du fond semble devoir s'imposer¹³², encore que contrôler la dénaturation revient, dans une certaine mesure, à contrôler l'interprétation¹³³. En définitive, les directives d'interprétation sont -et ont vocation à demeurer-, selon les termes du doyen CARBONNIER, de simples « *petits guide-ânes* »¹³⁴.

L'inflation des standards juridiques. Le *standard* et la *standardisation* sont l'expression de la normativité variable de la règle de droit¹³⁵. Bien connus des juristes, ils traduisent une législation qui, de moins en moins sûre d'elle-même, « *délègue au juge son autorité normative, en lui laissant le soin de définir, cas par cas, la norme de référence, et même la "normalité", et par voie de conséquence la conformité ou la contrariété à la loi* »¹³⁶. Le nouveau droit des contrats fait recours à de nombreux standards ou qualifications relatives. Sans souci d'exhaustivité, on peut citer pêle-mêle en plus du *raisonnable*¹³⁷, le *légitime*¹³⁸, le *significatif*¹³⁹, le *manifestement excessif*¹⁴⁰, le *suffisamment grave*¹⁴¹, la *bonne foi*¹⁴², l'*anormal*¹⁴³, l'*abusif*¹⁴⁴, le *substantiel*¹⁴⁵. Certes, il est difficile pour le droit moderne de se passer des standards, car ils impriment une certaine flexibilité au droit afin qu'il soit s'adapter

¹³⁰ V. Fiche thématique, « Actes juridiques de l'Union européenne : qu'est-ce qu'une directive ? », disponible via le lien : [https://Actes juridiques de l'UE : qu'est-ce qu'une directive ? | Vie publique.fr \(vie-publique.fr\)](https://Actes juridiques de l'UE : qu'est-ce qu'une directive ? | Vie publique.fr (vie-publique.fr), consulté le 15 septembre 2021), consulté le 15 septembre 2021.

¹³¹ Même s'il faut privilégier la recherche de l'intention des parties.

¹³² V. dans ce sens le fameux arrêt *veuve Foucauld*, Cass. civ., 15 avril 1872, P-B.

¹³³ T. IVAINER, « Qu'est-ce qu'un texte clair ? », in *Histoire Épistémologie Langage*, n° 4, 1984, pp. 23-44 ; Th. REVET, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », in *RDC*, 2015, p. 199, spéc. n° 7.

¹³⁴ J. CARBONNIER, *Les obligations*, Paris, PUF, 22^e éd., 2000, n°68 16.

¹³⁵ A. OUEDRAGO, « Standard et standardisation : la normativité variable en droit international », in *RQDI*, n° 26-1, 2013, pp. 155-186, spéc. p. 158.

¹³⁶ L. AYNÈS, « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », *op. cit.*

¹³⁷ V. les articles 1188 et 1197 (personne raisonnable) ; articles 117 et s. (délai raisonnable) ; article 1122 (coût raisonnable) ; article 1218 (période raisonnable).

¹³⁸ Articles 1320-1 et 1345 (refus légitime du créancier) ; article 1112-1 (ignorance légitime) ; article 1166 (attentes légitimes) ; article 1156 (croyance légitime).

¹³⁹ Article 1171 (déséquilibre significatif).

¹⁴⁰ Articles 1141, 1143 et 1231-5. V. aussi l'article 1221 (disproportion manifeste).

¹⁴¹ Articles 1119 et s.

¹⁴² Article 1104 (bonne foi au moment de la formation du contrat) et 1112 (bonne foi dans les négociations).

¹⁴³ Article 1148 (conditions normales).

¹⁴⁴ Notamment en matière de fixation du prix (articles 1164 et s.).

¹⁴⁵ Article 1130 (en matière de vices de consentement).

à la complexité des relations humaines. Cependant, une trop grande standardisation du droit des contrats risque de décevoir les attentes, car, en lieu et place d'un droit qu'on a voulu pourtant clair et prévisible, on aura un droit flou et incertain.

En vérité, là où se trouve un standard juridique, se cache la nécessité d'une intervention du juge. Le législateur ayant « démissionné », il lui revient de distinguer l'*anormal* de l'*excessif*, le *suffisant* du *manifeste*, étant bien entendu que leur ligne de séparation peut être assez ténue. Partant de là, en cas de litige, le contrat n'est plus la chose des parties, mais bien celle du juge. De toute évidence, avec standardisation, le sort des conventions est entièrement remis entre les mains de celui-ci. Il lui revient par conséquent de faire preuve à la fois de souplesse et de lucidité. De ce point de vue, un contrôle régulateur de la Cour de cassation est souhaitable¹⁴⁶. En tout cas, ce qui précède montre bien que la déjudiciarisation des relations contractuelles n'est pas pour bientôt¹⁴⁷.

CONCLUSION

Que veut finalement le législateur-réformateur ? Le vent des réformes souffle sans cesse sur le droit et la justice. Ces réformes se succèdent souvent dans un intervalle de temps assez réduit¹⁴⁸, qu'il n'est pas toujours évident de percevoir leur cohérence. C'est du moins ce que révèle l'analyse des influences réciproques entre la réforme de la procédure civile et la réforme du droit des contrats. Tandis que la réforme de la procédure civile aménage des espaces en vue de la résolution amiable des litiges ou de la gestion concertée de la procédure, la réforme des contrats, quant à elle, crée les conditions propices à une plus grande intervention du juge dans les conventions. De même et plus globalement, si les réformes de droit processuel permettent de résoudre des problèmes qui se posent en matière de justice, elles ne sont cependant pas sans influence sur les droits substantiels. Et vice-versa. Or, très souvent, en tout cas dans le cadre de cette analyse, cette influence est plutôt négative en ce sens que les problèmes que l'on croit avoir résolus dans une matière rejaillissent, sous des aspects nouveaux,

¹⁴⁶ Dans ce sens, J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2015/2016, n^{os} 65.111 et s.

¹⁴⁷ Sur la question de la déjudiciarisation, v. notamment J.-B. PERRIER et S. CIMAMONTI (dir.), *Les enjeux de la déjudiciarisation*, Recherche réalisée dans le cadre de la convention n° 216.03.11.34, du 03 mars 2016 au 03 mars 2018, 401 pp. ; E. FARINE, « La déjudiciarisation. Désimplification souhaitable de la justice ou risque d'arbitraire social ? », in *Droits*, n° 61, 2015/1, pp. 185-194.

¹⁴⁸ Un auteur a pu noter que certains textes peuvent être adoptés à la suite des réformes. Ils s'apparentent souvent à un *rafistolage* qui succède à un *bricolage* (désignant ainsi la réforme), M. BARBA, « Nouvelles retouches de l'appel civil ou le syndrome de la réforme permanente », in *Recueil Dalloz*, 2021, p. 39 ; R. LAFFLY, « Un malade et des remèdes », in *Dalloz avocats*, 2020, p. 188.

dans l'autre. On peut alors se demander ce que veut finalement le législateur. Cette question paraît naïve, mais elle conduit en réalité à questionner le processus même des réformes. Faut-il réformer un domaine du droit sans prévoir les répercussions éventuelles -bonnes ou mauvaises- qu'elle pourrait avoir sur les autres ? La meilleure approche ne consisterait-elle finalement à mener des réformes de manière globale et non seulement parcellaire ? Quoi qu'il en soit, seule une bonne réflexion, menée en amont de toute réforme, permet d'éviter que la petite secousse ressentie dans la manière concernée n'occasionne un grand bouleversement dans l'autre. Pour l'heure, on ne peut que regretter le temps où la réflexion précédait l'action. Et, aussi longtemps que le législateur, au gré des réformes, mettra le *feu* tant en droit substantiel qu'en droit processuel, il faudra bien que théoriciens et praticiens, processualistes et substantialistes, se résolvent à jouer les pompiers de service !

**DU VOLONTARISME AU SOLIDARISME CONTRACTUEL : ASPECTS D'UN REAJUSTEMENT
PROGRESSIF DES PARADIGMES CLASSIQUES DE LA THEORIE GENERALE DU CONTRAT**

Contribution à une analyse comparée des droits français et camerounais

Ernest Awono*

Table of content/Table des matières

INTRODUCTION	49
1. L’AFFIRMATION D’UNE OBLIGATION DE PRISE EN COMPTE DE L’INTERET DU COCONTRACTANT	52
1.1. LES ASPECTS D’UNE OBLIGATION DE PRISE EN COMPTE AU MOMENT DE LA CONCLUSION DU CONTRAT	52
1.1.1. La perceptibilité d’une obligation de prise en compte dans la phase précontractuelle	52
1.1.1.1. La manifestation de l’obligation de prise en compte dans la phase précontractuelle.	52
1.1.1.2. La sanction de l’obligation de collaboration dans la phase précontractuelle	54
1.1.2. Le renforcement de l’obligation de prise en compte après la négociation	55
1.1.2.1. Une obligation ancienne et constante de prise en compte de l’intérêt du cocontractant dans l’accord des volontés	55
1.1.2.2. Une obligation de prise en compte aux modalités évolutives dans le contenu du contrat	58
1.2. LES INDICES D’UNE OBLIGATION DE PRISE EN COMPTE APRES LA FORMATION DU CONTRAT .	59
1.2.1. Les indices de l’obligation de prise en compte dans l’exécution du contrat	60
1.2.1.1. Une prise en compte notable des intérêts de l’autre contractant dans l’exécution normale du contrat	60
1.2.1.2. Une exigence de considération du sort de l’autre partie en présence d’un obstacle à l’exécution du contrat	61
1.2.2. La prise en compte des intérêts du cocontractant au moment de la cessation du contrat	63
1.2.2.1. Une présence diffuse des hypothèses de prise en compte de l’intérêt de l’autre partie dans la cessation avec incident	63
1.2.2.2. L’existence non négligeable d’une obligation de préserver l’intérêt de l’autre dans la cessation sans incident	64
2. LE DEVELOPPEMENT CONCOMITANT D’UNE VERITABLE OBLIGATION DE PRISE EN CHARGE DE L’INTERET DU COCONTRACTANT	65
2.1. LA PERCEPTIBILITE D’UNE VERITABLE OBLIGATION DE PRISE EN CHARGE AU MOMENT DE LA FORMATION DU CONTRAT	66
2.1.1. L’obligation de prise en charge au moment de la négociation	66

* Enseignant-chercheur, Université de Yaoundé 2.

2.1.1.1.	Les aspects du devoir de prise en charge dans la phase précontractuelle.....	66
2.1.1.2.	La sanction à la violation de l'exigence précontractuelle de prise en charge.....	67
2.1.2.	La prise en charge après la phase des négociations.....	68
2.1.2.1.	La prise en charge relativement à la substance de l'accord de volonté.....	68
2.1.2.2.	La prise en charge relativement à la forme du contrat	70
2.2.	LA SURVIVANCE DE L'EXIGENCE DE PRISE EN CHARGE APRES LA FORMATION DU CONTRAT.	71
2.2.1.	La fermeté de l'obligation de prise en charge nonobstant la variation des circonstances d'exécution du contrat.....	71
2.2.1.1.	L'érection d'une obligation de prise en charge lors de l'exécution normale	71
2.2.1.2.	La constitution d'une obligation de prise en charge face à un obstacle à l'exécution	73
2.2.2.	Un devoir d'agir au profit du partenaire en cours d'édification au moment de la cessation du contrat	74
2.2.2.1.	L'édification du devoir d'agir pour le cocontractant dans la cessation avec incident	74
2.2.2.2.	Les jalons du devoir d'agir dans la cessation sans incident	75
CONCLUSION	77

Abstract

The doctrine of the freedom of contract has long been a fundamental rule in contract law. However, for several decades it has been the topic of a contentious debate by scholars on the basis that the doctrine does not protect the interests of people whose position during the contractual agreement does not allow them to be on an equal footing with the other contracting party. The main proponents against the freedom of contract doctrine are the solidarists. They advocate, beyond the classic duty of cooperation, a reciprocal duty according to which the parties are not only required to refrain from any conduct likely to jeopardize the expectations of the agreement, but must also see into it that they help the other party to benefit from their contractual engagements. There are traces of this solidarist view in both Cameroonian and French law. This is mostly manifested in the duty to take care of the interests of the other contractual party. All in all, the contract law doctrine of the freedom to contract still stands. However, the gradual modification of the doctrine can be justified in order that contract law better reflects the realities of an unequal society.

Résumé

Le principe de liberté contractuelle a longtemps constitué une règle fondamentale en droit des contrats. Cependant, il fit l'objet de nombreux débats universitaires durant plusieurs décennies, car il n'offre aucune protection des intérêts des personnes dont la position durant la durée du contrat ne leur permettrait pas d'être sur un pied d'égalité vis-à-vis des autres parties contractantes. Les solidaristes constituent les opposants principaux à la liberté contractuelle. Ils plaident, au-delà du simple devoir de coopération, pour un devoir réciproque selon lequel non seulement les parties doivent éviter toute conduite susceptible de compromettre les attentes contractuelles, mais également doivent agir de manière à aider l'autre partie à bénéficier de leurs engagements contractuels. Il existe quelques signes de cette vision solidariste, à la fois en droit camerounais et français. Elle se manifeste principalement dans le devoir de prise en compte des intérêts du cocontractant. Dans l'ensemble, le principe de liberté contractuelle reste prédominant. Cependant, une modification graduelle de ce principe pourrait être justifiée, de manière à refléter plus justement les réalités d'une société inégale.

INTRODUCTION

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. ». La formule est bien connue, celle de l'ancien article 1134 du code civil français. Elle aura eu à elle-seule le mérite de fédérer les idéaux de liberté, d'égalité et certainement de fraternité, trois valeurs si chères au droit français tout au long de son évolution. Sans doute aussi, ses rédacteurs n'auraient parié sur la polémique qu'engendrerait cette disposition, dont les attentes semblaient alors bien loin de l'une des discordes les plus marquantes de l'histoire du droit des obligations : la divergence entre les doctrines volontariste et solidariste. Le volontarisme contractuel est une philosophie individualiste issue de l'école du droit naturel. Il est animé par l'idée selon laquelle la loi ne constitue pas la base de la relation contractuelle, mais plutôt la volonté des individus¹. La volonté autonome reste et demeure l'énergie créatrice de tout contrat, tandis que la loi n'intervient dans la relation contractuelle que pour aider à l'accomplissement effectif de cette volonté. Le contrat serait par conséquent juste du seul fait de la volonté des parties. On estime qu'à l'image du contrat social, le contrat est un accord de volontés librement et égalitairement voulu. Nul n'est par conséquent fondé à se plaindre du déficit, du manque ou de la perte de l'intérêt dans une convention. Au nom de la sécurité juridique des transactions et de la prévisibilité contractuelle, le contrat doit être respecté². Au rebours du volontarisme, le solidarisme contractuel considère que le contrat a pour ressort la solidarité, la fraternité et la justice. La mission du juge se résumerait ainsi à veiller à ce que ces objectifs d'utilité sociale soient atteints³. Car la prétendue égalité entre les individus vivant en société est illusoire. Les auteurs s'accordent pour situer sa genèse à la charnière des XIX et XX siècles et en attribuent le rôle essentiel à l'œuvre princeps de Léon BOURGEOIS, *Solidarité*, publié en 1896 par Armand Colin. Grâce à Célestin Bouglé, le néologisme abstrait de « solidarisme » connaîtra une vulgarisation à travers un ouvrage paru en 1907, *Le solidarisme*⁴. Mais DEMOGUE est celui qui a principalement donné au paradigme solidariste un contenu juridique. Si les auteurs sont d'accord sur l'idée générale qui gouverne cette doctrine, l'équivoque demeure s'agissant de son contenu et de ses contours.

¹ J.C. MEBU, *La théorie générale du contrat à l'épreuve du droit de la consommation. Aspects comparatifs des droits camerounais et français*, Université de Yaoundé 2, Décembre 1999.

² G. TABI TABI, *Ajustement nécessaire du volontarisme contractuel : du volontarisme au solidarisme ?*, R.D.U.S., 2014.

³ « Solidarisme contractuel » in *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, 11^e éd.

⁴ Ph. REMY, « La genèse du solidarisme » in *Le solidarisme contractuel*, L. GRYNBAUM, M. NICOD (dir.), p.3.

Les approches proposées se recoupent opportunément du point de vue de leurs éléments constitutifs. Seuls divergent véritablement entre-elles, le fondement et le moment du lien de solidarité⁵. Aussi semble-t-il nécessaire de retenir de toutes ces visions originales, une définition à vocation conciliatrice à partir de leurs constantes et de la logique. Dans un premier temps, les définitions proposées paraissent se recouper au sujet de l'obligation de collaboration, lien naturel dans toute idée de solidarité. Ce critère peut donc légitimement être retenu. Dans un second temps, le critère tendant à ne voir comme indices du solidarisme que les obligations implicites de collaboration, et à exclure toutes les obligations explicitement consacrées par la loi, y compris celles qui autrefois fussent implicites, nous paraît peu opportun. Car cela reviendrait à défendre une philosophie vouée à disparaître sans cesse du fait de sa consécration légale, consécration qui se trouve pourtant être la véritable finalité de toute doctrine juridique. Pour cette raison, indépendamment de sa source légale ou jurisprudentielle, il semble peu juste de dénier le caractère solidariste aux obligations imposées au contractant et visant à protéger les intérêts de l'autre partie, du moment où celles-ci sont extérieures à leur propre volonté. Par ailleurs s'agissant du moment, c'est sur le fondement du devoir de coopération que certaines obligations imposées aux parties dans l'exécution du contrat peuvent être considérées comme étant issues du solidarisme. Par conséquent, rien ne justifie que des obligations imposées aux parties sur ce même fondement au moment de la formation du contrat ou au moment de sa cessation en soient exclues. Il ressort donc que le solidarisme contractuel se traduit concrètement par une obligation générale de collaboration imposée aux parties à toutes les phases du contrat et par laquelle elles sont tenues d'agir dans l'opération contractuelle de la manière la plus profitable à tous. Ce fondement générateur d'un large éventail d'obligations

⁵ En effet, le lien de solidarité au sens de COURDIER-CUISINIER renvoie à une prise en charge réciproque des intérêts des contractants. Elle intègre donc parfaitement le devoir de collaboration de GRYNBAUM. Par ailleurs la conciliation des intérêts qui constitue le deuxième élément constitutif chez elle paraît être une implication naturelle d'une parfaite collaboration entre les parties contractantes. Il en va différemment du fondement et du moment de ce lien de solidarité. D'une part, si chez GRYNBAUM, l'obligation de coopération doit être implicite c'est-à-dire non expressément prévue ni par les parties, ni par la loi, chez COURDIER-CUISINIER, ce critère importe peu. D'autre part la prise en charge de l'intérêt du cocontractant chez COURDIER-CUISINIER ne peut légitimement être érigé en obligation pour l'autre partie qu'à partir du moment où cet intérêt a été exprimé, donc porter à la charge de l'autre partie si celle-ci l'a accepté. Par conséquent la prise en charge ne peut opérer qu'après la formation du contrat. Elle ne couvre que la phase d'exécution et peut s'étendre à la cessation du lien d'obligation. Ce critère semble plutôt n'être pris que partiellement en considération par GRYNBAUM dont la définition du solidarisme au terme de ses propres propos ne concerne que la phase de l'exécution du contrat. Il est intéressant de compléter leurs perceptions sur la question par celle de SAVAUX qui relève avec bien d'aisance un certain nombre d'aspects du solidarisme dans la phase de formation du contrat. Le point de vue de ce dernier est d'ailleurs conforté par une abondante jurisprudence qui reconnaît un devoir de coopération entre les parties dès la phase des pourparlers contractuels. Certains textes dont le plus récent est l'ordonnance du 10 février 2016 ont approuvé cette position. La question ne se pose donc plus de savoir si l'obligation de collaboration s'impose aux parties dès la phase précontractuelle.

imposées aux parties tout au long du processus contractuel se distingue de certaines notions voisines qui lui restent pourtant très familières.

Il se distingue d'abord de la bonne foi. Celle-ci ne vise traditionnellement qu'une prise en compte de l'intérêt du cocontractant. Le solidarisme lui va au-delà et justifie une véritable prise en charge de l'intérêt de l'autre partie au contrat⁶. Il se démarque aussi de l'équité. Alors que la bonne foi fait référence à l'état d'esprit qui doit animer le contractant, lui imposant une exécution loyale du contrat, l'équité fait référence à un élément extérieur et concourt à définir du point de vue de la justice morale ce qui est dû. Visiblement, elle tend davantage à s'appliquer à l'équilibre des prestations contractuelles⁷. Comme la bonne foi, elle intègre le champ du solidarisme, mais n'en concerne qu'un aspect. Car le solidarisme dépasse la seule conciliation des intérêts des parties pour justifier une solidarité dans l'accomplissement par les parties de leurs obligations respectives. Le solidarisme se distingue aussi de l'abus de droit, de la théorie de l'enrichissement sans cause ou encore de la fraude.

À l'observation du mouvement général dans les divers contrats, les droits français et camerounais admettent, semble-t-il, cette obligation générale de manière éparse mais progressive. Quelles sont donc les manifestations de cette percée solidariste en droits français et camerounais ?

Les enjeux de la question sont grands car c'est l'esprit de toute la théorie générale du contrat qui est en débat. En effet, l'essentiel du droit du contrat semble avoir été bâti sur le volontarisme contractuel. Outre la prétendue insécurité juridique reprochée à la conception solidariste de la relation contractuelle, admettre un déclin du volontarisme au profit d'une nouvelle idéologie impliquerait à l'avenir, une interprétation du contrat à l'aune de cette nouvelle politique contractuelle. L'analyse de l'effectivité d'une mutation des paradigmes fondamentaux de la théorie générale du contrat mérite d'être faite par degré. Une telle approche revêt un double avantage. D'une part, elle permet une meilleure appréciation du niveau d'importance acquis par le solidarisme dans les différents droits positifs comparativement à l'époque de la toute-puissance de l'autonomie de la volonté. D'autre part cette approche graduelle est de nature à transcender les clivages internes au courant solidariste, entre les

⁶ A-S. COURDIER-CUISINIER, *op. cit.*, p.289.

⁷ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, 10^e Ed., Paris, Dalloz, 2009, p.461.

partisans du critère de la « prise en compte »⁸ (1) et ceux du critère de la simple « prise en charge »⁹ (2).

1. L’AFFIRMATION D’UNE OBLIGATION DE PRISE EN COMPTE DE L’INTERET DU COCONTRACTANT

La prise en compte n’est pas une notion juridique au sens stricte. On peut tout de même tenter de l’appréhender pour ultérieurement mieux la distinguer de la prise en charge. Ainsi, autant M. REVET¹⁰ distingua savamment le respect du fait d’assumer, autant la prise en compte ne constitue qu’un respect des intérêts de l’autre partie. Elle suppose essentiellement une abstention d’y porter préjudice conformément au devoir de loyauté¹¹. La prise en compte de l’intérêt de l’autre contractant s’affirme à l’égard des parties comme une exigence, observable tant au moment de la conclusion du contrat (1.1.) qu’après celui-ci (1.2.).

1.1. Les aspects d’une obligation de prise en compte au moment de la conclusion du contrat

L’échange de consentements proprement dit (1.1.2.) peut être précédé d’une phase précontractuelle (1.1.1.) durant laquelle les parties peaufinent l’économie de leurs engagements respectifs.

1.1.1. La perceptibilité d’une obligation de prise en compte dans la phase précontractuelle

La bonne appréciation d’une sanction juridique (1.1.1.1.) est tributaire d’une compréhension préalable du contenu de la règle dont la violation fait l’objet de répression (1.1.1.2.)

1.1.1.1. La manifestation de l’obligation de prise en compte dans la phase précontractuelle

Ce contenu fait référence aux devoirs de discrétion et de cohérence.

Si la négociation contractuelle constitue dans la pratique une phase importante dans l’élaboration du contrat, cette phase d’échange entraîne pour les contractants une circulation d’informations souvent cruciales pouvant porter sur des données essentielles à la vie de l’entreprise. Leur usage abusif peut être préjudiciable. L’intérêt est donc manifeste, de

⁸ COURDIER-CUISINIER.

⁹ DEMOGUE, GRYNBAUM, P. MAZET, D. MAZEAUD, PH. REMY etc.

¹⁰ Th. REVET, *L’éthique des contrats en droit interne*, cité par COURDIER-CUISINIER, p. 316

¹¹ COURDIER-CUISINIER, p.312.

soumettre leur destinataire à un régime ayant pour finalité la protection des intérêts du contractant pourvoyeur d'informations. L'obligation de discrétion qui lie le négociateur à cette phase du processus contractuel intervient à juste titre dans cette optique. Il s'agit d'une obligation en vertu de laquelle les négociateurs sont tenus d'observer une attitude de réserve, relativement aux informations dont ils auraient connaissance au cours des pourparlers. Si les parties restent libres d'interrompre les pourparlers, la responsabilité de chacune d'elles peut être engagée en cas de mauvaise foi¹². La réforme française du droit des contrats intervenue en février 2016 a eu l'occasion d'entériner cette solution déjà acquise en jurisprudence¹³. Aux termes de l'article 1112-3 du code civil en effet, celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations, engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun. En droit camerounais, aucun texte ne régleme expressément la période des pourparlers. C'est à la jurisprudence qu'il est revenu de sanctionner la violation du devoir de discrétion à travers le recours aux notions de bonne foi et d'abus du droit.

Le devoir de discrétion ne constitue pas le seul aspect de l'obligation générale de collaboration qui lie les négociateurs. Ceux-ci sont également tenus d'un devoir de cohérence. A l'antipode de la réprobation du corps social à l'égard des comportements contradictoires, ce devoir se présente tantôt comme un devoir de ne pas se contredire, tantôt comme un devoir de constance et de continuité dans les attitudes des négociateurs. Comme le devoir de discrétion, le devoir de cohérence est issu de la bonne foi contractuelle énoncée à l'art 1104 du code civil français. Son évolution en droit est étroitement liée à celle de la sanction de la mauvaise foi dans les pourparlers contractuels. Ainsi a-t-elle d'abord été consacrée par la jurisprudence qui considère que les parties sont libres de rompre les pourparlers contractuels du moment où la rupture ne présente pas un caractère abusif. Il en est malheureusement ainsi lorsque que l'auteur agit avec l'intention de nuire ou avec une légèreté blâmable¹⁴. En réglemant la période des pourparlers contractuels, le nouvel article 1112 du code civil français a donné une réelle base légale à ce devoir de cohérence. Aux termes de cet article, l'initiative, la conduite et la rupture des négociations précontractuelles sont acceptables à condition de satisfaire aux exigences de bonne foi. La conduite ou la rupture fautive de ces négociations oblige par conséquent son auteur à la réparation et les parties ne peuvent s'y soustraire.

¹² Civ. 1^{ère}, 12 avril 1976, Bull. civ. I n°122, P. 98, Défrénois 1977, p. 389, obs. J-L Aubert.

¹³ Com., 15 déc. 1992, RJDA 1993, n° 260, RTD civ.1992, obs. J. Mestre.

¹⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, 10^e Ed., Paris, Dalloz, 2009, p.454 s. ; Com.22 fév.1994, Bull. civ. IV, n°79, p.61 RJDA01994, n°765 p.611 RTD civ.1994.849, obs. J. Mestre.

1.1.1.2. La sanction de l'obligation de collaboration dans la phase précontractuelle

La rupture de l'obligation de collaboration lors des négociations peut donner lieu à deux types d'actions.

Le préjudice causé à une partie au contrat du fait d'un manquement aux devoirs de discrétion ou de cohérence a suscité une confusion du fait de la nature de l'action qui en est issue. En raison de la connexité que la faute reprocher au négociateur entretient avec le contrat en projet, l'admission d'une responsabilité de nature contractuelle a d'abord été suggérée. La thèse selon laquelle il existerait un avant-contrat par lequel chacune des parties s'engage implicitement envers l'autre à répondre des fautes commises durant la négociation, a d'abord pu être avancée. En réfutation de cet argument, une autre partie de la doctrine propose l'admission de la responsabilité civile délictuelle. Le contrat n'ayant pas encore été formé, il n'y aurait en effet pas lieu d'évoquer une faute contractuelle susceptible de donner lieu à une action en responsabilité contractuelle. La thèse en faveur d'une responsabilité de type contractuel n'a pas prospéré en jurisprudence. C'est l'opinion en faveur d'une responsabilité de type délictuel qui s'est affirmée¹⁵. La solution est d'ailleurs logique. Car en l'absence d'un contrat, l'attitude préjudiciable du négociateur est bien un fait juridique qui dans le domaine de l'article 1382 du code civil. Cette solution est confirmée par le nouvel article 1112-2 du code civil français. Comme le juge français et sur le fondement de l'article 1382 du code civil, le juge camerounais sanctionne la faute précontractuelle par la condamnation au paiement des dommages et intérêts.

Outre l'action en responsabilité civile de droit commun, lorsqu'un fait qui constitue la violation du devoir de discrétion ou de cohérence se trouve être l'un des actes prohibés par le code du commerce, il peut donner lieu à une action en réparation pour concurrence déloyale. Tel est le cas, lorsque la violation du devoir de discrétion est due à une entente entre deux entreprises en vue de soutirer des informations confidentielles à une entreprise concurrente. Il s'agit en jurisprudence, des manœuvres de désorganisation de la production du concurrent consistant à s'approprier par la ruse le savoir-faire d'un concurrent. En effet, l'espionnage industriel opéré à l'insu du concurrent est un acte de concurrence déloyale. Le régime de l'action en concurrence déloyale présente un certain nombre de particularités comparativement à celui de la responsabilité de droit commun. La victime est d'abord exonérée de la rigueur

¹⁵ Com. 11 janv. 1984, Bull., Civ., IV, n°16, P 23. Obs. J. Mestre.

relative à la qualification du fait fautif. Elle n'est plus tenue de démontrer une faute indiscutable doublée d'une intention manifeste de nuire¹⁶. Il suffit que l'acte de concurrence déloyale soit établi pour que la responsabilité de l'auteur puisse être engagée. Si le préjudice est prouvé, la responsabilité peut consister à l'octroi des dommages et intérêts. En plus, mis à part les dommages et intérêts, l'action en concurrence déloyale peut donner lieu à la sanction prévue à l'article L.420-6 du code du commerce français¹⁷. L'action en concurrence déloyale est en effet une action spécifique qui ne se confond pas à l'action en responsabilité civile de droit commun. Selon Ripert, cette action protège un droit subjectif : la propriété du fonds de commerce¹⁸. Elle promeut une éthique des affaires. C'est une action en responsabilité pour faute qui pour prospérer, exige que soient établis, une faute, un préjudice et un lien de causalité. Elle possède davantage une fonction de sanction que de réparation. C'est ce qui justifie qu'en plus des dommages et intérêts, le tribunal commercial puisse prononcer une injonction de faire cesser le comportement prohibé assortie d'astreinte le cas échéant. Mais cette action s'inscrit forcément dans un contexte de concurrence entre l'auteur de l'acte et la victime, même si la jurisprudence ouvre de plus le droit à l'action à des personnes autres que le concurrent¹⁹. Au Cameroun, c'est la loi n°98/013 du 14 juillet 1998 réglementant la concurrence qui est applicable en la matière. Aux termes de l'article 24 de cette loi, les pratiques anticoncurrentielles peuvent donner lieu aux amendes, aux injonctions de mettre fin aux pratiques incriminées et éventuellement, être assorties d'astreinte. Le règlement CEMAC n° 06/19-UEAC-639-CM-33 du 8 avril 2019 n'en fait aucune évocation spéciale.

1.1.2. Le renforcement de l'obligation de prise en compte après la négociation

Elle peut être relevée aussi bien dans l'accord de volontés (1.1.2.1.) que dans le contenu du contrat (1.1.2.2.).

1.1.2.1. Une obligation ancienne et constante de prise en compte de l'intérêt du cocontractant dans l'accord des volontés

Les indices du solidarisme se dégagent des éléments substantiels, mais aussi de la forme de l'accord.

¹⁶ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, 10^e Ed., Paris, Dalloz, 2009, P.454 s.

¹⁷ Il s'agit notamment d'une peine d'emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75.000 euros. Une publication du jugement peut de plus être ordonnée.

¹⁸ RIPERT, ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 6^e Ed., 1968, n° 463.

¹⁹ Paris, 14 janvier 2005, D. aff. 2005. 2463, obs. Y.A.

L'article 1128 du code civil français soumet la validité du contrat à trois conditions : le consentement, la capacité et un contenu licite. L'article 1108 du code civil applicable au Cameroun lui, maintient l'autonomie des quatre conditions classiques : capacité, consentement, cause et objet. La sanction des vices du consentement marque un décalage avec les idées reçues du courant libéral présumant une égalité naturelle entre les parties au moment de la formation du contrat. Au premier rang de ces vices figure l'erreur. Elle désigne une représentation inexacte de la réalité, soit en prenant pour vrai ce qui est faux, soit au contraire en prenant pour faux ce qui est vrai²⁰. Aux termes des articles 1108, 1109, 1110 et 1134 du code civil camerounais²¹, l'erreur est sanctionnée par la nullité du contrat. Celle-ci est règlementée par les articles 1132 et suivants du code civil français. L'erreur constitue une méprise de la réalité par celui qui exprime son consentement. Aucunement, le cocontractant n'en est responsable. La loi l'oblige pourtant à réviser le contrat ou à le voir annulé chaque fois que son partenaire se sera trompé sur la substance de la chose objet du contrat. Cette obligation est plus explicite dans la réticence dolosive. Le simple silence gardé face à l'erreur l'autre partie expose le contrat à la nullité. Mais l'erreur ne constitue pas le seul vice. Le dol et la violence peuvent tout aussi le vicier. Le dol est une erreur due à la mauvaise foi du cocontractant. Il s'agit soient de manœuvres, soient de mensonges, soit encore d'une réticence visant à induire l'autre partie en erreur. La violence quant à elle désigne une contrainte illicite, généralement un acte de force dont le caractère illégitime tient à la brutalité du procédé employé ou à la peur inspirée. Dans l'erreur, la mauvaise appréciation provient d'une méprise propre à la victime elle-même. Dans le dol, la victime est induite dans cette méprise par l'autre contractant malhonnête. Dans la violence la victime, parfaitement éclairée, est cependant contrainte de contracter par son partenaire.

A côté des vices de consentement, les droits français et camerounais accordent aux parties des droits nouveaux dans le cadre de certains contrats. C'est le cas du droit de repentir grâce auxquels une partie est admise à revenir sur son consentement en l'absence de tout vice. Plusieurs lois le prévoient en droit français²². En droit camerounais, la loi de 2011 relative à la protection du consommateur en constitue une illustration²³. On remarquera à ce sujet, les délais

²⁰ « Erreur », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, LALANDE.

²¹ Articles 1103, 1128 et 1132 et suivants du code civil français.

²² Art.L342-18 code financier et monétaire ; art. L.121-25 code de la consommation ; art. L311-15 code de la consommation ; art. L.132-16 code des assurances ; art. L.211-16 code des assurances ; art. L.121-20 code de la consommation ; art. L271-1 code de la construction et de l'habitat etc.

²³ 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'initiative du fournisseur, du vendeur ou de ses employés, agents ou serviteurs.

relativement courts en droit français où il est généralement de sept jours²⁴ comparé au droit camerounais où on retrouve des délais pouvant atteindre quatorze jours. Dans le même sens la protection de la partie faible au moment de la formation du contrat fait également l'objet d'un aménagement particulier à travers le régime complexe des incapacités auquel on peut rapprocher les interdictions de contracter.

Quant à elle, la réception des valeurs solidaristes dans la forme du contrat peut d'abord être perçue à l'analyse de certaines conventions dont le caractère solennel possède, semble-t-il, pour finalité la protection des intérêts d'une partie, la partie faible. Au rang de celles-ci se trouvent la donation et la subrogation conventionnelle par volonté du débiteur. La donation est un contrat par lequel une personne, se dépouille actuellement et irrévocablement, sans contrepartie et dans une intention libérale, d'un bien présent lui appartenant en faveur d'une autre personne²⁵. Elle est régie par les articles 931 et suivants du code civil français²⁶. Au terme de cet article, tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaire. Quant à la subrogation conventionnelle par la volonté du débiteur il s'agit d'une modalité conventionnelle qui permet de consentir à ce que *l'accipiens* exerce contre une personne la créance qu'il détenait originairement à l'égard d'une autre. Elle est règlementée en droit français par les articles 1346 et suivants du code civil. En droit camerounais, ce sont les articles 1250 et suivants du code civil qui la régissent. Lorsque le débiteur emprunte une somme d'argent à l'effet de payer sa dette et de subroger le prêteur dans les droits du créancier, l'acte d'emprunt et la quittance doivent être passés par devant le notaire. La somme empruntée doit également y figurer pour le paiement, ainsi que la mention de ce que le paiement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier²⁷.

²⁴ Même s'il peut aller à 10 jours en matière de jouissance d'immeuble à temps partagé (art. L121-64 al.2 code de la consommation), 15 jours en matière de transaction ou démarchage financier (art. L342-18 code monétaire et financier) et même à 30 jours en matière d'assurance-vie (art. L.132-5-1 code des assurances). Cf. MEBU (J.C), La théorie générale du contrat à l'épreuve du droit de la consommation. Aspects comparatifs des droits camerounais et français. Décembre 1999, université de Yaoundé 2.

²⁵ « Donation » in *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, *op.cit.*

²⁶ La disposition est la même dans le code civil applicable au Cameroun.

²⁷ Depuis l'adoption du code civil en 1804, la liste des contrats solennels continue de s'allonger. On note entre autres en droit français : la vente d'immeubles à construire (Cf. art L261-10 loi 5 janvier 1967) ; les ventes immobilières consenties par une coopérative à l'un de ses associés (Art 22 s, loi 16 juil. 1971) ; le contrat de location accession (Art. 4, loi 12 juill. 1984) ; les promesses de vente ayant pour objet la cession d'un immeuble dont la validité est supérieure à 18 mois (Art. L.290-1, loi 25 mars 2009). On peut également évoquer le cautionnement dans l'Acte uniforme OHADA (Art.14 AUS : exigence d'un acte écrit, signé des parties et portant mention écrite de la main de la caution, en toutes lettres et en chiffres, de la somme maximale garantie couvrant le principal, les intérêts et autres accessoires). Dans la plupart de ces contrats, le législateur prévoit un acte notarié, sachant pouvoir compter sur le notaire, notamment sur son devoir de conseil et d'information. Mais l'acte peut aussi être envisagé en la forme ordinaire sous réserve toutefois de mentions informatives ; TERRE (F), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y) *op.cit.*, p. 165.

1.1.2.2. Une obligation de prise en compte aux modalités évolutives dans le contenu du contrat

Le contenu du contrat renvoie à l'objet, mais aussi à la cause.

Depuis 1804, le législateur sanctionne quoique de manière exceptionnelle, le déséquilibre constaté entre les prestations des parties au moment de la formation du contrat. Il le faisait déjà à travers le recours au mécanisme de la rescision, rejoint par l'action en complément de part depuis la loi du 23 juin 2006 en France. Ce sont des sanctions de la lésion. La lésion est un préjudice que subi une partie au contrat du fait de l'inégalité originaire des prestations réciproques²⁸. En tant que vice de formation, la lésion suppose l'existence d'un déséquilibre au moment de la formation de la convention. Elle se distingue en cela de l'imprévision qui sanctionne le déséquilibre survenu au cours de l'exécution du contrat. En règle générale, la lésion n'est pas une cause de nullité du contrat²⁹. Toutefois, elle est consacrée exceptionnellement au profit de certaines personnes, notamment les mineurs et les majeurs incapables³⁰. La lésion est également admise exceptionnellement dans le cadre de certains contrats. Il en est ainsi du partage³¹ et de la vente d'immeuble³². Nonobstant ce caractère exceptionnel, le domaine de la lésion n'a cessé de s'étendre au fil du temps en dehors du code civil³³. Cette tendance à l'élargissement de son domaine n'est malheureusement pas suivie par le législateur camerounais. On note néanmoins l'institution d'un SMIG récemment revalorisé dans le contrat de travail³⁴ et la sanction des clauses abusives dans la détermination du prix³⁵ qui apparaissent tout aussi comme une preuve appréciable du souci de préservation de l'intérêt d'une partie imposé à l'autre contractant par le législateur camerounais.

La notion de cause renvoie sommairement à l'intérêt de l'acte juridique pour son auteur. Elle coïncide avec la satisfaction attendue de la contreprestation. Dans cette hypothèse, elle correspond à l'objet de la prestation de l'autre partie. Mais la cause renvoie aussi à la fin à laquelle le contractant destine l'opération contractuelle. En droit camerounais, ce sont les

²⁸ « Lésion » in *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, *op.cit.*

²⁹ Art. 1118 code civil applicable au Cameroun ; art 1168 code civil français.

³⁰ Art.1305 code civil applicable au Cameroun ; art. 1149 code civil français.

³¹ Art. 889 et s code civil français ; art. 887 code civil applicable au Cameroun.

³² Art. 1674 code civil français. La disposition est la même dans le code civil applicable au Cameroun.

³³ L'art. 435 de loi du 5 mars 2007 sanctionne la lésion constatée au détriment des majeurs placés sous la sauvegarde de la justice. La loi du 8 juillet 1907 modifiée par celle du 10 mars 1937 et celle du 13 juillet 1979 retient la lésion constatée au détriment de l'acheteur d'engrais. L'art. 15 de la loi n°67-545 du 7 juillet 1967 relative aux évènements de mer retient la lésion dans les conventions d'assistance maritime etc.

³⁴ Au Cameroun, Le SMIG est égal à 36 270 F CFA par mois pour 40 heures de travail hebdomadaire depuis juillet 2014.

³⁵ Art.85 AUDCG ; art. 5 loi-cadre n° 2011/012 du 6 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun CCJA ; arrêt n°036/2008, 3 juillet 2008, société Burkina et Shell c/ OUEDRAOGO SIBIRI Philippe

articles 1108 et 1131 du code civil qui la règlementent. Selon l'article 1131, l'obligation sans cause ou sur une fausse cause ne peut avoir aucun effet. En droit français la cause n'a plus une existence autonome. Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, elle est absorbée dans la notion de contenu du contrat prévue à l'article 1128 du code civil qui englobe l'objet et la cause sans pour autant les assimiler. La différence entre les quatre conditions en droit français et en droit camerounais est davantage formelle. Car le choix du législateur français d'englober la cause et l'objet dans l'expression « contenu » n'entraîne lui-même pas d'incidences substantielles significatives. Selon la vision libérale les parties n'ont pas à rechercher les intentions de leurs partenaires. Il ne leur appartient pas de scruter les chances qu'ont leurs cocontractants d'atteindre les objectifs recherchés à travers l'opération contractuelle. Si le contrat est un instrument d'échange, il revient à chaque partie de veiller sur ses intérêts et d'élaborer ses propres stratégies. Toutefois en droits français et camerounais, le juge prononce la nullité chaque fois que le contrat a été conclu alors même que la finalité à laquelle il était destiné n'existait pas ou n'existait plus. L'arrêt Chronopost en a été une belle illustration³⁶. En l'espèce, la société Banchereau avait confié à la société Chronopost la livraison d'un pli contenant la soumission à une adjudication. La société Chronopost s'était engagée à livrer au plus tard le lendemain à midi. Mais finalement le pli est arrivé avec un retard et Chronopost est assigné en responsabilité contractuelle. Mais la société Chronopost invoque une clause limitative de responsabilité figurant dans le contrat qui limite l'indemnisation du retard au prix du transport, un montant dérisoire. La Cour de cassation avait finalement décidé que toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. La sanction de l'absence de cause constitue dans cette optique un aspect du solidarisme contractuel.

La prise en compte de l'intérêt du cocontractant apparaît ainsi dans une certaine mesure perceptible dans la formation du contrat. Qu'en est-il après ?

1.2. Les indices d'une obligation de prise en compte après la formation du contrat

On peut en noter les aspects dans l'exécution (1.2.1.) et la cessation des conventions (1.2.2.).

³⁶ Com.22oct.1996, Bull.civ.IV, n°261, p.223, D1997.121, note A. Sériaux.

1.2.1. Les indices de l'obligation de prise en compte dans l'exécution du contrat

Elle diffère selon que l'exécution est normale (1.2.1.1.) ou qu'elle rencontre un obstacle (1.2.1.2.).

1.2.1.1. Une prise en compte notable des intérêts de l'autre contractant dans l'exécution normale du contrat

Les obligations générales peuvent ici être distinguées de celles qui sont spéciales à certaines conventions.

D'une part les premières sont principalement constituées par la bonne foi et l'équité. La bonne foi n'a pas fait l'objet d'une définition dans le code civil. Toutefois, les lexiques juridiques la définissent comme étant un comportement loyal que requiert notamment l'exécution d'une prestation. La notion reste donc assez vague et la jurisprudence y intègre les comportements les plus variés. L'article 1104 du code civil français qui l'érige en disposition d'ordre public énonce : les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Les auteurs considèrent cette notion comme un moyen d'introduire la règle morale en droit positif. Car elle implique d'une part un devoir de loyauté et d'autre part un devoir de coopération dans l'exécution des obligations contractuelles³⁷. Quant à l'équité, elle renvoie davantage à la justice naturelle, à l'idée de ce qui est dû³⁸. La notion est prévue dans les codes civils français et camerounais, respectivement à leurs articles 1194 et 1135. Sur son fondement, le juge n'hésite pas à modifier le contrat pour restaurer les déséquilibres trop flagrants, reconnaissant ainsi à la relation des conséquences que les parties n'avaient pas expressément convenues³⁹. L'équité et la bonne foi constituent les fondements par excellence de la plupart des obligations implicites imposées aux contractants.

D'autre part, les hypothèses relatives aux obligations propres à certains contrats sont nombreuses, mais on peut sommairement relever les aspects du devoir de loyauté prévus par le code de la construction et de l'habitat français. L'article 613-3 prévoit en effet au profit du locataire, un droit au renouvellement automatique du contrat de bail. Quant à l'article 15.III, il énumère les seuls cas dans lesquels le bailleur peut s'opposer à ce renouvellement. Dans la législation camerounaise, une obligation similaire est admise dans le bail commercial où la

³⁷ F. TERRE, *ibid.* Le devoir de loyauté impose aux parties à la convention une exécution fidèle de leurs engagements. Le devoir de coopération lui, implique une sorte d'*animus cooperandi*. Il entend imposer aux contractants un *jus fraternatis* qui se traduit généralement par l'accomplissement d'actes au profit de l'autre partie tel l'apport d'informations.

³⁸ Voir l'introduction.

³⁹ Civ. Iere, 14 mai 1991, D.1991, p.449 note Gesthin

reconduction sans être automatique⁴⁰ pour le locataire, lui bénéficie si la location a continué au-delà de la date prévue pour la fin du contrat⁴¹. Dans le même sens un droit à la stabilité du logement se développe en droit français. Aux termes de l'article 10 de la loi du 6 juillet 1989 régissant le bail d'habitation, modifié par la loi du 21 juillet 1994, toute personne physique partie à un contrat de bail jouit d'une garantie d'occupation minimum de trois ans. Cette période est de six ans s'il s'agit d'une personne morale. Ce droit à la stabilité du logement s'étend au contrôle du prix du loyer par le juge. En droit camerounais, le droit à la stabilité du logement paraît moins bien élaboré. Il semble même que la situation du locataire y soit suffisamment fragile. L'article 322-1(nouveau) du code pénal révisé en 2016 prévoit en effet une sanction pénale contre le locataire défaillant⁴². Par ailleurs, le droit camerounais de la consommation aménage particulièrement une obligation de coopération entre les parties aux différents contrats de consommation⁴³. Enfin en droit français, l'article 75 al.1^{er} de loi relative à la protection du consommateur interdit et déclare nulles les clauses dites abusives⁴⁴.

1.2.1.2. Une exigence de considération du sort de l'autre partie en présence d'un obstacle à l'exécution du contrat

L'obstacle peut être lié à la situation personnelle du débiteur, mais pas toujours.

Les difficultés d'entreprise occupent une grande place parmi les événements relatifs à la situation personnelle du débiteur. Elles font l'objet d'une réglementation particulière dans le cadre des procédures collectives. Ce type de procédure soumet tous les créanciers à une discipline qui se caractérise par un certain nombre d'effets à l'égard des créanciers : arrêt des poursuites individuelles, interdiction des inscriptions, arrêt du cours des intérêts etc.⁴⁵ Par ailleurs, l'organisation même de la procédure témoigne du penchant du législateur en faveur d'un arrangement à l'amiable. Une procédure de conciliation est prévue par les deux législateurs afin d'éviter une issue fatale de la procédure collective. Aussi, la sauvegarde et le

⁴⁰ Art. 91 S. AUDCG ; Cour d'appel du Littoral, arrêt n°032/REF du 10 février 2010, Aff. Mme EKWALLA née BONGONGUI Régine contre la croix du sud SARL Ohadata J-10-139 ; TPI de Bafoussam, jugement civil n°101 du 22 septembre 2006, affaire mission catholique du sacré cœur de Bafoussam C/ Texaco Cameroun. Ohadata. J-07-68.

⁴¹ TGI de Ouagadougou (Burkina Faso), jugement n°245/2005 du 04 mai 2005, DIA HAROUNA C/ Chambre de commerce, d'industrie et d'artisanat du Burkina Faso, Ohadata. J-07-237.

⁴² Le locataire dans est passible d'une peine d'emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de cent mille à trois cent mille francs CFA.

⁴³ Art. 3 de la loi-cadre n° 2011/012 du 6 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun

⁴⁴ B. Cf. BIEMAR (Coor.), Les clauses abusives et illicites dans les contrats usuels, Edition du jeune barreau de Liège, 2013.

⁴⁵ Voir à ce sujet : Ph. PETEL, Procédure collective, 8^e éd. Dalloz, P.95.s ; F.M. SAWADOGO, *Effets de la procédure collective à l'égard du créancier*, in encyclopédie OHADA, pp.725-750.

redressement judiciaire sont-ils généralement précédés en France par une période dite d'observation au cours de laquelle une dernière chance est accordée au débiteur.

Le plan de sauvegarde constitue à juste titre le résultat d'un arrangement entre le débiteur et ses créanciers. Dans le droit OHADA applicable au Cameroun en matière commerciale, ce sont les notions de concordat de préventif et de concordat de redressement qui sont d'usage, selon qu'on se trouve dans un règlement préventif ou plutôt en matière de redressement judiciaire.

C'est également cet esprit des procédures collectives que l'on perçoit à quelques différences près dans le régime de gestion du surendettement des personnes physiques⁴⁶. Les articles 84 et suivants de la loi de 1989 modifiée par la loi d'orientation du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions prévoient enfin au profit du débiteur défaillant, des délais de grâce relevant du pouvoir du juge. Un tel niveau de protection au profit de l'emprunteur reste à venir en droit camerounais.

Ces hypothèses sont nombreuses mais l'imprévision en est particulièrement symbolique. L'imprévision désigne la situation dans laquelle survient au cours de l'exécution du contrat, une circonstance non prévisible au moment de sa formation, mais qui déséquilibre fondamentalement la relation contractuelle. La question qui s'est toujours posée est celle de l'admission d'une révision du contrat en cas d'imprévision. Le législateur ne l'avait jamais admise. La jurisprudence semblait également être dans sa large majorité contre le principe de son admission. Le mythique arrêt *Canal de Craponne* rappelle le rejet ferme de la révision pour imprévision qui a longtemps caractérisé la position de la Cour de cassation française⁴⁷. Cette position de la haute cour a été battue en brèche par l'ordonnance française du 10 février 2016. Aux termes de l'article 1195 du code civil, si un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin. Le droit camerounais ne semble pas avoir admis de manière formelle la révision pour imprévision.

A côté de l'imprévision, les différents droits font constamment recours à un ensemble de mécanismes conduisant pareillement à diminuer l'autonomie des parties dans l'exécution de

⁴⁶ Loi française du 05 mai 2007.

⁴⁷ Civ., 6 mars 1876, DP76.1.195, note Giboulot, S.76.1.161 Grands arrêts.t.2, n°165.

leur convention. C'est le cas à travers le recours aux principes généraux du droit des obligations tels que l'interdiction de l'enrichissement sans cause⁴⁸ ; nécessité de la mise en demeure⁴⁹ ; l'exception d'inexécution⁵⁰ etc. Le juge dispose aussi du pouvoir de requalification du contrat⁵¹ en amont, tout comme il peut accorder des délais de grâce outre l'interprétation *contra proferentem* des conventions à laquelle il fait traditionnellement usage.

1.2.2. La prise en compte des intérêts du cocontractant au moment de la cessation du contrat

La cessation peut être plus (1.2.2.1.) ou moins tumultueuse (1.2.2.2.).

1.2.2.1. Une présence diffuse des hypothèses de prise en compte de l'intérêt de l'autre partie dans la cessation avec incident

L'incident peut être dû à la volonté des contractants, ou au contraire en l'absence de leur volonté.

Le premier cas de figure renvoie à la cessation prématurée de la relation contractuelle à l'initiative d'une partie. Dans ce cas de figure, la loi impose aux parties une attitude visant à réduire au maximum le désagrément issu d'une telle cessation. Il en est ainsi notamment dans le contrat de travail. Cette démarche se traduit par la notion de préavis, une sorte de mise en demeure, en prélude à la cessation de la relation contractuelle. En droit camerounais, cette règle est énoncée par l'article 34.-1 du code du travail. En droit français, le préavis est prévu par les articles L. 122 - 6 et suivants du code du travail⁵². L'employeur est aussi tenu de justifier tout licenciement. L'absence de motif réel et sérieux est sanctionnée en tant que licenciement abusif⁵³. La tendance est la même dans le contrat de bail à travers le régime de l'expulsion du locataire défaillant. Ainsi, même en présence d'un titre, le locataire ne saurait faire objet d'expulsion pendant la trêve hivernale⁵⁴. Dans le même sens, certaines catégories de personnes en raison de leur âge avancé et de leur faible niveau de revenus ne peuvent faire l'objet d'une expulsion que sous certaines conditions⁵⁵. Une telle immunité contre l'expulsion de personnes

⁴⁸ Cass. 18 avril 1991.

⁴⁹ Cass. 9 avril 1976.

⁵⁰ Cass. 2 nov. 1995.

⁵¹ Cf. sur la question, B. MERCADAL, « La qualification du contrat en droit français », in *L'obligation*, F. ANOUKAHA, A.D. OLINGA, (Coor), Harmattan Cameroun, 2015.

⁵² TGI Douala, jugement n° 261/92-93, 22 janvier 1993.

⁵³ Art. L.122-14 code du travail français. En droit camerounais, voir art Art.39-1 code du travail ; CS. Arrêt n°93/S, 14 avril 1988, Aff. CFAO c/ POH Jean Gaston.

⁵⁴ Art.613-3 code de la construction et de l'habitat.

⁵⁵ Art.13 bis, loi 1^{er} septembre 1948.

vulnérables n'est pas aménagée en droit des contrats au Cameroun. Toutefois, le juge peut en tant que garant des libertés individuelles, intervenir pour éviter qu'une atteinte trop grave ne soit portée à l'intégrité physique ou à la dignité humaine de l'expulsé.

L'hypothèse de l'incident extérieur à la volonté du contractant quant à elle fait essentiellement référence à la perte de la chose. La perte de la chose est la destruction de celle-ci ou l'impossibilité matérielle d'en tirer une utilité qui lorsqu'elle affecte l'objet d'une obligation, peut en être cause d'extinction⁵⁶. Lorsqu'il n'est plus possible d'exécuter une obligation contractuelle du fait d'un obstacle majeur, celle-ci s'éteint. Le créancier perd son droit de créance. La rigueur de la force obligatoire cède en présence d'un aléa de la vie en société. La perte de la chose comme cause d'extinction de l'obligation ne fait pas l'objet d'une disposition générale dans le code civil. Mais la jurisprudence érige la caducité du contrat par disparition de la chose en principe général du droit des obligations⁵⁷. Certaines dispositions spéciales consacrent néanmoins ce principe. Aux termes de l'article 1722 du code civil applicable au Cameroun, si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit⁵⁸. Selon l'article 1790 du code civil français, si la chose vient à périr, quoique sans aucune faute de la part de l'ouvrier, avant que l'ouvrage ait été reçu et sans que le maître fût en demeure de le vérifier, l'ouvrier n'a point de salaire à réclamer, à moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière⁵⁹.

1.2.2.2. L'existence non négligeable d'une obligation de préserver l'intérêt de l'autre dans la cessation sans incident

On peut distinguer ces obligations selon qu'elles sont instituées en prélude à une cessation imminente ou selon qu'elles constituent plutôt une suite honorable de la cessation de la relation contractuelle.

C'est le droit du travail qui constitue le terrain de prédilection des obligations instituées en prélude à une cessation imminente de la relation contractuelle. Elles sont principalement afférentes à l'admission à la retraite. La question qui se pose est de savoir si les parties peuvent aménager librement les conditions d'admission en retraite du travailleur. Si les parties sont en effet libres de conclure un contrat de travail, les règles qui régissent sa cessation échappent quelque peu à leur contrôle. Ces règles instituées en générale pour protection des travailleurs

⁵⁶ « Perte » in *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, 11^e éd.

⁵⁷ Voir supra, Cass. 14 octobre 2004.

⁵⁸ La disposition est la même dans le code civil applicable au Cameroun.

⁵⁹ La disposition est la même en droit camerounais.

jugés partie faible au contrat, soumettent l'employeur à des obligations auxquelles il ne peut déroger. La fixation légale de l'âge de départ à la retraite en constitue une. Cet âge dans l'essentiel des contrats de travail ne relève pas de la discrétion des parties au contrat.

Le même constat peut être fait au sujet des modalités de la cessation. Le préavis de départ en retraite constitue la première de ces modalités.⁶⁰ Il renvoie à un acte écrit par lequel l'employeur notifie au travailleur l'imminence de son départ en retraite. En droit camerounais, l'employeur doit prévenir le salarié devant être mis à la retraite au moins six mois avant la date effective de son départ, selon les termes de la circulaire n°04/MTPS du ministre du travail et de la prévoyance sociale en date du 28 février 1990 relative à la procédure de mise à la retraite des travailleurs. Dans la même lancée, l'article 44 du code du travail camerounais fait obligation à l'employeur de délivrer au travailleur un certificat de travail. Celui-ci ne doit contenir aucune mention négative et ce, quel que soit le motif de la rupture du contrat de travail. L'employeur doit délivrer au travailleur, au moment du départ, un certificat de travail indiquant exclusivement la date de son entrée, celle de sa sortie, la nature et les dates et emplois successivement occupés. Le droit français prévoit une obligation similaire aux articles L1234-19 et suivants du code du travail.

La prise en compte de l'intérêt du cocontractant tout au long du processus contractuel est une marque de la vision solidariste. Mais elle n'en constitue qu'un aspect ou un degré. L'obligation générale de collaboration que le solidarisme souhaite faire ériger en principe dans la relation contractuelle peut se traduire bien au-delà, au travers d'une véritable prise en charge de l'intérêt de l'autre partie.

2. LE DEVELOPPEMENT CONCOMITANT D'UNE VERITABLE OBLIGATION DE PRISE EN CHARGE DE L'INTERET DU COCONTRACTANT

Dans le sens courant l'expression « prise en charge » signifie assurer l'entretien ou la subsistance d'une personne ou d'une chose⁶¹. S'agissant de l'intérêt au contrat, il s'agit d'assurer la subsistance de l'intérêt du cocontractant et de le réaliser⁶². La prise en charge de l'intérêt de l'autre contrat renvoie alors à la mission qui est confiée à chaque partie d'assurer, de conserver, de sauvegarder et de réaliser l'intérêt de l'autre ; et ce même si cela doit conduire à dépasser les engagements initialement consentis.

⁶⁰ « Préavis » in *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, *op.cit.*

⁶¹ « Charger » in *Larousse*, Larousse : Paris, 1984.

⁶² A-S. COURDIER-CUISINIER, *op.cit.*, P. 316, P.69 s.

2.1. La perceptibilité d'une véritable obligation de prise en charge au moment de la formation du contrat

Cette prise en charge peut être relevée tant au moment de la négociation qu'après celui-ci.

2.1.1. L'obligation de prise en charge au moment de la négociation

La prise en charge ici peut revêtir plusieurs aspects (2.1.1.1.). La sanction de son défaut varie toute aussi (2.1.1.2.).

2.1.1.1. Les aspects du devoir de prise en charge dans la phase précontractuelle

Ces aspects peuvent être relevés à travers le devoir d'information et le devoir d'assistance.

L'importance récurrente et la gravité des enjeux en présence dans le contrat justifient la position du législateur en faveur de l'exclusion de certaines catégories de personnes jugées vulnérables. Ainsi, les mineurs et certains majeurs sont-ils privés de la capacité de contracter. Cela dit, toute autre personne s'engageant contractuellement est tenue d'en assumer l'entière les conséquences. A juste titre un minimum de prudence est nécessaire. Il se traduit par ce que les juristes ont appelé devoir de se renseigner⁶³. Par le canal de ce devoir, les parties au contrat sont tenues à la diligence d'un bon père de famille. Toutefois, certaines circonstances peuvent justifier que l'autre cocontractant supporte au moins en partie, la charge de ce devoir de se renseigner. Il en est ainsi généralement en présence d'une inégalité manifeste entre les parties. Cependant on note une tendance à la généralisation de ce devoir, indépendamment de toute situation d'inégalité⁶⁴. En effet, le devoir de bonne foi prévu à l'article 1104 du code civil français⁶⁵ impose aux parties une obligation réciproque d'information dès la phase des pourparlers précontractuels. Au terme de l'article 112-1, celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer. Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. À la différence de la simple prise en compte qui recommande une abstention de porter atteinte aux intérêts du cocontractant,

⁶³ Ph. JOURDAIN, *Le devoir de se renseigner*, D. 1983, Chron., p. 139 ; J. mestre, « les limites de l'obligation de renseigner », RTD civ. 1986, 339. KOM (J), *Le devoir d'informer les consommateurs*, in *L'obligation*, Etudes offerts au Professeur Paul-Gérard POUGOUE, F. ANOUKAHA, A.D. OLINGA (Coor), Harmattan Cameroun, pp. 419-439.

⁶⁴ CS, n° 53, 3 mai 1986, BACS 1986

⁶⁵ Art. 1134 al.3 code civil applicable au Cameroun.

ce devoir se présente comme une obligation d’agir, de poser des actes positifs en vue d’aider le partenaire. Ce soutien s’analyse non plus en une simple prise en considération de l’intérêt de l’autre partie au contrat, mais en une véritable contribution à la réalisation de son intérêt.

Une hypothèse d’assistance dans la formulation de l’offre peut être relevée lorsque le contrat porte sur la conception d’un logiciel d’application. Si la commande du logiciel par un particulier constitue bien une offre adressée à son fournisseur, l’exigence de qualité juridiquement attendue de cette offre n’est pas laissée à la seule charge du pollicitant. En effet, l’organisme chargé de fournir un logiciel d’application est tenu d’une obligation dite de conseil. Cette obligation consiste d’une part à aider le client à définir ses propres besoins. Il est tenu de les lui traduire en langage informatique. Il doit aussi bien identifier les objectifs que ce client souhaite atteindre à travers le recours au logiciel. D’autre part, le fournisseur est obligé de procéder à une étude préalable et sérieuse des besoins ainsi définis, pour parvenir à l’élaboration d’un logiciel se rapprochant le plus possible du but recherché⁶⁶. Comme on peut le noter, la charge de la précision de l’offre qui doit incomber traditionnellement au pollicitant lui-même se trouve supportée en partie par le destinataire de l’offre. En droit camerounais, on retrouve des prémisses d’une obligation semblable dans la loi de 2011 relative à la protection du consommateur. Selon l’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. De cette exigence d’assurer la satisfaction du consommateur on pourrait déduire une obligation d’assister celui-ci dans la précision de son offre. Car la satisfaction légitime du consommateur est tributaire d’une bonne définition des besoins du client, de leur traduction en langage approprié et de la parfaite identification des objectifs que le consommateur souhaite atteindre.

2.1.1.2. La sanction à la violation de l’exigence précontractuelle de prise en charge

La violation du devoir précontractuel de prise en charge peut faire l’objet de deux types d’actions.

La sanction du manquement aux devoirs d’information et d’assistance dans la phase précontractuelle peut tout d’abord faire l’objet d’une action en responsabilité civile ordinaire.

⁶⁶ Arr. CA Paris, 18 juin 1984, arr. CA Paris, 6 juin 1985 ; Civ.1^{er}, 11 juin 1996, Bull. Civ. I. n°245, P.173, RTD civ 1997, P425, Obs. J. Mestre.

Les dispositions du code civil sanctionnent pour l'essentiel la violation des obligations des parties dans la phase précontractuelle par le biais de la responsabilité délictuelle. Il en est ainsi du devoir de cohérence et du devoir de discrétion⁶⁷. De manière générale, la faute du négociateur engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun. Par conséquent, elle requiert pour sa mise en œuvre, l'existence d'un préjudice qui fonde la nécessité d'une réparation. La position est la même en droit camerounais où la faute précontractuelle donne également lieu à une action en réparation dans les conditions de droit commun conformément à l'article 1382 du code civil.

Le manquement au devoir de collaboration dans la phase précontractuelle peut en outre donner lieu à l'annulation du contrat qui en est issu. Aux termes de l'article 1112 du code civil français, le manquement au devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants qui régissent la nullité du contrat pour vices de consentement. L'article précise que la faute ne peut être retenue que lorsqu'il est établi que l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Le caractère déterminant de l'information s'apprécie au regard des circonstances de l'espèce. La nullité peut faire l'objet d'une confirmation. Mais le titulaire de l'intérêt à protéger dispose toujours de l'exception de nullité qui est perpétuelle. Le contractant fautif ne peut donc le forcer à exécuter une obligation issue de ce contrat ou demander réparation pour inexécution malgré la prescription de l'action en nullité. Car ce qui est prescriptible c'est l'action en nullité et non la nullité elle-même⁶⁸. Les conséquences de cette sanction sont aussi les mêmes que celle du droit commun : « *quod nullum est, nullum producit effectum* ». La partie fautive expose le contrat à l'inefficacité avec toutes ses conséquences.

2.1.2. La prise en charge après la phase des négociations

Ces aspects de prise en charge sont aussi relatifs à la validité (2.1.2.1.) et à la forme des conventions (2.1.2.2.).

2.1.2.1. *La prise en charge relativement à la substance de l'accord de volonté*

La prise en charge ici est étroitement liée à deux vices de consentement : l'erreur et le dol.

⁶⁷ Art. 1112-2 code civil français

⁶⁸ Art. 1104 et 2224 code civil applicable au Cameroun.

L'erreur vice de consentement est une cause nullité de la convention. Toutefois, l'erreur ne doit pas être grossière. Cette dernière exigence diminue considérablement lorsque l'erreur a été commise alors qu'en l'espèce, la loi imposait à l'une des parties une prise de dispositions en vue d'éviter l'erreur. Le seul manquement à cette obligation légale suffit à caractériser la faute du contractant et à justifier la sanction. C'est ce que l'on relève en droit des assurances. L'assureur doit garantir au souscripteur de la police d'assurance une bonne compréhension du contenu de la convention, réduisant ainsi les risques d'erreur. Les recommandations de juin 2013 tendant à l'amélioration du langage des assurances le convient à cette fin, à définir certains termes jugés trop techniques. Mais c'est surtout dans son principe que cette technique de protection du consentement mise à la charge du professionnel a été reçue. L'article L112-4 du code français des assurances met à la charge de l'assureur une obligation d'indiquer dans la police d'assurance, la nature des risques garantis, le moment à partir duquel le risque est garanti, la durée de cette garantie etc. Il faut se référer à l'article 8 du code CIMA pour trouver dans la législation en vigueur au Cameroun, une obligation analogue. Sous un autre aspect, au terme de l'article L112-3 du code français des assurances, le contrat d'assurance et les informations transmises par l'assureur au souscripteur doivent tenir compte des exigences de langue. Dans le même sens, l'article L1221-3 du code du travail français énonce que le contrat de travail doit être rédigé en français.

La règle énoncée par le code civil est qu'il n'y a point de consentement valable s'il n'a été donné que par erreur, obtenu au moyen de la violence ou extorqué par dol. Du point de vue des parties au contrat, l'obligation de prise en charge n'est pas imposée à l'auteur du dol, mais à l'autre partie, sa victime. Du point de vue de l'objet, elle ne consiste pas à éviter à l'autre partie des suites préjudiciables du comportement dolosif. Elle vise plutôt à obliger une partie à agir dans le but de réduire chez l'autre l'éventualité d'une manœuvre ou d'une réticence dolosive. Les contrats d'assurance présentent une technique destinée cette fin : le système des formulaires. Il consiste pour les assureurs à adopter, en lieu et place de questions ouvertes, un système de questionnement clos. Il implique des questions ciblées réduisant la marge d'imprécision des réponses données par l'assuré. Le système de formulaire se substitue à l'ancien système de déclaration spontanée issue de la loi française du 31 décembre 1989. Le système de formulaire a été consacré en droit français à l'article L.113-2. 2° du code des assurances. Dans la législation applicable au Cameroun, évocation en est faite à l'article 12.2° du code CIMA.

2.1.2.2. *La prise en charge relativement à la forme du contrat*

On peut relever cette prise en charge dans l'établissement et dans la délivrance de la preuve.

Le contrat de travail fait partir des conventions dans lesquelles on retrouve le plus d'indices de la prise en charge de l'intérêt de l'autre contractant. En effet, au terme de l'article L.1221-3 du code du travail, le contrat de travail doit être établi par écrit. Dans le code du travail camerounais le principe est celui de la liberté de forme. L'article 24.3° du code de travail camerounais énonce à ce sujet que l'existence du contrat est constatée dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter, la preuve pouvant être rapportée par tous les moyens. Toutefois, le contrat de travail stipulant une durée déterminée supérieure à trois mois ou nécessitant l'installation d'un travailleur hors de sa résidence habituelle doit être constatée par écrit⁶⁹. De même, l'engagement à l'essai doit être stipulé par écrit⁷⁰. L'établissement de cet acte écrit incombe à l'employeur. Par ailleurs en droit camerounais, lorsque le contrat de travail est conclu avec une personne de nationalité étrangère, celui-ci doit être soumis aux formalités de visa auprès de l'autorité en charge du travail. Il doit naturellement être établi sous la forme écrite puisqu'il doit être soumis à l'appréciation de l'autorité compétente. L'accomplissement de ces formalités administratives incombe à l'employeur selon les articles 27-2 et 27-3 de ce code. Manifestement, la forme écrite est instituée dans l'intérêt de l'employé, pour lui garantir la preuve du contrat. Il en est de même pour les formalités de visa dont l'un des atouts majeurs réside dans le contrôle du contrat par une autorité administrative neutre. A la charge du bailleur, le droit français consacre pareillement une telle exigence de forme écrite dans le contrat de location d'immeuble⁷¹.

La maîtrise matérielle de l'acte par la partie faible est une condition d'effectivité de la garantie qui lui est constituée à travers l'établissement d'un écrit. Aussi dans certains contrats le législateur met-il à la charge de la partie forte non seulement une obligation de constituer un écrit, mais également une obligation de remise immédiate de cet écrit à la partie faible. Tel est le cas dans le contrat de travail. La loi met à la charge de l'employeur l'obligation de remettre immédiatement au travailleur le document d'embauche. Le droit camerounais ne règlemente pas expressément la question. Mais sur le fondement de la bonne foi, on peut déduire de l'obligation d'accomplir les formalités nécessaires à l'établissement du contrat de travail sous

⁶⁹ Article 27-1 code du travail camerounais

⁷⁰ Article 28-2 code du travail camerounais.

⁷¹ Cf. Loi 6 juillet 1989 modifiée par la loi du 21 juillet 1994.

la forme écrite, une obligation implicite de remettre cette preuve au travailleur. Car c'est à cette fin que l'écrit est dressé. Cette obligation de remise immédiate du document d'embauche au travailleur est à la charge de l'employeur qui doit prendre toutes les dispositions nécessaires pour faire parvenir le document à l'employé immédiatement ou dans les meilleurs délais. Le contrat de travail ne constitue pas pour autant le seul lieu d'expression de cette obligation de remise immédiate de l'*instrumentum*. On la relève également dans le contrat d'assurance⁷² et plus généralement dans les conventions où l'acte doit être dressé en plusieurs exemplaire.

2.2. La survivance de l'exigence de prise en charge après la formation du contrat

Elle renvoie à la prise en charge dans les phases de l'exécution (2.2.1.) et de la cessation (2.2.2.).

2.2.1. La fermeté de l'obligation de prise en charge nonobstant la variation des circonstances d'exécution du contrat

On peut mentionner des manifestations dans l'exécution normale (2.2.1.1.) et dans l'exécution avec incident (2.2.1.2.).

2.2.1.1. L'érection d'une obligation de prise en charge lors de l'exécution normale

Elle se traduit dans des devoirs généraux, mais aussi dans des obligations spéciales

Les devoirs généraux de prise en charge communs à tous les contrats sont ceux issus du code civil ou qui en sont simplement des dérivés. Ils sont généralement tirés du devoir de bonne foi qui gouverne non seulement la négociation et formation, mais également l'exécution du contrat. L'article 1104 de ce code précise en effet que les conventions doivent être exécutées de bonne foi⁷³. Le devoir de coopération et le devoir de renseignement qui sont des corollaires du devoir de bonne foi trouvent un terrain d'expression dans cette phase d'exécution. Le devoir de coopération renvoie à l'obligation qui est faite aux parties d'œuvrer ensemble pour la réalisation de l'objet du contrat⁷⁴. Il exige du contractant l'accomplissement d'actes positifs en vue de réaliser la convention. Le créancier doit agir ici pour contribuer à la réalisation de l'intérêt de son partenaire, alors que dans la simple prise en compte, il devait s'abstenir d'agir au détriment de l'intérêt de l'autre partie. Ainsi, vu du côté du débiteur de l'obligation contractuelle, au nom du devoir de coopération, celui-ci est tenu de tout faire pour assurer la

⁷² Voir *supra*.

⁷³ Cf. art. 1134 al 3 code civil français.

⁷⁴ COURDIER-CUISINIER *op.cit.*, p.36.

satisfaction du créancier. Vu du côté du créancier, ce dernier est tenu de tout mettre en œuvre pour aider le débiteur à lui donner satisfaction. Le devoir d'assistance que le législateur met à la charge du créancier au nom de la bonne foi en constitue la manifestation⁷⁵. Ce devoir est étroitement lié au devoir de conseil ou d'information auquel il se confond lorsque celui qui y est tenu doit informer son partenaire sur les avantages, inconvénients et risques liés à l'objet du contrat. Cela se traduit en droit de la consommation dans les rapports entre le vendeur et l'acheteur. L'article L.111-4 du code de la consommation met à la charge du vendeur, une obligation de conseil au profit de l'acheteur.⁷⁶ Cette obligation est prévue en droit camerounais dans les dispositions de la loi-cadre n° 2011/012 du 6 mai 2011 portant protection du consommateur.

Les hypothèses d'obligations spéciales de prise en charge propres à certains contrats sont nombreuses. Si elles peuvent entretenir un certain rapport avec la bonne foi, elles présentent surtout la particularité d'avoir été prévues par des dispositions particulières. Il en est d'abord ainsi de l'obligation d'entretien. Elle renvoie à l'exigence faite à une partie d'apporter les soins nécessaires à la subsistance ou au parfait usage de la chose objet du contrat. L'obligation d'entretien pèse sur le bailleur dans le contrat de location. Au terme de l'article 1719-2 du code civil français, le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière d'entretenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée⁷⁷. Cette obligation est reprise par l'article 106 de l'acte uniforme OHADA relatif au droit commercial applicable au Cameroun pour ce qui est du bail commercial. Il en est également ainsi de l'obligation de sécurité. Elle est une obligation généralement implicite en vertu de laquelle, le professionnel est tenu envers son client soit de garantir l'intégrité corporelle de celui-ci, soit de faire tout son possible pour l'assurer⁷⁸. Les manifestations de l'obligation de sécurité en droit français peuvent être notées en droit des transports où le transporteur est tenu envers ses passagers d'une pareille obligation⁷⁹. Au Cameroun, c'est au règlement CEMAC relatif au droit du transport des personnes qu'il convient de se référer. L'obligation de sécurité est encore plus perceptible en droit travail où l'employeur doit prendre

⁷⁵ Cf. COURDIER-CUISINIER, p.644 s.

⁷⁶ Voir infra. En droit camerounais, voir J.C. MEBU, *La théorie générale du contrat à l'épreuve du droit de la consommation*, précité.

⁷⁷ La disposition est la même dans le code civil applicable au Cameroun.

⁷⁸ « Obligation de sécurité » in *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, *op. cit.*

⁷⁹ L'obligation de sécurité du transporteur est reconnue en France depuis 1911. Cf. Cas. Civ. 21 nov. 1911 ; Cour de cassation, chambre civile. Audience publique du mardi 21 novembre 1911, inédit.

en charge les accidents de travail subis par l'employé⁸⁰. En France la quatrième partie du code du travail est consacrée à la sécurité et à la santé au travail⁸¹.

2.2.1.2. La constitution d'une obligation de prise en charge face à un obstacle à l'exécution

La prise en charge des aléas liés aux capacités physiques, morales et intellectuelles de l'autre partie au contrat se manifeste aussi en droit du travail. Elle se traduit dans un premier temps par le devoir d'adaptation du salarié qui pèse sur l'employeur. Le devoir d'adaptation est l'obligation pour l'employeur de prendre des dispositions nécessaires pour assurer à l'employé dont le profil ne correspond plus à la compétence recherchée en vue de le réadapter au nouvel environnement de l'entreprise. Il peut prendre la forme d'un recyclage ou d'une simple réinsertion à un emploi correspondant à ses compétences actuelles⁸². En dehors de ce cas de figure, l'employeur reste tenu de prendre à sa charge les dispositions visant à mettre le travailleur dans les conditions qui lui permettent de réaliser ses engagements. L'efficacité du travailleur tient en effet pour beaucoup à la gestion optimale de ses ressources physiques. A cet effet, un système de congé payés est prévu dans la plupart des législations en matière sociale. Selon l'article 89-1 du code du travail camerounais, sauf dispositions plus favorables des conventions collectives ou du contrat individuel de travail, le travailleur a droit au congé payé, à la charge de son employeur, à raison d'un jour et demi ouvrable par mois de service effectif⁸³. Il en est de même des diverses prestations prévues par la législation sur la protection sociale et familiale⁸⁴.

D'autres domaines juridiques contribuent à rendre compte de la métamorphose des paradigmes qui gouvernent le droit des contrats. En l'occurrence le droit de la construction et de l'habitat s'illustre par certaines règles telle celle de l'intangibilité du forfait de construction. Elle est instituée pour protéger la partie profane, à savoir le propriétaire de l'immeuble à construire. La règle met à la charge du professionnel de la construction une obligation de palier à la difficulté de son cocontractant face aux changements de circonstances survenus au cours de l'exécution du contrat. Le forfait de construction désigne le montant versé au professionnel

⁸⁰ Art. 95 et Art. 96 code du travail camerounais ; sur la question, voir J. DJUIKOUO, « L'obligation de sécurité de l'employeur en droit camerounais », in *L'obligation*, F. ANOUKAHA, A.D. OLINGA, (Coor), op.cit.

⁸¹ Art. L4611-1 s.

⁸² TGI Douala, jugement n°197, 8 janvier 1993.

⁸³ TGI Douala, Jugement n° 198/92-93, 18 janvier 1993,

⁸⁴ Art. 84-5 code du travail camerounais.

de la construction en contrepartie de sa prestation qui consiste à livrer l'immeuble construit. En application de la règle de l'intangibilité, il est interdit à l'architecte ou à l'entrepreneur, une fois le marché conclu, de solliciter du propriétaire le paiement de frais supplémentaires. Cette règle prévue à l'article 1793 du code civil⁸⁵, met à la charge du constructeur partie forte au contrat, le paiement des frais supplémentaires nécessaires à la réalisation de l'intérêt du propriétaire en cas de survenance d'un aléa⁸⁶.

2.2.2. Un devoir d'agir au profit du partenaire en cours d'édification au moment de la cessation du contrat

Ces obligations diffèrent selon qu'elles interviennent (2.2.2.1.) ou non (2.2.2.2.) lors d'une cessation tumultueuse.

2.2.2.1. *L'édification du devoir d'agir pour le cocontractant dans la cessation avec incident*

L'incident peut être dû au fait du contractant, mais aussi indépendamment de son fait.

Depuis 2014, les rapports entre le banquier et son client, se sont enrichis d'un nouveau concept : l'aide à la mobilité bancaire. La mobilité bancaire est la résiliation d'un compte dans un établissement de crédit en vue d'une réouverture dans un autre établissement. Elle constitue pour le client, une mutation d'adresse bancaire. La mutation implique par conséquent une cessation des relations contractuelles entre le client et son ancien banquier. C'est dans le cadre de cette cessation que le législateur impose à ce dernier un ensemble d'obligations qui s'analysent en une véritable prise en charge de l'intérêt du client. Le service d'aide à la mobilité bancaire est un mécanisme dont la finalité est de faciliter le transfert du compte du client d'une banque à une autre. Aux termes de la loi française n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation dite loi HAMON, les banques doivent impérativement proposer à leurs clients un service d'aide à la mobilité bancaire. Cette loi est complétée par les dispositions de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité de chance économique. Contrairement aux règles en vigueur jusque-là, le client est dispensé de l'obligation de prévenir les émetteurs de prélèvements et de virements de son changement de domiciliation bancaire. À la demande de la nouvelle banque du client, l'ancienne banque est tenue de fournir gratuitement un récapitulatif des opérations automatiques et récurrentes ayant transité sur le compte au cours

⁸⁵ La disposition est la même dans le code civil applicable au Cameroun.

⁸⁶ TPI de Bafoussam, jugement civil n°101 du 22 septembre 2006, affaire mission catholique du sacré cœur de Bafoussam C/ Texaco Cameroun. Ohadata. J-07-68.

des treize derniers mois ainsi que la liste des chèques non utilisés. En plus, la banque de départ est tenue d'informer gratuitement son client à l'aide d'un guide de la mobilité bancaire recensant les étapes pour changer de banque. Ces diligences au moment de la cessation du contrat mises à la charge du banquier en droit français ne sont pas encore consacrées avec autant de formalisme dans la législation CEMAC applicable au Cameroun en matière bancaire.

Le licenciement est une rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur⁸⁷. Il peut être prononcé pour motif personnel ou pour motif économique. En période de licenciement, le régime des indemnités de licenciement pour motif économique traduit une fois de plus de l'obligation pour l'employeur de prendre en charge l'intérêt de l'employé. Les indemnités consistent en un montant versé au salarié qui fait l'objet d'un licenciement pour motif économique. En droit camerounais, ce montant ne peut être inférieur à un mois de salaire brut, sans préjudice des indemnités de licenciement et de préavis qui lui sont par ailleurs dus⁸⁸. Il incombe également à l'employeur de prendre à sa charge l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Au terme de l'article 40-3 du code du travail camerounais, pour tenter d'éviter un licenciement pour motif économique, l'employeur qui l'envisage doit réunir les délégués du personnel s'il en existe et rechercher avec eux en présence de l'inspecteur du travail du ressort, toutes les autres possibilités telles que la réduction des heures de travail, le travail par roulement, le travail à temps partiel etc. C'est également à ce plan de sauvegarde que l'article L.1233-61 du code du travail français fait référence quand il énonce que dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, lorsque le projet de licenciement concerne au moins dix salariés dans une même période de trente jours, l'employeur établit et met en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre⁸⁹. Enfin l'employeur est tenu à une réactivation du bassin d'emploi.

2.2.2.2. *Les jalons du devoir d'agir dans la cessation sans incident*

Ces obligations varient selon qu'on se trouve dans les contrats à exécution instantanée ou successives.

Le service après-vente est l'ensemble d'opérations effectuées après la conclusion d'une vente afin d'assurer au client l'entretien et la réparation du bien vendu⁹⁰. C'est en droit de la consommation qu'il trouve son terrain de prédilection. En droit camerounais, l'article 10 (3) de

⁸⁷ « Licenciement », in *Dictionnaire juridique*, C. PUGILIER, 1^{ère} Ed., Larcier, 2015.

⁸⁸ Art.37-1 code du travail camerounais.

⁸⁹ Cf. art. 1233-61 à art. 1233-64.

⁹⁰ Cf. dictionnaire Larousse, V^o. Service après-vente.

la loi-cadre n° 2011/012 du 6 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun énonce que pour les transactions concernant les biens durables, un service après-vente doit obligatoirement être assuré au consommateur⁹¹. L'idée est la même pour certaines obligations de garantie. Lorsque le contrat est à exécution instantanée, la garantie d'éviction et celle de vice caché ne peuvent être mises en œuvre qu'après l'exécution du contrat. Il en est de même de la garantie de parfait achèvement⁹².

A côté de ces garanties, un régime spécial de responsabilité en droit français a été mise en place et illustre de bien belle façon l'obligation de prise en charge de l'intérêt du contractant à une phase où le contrat a achevé son exécution. Il s'agit de la responsabilité du fait des produits défectueux. Elle consacre la responsabilité du producteur pour les défauts inhérents à son produit, indépendamment du fait qu'il soit contractuellement lié à la victime. Elle figure dans le code civil français aux articles 1245 et suivants depuis le 1^{er} octobre 2016⁹³. En droit camerounais il n'existe pas de régime spécifique à la responsabilité du fait des produits défectueux.

C'est dans le contrat de travail qu'il faut surtout aller chercher ces hypothèses. Si l'intérêt de l'employeur dans le contrat de travail réside dans la prestation fournie par l'employée, l'intérêt de l'employé lui, se trouve non seulement dans l'objet de la prestation de l'employeur à savoir le paiement du salaire, mais également dans la cause du contrat qui se trouve être la survenance à ses besoins et à ceux de sa famille. Cette cause existe au-delà de la période de vie de la relation contractuelle. Si la droite pose comme exigence que la cause existe au moment de la formation du contrat, il est normal de se préoccuper de son sort après l'exécution de ce contrat. C'est ce qui est perceptible en droit du travail. Le législateur semble faire survivre la nécessité de subvenir aux besoins familiaux du travailleur même après la phase d'exécution. Traduit cette vision sociale du contrat de travail, l'institution d'allocations postérieurement à la cessation de l'activité de du travailleur. La charge de ces allocations est supportée en partie ou en totalité par l'employeur. Il s'agit d'abord de la pension de retraite. Elle constitue est une allocation périodique versée à une personne ayant cessé son activité professionnelle, dont le montant est fondé sur les périodes antérieures de travail et le chiffre des cotisations⁹⁴. Elle fait l'objet d'un aménagement spécial tant en droit français et qu'en droit

⁹¹ Cf. J.C. MEBU, *La théorie générale du contrat à l'épreuve du droit de la consommation*, *op. cit.*

⁹² Voir *supra*.

⁹³ La solution était par ailleurs déjà consacrée en jurisprudence. Cf. civ.1^{ère}, 17 janvier 1995, D.1995.350, note P. Jourdain, JCP 1995, I.3583, Obs. Geneviève Viney RTD Civ 1995.631, Obs. P. Jourdain.

⁹⁴ « Pension » in *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, 8^e Ed., P.U.F., 2000.

camerounais. L'employeur est tenu de contribuer à la pension retraite de son employé à hauteur d'un taux fixé par la loi. Au Cameroun, ce taux est de 4, 20%. En droit français, ce régime est complexe et varie en fonction de plusieurs critères. Il existe d'autres allocations de même type.

CONCLUSION

En définitive, interroger la tendance de l'évolution actuelle des paradigmes fondamentaux de la théorie générale du contrat revêt un intérêt majeur. A la question de savoir si elle traduit un passage des dogmes issus du libéralisme vers une vision plus solidariste de la relation contractuelle, une constante demeure tant en droit français qu'en droit camerounais, laissant toutefois transparaître une évidence. L'autonomie de la volonté garde une place fondamentale. Mais la percée solidariste est une réalité indéniable. Elle entraîne de fait un net recul de la rigueur autonomiste. Quoiqu'il reste excessif d'en déduire une substitution de paradigmes, on assiste bien à une mutation, c'est-à-dire une transformation du volontarisme classique par adjonction successive de valeurs solidaristes. Au demeurant, volontarisme et solidarisme ne sont pas si incompatibles, pour peu que l'on fasse primer la recherche d'un juste équilibre entre les valeurs de justice et de liberté contractuelles. La question qui semble désormais se poser est celle de savoir comment préserver cet équilibre face au caractère résolument évolutif de la notion même de liberté.

**LA PARTICIPATION DU PUBLIC ET LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT COMME
PATRIMOINE COMMUN**

Analyse de la Convention d'Aarhus et de l'Accord d'Escazú

Rafaela de Deus Lima*

Table of content/Table des matières

INTRODUCTION	80
1. L'ENVIRONNEMENT EN TANT QUE PATRIMOINE COMMUN	81
2. LES PILIERS DE LA PARTICIPATION DU PUBLIC EN DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT	88
3. LES PILIERS DE LA PARTICIPATION DU PUBLIC EN DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT	94
3.1. LA CONVENTION SUR L'ACCES A L'INFORMATION, LA PARTICIPATION DU PUBLIC AU PROCESSUS DECISIONNEL ET L'ACCES A LA JUSTICE EN MATIERE D'ENVIRONNEMENT (CONVENTION D'AARHUS) 94	
3.2. L'ACCORD REGIONAL SUR L'ACCES A L'INFORMATION, LA PARTICIPATION DU PUBLIC ET L'ACCES A LA JUSTICE EN MATIERE D'ENVIRONNEMENT EN AMERIQUE LATINE ET DANS LES CARAÏBES (L'ACCORD D'ESCAZU)	103
CONCLUSION	110

* Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

Abstract

The present study aims to analyze the importance of public participation for the environment protection in the international legal order. Since 1960, the environmental Law was consolidated as an independent legal discipline incorporating several concepts from other classic legal disciplines, such as the notion of patrimony that based on an ethic approach enhances the idea of the environmental protection as a humanity and future generation common interest. Consequently, it is necessary, even essential, to guarantee the rights related to the public participation in the environmental democracy context. This contribution aims to examine the environmental public participation pillars highlighting the right to participate and the right to access to information and justice. In addition, the study pursues to analyze the legal context that assure the environmental public participation on the international level.

Résumé

La présente étude entend analyser l'importance de la participation du public pour la protection de l'environnement dans le cadre juridique international. Depuis les années 1960, le droit de l'environnement se consolide comme discipline juridique autonome et incorpore plusieurs concepts des domaines classiques du droit à l'exemple de la notion de patrimoine qui renforce sous une approche éthique l'idée que la protection de l'environnement est d'intérêt commun de l'humanité et des générations futures. Conséquemment, la garantie des droits liés à la participation du public est nécessaire, voire essentielle dans le contexte de la démocratie environnementale. Cette contribution ambitionne examiner les piliers de la participation environnementale soulignant le droit de participation et le droit d'accès à l'information et à la justice. L'étude vise également à analyser le cadre juridique qui assure la participation du public en matière environnementale au niveau international.

INTRODUCTION

L'humanité doit faire face à plusieurs problématiques qui dépassent les frontières nationales. La crise écologique se trouve parmi les défis du XXI^e siècle qui font appel à des réponses efficaces demandant l'adoption d'une vision globale et multidisciplinaire qui prend en compte la nécessité d'intégrer et concilier les intérêts environnementaux, sociaux et économiques.

Depuis les années 1960 et 1970, le débat concernant la préservation et la conservation de l'environnement a évolué au sein de la société internationale. Dû à la nécessité d'adopter des politiques environnementales, de réglementer et de résoudre des questions liées à ce thème, l'ordre juridique a aperçu le développement du droit de l'environnement comme une nouvelle branche du droit.

Dans ce parcours, plusieurs concepts classiques du droit ont été incorporés par le droit de l'environnement qui les a reformulés pour répondre aux nouveaux défis émergeant dans le contexte environnemental au niveau international et national. Parmi ces concepts, la notion de patrimoine est soumise à une redéfinition pour incorporer des valeurs liées à la collectivité.

La patrimonialisation de l'environnement engendre plusieurs questions liées à la bonne gestion du bien environnemental dû à son association avec l'intérêt commun de le préserver. Par suite, si la préoccupation de sauvegarder le patrimoine environnemental appartient à toutes les personnes, voire aux générations futures, il est essentiel d'analyser les moyens et les droits qui leurs sont garantis pour qu'elles agissent envers la défense de cet intérêt de sorte qu'il est indispensable de comprendre le rôle joué par le public (les individus et toute la collectivité) dans le cadre de la protection de l'environnement ainsi que les devoirs des États concernant la garantie des outils pour que cette participation soit efficace dans le contexte d'une démocratie participative.

L'efficacité de la participation en matière environnementale résulte de plusieurs facteurs qui lui sont inhérents et qui composent les piliers de la participation du public qui consistent en un droit de participation ainsi qu'un droit d'accès à l'information et à la justice.

Bien que la participation publique soit garantie par plusieurs normes nationales dans le domaine du droit de l'environnement, il est important qu'elle soit assurée également au niveau international puisque cette garantie permet tant d'exiger des États une prise d'action selon le *standard* international que d'harmoniser les normes existantes.

Afin de bien comprendre l'interrelation entre la sauvegarde de l'environnement, la participation, les droits et les devoirs qui se manifestent dans ce contexte, la présente étude propose d'analyser le droit de participation du public pour la protection de l'environnement à l'égard du droit international et du droit de l'environnement. Ainsi, il s'agira d'analyser, premièrement, le phénomène de patrimonialisation de l'environnement en raison de l'intérêt commun de l'humanité et des générations futures (1), deuxièmement, il convient de comprendre les piliers de la participation du public et son cadre normatif dans le droit international de l'environnement (2) et, enfin, il est approprié d'analyser les deux traités internationaux qui réglementent spécifiquement la participation du public en matière environnementale dans le droit international (3).

1. L'ENVIRONNEMENT EN TANT QUE PATRIMOINE COMMUN

Le monde moderne est bouleversé par la crise écologique. L'humanité doit résoudre des problèmes qui se manifestent en échelle globale comme la perte de la biodiversité, le réchauffement climatique, la sécheresse, la pollution plastique et d'autres situations complexes dont l'origine est liée à l'activité humaine.

Cette crise est parmi les plus grands défis auxquels l'humanité doit faire face. De plus, il s'agit d'un paradoxe, car l'être humain joue un double rôle dans ce contexte puisque son intervention excessive dans la nature est à l'origine des problématiques environnementales et, simultanément, il est le seul qui peut agir pour inverser la dégradation de l'environnement.

Bien que les dommages environnementaux issus de l'action humaine soient remarqués au cours de l'histoire¹, le débat lié à la protection de l'environnement est un sujet nouveau dans le monde juridique lorsqu'on le compare avec les branches classiques du droit telles que le droit civil ou le droit pénal. L'intérêt pour la protection de l'environnement trouve son origine dans les années 1960 et 1970, avec le développement des mouvements écologiques et l'éveil de la conscience collective sur le besoin de concilier les intérêts socio-économiques et environnementaux.

À la fin des années 1960, les scientifiques ont commencé à dénoncer la perte et la dégradation de l'environnement qui étaient liées aux activités humaines. Dans cette période,

¹ En vue d'approfondir l'étude sur les dommages environnementaux et la responsabilité civile, voir : G. Martin. *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement*, thèse de doctorat en droit, Université de Nice, 1976.

des ouvrages classiques - comme celle de Rachel Carson intitulée *Silent Spring* - ont été publiés dans le but d'annoncer aux public les conséquences de l'intervention humaine sur la planète.

De plus, depuis la moitié des années 1900, plusieurs catastrophes écologiques ont eu lieu telles que l'affaire de la fonderie *Trail Smelter* (1941), l'affaire du lac Lanoux (1957), la catastrophe de la baie de Minamata (1959), l'affaire du *Torrey Canyon* (1967), la catastrophe de Seveso (1976), de Bhopal (1984), ou encore de Tchernobyl (1986).

Les catastrophes écologiques transfrontalières ont renforcé l'interdépendance entre les pays et entre toute l'humanité dans le domaine environnemental démontrant la nécessité d'agir d'une façon solidaire. À la suite du cri d'alarme lancé par les scientifiques et par ces catastrophes, le public a commencé à prendre conscience de l'importance de l'environnement et de la nécessité de le préserver².

Par conséquent, « la mise en œuvre d'une politique de l'environnement, compte tenu des choix de société qu'une telle politique implique, va inévitablement entraîner des engagements partisans du côté des défenseurs de l'environnement et de la part des organisations politiques traditionnelles »³.

Depuis les années 1970, dû au processus d'éveil de la conscience écologique à l'échelle globale, plusieurs conférences ont eu lieu dans le domaine international pour débattre des questions liées à la protection de l'environnement avec le but d'encourager le développement des actions multilatérales de la part des États et de toute la société internationale.

Parmi ces événements, il est important de citer la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, aussi connue sous le nom de Conférence de Stockholm (1972), qui a inauguré la série de conférences sur l'environnement qui se sont déroulées auprès des Nations Unies. Cette réunion a été suivie par le Rapport Brundtland - officiellement intitulé *Notre avenir à tous*⁴ (1987) - qui a défini le développement durable comme celui qui « répond aux besoins des

² « Ce mouvement d'opinion était sans doute un phénomène sans précédent dans l'histoire : il était entièrement spontané, ne trouvant d'appui qu'auprès de quelques gouvernements - pas très nombreux au début - et il tendait à l'universalité dès le départ. Il avait aussi une forte connotation philosophique au sens quotidien du terme : il correspondait à une nouvelle conception du monde comportant de nouvelles valeurs individuelles et sociales par réaction à la détérioration de la biosphère ». (A. Kiss, J. Beurier, *Droit international de l'environnement*, Édition A. Pedone, 2004).

³ M. Prieur, *Droit de l'environnement* », Dalloz, 2019, p. 11.

⁴ Le Rapport a été rédigé par la Commission mondiale sur l'environnement et le développement de l'Organisation des Nations Unies, présidée par la Norvégienne Gro Harlem Brundtland.

générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs », ainsi que par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (1992) qui a précisé la définition de développement durable, par le Sommet Mondial sur le développement durable (2002) et par la Conférence des Nations Unies sur le développement durable (2012).

Grâce au développement du débat sur la protection de l'environnement, le droit de l'environnement a commencé à se développer comme une nouvelle branche du droit⁵ au niveau international et national. « Les impératifs techniques et politiques du droit de l'environnement et la portée psychologique des mesures juridiques prises ou à prendre entraînent inévitablement une adaptation, voire une transformation des règles classiques de différents droits nécessaires à l'élaboration du droit de l'environnement. Le droit doit alors évoluer et se transformer »⁶.

Ainsi, au cours du processus de développement du droit de l'environnement, la notion de patrimoine a été soumise à une nouvelle signification face aux défis environnementaux. Cela a fait apparaître la notion de l'environnement comme un patrimoine commun de l'humanité, ce qui renforce la nécessité de le conserver et de l'utiliser d'une façon raisonnable, en réfléchissant sur sa préservation à long terme.

Le mot patrimoine peut avoir deux interprétations. La première est attachée à la notion classique issue du droit civil selon laquelle le patrimoine est « l'ensemble des biens et des obligations d'une même personne (c'est-à-dire de ses droits et charges appréciables en argent), de l'actif et du passif »⁷. Donc, le patrimoine « permet de créer un lien utile entre les notions fondamentales du droit civil que sont la propriété et l'obligation (...) car il permet de faire le lien entre les sujets et les objets de droit »⁸.

⁵ Selon Michel Prieur « on peut aujourd'hui admettre que le droit de l'environnement constitue une branche nouvelle du droit compte tenu de l'ampleur des réformes entreprises depuis 1971, de la conscience sociale accrue en matière d'environnement depuis 1968, de l'existence depuis 2000 d'un Code de l'environnement, de la reconnaissance en 2005 d'un droit constitutionnel à l'environnement et de l'application de règles juridiques spécifiques ». (M. Prieur, *ibid.*, 2019, p. 11).

⁶ M. Prieur, *ibid.*, 2019, p. 11.

⁷ G. Cornu, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 2018, p. 1580.

⁸ P. Bouathong, *Les Universalités de droit : essai d'une théorie générale*, thèse de doctorat, discipline de doctorat : droit privé, sous la direction de P. Dupichot, l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, 2020, p. 38.

Selon Prieur⁹, cette conception est constituée par quatre éléments : la valeur pécuniaire qui est donnée au bien selon le marché économique, l'appropriation privative de ce bien et la bonne gestion de ce bien pour que son titulaire puisse le transmettre à ses successeurs¹⁰.

La deuxième interprétation exprime la valeur collective attachée à des biens ou à des choses indépendamment de leur statut juridique¹¹. Cette herméneutique est employée d'abord aux biens historiques et culturels et plus récemment à l'environnement¹², de sorte que ces biens sont devenus collectifs, assurant à tous le droit de les utiliser et leur imposant le devoir de les préserver et de bien les gérer.

Bien que les éléments de cette deuxième approche comparés à ceux de la première n'apportent pas beaucoup de similitudes, le point en commun entre les deux réside dans la bonne gestion et dans la nécessité de préserver le bien qui sera transmis en héritage¹³.

Donc, l'idée de patrimoine en matière environnementale s'éloigne de celle du droit privé classique. Lorsqu'il s'agit du patrimoine commun de l'humanité, l'accent est mis sur le bon usage de l'environnement et la nécessité d'assurer sa qualité. « Le patrimoine commun ce n'est pas seulement la prise en charge commune d'un objet qui préexiste à un groupe ; mais le patrimoine c'est aussi l'émergence, la cristallisation du projet commun »¹⁴.

La qualification du patrimoine environnemental comme « commun » renforce l'idée que la protection de l'environnement, de ses ressources et biens naturels concerne l'intérêt commun de toute la société nationale, voire internationale. « Le terme commun est entendu dans le sens : qui sert ou intéresse la collectivité, la communauté. En outre, la communauté est appréhendée de manière dynamique sur le long terme dans la mesure où les générations futures sont prises en compte »¹⁵.

⁹ M. Prieur, « Réflexions introductives sur la notion de patrimoine commun privé et le statut juridique du patrimoine commun », *Revue Juridique d'Auvergne (Annales de Clermont Ferrand)*, les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont Ferrand, vol. 98, n. 4, 1998, pp. 21-29.

¹⁰ M. Prieur, « Réflexions introductives sur la notion de patrimoine commun privé et le statut juridique du patrimoine commun », *Revue Juridique d'Auvergne (Annales de Clermont Ferrand)*, les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont Ferrand, vol. 98, n. 4, 1998, pp. 21-29.

¹¹ M. Prieur, *ibid.*, 1998, pp. 21-29.

¹² M. Prieur, *ibid.*, 1998, pp. 21-29.

¹³ M. Prieur, *ibid.*, 1998, pp. 21-29.

¹⁴ M. Piveteau, « Le statut juridique du patrimoine commun », *Revue Juridique d'Auvergne (Annales de Clermont Ferrand)*, les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont Ferrand, vol. 98, n. 4, 1998, pp. 119-121.

¹⁵ A. Meynier, *Réflexions sur les concepts en droit de l'environnement*, thèse de doctorat, discipline de doctorat : droit, sous la direction de P. Billet, l'Université de Lyon Jean Moulin Lyon 3, 2017, p. 116.

L'intérêt commun de l'humanité par rapport à l'environnement a été reconnu dès la première conférence mondiale qui a fait de l'environnement une question majeure dans le domaine international. La Déclaration adoptée à l'occasion de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement de 1972 a reconnu en son préambule que la protection et l'amélioration de l'environnement correspondent au vœu des peuples du monde entier.

De plus, la conception de l'environnement comme patrimoine commun de l'humanité trouve sa base axiologique sur l'idée de solidarité entre les générations présentes et les générations futures. Ainsi, il faut assurer aux générations à venir un environnement sain pour qu'elles puissent se développer et avoir une certaine qualité de vie. Par conséquent, la société humaine d'aujourd'hui ne devrait pas offrir aux générations futures un environnement plus pollué que celui qu'elle a reçu de la génération qui l'a précédée.

Cette notion « met l'accent sur la relation entre son titulaire et les éléments du patrimoine, et entre le titulaire actuel et le titulaire futur. C'est en effet au titulaire du patrimoine, la nation en droit interne, l'Europe ou généralement l'humanité en droit international, c'est-à-dire une collectivité, que s'impose l'obligation de bonne gestion du bien intrinsèque à la notion de patrimoine »¹⁶.

Sur cette question, Alexandre Kiss et Jean-Pierre Beurier expliquent que « l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir. Donc, le concept d'intérêt commun de l'humanité doit être traduit dans des réalités concrètes, notamment en ce qui concerne l'espace, sans pour autant oublier l'humanité à venir, c'est-à-dire la dimension temporelle »¹⁷.

En d'autres termes, bien qu'aujourd'hui les besoins des générations futures ne soient pas encore connus, l'héritage environnemental qui lui sera transmis ne devrait pas être celui de la pollution et de la dégradation des biens naturels. Donc, la génération actuelle a l'obligation de préservation et d'utilisation raisonnable des ressources naturelles. Il s'agit d'une approche éthique « qui vise (...) à éviter les irréversibilités et à préserver l'éventail des options futures »¹⁸.

¹⁶ A. Meynier, *ibid.*, 2017, p. 121.

¹⁷ A. Kiss, J. Beurier, *op. cit.*, p. 145.

¹⁸ A. Meynier, *op. cit.*, 2017, p. 121.

« Le rapport entre les générations, il s'agit de préserver la liberté de choix des générations futures. Le patrimoine est ainsi défini comme un bien susceptible de conserver dans le futur des potentialités d'adaptation à des usages non prévisibles dans le présent »¹⁹.

En droit international, le concept de patrimoine commun de l'humanité trouve son origine auprès des Nations Unies et du débat sur l'affectation des fonds marins et des océans qui se situent au-delà des limites de la juridiction nationale. Ensuite, l'idée de patrimoine a commencé à être appliquée en vue de désigner certains espaces ou ressources naturelles qui n'avaient pas un propriétaire défini comme la Lune, d'autres corps célestes et le sous-sol des fonds marins au-delà de la juridiction des pays. « L'objectif est alors de soustraire ces espaces et leurs ressources naturelles à l'accaparement ou à la revendication de souveraineté de la part des États et à toute appropriation privée »²⁰.

Cette notion initiale de patrimoine commun était attribuée aux biens qui n'étaient pas soumis à la souveraineté des États. Au fur et à mesure que ce concept de patrimoine s'est développé, il commence à être appliqué à certains biens situés sous la juridiction des États dont la sauvegarde est fondée sur l'intérêt commun de les préserver, par exemple, des biens liés à la culture et à l'environnement.

Le lien entre le concept de patrimoine et l'environnement s'est révélé avec la Convention de l'UNESCO du 16 novembre 1972 sur la protection du patrimoine mondial, naturel²¹ et culturel, dont le texte détermine que la sauvegarde des espèces menacées d'extinction est d'intérêt de l'humanité présente et future.

À l'égard de cette Convention, « des éléments du patrimoine mondial se trouvent normalement sous la souveraineté des États - comme des parcs nationaux - ou même dans la propriété des personnes privées - comme des châteaux - mais ils doivent être sauvegardés en tant qu'héritage de l'humanité »²² tout en respectant la souveraineté d'État.

¹⁹ C. Larrete, R. Larrete, *Du bon usage de la nature : pour une philosophie de l'environnement*, Alto Auvier, 1997.

²⁰ A. Meynier, *op. cit.*, 2017, p. 113.

²¹ Selon l'article 2, sont considérés comme patrimoine naturel : les monuments naturels constitués par des formations physiques et biologiques ou par des groupes de telles formations qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue esthétique ou scientifique ; les formations géologiques et physiographiques et les zones strictement délimitées constituant l'habitat d'espèces animales et végétale menacées, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de la science ou de la conservation ; les sites naturels ou les zones naturelles strictement délimitées, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de la science, de la conservation ou de la beauté naturelle. (*Convention concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel*, Paris, 16 novembre 1972, accessible à l'adresse <https://whc.unesco.org/fr/conventiontexte/>).

²² A. Kiss, J. Beurier, *op. cit.*, p. 148.

Parmi les premiers documents qui reconnaissent la nécessité de préserver l'environnement pour les générations futures, il est important de s'arrêter sur la Déclaration de Stockholm de 1972 adoptée à l'occasion de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, dont le préambule a affirmé que « défendre et améliorer l'environnement pour les générations présentes et à venir est devenu pour l'humanité un objectif primordial »²³.

Similairement, le principe 1 de la Déclaration a prévu que l'homme, titulaire du droit fondamental à vivre dans un environnement sain, a le devoir de le protéger et de l'améliorer pour les générations présentes et futures. De plus, il est possible d'interpréter l'idée de l'environnement comme patrimoine commun par la lecture du principe 2 de la Déclaration qui a suggéré que « les ressources naturelles du globe, y compris l'air, l'eau, la terre, la flore et la faune, et particulièrement les échantillons représentatifs des écosystèmes naturels, doivent être préservés dans l'intérêt des générations présentes et à venir par une planification ou une gestion attentive selon le besoin »²⁴.

Par la suite, plusieurs textes adoptés à l'occasion de conférences internationales sur l'environnement ont mis en exergue l'intérêt commun lié à la préservation de l'environnement ainsi que la nécessité d'être solidaire avec les générations futures et de prendre en compte leur besoin²⁵.

La reconnaissance de l'environnement comme patrimoine commun ne vise pas à constituer un statut juridique au bien environnemental. En réalité, il s'agit d'un concept plutôt éthique et descriptif pour signaler un « nouveau cadre de perception de la réalité : durable, global et solidaire, rejaillit sur les règles juridiques de protection de l'environnement. Émergent alors de nouvelles notions juridiques, tel l'intérêt de l'humanité, le droit des générations futures, la responsabilité collective à l'égard de l'environnement, la compensation, le développement durable, la participation de la société civile »²⁶.

Bien que cette notion ait une valeur descriptive, elle renforce l'idée suivante : « l'environnement concerne tout le monde quand il s'agit de partager les ressources naturelles communes, sa gestion doit être réalisée pour tous et par tous. La démocratisation de la gestion

²³ Organisations des Nations Unies, *Déclaration de Stockholm sur l'environnement*, Stockholm, 1972.

²⁴ Organisations des Nations Unies, *ibid.*, 1972.

²⁵ En droit interne français, la Charte de l'environnement (LOI constitutionnelle n. 2005-2005 du 1^{er} mars 2005) considère, dans son préambule, que l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains et que les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs besoins.

²⁶ A. Meynier, *op. cit.*, 2017, p. 120.

des biens communs est inhérente à la qualité commune de ces biens »²⁷. Ainsi, la préservation de l'environnement exige la participation active du public, autrement dit il est essentiel que les personnes participent directement à la vie publique en vue de sauvegarder l'environnement et d'utiliser ses ressources de façon durable.

2. LES PILIERS DE LA PARTICIPATION DU PUBLIC EN DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT

La participation du public est l'une des bases de la démocratie, grâce à laquelle la collectivité concevra ensemble son projet de société fondé sur des valeurs fondamentales. « Participer, c'est prendre part ou coopérer à quelque chose avec d'autres. [...] la participation est un principe d'aménagement du fonctionnement des institutions qui consiste à associer au processus de décision les intéressés ou leurs représentants »²⁸.

En ce qui concerne la participation des représentants, il faut faire une digression en vue de remarquer la décision du Conseil constitutionnel français n° 2021-891 QPC du 19 mars 2021 qui porte sur la participation du public à l'élaboration des chartes d'engagement départementales relatives à l'utilisation des produits phytopharmaceutiques. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a décidé que « le fait de permettre que la concertation ne se tienne qu'avec les seuls représentants des personnes habitant à proximité des zones susceptibles d'être traitées par des produits phytopharmaceutiques, ne satisfait pas les exigences d'une participation de "toute personne" qu'impose l'article 7 de la Charte de l'environnement »²⁹.

Le mouvement environnemental et le développement des politiques publiques dans les années 1960 et 1970 ont entraîné le besoin du public, relayé par des associations, d'intervenir plus activement dans le cadre de protection de l'environnement. « Il est né de ce mouvement un désir de démocratie participative visant à faire participer les citoyens de façon permanente sans avoir à recourir à l'intermédiaire des élus et sans être limité par la périodicité des élections »³⁰.

La revendication de la participation publique est liée à la gravité des problèmes environnementaux qui sont universels, de longue durée, interdépendants et irréversibles³¹. En

²⁷ M. Prieur, *Droit de l'environnement, droit durable*, Bruylant, 2015, p. 11.

²⁸ M. Prieur, « Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation », *Revue Juridique de l'Environnement*, n. 4, 1988, p. 398.

²⁹ Conseil constitutionnel, *Décision n° 2021-891 QPC*, 19 mars 2021, disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021891QPC.htm>.

³⁰ M. Prieur, *op. cit.*, 2019, p. 157.

³¹ M. Prieur, *ibid.*, p. 157.

outre, la philosophie politique liée à l'environnement implique que les citoyens soient actifs face aux problématiques environnementales. Bien que la protection de l'environnement soit l'obligation de l'État, il s'agit également d'un devoir des personnes qui ont l'obligation de veiller à la sauvegarde de l'environnement et des ressources naturelles pour que les générations présentes et futures puissent en profiter.

Ainsi, la participation « sert à protéger le droit de l'homme à un environnement satisfaisant, contribue à renforcer la qualité et la légitimité des décisions publiques et l'efficacité des politiques de durabilité, et constitue un élément important de la démocratie »³².

Il « peut s'agir d'une participation à l'élaboration des lois, règlements et plans d'aménagement ou d'urbanisme affectant l'environnement, ou bien d'une participation à l'élaboration de décisions particulières telles qu'une expropriation, une autorisation d'implanter une activité industrielle ou d'aménager un espace naturel dans un but touristique ou urbanistique »³³.

À l'égard des techniques de participation, selon Prieur, il est possible de les classer en cinq catégories. La première porte sur des techniques de contestations qui réfutent des décisions ou des actions considérées par les citoyens comme une atteinte à l'environnement. Ces techniques sont exemplifiées par des manifestations, défilés, protestations et des pétitions. La deuxième concerne la technique de concertation qui est préalable à la décision et généralement facultative, étant « en réalité, une participation sous forme de discussions-négociations, soit sur des problèmes généraux d'aménagement et de politique d'environnement, soit sur un dossier précis, soit à l'occasion d'un conflit »³⁴. Pour illustrer la concertation, il est possible de citer les commissions non gouvernementales, les réunions ou les conseils de citoyens, les cercles d'études, les commissions *ad hoc* et d'autres pratiques qui sont normalement peu ou pas institutionnalisées.

La troisième consiste en la technique de consultation qui est une forme officielle de participation auprès des institutions publiques et de l'administration. La consultation institutionnelle peut se développer sur la forme de la participation des associations aux commissions permanentes, d'enquêtes publiques et de référendums consultatifs. La quatrième est relative à la technique de participation à la décision qui associe les personnes directement

³² M. Prieur, *op. cit.*, 2015, p. 86.

³³ M. Prieur, *op. cit.*, 1988, p. 404.

³⁴ M. Prieur, *ibid.*, pp. 404-405.

au processus de prise de décision, leur donnant le pouvoir de partager leur avis et d'engendrer des modifications dans le cadre de la délibération.

Enfin, la cinquième technique est liée à la gestion de l'environnement par l'individu qui adoptera des mesures et des actions en vue de conserver l'environnement, comme des associations citoyennes ou des individus qui ramassent des déchets en plastique des plages par exemple.

En ce qui concerne les textes juridiques internationaux relatifs à la participation, d'abord, il faut remarquer que le droit à la participation est indissociable des droits de l'homme et qu'en plus il s'agit d'un droit consacré par le droit international de l'environnement depuis la Conférence des Nations Unies sur l'environnement³⁵ de 1972 qui a reconnu en son préambule que la participation de tous les acteurs de la société (citoyens, collectivités, entreprises et institutions) est fondamentale en vue de défendre et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et à venir en harmonie avec les objectifs de développement social et économique. Aussi, dans le plan d'action adopté à l'occasion de cette conférence, la recommandation n°97 a invité les États à faciliter la participation du public à la gestion et au contrôle de l'environnement.

En outre, l'Acte final de la conférence d'Helsinki sur la sécurité et la coopération en Europe de 1975 a déclaré directement que « le succès d'une politique de l'environnement suppose que toutes les catégories de la population et toutes les forces sociales conscientes de leurs responsabilités contribuent à protéger et améliorer l'environnement »³⁶.

La Charte mondiale de la nature adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 28 octobre 1982 a prévu que le public doit participer à l'élaboration des stratégies visant la conservation de la nature et que toute personne a la possibilité de participer, individuellement ou avec d'autres personnes, à la prise des décisions concernant l'environnement.

En juin 1992, à Rio de Janeiro (Brésil), la Conférence des Nations Unies Rio-92 a adopté la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement dont le principe 10 a déclaré que chaque individu doit avoir la possibilité de participer aux processus liés aux

³⁵ Voir *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement*, Stockholm, le 5-16 juin 1972, accessible à l'adresse <https://undocs.org/fr/A/CONF.48/14/Rev.1>.

³⁶ *L'Acte final de la conférence d'Helsinki*, Helsinki, le 3 juillet 1973, accessible à l'adresse <https://www.osce.org/fr/mc/39502>.

questions d'environnement tandis que, selon ce principe, la meilleure façon de les traiter est d'assurer la participation du public.

Cette Déclaration, en tant que document global adopté par plusieurs pays, représente un repère dans le cadre du droit international de l'environnement puisque la formulation du principe 10 a déclaré que la participation est essentielle pour la protection de l'environnement en affirmant que « la meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés »³⁷.

Conséquemment, après l'adoption de la Déclaration de 1992, d'autres documents provenant des conférences internationales ont reconnu la participation comme un élément clé pour protéger l'environnement et construire une société basée sur le paradigme du développement durable.

Parmi ces documents, il est important de remarquer la Déclaration de Johannesburg sur le développement durable (2002) et le document « L'avenir que nous voulons »³⁸ daté de 2012. Le premier texte a déterminé que « le développement durable suppose une perspective à long terme et une large participation à l'élaboration des politiques, à la prise de décisions et à la mise en œuvre à tous les niveaux » et le deuxième a réaffirmé l'importance de la participation du public dans le contexte du développement durable.

Bien que plusieurs documents internationaux reconnaissent la puissance de la participation du public en matière d'environnement, il faut poser la question sur les outils qui sont nécessaires pour qu'elle soit efficace ; ainsi, il est important d'analyser les piliers qui soutiennent la participation dans le cadre juridique de protection de l'environnement.

Selon Prieur³⁹ la participation implique : d'être ouverte à tous (des personnes publiques et privées, des groupes comme les ONGs et d'autres intéressés) ; d'être précédée d'une information complète et facilement accessible ; d'être accompagnée des mécanismes de consultation, d'auditions ou d'enquêtes publiques ; d'assurer aux personnes intéressés l'accès aux voies de recours devant des instances juridictionnelles et non-juridictionnelles.

³⁷ Organisation des Nations Unies, *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, Rio de Janeiro, 12 août 1992.

³⁸ Organisation des Nations Unies, *Résolution A/RES/66/288 adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies*, New York, 11 septembre 2012, accessible à l'adresse https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/288&Lang=F.

³⁹ M. Prieur, *op. cit.*, 2015, p. 86.

Ainsi, pour que la participation soit efficace, il est important de garantir l'efficacité de ses trois piliers constituant en : le droit de participation dans un processus ouvert à tous, l'accès à l'information et l'accès à la justice (y compris des instances juridictionnelles et non-juridictionnelles).

Dû au fait que la participation se développe de plusieurs manières, les espaces de discussions doivent être ouverts à tous et en tous les niveaux (local, régional, national et international). Cette ouverture a été prévue par le principe 10 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992, selon lequel « la meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation des tous les citoyens concernés, au niveau qui convient ».

Donc, la participation du publique en matière environnementale exige la construction d'un vrai espace démocratique fondé sur le droit à la participation de façon à permettre aux personnes la possibilité de s'exprimer librement, d'être écouté et d'être pris en compte.

Au niveau international, pour illustrer l'ouverture du processus de participation, on remarque le Sommet des peuples qui s'est déroulé parallèlement à l'occasion de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable (Rio+20) qui a eu lieu à Rio de Janeiro en 2012. Il s'agissait d'un forum où les individus, les représentants de la société civile, les organisations, les collectifs et les mouvements sociaux se sont mobilisés pour discuter sur des thèmes comme la solidarité, l'accès aux biens communs et la justice sociale et environnementale.

Le deuxième pilier de la participation concerne l'accès à l'information. Afin que la personne puisse effectivement veiller à la sauvegarde de l'environnement, il est indispensable qu'il puisse avoir accès aux informations sur l'état de l'environnement et sur les projets et les activités qui risquent de porter atteinte à l'environnement.

L'importance de l'information dans le processus de participation a également été reconnue par la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992 dont le principe 10 a proclamé le droit à l'information en matière environnementale et détermine que les États doivent mettre les informations à disposition du public.

Ainsi, la participation doit être nécessairement précédée d'une information adéquate et facilement accessible afin que les personnes connaissent la réalité des problèmes

environnementaux et développent une opinion critique sur le sujet de sorte que le processus de participation soit plus efficace.

« Ces informations pourront être soit spontanément données par les autorités publiques, soit sollicitées au titre de la communication des documents administratifs »⁴⁰. Dans ce contexte, le rôle joué par Internet par rapport à la diffusion d'information est remarquable car il s'agit d'un outil qui rend l'information plus accessible aux individus.

Enfin, le dernier pilier de la participation traite de l'accès aux voies de recours devant des instances juridictionnelles et non-juridictionnelles. La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992 a affirmé l'importance d'assurer l'accès effectif à des actions judiciaires et administratives en vue de protéger l'environnement et la société (principe 10).

Lorsque les droits liés à la protection de l'environnement ne sont pas appliqués ou respectés, les individus et les représentants de la collectivité doivent pouvoir tenter des actions en justice si la législation en matière d'environnement n'est pas respectée ou si des activités portent atteinte à la qualité de l'environnement.

Ainsi, l'accès aux voies de recours juridictionnelles et non-juridictionnelles comporte un ensemble de garanties qui comprend le droit d'être entendu au cours d'un processus financièrement abordable qui examinera la demande et pourra exiger des réparations.

Dans le contexte de l'environnement, ce sont ces garanties qui permettent aux personnes ou aux représentants de la société civile d'agir et de veiller à la protection de la qualité de l'environnement qui est dans l'intérêt de toute la société et des générations présentes et futures. L'efficacité de la participation du public en matière environnementale est directement liée au respect des trois piliers vérifiés ci-dessus. En outre, il est primordial qu'elle soit assurée par des documents juridiques tant au niveau national qu'international.

Néanmoins, bien que plusieurs documents dans le cadre du droit international de l'environnement reconnaissent l'importance de la participation, il n'existe pas encore un traité au niveau global qui réglementent spécifiquement la participation en matière environnementale ; en contrepartie, au niveau régional la Convention d'Aarhus et l'Accord d'Escazú sont devenus des paradigmes puisqu'ils structurent des régimes juridiques pour la

⁴⁰ M. Prieur, *op. cit.*, 2019, p. 144.

consolidation de la démocratie environnementale en Europe, en Amérique latine et dans les Caraïbes.

3. LES PILIERS DE LA PARTICIPATION DU PUBLIC EN DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT

La participation du public en matière environnementale joue un rôle majeur puisque, en tant qu'instrument d'action citoyenne, elle permet que la qualité de l'environnement et le bien-être humain soient assurés par un processus démocratique. Ainsi, dû au manque d'un document au niveau global concernant ce sujet, il est indispensable d'analyser les deux traités régionaux qui structurent un cadre juridique pour l'harmonisation des normes dans ces régions et le renforcement de la démocratie participative en matière d'environnement.

3.1. La Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus)

La Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, autrement appelée Convention d'Aarhus⁴¹, a été adoptée par la Commission Économique des Nations Unies pour l'Europe (CEE) en 1998.

La Convention est le résultat d'un long parcours d'affirmation de la participation du public au niveau régional européen. Depuis les années 1974, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)⁴² a reconnu la participation en matière d'environnement en affirmant que les pays membres doivent encourager la participation du public lors de la préparation des décisions liées à l'environnement⁴³. Aussi, d'autres recommandations de l'OCDE ont établi le lien entre la participation et l'environnement comme celle du 8 juillet 1988 qui a insisté sur la nécessité d'assurer l'information et la participation au processus décisionnel en matière d'accidents liés aux substances dangereuses. En outre, la participation a été prévue par la recommandation du 3 avril 1998 sur l'information environnementale⁴⁴.

⁴¹ Accessible à l'adresse : <https://ec.europa.eu/environment/aarhus/index.htm>.

⁴² L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE).

⁴³ M. Prieur, « La Convention d'Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale », *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro spécial, 1989, p. 18.

⁴⁴ M. Prieur, *ibid.*, 1999, p. 18.

Au niveau européen, le Conseil de l'Europe « à de très nombreuses reprises, a insisté sur les liens étroits à établir entre l'information, la participation et la gestion de l'environnement à propos de la conservation de la nature, de l'aménagement du territoire ou de la gestion des zones côtières »⁴⁵. Parmi les recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, il est important de remarquer en tant qu'antécédent de la Convention d'Aarhus, celle du 25 novembre 1981 (n°R.81.19) qui porte sur l'accès à l'information détenue par les autorités publiques. De plus, en 1986, la Résolution n° 171 de la Conférence permanente des pouvoirs locaux et régionaux de l'Europe sur les régions, l'environnement et la participation a été adoptée par le Congrès du Conseil de l'Europe⁴⁶.

Ensuite, en 1989, la Charte européenne sur l'environnement et la santé a été adoptée à la première Conférence ministérielle européenne sur l'environnement et la santé qui a eu lieu à Francfort (Allemagne). Cet instrument a reconnu l'importance de la participation du public dans le cadre des questions d'environnement et de santé⁴⁷.

La Commission économique pour l'Europe de l'Organisation des Nations Unies (CEE-ONU) travaille depuis longtemps pour le développement de la gouvernance environnementale. L'histoire de la Convention d'Aarhus remonte à la Conférence ministérielle régionale sur le développement durable organisée par la CEE, à Bergen, en Norvège, en mai 1990. Cette Conférence s'est déroulée dans le contexte du processus de préparation et négociation de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (CNUED).

À l'occasion de la rencontre de Bergen, le Projet de Charte des droits et des obligations en matière d'environnement pour les individus, les groupes et les organisations a été adopté par un groupe d'experts invité par le Gouvernement néerlandais à la Conférence de Bergen. En outre, un programme d'action sur le développement durable dans la région de la Commission économique pour l'Europe a été adopté. Le programme comportait un chapitre sur la sensibilisation et la participation du public qui selon Prieur⁴⁸ a énoncé des idées sur la participation du public qui ont été développées et consacrées par la Convention d'Aarhus dans les années suivantes.

⁴⁵ M. Prieur, *ibid.*, 1999, p. 18.

⁴⁶ Commission économique pour l'Europe, « *La Convention d'Aarhus : guide d'application* », United Nations Publication, 2014.

⁴⁷ Commission économique pour l'Europe, *op. cit.*, 2014.

⁴⁸ M. Prieur, *ibid.*, 1999, p. 18.

Puis, le 31 octobre 1990, à Oslo, une conférence d'experts a adopté une charte sur les droits et obligations en matière d'environnement, en mettant en relief l'importance de l'information et de la participation dans le cadre du droit de l'environnement.

Le 23 jusqu'au 25 octobre 1995, à Sofia (Bulgarie), la Conférence de Sofia (*Third Ministerial Conference Environment for Europe*) a eu lieu. Cette conférence a réuni quarante-neuf pays afin d'examiner la poursuite du développement du programme environnemental pour l'Europe et la mise en œuvre du programme d'action environnementale pour l'Europe centrale et orientale. De plus, la conférence envisageait la discussion de sujets tels que l'industrie et l'environnement, les finances et la définition de nouvelles priorités.

La Conférence a engendré l'adoption de la Déclaration des Ministres de l'environnement des pays de la région de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies (CEE-ONU). Parmi les sujets abordés par cette déclaration, la participation du public a été mise en exergue, son texte affirmait clairement « qu'il est essentiel que, conformément au Principe 10 de la Déclaration de Rio, les États donnent au public la possibilité de participer à tous les niveaux au processus de prise de décisions concernant l'environnement »⁴⁹.

Davantage, le lien entre la participation, l'information et l'accès à la justice a été reconnu par la déclaration qui énonçait que « nous appelons tous les pays de la région à faire en sorte de disposer d'une base normative et de mécanismes efficaces et appropriés pour assurer au public l'accès à l'information relative à l'environnement, pour faciliter et encourager la participation du public, notamment grâce à des procédures d'évaluation de l'impact sur l'environnement, et pour permettre effectivement au public de saisir les tribunaux judiciaires et administratifs en vue de remédier aux dommages causés à l'environnement »⁵⁰.

Enfin, la Déclaration des Ministres invitait les États à introduire des législations garantissant la participation du public. Quant à l'avenir, ce document indiquait que la mise au point d'une Convention régionale sur la participation du public devrait être envisagée dans le cadre juridique européen.

Par conséquent, à Sofia, le projet d'une convention européenne sur la participation en matière d'environnement a été lancé. Les années suivantes ont été marquées par des travaux de

⁴⁹ *Déclaration des Ministres de l'environnement des pays de la région de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies (CEE)*, Sofia, le 25 octobre 1995, accessible à l'adresse <http://staging2.unece.org/net4all.ch/fileadmin/DAM/env/efe/history%20of%20Efe/SofiaF.pdf>.

⁵⁰ *Ibid.*

négociations diplomatiques. Dès juin 1996, le comité des politiques de l'environnement de la CEE-ONU a incombé à un groupe de travail la mission de préparer le projet du texte de la Convention.

À la suite de ce processus, le 25 juin 1998, à l'occasion de la quatrième Conférence Ministérielle « Un environnement pour l'Europe », le texte final de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (autrement appelée Convention d'Aarhus) a été approuvé par les États et l'Union Européenne. En octobre 2001, la Convention est entrée en vigueur, conformément au paragraphe 1 de l'article 20⁵¹. Aujourd'hui, la Convention compte 47 parties dont 46 pays et l'Union Européenne.

D'abord, en son préambule, la Convention d'Aarhus établit un lien étroit entre l'environnement et les droits fondamentaux en reconnaissant que la protection de ce premier est essentielle au bien-être de l'homme et à la jouissance de ces derniers, y compris le droit à la vie. Donc, l'environnement sain devient un prérequis pour que les droits fondamentaux soient pleinement assurés à tous.

La relation entre l'environnement et les droits fondamentaux avait été déjà établie avant la Convention d'Aarhus par la Cour européenne des droits de l'Homme⁵². Parmi les cas jugés par la Cour, l'affaire Lopez Ostra vs. Espagne (1994) est remarquable car il représente l'une des premières décisions dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a reconnu que la pollution peut engendrer des préjudices à la jouissance des droits de l'homme, plus précisément, le droit au respect de la vie privée et familiale prévu par la Convention européenne des droits de l'homme.

Ainsi, en harmonie avec la jurisprudence de la Cour, la Convention d'Aarhus renforce l'idée que les droits de l'homme et les droits fondamentaux « doivent être réinterprétés avec de

⁵¹ « Article 20.1. La présente convention entre en vigueur le quatre-vingt-dixième jour qui suit la date de dépôt du seizième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion ». (*Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement*, Aarhus, le 25 juin 1998).

⁵² Le Guide sur la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme en matière d'environnement, publié en juillet 2021, illustre plusieurs décisions et avis de la Cour sur ce sujet. Pour plus d'information voir : https://echr.coe.int/Documents/Guide_Environment_FRA.pdf.

l'imagination et de la rigueur dans le contexte des préoccupations environnementales qui n'étaient pas présentes à l'époque où ces droits ont été formulés par la première fois »⁵³.

À la suite, la Convention reconnaît en son préambule et dans l'article 1 le droit matériel à l'environnement ; son texte affirme que chaque individu a le droit de vivre dans un environnement propre. En outre, le texte va au-delà de la reconnaissance de l'environnement en tant qu'un droit, il énonce le devoir individuel et collectif de protéger et d'améliorer l'environnement en observant l'intérêt des générations présentes et futures.

De plus, l'article 1er de la Convention d'Aarhus⁵⁴ établit le lien entre les droits environnementaux matériels et procéduraux, en précisant que le public doit avoir accès à l'information, être habilité à participer au processus décisionnel et avoir l'accès à la justice en matière d'environnement afin de contribuer à la protection de leur droit de vivre dans un environnement sain et également de s'acquitter du devoir de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et à venir.

Ces « dispositions préambulaires et introductives accentuent le fait que ces droits procéduraux ne sont pas une fin en soi mais sont importants comme moyens pour atteindre l'objectif ultime qu'est la pleine réalisation du droit fondamental de l'être humain de vivre dans un environnement sain »⁵⁵.

Pour atteindre cet objectif la Convention s'est articulée autour de l'accès à l'information, de la participation et de l'accès à la justice, en reconnaissant « le droit d'être informé, de faire entendre votre voix et, si nécessaire, de faire intervenir la justice à propos de décisions importantes qui vous concernent et concernent votre environnement »⁵⁶.

Avant de comprendre comment la Convention régleme ces trois piliers, il est primordial de repérer à qui ces droits sont assurés, c'est-à-dire, qui est le public détenteur du droit de participer, d'avoir l'accès à l'information et à la justice. Ce sujet est évoqué dès le

⁵³ Extrait original : « *must be reinterpreted with imagination and rigour in the context of environmental concerns which were not prevalent at the time existing rights were first formulated* » (D. Shelton, D. K. Anton, *Environmental Protection and Human Rights*, Cambridge University Press, 2011, p. 136).

⁵⁴ « Afin de contribuer à protéger le droit de chacun, dans les générations présentes et futures, de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être, chaque partie garantit les droits d'accès à l'information sur l'environnement, de participation du public au processus décisionnel et d'accès à la justice en matière d'environnement conformément aux dispositions de la présente convention ». (*Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement*, Aarhus, le 25 juin 1998).

⁵⁵ M. Déjeant-Pons, M. Pallemarts, *Droit de l'homme et environnement*, Éditions du Conseil de l'Europe, 2002.

⁵⁶ Commission Économique des Nations Unies pour l'Europe, *Protéger votre environnement vous en avez le pouvoir : un Guide Rapide de la Convention d'Aarhus*, Nations Unies Genève, 2014.

préambule de la Convention qui reconnaît l'importance du rôle joué par les citoyens, les ONGs et le secteur privé dans le domaine de la protection de l'environnement.

Puis, la définition du terme « public » est plus précisée par l'article 2 qui proclame que le vocable « public » désigne une ou plusieurs personnes physiques ou morales, les associations, les organisations ou d'autres groupes établis par ces personnes. De plus, cet article définit l'expression « public concerné » comme ceux qui sont touchés ou risquent d'être touchés par des décisions prises en matière d'environnement ou qui ont un intérêt à faire valoir leur avis dans le processus décisionnel.

À l'égard de la définition du terme « public », la Convention d'Aarhus, en envisageant la démocratisation du processus de prise de décision en matière d'environnement, adopte une définition élargie qui inclut les personnes de façon individuelle, des organisations, des groupes et des associations citoyennes qui jouent un rôle essentiel pour la sauvegarde de l'environnement dans le domaine public dès le début de l'éveil de la conscience écologique.

En ce qui concerne les droits prévus par la Convention d'Aarhus, premièrement, son texte assure au public le droit d'accès à l'information environnementale⁵⁷ sans avoir besoin de justifier les raisons pour lesquelles il demande l'accès. En outre, le texte détermine que les autorités publiques ont le devoir de mettre l'information à disposition du public au plus tard dans le délai d'un mois.

Pour atteindre la démocratisation de cet accès, l'information sur l'environnement sur l'aspect matériel est conçue de façon élargie, en correspondant à toute information relative à l'environnement disponible sous forme écrite, visuelle, orale ou électronique ou sous d'autres formes matérielles qui portent sur l'état d'éléments de l'environnement⁵⁸, des facteurs, des mesures ou d'activités et d'accords qui risquent d'avoir des effets sur l'environnement et sur l'être humain.

Deuxièmement, la participation du public est détaillée par les articles 6, 7 et 8. L'article 6 détermine que la participation doit commencer au début de la procédure décisionnelle et qu'elle doit être précédée d'un décalage de temps pour que le public puisse bien s'informer et conséquemment participer de façon effective tout au long de ce processus.

⁵⁷ Voir l'article 4 et l'article 5 de la Convention d'Aarhus.

⁵⁸ L'air et l'atmosphère, l'eau, le sol, les terres, le paysage et les sites naturels, la diversité biologique et ses composantes, y compris les organismes génétiquement modifiés, et l'interaction entre ces éléments.

Subséquentement, l'article 7 précise que les parties de la Convention doivent prendre des mesures afin que le public participe à l'élaboration des plans, programmes et politiques relatifs à l'environnement dans un cadre transparent et équitable, après lui avoir fourni les informations nécessaires.

Néanmoins, la participation ne se restreint pas au processus décisionnel, à la gestion de l'environnement et aux politiques publiques, il est assuré au public le droit de participer de l'élaboration de dispositions réglementaires et d'instruments normatifs juridiquement contraignants d'application générale qui peuvent engendrer un effet important sur l'environnement.

Également, après le moment de participation du public, les autorités ont l'obligation de rendre compte du résultat de cette procédure au public. De plus, au cas où les conditions dans lesquelles une activité est exercée seraient réexaminées ou mises à jour, la participation devra avoir lieu encore une fois.

Ensuite, l'accès à la justice est le troisième pilier prévu par la Convention d'Aarhus dont l'article 9 énonce que les parties doivent veiller pour que le public ait la possibilité de former un recours devant une instance judiciaire ou un autre organe indépendant et impartial en cas d'irrespect de son droit d'accès à l'information. En outre, les parties doivent veiller à ce que l'accès aux instances judiciaires soit rapide et gratuit ou peu onéreux.

Toutefois, l'accès à la justice n'est pas restreint aux cas d'atteinte au droit d'accès à l'information puisque l'article 9 détermine que chaque partie doit assurer au public la possibilité d'engager des procédures administratives ou judiciaires afin de contester les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités publiques qui peuvent porter atteinte à l'environnement.

De plus, ayant pour but l'efficacité de l'accès à la justice, la Convention d'Aarhus détermine que les parties veillent à ce que le public soit informé quant à la possibilité qui lui est donnée d'engager des procédures de recours administratifs ou judiciaires.

Ainsi, la Convention d'Aarhus consolide les trois piliers de la participation du public en matière d'environnement. En outre, la Convention ne garantit pas seulement les droits de participation et d'accès à l'information et à la justice, mais son texte crée des mécanismes pour que la mise en œuvre de ces droits soit accompagnée et supervisée.

Premièrement, l'article 10 prévoit la réalisation d'une réunion de Parties qui doit avoir lieu au moins une fois tous les deux ans. Ce modèle de réunion est très utilisé dans le cadre juridique du droit international de l'environnement car, dû au constant changement des conditions environnementales, il est primordial que les régimes juridiques construits par les textes de protection de l'environnement soient actualisés fréquemment pour être à la hauteur des défis environnementaux.

Lors de ces réunions, les Parties suivront l'application de la Convention sur la base de rapports communiqués régulièrement par les Parties avec l'objectif d'examiner les politiques publiques et les démarches juridiques liées au droit de participation, d'information et d'accès à la justice. À l'occasion de ces réunions, l'article détermine aussi que les Parties pourront élaborer des protocoles, examiner et adopter des propositions d'amendement à la Convention.

À la suite, lors de la première réunion des Parties (octobre 2002) un mécanisme d'examen de la Convention a été adopté ; il s'agit d'un Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention, donc la Réunion des Parties et le Comité sont érigés en tant que principaux organes d'examen de la Convention.

En ce qui concerne le rôle du Comité « ce type de contrôle n'a pas comme objectif principal de sanctionner la violation des dispositions du traité en cause, telles que les procédures juridictionnelles classiques. Il s'agit tout d'abord de guider et même d'aider les États à faire « respecter » leurs obligations conventionnelles »⁵⁹.

Les décisions prises par le Comité sont déclaratoires, c'est-à-dire : « ses constatations ne sont pas directement investies de l'autorité de la chose jugée. En effet, seule la validation « politique » des recommandations du Comité par la Conférence des Parties donne une véritable portée juridique aux conclusions juridiques du Comité »⁶⁰.

Toutefois, les décisions du Comité sont basées sur le droit. En effet, « sa fonction est d'assurer la primauté des obligations de la Convention d'Aarhus sur les lois internes des États

⁵⁹ L'extrait original : « *este tipo de control no se orienta, en efecto, principalmente, hacia la sanción de la violación de las disposiciones del tratado en cuestión, como pueden ser los procedimientos jurisdiccionales clásicos. Se trata, antes que nada, de guiar e incluso ayudar a los Estados a lograr la «observancia» de las obligaciones convencionales* ». (J. Betaille, « El aporte del Comité de Cumplimiento de la Convención de Aarhus », in M. Prieur, G. Sozzo, A. Nápoli (eds), *Acuerdo de Escazú : hacia la democracia ambiental en América Latina y Caribe*, Ediciones UNL, 2020, p. 85).

⁶⁰ L'extrait original : « *sus «constataciones» no están directamente investidas de la autoridad de la cosa juzgada. En efecto, solo la validación « política » de las recomendaciones del Comité por la Conferencia de las Partes da un verdadero alcance jurídico a las constataciones jurídicas del Comité* ». (J. Betaille, *ibid.*, p. 85).

parties »⁶¹. Conséquemment, plusieurs de ses décisions aident à l'interprétation des dispositions de la Convention.

De plus, il est important de remarquer l'ampleur de ce mécanisme car tous les individus ont la possibilité d'y soumettre des communications. Cela illustre l'innovation du régime établi par la Convention d'Aarhus étant donné que la plupart des accords environnementaux n'ouvrent pas au public la possibilité de porter plainte face à l'irrespect d'une obligation de l'État prévue par le traité⁶².

À propos du droit à l'information, le Comité a déjà compris que le dossier d'étude d'impact environnemental doit être ouvert au public et que son auteur ne peut pas refuser de transmettre l'information. En outre, le Comité a tranché que le droit à l'information ne peut être satisfait que lorsque l'information est délivrée en effet au demandeur qui peut exiger que les informations lui soient fournies sous forme numérique afin de réduire le coût qu'il doit supporter⁶³.

À l'égard de la participation, le Comité s'est prononcé en reconnaissant qu'au moment d'assurer au public un temps pour se préparer à participer, l'autorité administrative doit tenir compte de la nature, de la complexité et de l'ampleur de l'activité. De plus, le Comité a considéré qu'au moment de la procédure administrative, la participation doit nécessairement avoir lieu avant la délivrance du permis d'environnement.

Le Comité a également donné son avis sur le droit d'accès à la justice. Son interprétation a confirmé que ce droit ne peut pas être limité par d'éventuels critères existant au niveau interne des pays et que ce droit est interprété de manière élargie concernant les juridictions administratives et constitutionnelles⁶⁴.

Ainsi, grâce aux travaux du Comité et des réunions des Parties, la Convention d'Aarhus structure un vrai système de démocratie participative en matière d'environnement, qui est constamment actualisé.

Enfin, la Convention d'Aarhus représente un paradigme en ce qui concerne la participation démocratique du public en matière d'environnement car elle consolide pour la

⁶¹ L'extrait original : « *su función es garantizar la primacía de las obligaciones de la Convención de Aarhus sobre los derechos internos de los Estados partes* » (J. Betaille, *ibid.*, p. 86).

⁶² J. Betaille, *ibid.*, p. 86.

⁶³ J. Betaille, *ibid.*, p. 88-89.

⁶⁴ J. Betaille, *ibid.*

première fois dans le cadre juridique international les termes de la mise en œuvre du principe 10 adopté à l'occasion de la Conférence de Rio de 1992.

3.2. L'Accord régional sur l'accès à l'information, la participation du public et l'accès à la justice en matière d'environnement en Amérique latine et dans les Caraïbes (l'Accord d'Escazú)

Le 4 mars 2018, les pays d'Amérique Latine et des Caraïbes ont adopté l'Accord régional sur l'accès à l'information, la participation du public et l'accès à la justice en matière d'environnement en Amérique latine dans les Caraïbes, autrement appelé l'Accord d'Escazú⁶⁵ qui régleme pour la première fois la démocratie environnementale en Amérique Latine et dans les Caraïbes.

Tout comme la Convention d'Aarhus, l'Accord d'Escazú résulte d'un long parcours des négociations internationales dans le domaine de la gouvernance environnementale et du droit international de l'environnement. Toutefois, il faut remarquer que la Convention d'Aarhus et l'Accord d'Escazú ont été développés et adoptés en contextes politiques différents.

La Convention d'Aarhus a été accordée dans le contexte post-conférence de Rio (1992) qui est caractérisé par une période de structuration du droit de l'environnement dû à l'adoption de plusieurs traités en matière environnementale comme la Convention d'ESPOO (1991), la Convention sur l'eau (1992), la Convention sur la diversité biologique (1992) et la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (1992). « La négociation de ces traités a défini une série de règles de procédure à suivre lors des négociations d'un traité régional sur l'environnement de la CEE »⁶⁶.

En outre, la Convention d'Aarhus a été négociée dans des circonstances européennes favorables à la démocratie environnementale tandis que les régions d'Amérique latine et des Caraïbes se caractérisent par la diversité régionale et - avant l'Accord d'Escazú - par le manque d'un traité régional qui réglementait la démocratie en matière d'environnement. De plus, il est primordial de remarquer l'existence de grandes inégalités dans le contexte de l'Amérique latine et dans les Caraïbes si bien que, selon Knox et Torres, « dans une région aussi inégale que

⁶⁵ Accessible à l'adresse :<https://www.cepal.org/fr/publicaciones/43648-accord-regional-sur-lacces-linformation-la-participation-publique-et-lacces-la>.

⁶⁶ L'extrait original : « *La negociación de estos tratados brindó una serie de normas de procedimiento que debían seguirse durante las negociaciones de un tratado regional sobre medio ambiente de la CEPE* ». (J. Jendroška, « El Acuerdo de Escazú a la luz de la experiencia del Convenio de Aarhus », in M. Prieur, G. Sozzo, A. Nápoli (eds), *Acuerdo de Escazú : hacia la democracia ambiental en América Latina y Caribe*, Ediciones UNL, 2020, p. 72).

l'Amérique latine et les Caraïbes, les droits d'accès sont essentiels pour progresser vers la durabilité environnementale du développement »⁶⁷.

Le début du processus de négociation de l'Accord d'Escazú trouve ses origines dans la période qui a suivi la Conférence des Nations Unies de 2012 (Rio + 20) qui a créé une ambiance favorable aux discussions liées à l'environnement et au développement durable ainsi qu'à l'implémentation du principe 10 de la Déclaration de Rio de 1992. À l'occasion de cette Conférence « il a été reconnu que les pays d'Amérique latine et des Caraïbes avaient fait des progrès considérables envers la reconnaissance juridique des droits d'accès »⁶⁸.

En 2013, au Mexique, le Plan d'action de Guadalajara a été adopté, son texte déterminait les modalités de participation du public et créait deux groupes de travaux afin de fonder des débats sur l'adoption d'un accord régional sur la participation du public, l'accès à l'information et à la justice. L'année suivante, le processus de négociation de ce traité a commencé en comptant sur la participation de la Commission économique pour l'Amérique Latine et les Caraïbes (CEPAL), des plusieurs États et du public.

Au total, neuf rondes de négociations se sont déroulées. En 2015, la première ronde au Chili et la deuxième au Panama ont démontré les différences entre les participants, tant en ce qui concerne le contenu du traité que sa nature juridique. Dû au manque de consensus, cette réunion n'a pas réussi à faire avancer les négociations⁶⁹.

En 2016, trois rondes de négociations ont eu lieu en Uruguay, en République Dominicaine et au Chili. Ces réunions ont fait avancer le débat sur les modalités de participation du public et l'accès à l'information. L'année suivante, le processus de négociation s'est accéléré à partir de la rencontre qui s'est déroulée au Brésil où les participants ont discuté l'accès à la justice et en Argentine où les parties ont discuté la nature juridique du futur accord⁷⁰.

Après presque six années de travaux effectués par des gouvernements, des représentants publics, des spécialistes et de la CEPAL, le texte de l'Accord régional sur l'accès

⁶⁷ L'extrait original : « *En una región tan desigual como América Latina y el Caribe, los derechos de acceso son fundamentales para avanzar hacia la sostenibilidad ambiental del desarrollo* », in M. Prieur, G. Sozzo, A. Nápoli (eds), *Acuerdo de Escazú : hacia la democracia ambiental en América Latina y Caribe*, Ediciones UNL, 2020, p. 122).

⁶⁸ L'extrait original : « *se reconoció que los países de América Latina y el Caribe habían avanzando considerablemente en el reconocimiento legal de los derechos de acceso* ». (J. H. Knox, V. Torres, *ibid*, p. 122).

⁶⁹ C. Miguel, « Acuerdo de Escazú: pacto para la economía y democracia del siglo XXI », in M. Prieur; G. Sozzo; A. Nápoli (eds), *Acuerdo de Escazú : hacia la democracia ambiental en América Latina y Caribe*, Ediciones UNL, 2020, pp. 20-34.

⁷⁰ C. Miguel, *ibid*.

à l'information, la participation du public et l'accès à la justice en matière d'environnement en Amérique Latine dans les Caraïbes a été adopté le 4 mars 2018, au Costa Rica, à Escazú. Depuis septembre 2018, l'Accord a été ouvert à la signature ayant obtenu les ratifications nécessaires en 2021, conformément aux conditions requises par l'article 22 ; par conséquent, les dispositions de l'Accord d'Escazú sont entrées en vigueur à compter du 22 avril 2021.

D'abord, en son préambule, l'Accord souligne de façon claire l'interrelation et l'interdépendance entre la participation du public, l'accès à l'information et à la justice qui « contribuent au renforcement, entre autres, de la démocratie, du développement durable et des droits de l'homme »⁷¹.

Ensuite, l'article 1 détermine que l'objectif de l'Accord est d'assurer pleinement et effectivement la mise en œuvre en Amérique latine et dans les Caraïbes des droits d'accès à l'information, à la participation publique aux processus décisionnels environnementaux et à la justice à propos des questions environnementales. De plus, cet article reconnaît directement le droit à l'environnement en précisant parmi les objectifs de l'Accord « la création et le renforcement des capacités et de la coopération, contribuant à la protection du droit de toute personne, des générations présentes et futures, à vivre dans un environnement sain et au développement durable »⁷².

Cependant, l'Accord ne se limite pas à la reconnaissance du droit à l'environnement en tant qu'un droit. Son texte assure que toutes les Parties ont l'obligation de garantir le droit de toute personne à vivre dans un environnement sain et les droits de l'homme reconnus qui sont liés à l'Accord (article 4).

La structure conçue et les obligations prévues par l'Accord d'Escazú constituent « un cercle vertueux dans lequel le plus grand respect aux obligations d'accès à l'information, de participation et de justice contribuera à un environnement plus sain, qui, à son tour, favorisera le plus grand respect aux termes relatifs aux droits de l'homme, tels que le droit à la vie et à la santé, entre autres »⁷³.

⁷¹ *Accord régional sur l'accès à l'information, la participation du public et l'accès à la justice en matière d'environnement en Amérique Latine dans les Caraïbes*, Escazú, le 4 mars 2018.

⁷² *Ibid.*

⁷³ L'extrait original : « *un círculo virtuoso en el que un mayor cumplimiento de las obligaciones de proporcionar acceso a la información, participación y justicia contribuirá a un ambiente más sano, lo que, a su vez, favorecerá un mayor grado de cumplimiento de derechos humanos sustantivos, como el derecho a la vida y a la salud, entre otros* ». (J. H. Knox, V. Torres, *op. cit.*, p. 123).

En ce qui concerne les principes de l'Accord, ils sont prévus dans l'article 2 qui reconnaît des principes classiques du droit de l'environnement comme l'égalité souveraine des États, la souveraineté permanente des États sur leurs ressources naturelles, la prévention et la précaution ; l'article reconnaît également des principes plus modernes ou qui ne sont pas encore très incorporés par les traités internationaux en matière d'environnement comme le principe de non-régression et le principe de progressivité qui déterminent que la protection de l'environnement doit être toujours progressive, c'est-à-dire, que des reculs dans le cadre juridique et politique de sa protection sont inadmissibles étant donné que « la régression du droit de l'environnement décidée aujourd'hui est alors une violation des droits de générations futures puisqu'elle aboutit à imposer ces générations futures un environnement dégradé »⁷⁴.

Pour atteindre les objectifs tout en respectant les principes prévus dans les articles mentionnés ci-dessus, ainsi que la Convention d'Aarhus, l'Accord d'Escazú s'articule autour de trois grands axes majeurs : l'accès à l'information, la participation et l'accès à la justice.

L'Accord d'Escazú définit certains termes tels que « droits d'accès », « information environnementale » et « public » (article 2). Le premier est précisé comme le droit d'accès à l'information environnementale, le droit de participation du public aux processus décisionnels liés aux questions environnementales et le droit d'accès à la justice à propos des questions environnementales. Donc, l'Accord regroupe le droit de participation et le droit d'accès à l'information et à la justice en un « macro-droit » intitulé, par ce traité, comme « droits d'accès » qui ont pour but la protection des droits matériels y compris le droit à l'environnement.

Par la suite, l'article 2 définit « l'information environnementale » comme toute information écrite, visuelle, sonore, électronique ou enregistrée ou dans tout autre format, relative à l'environnement, ses éléments et aux ressources naturelles. Cela démontre que le texte de l'Accord opte pour l'adoption d'une définition élargie visant la possibilité de l'adapter face aux nouvelles formes d'informations qui pourront surgir dans l'avenir.

Enfin, la définition du terme « public » s'entend comme comprenant une ou plusieurs personnes physiques ou morales, les associations, organisations ou groupes formés par des personnes qui sont des ressortissants nationaux ou qui sont sujets à la juridiction nationale d'un État Partie.

⁷⁴ M. Prieur, *op. cit.*, Bruylant, 2015.

Le premier pilier de la participation du public réglementé par l'Accord a pour objet le droit d'accès à l'information prévu dans les articles 5 et 6 qui déterminent que les Parties doivent garantir le droit du public d'accéder à l'information environnementale. En vue d'éclaircir le contenu de ce droit, l'article 5 prévoit que son exercice comprend : le droit de demander et recevoir de l'information des autorités compétentes, d'être informé rapidement du fait que l'information demandée se trouve ou non en possession de l'autorité compétente qui reçoit la demande et d'être informé du droit à contester et faire appel de la non remise d'information et des exigences pour exercer ce droit⁷⁵.

En outre, l'article 6 détermine que les Parties doivent disposer d'un ou des plusieurs systèmes d'information environnementale bien organisés et qu'elles doivent « prendre des mesures pour établir un registre des rejets et transferts de polluants incluant ceux émis dans l'air, l'eau, les sols et les sous-sols, et les matériaux et résidus sous sa juridiction »⁷⁶. De plus, cet article précise que les Parties devront publier et diffuser à intervalles réguliers (moins de cinq années) des rapports nationaux sur l'état de l'environnement qui doivent être de compréhension facile et qui peuvent être organisés avec l'aide du public.

L'Accord garantit ensuite le droit de participation du public. L'article 7 détermine que pour assurer le droit de participation les Parties s'engagent à mettre en place une participation ouverte et inclusive aux processus décisionnels environnementaux depuis leur début. De plus, l'accès à l'information est associé à la participation efficace du public, raison pour laquelle cet article prévoit que le public doit être informé de manière effective, compréhensible et opportune et que la « participation publique devra prévoir des délais raisonnables donnant un temps suffisant pour informer le public et pour que celui-ci participe de manière effective »⁷⁷.

L'Accord affirme aussi que le droit du public de participer inclut la possibilité de présenter des observations et que l'autorité publique tiendra dûment compte du résultat du processus de participation avant la prise de décision définitive.

Non seulement l'Accord d'Escazú précise le déroulement de la participation mais également son texte prend en compte la réalité socioculturelle du public, en déterminant que la participation publique aux processus décisionnels en matière d'environnement doit être adaptée aux caractéristiques sociales, économiques, culturelles, géographiques et de genre du public.

⁷⁵ *Accord régional sur l'accès à l'information, la participation du public et l'accès à la justice en matière d'environnement en Amérique Latine dans les Caraïbes*, Escazú, le 4 mars 2018.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

De plus, cet article assure qu'au cas où le public utilise des langues différentes des langues officielles du processus participatif, l'autorité publique veillera à ce que des moyens pour faciliter leur compréhension et participation soient mis en place.

Postérieurement à la participation du public, l'Accord d'Escazú réglemente le droit d'accès à la justice dont le contenu en matière environnementale est élargi, en comprenant l'accès aux instances judiciaires et administratives pour contester des décisions liées à l'accès à l'information environnementale, à la participation publique aux processus décisionnels environnementaux, ainsi que des décisions qui affectent ou pourront affecter de manière défavorable l'environnement ou contrevenir aux normes juridiques qui y sont liées (article 8) .

Pour que ce droit soit assuré, l'article 8 affirme qu'il est nécessaire que les processus juridictionnels et administratifs soient effectifs, opportuns, publiques, transparents, impartiaux et sans coûts prohibitifs. En outre, son texte détermine que les Parties doivent se doter : « d'organes étatiques compétents ayant accès aux connaissances spécialisées en matière d'environnement »⁷⁸, de procédures effectives, de la possibilité de prendre des mesures de précaution et provisionnelles pour éviter des dommages environnementaux, des mécanismes de réparation, des mesures pour faciliter la production de la preuve du dommage environnemental, des mécanismes d'exécution et de respect des décisions judiciaires et administratives⁷⁹. Par la suite, l'article détermine que les Parties doivent prendre en compte les besoins de ceux qui sont en situation de vulnérabilité en les assurant l'assistance technique et juridique gratuite.

En raison de ce qui est prévu par ses articles, l'Accord d'Escazú inaugure la démocratie environnementale en Amérique latine et dans le Caraïbes comme le fait la Convention d'Aarhus au niveau européen. De plus, l'Accord d'Escazú, dû à la réalité de l'Amérique latine et des Caraïbes, entérine dans l'article 9 le repère juridique de la protection des défenseurs des droits de l'homme à propos des questions environnementales.

L'article 9 prévoit que les Parties doivent garantir un « environnement sûr et favorable dans lequel les personnes, groupes et organisations qui promeuvent et défendent les droits de l'homme à propos des questions environnementales puissent agir sans menaces, restrictions ni insécurité »⁸⁰. En outre, les Parties doivent prendre des mesures adéquates et effectives pour reconnaître et protéger les droits de ces défenseurs, y compris leur droit à la vie, à l'intégrité

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*

personnelle, à la liberté d'opinion et d'expression, le droit de réunion et d'association pacifiques et le droit à la libre circulation, ainsi que leur capacité à exercer les droits d'accès. Pour finir, l'article 9 fixe l'obligation des Parties de prendre des mesures pour prévenir, enquêter sur et sanctionner les attaques, menaces ou intimidations que les défenseurs peuvent souffrir⁸¹.

L'importance de cet article se justifie face aux chiffres publiés en 2020 par l'ONG *Global Witness* dans le *Report Defending Tomorrow*⁸², selon lequel dans l'année de 2019, 212 défenseurs de l'environnement et de la terre ont été assassinés et d'innombrables autres ont été réduits au silence par des attaques violentes. Les chiffres démontrent que plus de deux tiers des meurtres ont eu lieu en Amérique latine qui a toujours été classée comme la région la plus dangereuse pour ces défenseurs depuis que l'ONG a commencé à publier ces données en 2012⁸³.

Donc, selon Knox et Torres, « en incluant une disposition sur les défenseurs des droits de l'homme en matière d'environnement et en articulant des mesures spécifiques, l'Accord d'Escazú reconnaît la situation dramatique à laquelle sont confrontés les défenseurs de l'environnement dans la région et offre un cadre qui permet l'adoption de mesures pour leur protection, de sorte qu'ils puissent faire leur travail sans crainte ni représailles »⁸⁴.

Pour conclure, il est important d'analyser les mécanismes établis par l'Accord pour que ces articles soient mis en œuvre de façon effective. Dans le contexte national, l'Accord détermine dans les articles 10 et 13, respectivement, que les Parties s'engagent à renforcer leurs capacités nationales et à faciliter des moyens d'implémentation pour mettre en œuvre les activités nécessaires en vue de respecter les obligations dérivées par l'Accord.

À propos des mécanismes d'implémentation au niveau régional, l'Accord d'Escazú reconnaît l'importance de la coopération internationale et la nécessité de faire attention aux pays moins avancés au moment de son utilisation (article 13). Ensuite, l'article 12 précise la

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Accessible à l'adresse suivante : <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/defending-tomorrow/>

⁸³ En 2019, la région amazonienne a enregistré 33 décès. Près de 90 % des meurtres au Brésil ont eu lieu en Amazonie. Au Honduras, le nombre de meurtres est passé de quatre en 2018 à 14 l'année dernière, ce qui en fait le pays le plus dangereux par habitant en 2019.

⁸⁴ L'extrait original : « *al incluir una disposición sobre defensores de derechos humanos en asuntos ambientales y articular medidas específicas, el Acuerdo de Escazú reconoce la dramática situación que enfrentan los defensores ambientales en la región y ofrece un marco que permita la adopción de medidas para su protección, de modo que puedan realizar su trabajo sin miedo ni represalias* ». (J. H. Knox, V. Torres, *op. cit.*, p. 124).

mise en place d'un centre d'échange d'information de caractère virtuel et d'accès universel dont le contrôle sera réalisé par la Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes.

L'Accord d'Escazú, semblablement à la Convention d'Aarhus, institue la Conférence des Parties afin que son régime juridique soit toujours actualisé selon la réalité de l'Amérique latine et des Caraïbes (article 15). Pour conclure, le dernier mécanisme d'implémentation prévu par l'Accord est le Comité de soutien à l'application et au respect (article 18), un organe subsidiaire de la Conférence des Parties ayant pour but la promotion de son application et le soutien des Parties dans la mise en œuvre de l'Accord. Ce Comité a un caractère consultatif, non contentieux, non judiciaire et non punitif dont les activités visent à examiner le respect des dispositions de l'Accord et formuler des recommandations.

CONCLUSION

Le développement du droit de l'environnement est lié à la prise de conscience écologique et aux travaux de la communauté scientifique et internationale. Dû au caractère transfrontalier des défis environnementaux, la protection de l'environnement exige l'adoption d'actions multiniveaux mobilisant toute la société internationale, y compris les États, les organisations intergouvernementales, les ONGs et l'individu.

Au cours du processus de construction du droit de l'environnement comme science juridique, ce domaine du droit a assimilé plusieurs concepts parmi lesquels il faut souligner la définition de patrimoine. Toutefois, la patrimonialisation de l'environnement s'éloigne de la notion classique du droit privé puisqu'elle adopte une approche plutôt éthique et descriptive en vue de renforcer l'idée que l'environnement est le bien commun qui sera transmis aux générations futures.

Donc, la notion de l'environnement en tant que patrimoine commun, contrairement à l'idée du patrimoine privé, met l'accent sur l'intérêt de la collectivité en sa préservation soulevant la nécessité d'une bonne gestion de ce bien tout en respectant la souveraineté des pays.

Afin que cette gestion soit efficace, la participation du public est essentielle, voire obligatoire pour la construction d'une véritable démocratie environnementale. Néanmoins, l'assurance de la participation visant sa plus haute efficacité ne se résume pas à l'écoute de l'individu au moment de prise de décision. En réalité, la participation en matière d'environnement est composée par trois piliers ; le premier, c'est la garantie du droit de

participation dans le cadre d'un processus ouvert à tous qui sont intéressés, le deuxième concerne le droit d'accès à l'information et le troisième, le droit d'accès à la justice. Ces trois piliers ont été prévus par plusieurs documents internationaux. Au niveau universel, c'est le principe 10 de la Déclaration de Rio (1992) qui les consacre dans le droit international de l'environnement.

Bien que l'importance de la participation soit reconnue, il n'existe pas un traité ou une déclaration réglementant exclusivement la participation environnementale au niveau global. Toutefois, au niveau régional, la Convention d'Aarhus et plus récemment l'Accord d'Escazú illustrent la mise en œuvre de la participation dans le cadre juridique du droit international de l'environnement.

Les deux traités consolident la démocratie participative en matière environnementale en réglementant le droit de participation, d'accès à l'information et à la justice. De plus, ces deux textes reconnaissent le lien entre le droit à l'environnement et les droits de l'homme et fondamentaux qui, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, ont été largement assurés par plusieurs documents et traités au niveau international de même par des Constitutions et lois au niveau national.

La Convention d'Aarhus est un paradigme en matière de participation environnementale puisque son texte consolide pour la première fois dans le cadre juridique international les piliers de la participation et les termes de la mise en œuvre du principe 10 adopté à l'occasion de la Conférence de Rio de 1992. De plus, le Comité et les réunions des Parties de la Convention permettent que son régime juridique soit constamment actualisé face aux nouveaux défis environnementaux. Bien que la Convention soit adoptée au niveau européen et n'ait pas encore une application universelle, il n'existe pas de doutes sur son importance pour encourager la participation citoyenne.

L'Accord d'Escazú joue, de son côté, un rôle essentiel en Amérique latine et dans les Caraïbes, en réglementant le cadre juridique de la participation environnementale dans la région. Ainsi que la Convention d'Aarhus, ses articles affirment directement les piliers de la participation publique et les liens étroits entre l'environnement et les droits de l'homme. De plus, l'Accord innove avec la protection des défenseurs des droits de l'homme à propos des questions environnementales, ce qui est essentiel car l'Amérique latine et les Caraïbes sont des régions qui doivent faire face aux hauts chiffres d'assassinat de ces défenseurs. En outre, l'Accord crée la Conférences des Parties et le Comité. Même s'il est encore tôt pour parler de

l'efficacité de ces mécanismes d'accompagnement, leur incorporation par l'Accord démontre qu'il établit un régime juridique dont l'objectif est d'être constamment actualisé.

En conclusion, la notion de l'environnement comme patrimoine de l'humanité s'éloigne de la définition classique de patrimoine en adoptant une approche plus éthique et philosophique pour renforcer l'intérêt commun de l'humanité en sa préservation. Dans ce contexte, la participation du public est essentielle pour que le citoyen puisse exprimer l'intérêt de la collectivité et agir de façon directe et active envers la protection de l'environnement. Toutefois, pour que la participation soit efficace, il est indispensable d'assurer un processus participatif ouvert à tous ainsi que le droit d'accès à l'information et à la justice. Donc, face aux défis environnementaux transfrontaliers, la protection de l'environnement exige la structuration d'un cadre juridique harmonisé de démocratie participative environnementale en plusieurs niveaux (universel, régional, national et local).

