

UNIVERSITE ASSANE SECK - ZIGUINCHOR



ÉCOLE DOCTORALE ESPACES, SOCIÉTÉS ET HUMANITÉS (ED-ESH)

Droit économique et des affaires, droit privé, droit public

Laboratoire de recherche en Sciences économiques et sociales (LARSEES)

Année : 2024

N° d'ordre : 0013

THÈSE DE DOCTORAT UNIQUE EN ÈS SCIENCES JURIDIQUES

Domaine : Sciences juridiques, politiques et de l'administration

Mention : Droit privé

Spécialité : Droit des affaires

Pour l'obtention du grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ ASSANE SECK-ZIGUINCHOR

Présentée par : **Kora SENE**

L'ARBITRAGE DES LITIGES INDIVIDUELS DE TRAVAIL

Soutenue le 09 août 2024 devant le jury composé de :

- **Président : M. Abdoul Aziz DIOUF** : Agrégé des facultés de droit, Professeur Titulaire à l'Université Cheikh Anta DIOP de Dakar.
- **Rapporteur : M. Daphtone LEKEBE OUMOUALI**, Agrégé des facultés de Droit, Doyen de la faculté de Droit de l'Université Marien Ngouabi, Brazzaville, Congo.
- **Rapporteur : Mme Geneviève BRÉMOND SARR**, Maître de conférences à l'Université Assane Seck de Ziguinchor.
- **Rapporteur : M. Mballo THIAM**, Agrégé des facultés de droit, Maître de conférences à l'Université Alioune DIOP de Bambey.

- **Examineur : M. Khalifa Ababacar KANE**, Maître assistant à l'Université Assane Seck de Ziguinchor.
- **Examineur : M. Hammadou BALDE**, Inspecteur du travail et de la sécurité sociale, Secrétaire général de l'Université numérique Cheikh Hamidou Kane.
- **Directeur de Thèse : M. Jean-Louis CORREA** : Agrégé des facultés de droit, Maître de Conférences à l'Université numérique Cheikh Hamidou KANE.

AVERTISSEMENT

« L'Université Assane SECK n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs »

DÉDICACE

À la mémoire de mon père

ABDOU SENE,

Qui serait très content d'apprendre que son fils aîné a terminé son travail.

REMERCIEMENTS

Ce travail est le résultat d'un effort auquel ont contribué de nombreuses personnes qui méritent que nous leur exprimions toute notre reconnaissance.

Nous remercions du fond du cœur :

- Le Professeur Jean-Louis CORREA qui a eu la gentillesse de superviser nos études et dont la disponibilité, le suivi et le soutien nous ont accompagnés à toutes les étapes de ce travail ; merci pour tout ce que vous avez fait pour nous. Votre rigueur, votre enthousiasme, votre proximité vis-à-vis de nous ont été remarquables.
- Les membres du jury qui ont accepté d'évaluer ce travail. Veuillez agréer nos salutations distinguées ;
- Les Professeurs Abdou Aziz DIOUF (UCAD) et Thomas CLAY (Université Paris 1). Mentions spéciales à vous deux ;
- Les Juges Ndigue DIOUF et Cheikh Bass NDONGO ;
- Le personnel du Centre Ohada de Dakar et du Centre d'arbitrage et de médiation de Dakar ;

Merci enfin à tous ceux qui, de près ou de loin, m'ont apporté leur soutien.

ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

AAA :	Association Américaine de l'Arbitrage.
ANSD :	Agence nationale de la statistique et de la démographie.
AOF :	Afrique Occidentale Française.
APAUDT :	Avant-Projet de l'Acte Uniforme sur le Droit du Travail.
Arb. Inter. :	Arbitration International.
AU/A :	Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.
C.A :	Cour d'appel.
CACI :	Cour d'Arbitrage de Côte d'Ivoire.
CAG :	Chambre d'Arbitrage de Guinée.
Cass. :	Cour de Cassation.
Cass. Civ. :	Cour de cassation (Chambre civile).
CC :	Code civil.
CCI :	Chambre du commerce international.
CCIAD :	Centre d'arbitrage, de conciliation et de médiation de la Chambre de Commerce, d'Industrie et d'Agriculture de Dakar.
CCJA :	Cour Commune de Justice et de l'Arbitrage.
CCP :	Code de procédure civile.
CE :	Communauté européenne.
CEE :	Communauté Européenne Économique.
Chap. :	Chapitre.
CIRDI :	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.
COCC :	Code des Obligations Civiles et Commerciales.
Coll. :	Collection.
CTTOM :	Code du Travail des territoires d'outre-mer.
DGTSS :	Direction générale du Travail et de la Sécurité sociale
Éd. :	Edition.
ERSUMA :	École Régionale Supérieure de la Magistrature.
Ex. :	Exemple.
GICAM :	Groupement Inter Patronal du Cameroun.

IBA :	Association américaine d'arbitrage.
Ibid. ibidem :	au même endroit.
Id. idem :	Le même.
IDI :	Institut de droit international.
IED :	Investissements Directs Étrangers.
JDI :	Journal du droit international.
LDIP :	Loi suisse sur le droit international privé de 1988.
Loc. cit. :	Loco citato (dans la même œuvre, sur la même page).
M. :	Monsieur.
MTDSRI :	Ministère du Travail, du Dialogue social et des Relations avec les Institutions
N° :	Numéro.
NCPC :	Nouveau code de procédure civile français.
Obs. :	Observation.
OHADA :	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.
OIT :	Organisation Internationale du Travail.
Op. cit. :	Opere citato (dans la même œuvre, sur une autre page).
p. / pp. :	Page ou pages.
PME :	Petites et Moyennes Entreprise.
Rev. Arb. :	Revue de l'arbitrage.
RGE :	Recensement général des entreprises.
SOAS :	School of Oriental and African Studies (École des études orientales et africaines).
TBI :	Traités bilatéraux d'investissement.
THCD :	Tribunal de Commerce Hors Classe de Dakar.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
PREMIERE PARTIE : L'INARBITRABILITE DE PRINCIPE DES LITIGES INDIVIDUELS DE TRAVAIL.....	28
TITRE I : L'OPPOSITION ONTOLOGIQUE ENTRE L'ARBITRAGE ET LE DROIT DU TRAVAIL EN MATIERE DE LITIGES INDIVIDUELS.	31
CHAPITRE I. L'ARBITRAGE : UN DROIT DISPONIBLE.....	32
CHAPITRE II : LE DROIT DU TRAVAIL : UN DROIT INDISPONIBLE	71
TITRE II : L'EXCLUSION DE L'ARBITRAGE DES LITIGES INDIVIDUELS DE TRAVAIL	111
CHAPITRE I. L'INHIBITION DES CLAUSES CONTRACTUELLES EN MATIERE DE LITIGES INDIVIDUELS DE TRAVAIL.....	112
CHAPITRE II : L'EXCLUSIVITE DE COMPETENCES DES ACTEURS ETATIQUES EN MATIERE DE LITIGES INDIVIDUELS DE TRAVAIL.....	152
DEUXIÈME PARTIE : L'ARBITRABILITÉ SOUHAITABLE DES LITIGES INDIVIDUELS DE TRAVAIL	192
TITRE I : L'ARTICULATION ENTRE LE DROIT DE L'ARBITRAGE ET LE DROIT DU TRAVAIL	195
CHAPITRE I : L'IMBRICATION ENTRE LE DROIT COMMERCIAL ET LE DROIT CIVIL.....	196
CHAPITRE II : L'OFFICE DE L'ARBITRE	230
TITRE II : L'ARBITRAGE CONCRET DES LITIGES INDIVIDUELS DE TRAVAIL ..	263
CHAPITRE 1 : L'IMPORTATION DES MECANISMES DE L'ARBITRAGE EN DROIT DU TRAVAIL.....	265
CHAPITRE II : LE RECOURS A L'ARBITRAGE EN DROIT INTERNATIONAL DU TRAVAIL.....	305
CONCLUSION GENERALE.....	356

LISTE DES TABLEAUX

Tableau 1 : Barème.....	54
Tableau 2 : Statistiques en matière arbitrage de l'installation à 2017	61
Tableau 3 : Statistiques sur la durée de traitement en arbitrage Ohada.....	63
Tableau 4 : Statistiques sur la durée de traitement des demandes d'arbitrage Ohada.....	63
Tableau 5 : Activités Du tribunal de commerce hors classe de Dakar du 2 janvier au 31 décembre 2019	69
Tableau 6 : Bilan des activités du tribunal de commerce hors classe de Dakar	70

INTRODUCTION GÉNÉRALE

**« L'impossibilité de la chose qui fait l'objet du contrat
doit être absolue et perpétuelle.
Si elle n'était que relative ou temporaire
elle ne serait pas un obstacle à sa validité¹».**

Le 21^{ème} siècle est sans aucun doute caractérisé par un grand engouement pour les modes alternatifs de résolution des conflits². La justice négociée semble être préférée³ à la justice étatique. Cette préférence pour les voies alternatives au procès classique se propage presque dans toutes les sphères juridiques⁴.

Les conflits font partie de la vie des entreprises en raison des défauts de concordance et des écarts possibles entre les enjeux individuels et l'intérêt collectif⁵. Face au risque de révélation, le recours au règlement alternatif a longtemps été considéré comme la meilleure solution pour stabiliser durablement une entreprise. La gestion des conflits et leur résolution sont devenues des actes majeurs de la vie des entreprises. Ces dernières cherchent de plus en plus à privilégier les solutions rapides et stables, d'où le développement des modes alternatifs de résolution des litiges apparus au milieu des années 1990 et désignés par l'acronyme MARL⁶.

Ces nouvelles formes de règlements de litiges ont sonné une nouvelle ère⁷ de gestion de conflits face à l'ossature des systèmes juridiques classiques. La conception d'un « *droit dur*⁸ » comme un ensemble de règles impératives dont la violation est punie du joug étatique n'est plus privilégiée⁹. Certains auteurs¹⁰ semblent se réjouir et se féliciter de l'apparition de concepts du

¹ R. CABRILLAC, *Le droit civil et le corps humain*, thèse de droit Montpellier, 1962, 652p. ; p. 224.

² O. BAH, « L'efficacité de l'arbitrage OHADA, le rôle du juge étatique », Première édition Bruylant, 2020 ; 423p. ; p. 25.

³ A. PLANTEY, « L'arbitrage commercial international », *Annuaire Français de Droit International*, 1990 ; pp. 307-321 ; p. 30.

⁴ M. HUYS et G. HEUTGEN., *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles, Bruylant, 1981. t. VII ; 801p. ; p. 68.

⁵ J. BERTHON, « La Recherche-Action, mode et méthode spécifique de la recherche en sciences humaines ; sa pertinence dans le domaine de la formation et de l'éducation Recherches-Innovations de l'Académie de Lille », 2000, pp. 1-13 ; p. 8.

⁶ Il faut préciser que cette expression a fini par s'imposer de façon progressive dans les propos des juristes, de préférence dans des expressions concurrentes comme « Solutions de rechange au règlement des litiges », retenues par les juristes québécois, « *Résolution amiable des conflits* » (des différends ou des litiges), également adoptée par le législateur français ou encore « *Modes alternatifs de règlement des litiges* », parfois utilisées en doctrine.

⁷ A.H. EL-AHDAB, *L'arbitrage dans les pays arabes*, Paris, Economica, 1988 ; 1214p. ; p. 25.

⁸ G. ABI-SAAB, « Éloge du droit assourdi : quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, pp. 144-145. p. 60.

⁹ Conseil d'État, *Étude annuelle : Le droit souple*, Doc. fr., 2013, 158p. ; p. 53.

¹⁰ J. CAZALA, « *Le soft law international entre inspiration et aspiration* », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011/1, Vol. 66, pp. 41-84 ; p. 58. Voir C. BLUMANN, L. DUBOUIS, « *Droit institutionnel de l'Union européenne* », Lexisnexis, 6^{ème} édition, 2016, Manuel, 1134p. ; p. 350. Voir D. HUME, « *Traité sur la nature humaine* », 1777, extrait repris et traduit in *Le positivisme juridique*, sous la direction de C. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT et M. TROPER, LGDJ., « *La pensée juridique moderne* », 1992, pp. 972-974 ; p. 973.

droit qui poussent à réinterroger les conceptions classiques¹¹. Le droit est généralement défini par son caractère obligatoire et contraignant. Il s'agit de l'ensemble des règles impératives qui correspondent au « droit dur » classique appelé « hard law ». Le plus souvent le « hard law » permet de prendre en compte tout le processus du droit, en commençant au niveau de sa formation où la norme juridique¹² fait apparaître son germe jusqu'au niveau d'affermissement dans lequel sa valeur en tant que droit s'établit solidement. Beaucoup d'auteurs¹³ ont précisé que le droit dur est classiquement présenté par le biais de son caractère général et de son caractère abstrait. D'ailleurs, le dictionnaire juridique précise que la règle de droit « désigne toute norme juridiquement obligatoire (normalement assortie de la contrainte étatique), quels que soient sa source (règle légale, coutumière), son degré de généralité (règle générale, spéciale), sa portée (règle absolue, rigide, souple.)¹⁴ ». Le droit dur est général car il n'a pas vocation à régir des faits ou des actes déterminés, mais de s'appliquer à toute personne qui se trouve dans la situation que la règle de droit régit¹⁵. Pour son caractère abstrait, il faut que la norme soit formulée pour des situations typiques et non pour des personnes identifiées¹⁶. Ces caractères de la règle de droit permettent la survie du modèle à son application concrète.

Cette conception du « droit dur » a été consolidée entre la fin du 19^{ème} et le début du 20^{ème} siècle. Parmi les penseurs théoriciens de l'État moderne, certains estiment que la règle juridique est une « prescription assortie de certaines garanties spécifiques qui lui donnent la possibilité d'entrer dans les faits », l'une de ces garanties étant l'existence d'un appareil de coercition¹⁷. Dans un État de droit, en cas de violation des règles juridiques, il existe la coercition extérieure. Dans cette même logique, la coercition est devenue un caractère indispensable de la juridicité, d'une part, l'ordre juridique est défini comme étant un ordre de contrainte¹⁸ d'autre part, la coercition est considérée comme le point de départ de l'analyse du droit¹⁹. Cependant, la tendance semble avoir basculé, car le développement des pratiques juridiques « a conduit à ce que le droit dur ne soit pas l'instrument juridique le plus typique. Face au droit dur qui restreint le comportement des acteurs, mais aussi leur action souveraine, le soft law propose des instruments dynamiques, adaptables selon les circonstances plus ou

¹¹ S. JARVIN et Y. DERAÏNS, Recueil de sentences arbitrales de la CCI, Paris, ICC Publishing S.A., 1990. pp. 43-45 ; p.20.

¹² C. THIBIERGE, La force normative. Naissance d'un concept, LGDJ, 2009, 869p. ; p. 815.

¹³ P. ROUBIER, Théorie Générale du droit, Dalloz, 2005, 334p. ; p. 25 ; Voir aussi G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit, T. 1, Sirey, 1972, 532p. ; p. 33 ; Voir aussi P. MALAURIE et P. MORVAN, Introduction au droit, LGDJ, 2020, 490p. ; p. 48.

¹⁴ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique : Association Henri Capitant, Paris, PUF, 2011, 2 300 p. ; p. 872.

¹⁵ J. GHESTIN et H. BARBIER, « Traité de droit civil : introduction générale », T. 1 : Droit objectif et droits subjectifs - Sources du droit, LGDJ, 2018, 860p. ; p.168.

¹⁶ J. GHESTIN et H. BARBIER, *ibid.*, p. 168.

¹⁷ M. WEBER, Économie et société, T. 2, Pocket, 1995, 411p. ; p. 8.

¹⁸ H. KELSEN, Théorie pure du droit, LGDJ Bruylant, 1999, 376p. ; p. 41.

¹⁹ J. AUSTIN, « The province of jurisprudence determined », J. Murray, 1832, 343p. ; p. 234.

moins incertaines. Ces instruments sont en particulier modulables selon les préférences, les intérêts ou les valeurs des acteurs et leur force d'influence²⁰». Il faut aussi signaler que l'étroite relation quasi-automatique entre le droit et la sanction a été remise en cause par des penseurs²¹. Ces derniers ont décrié l'inversion de la cause et de l'effet. Ils précisent avec fermeté « *qu'une règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée, mais sanctionnée parce qu'elle est juridique*²² ». C'est pour cela que beaucoup de penseurs ont affirmé que la sanction n'est pas du tout l'apanage du droit^{car} elle est prévue pour appuyer une norme juridique²³. C'est aussi la raison pour laquelle la doctrine précise que « *l'élément de contrainte n'est présent que pour donner force obligatoire à la construction juridique*²⁴ ». Il a été constaté le recul du droit classique caractérisé par la contrainte, par la sévérité, par sa nature restitutive et par sa nature punitive.

L'opposé du « droit dur » est le droit souple qui est perçu comme étant le « *droit auquel il manque l'une des caractéristiques traditionnellement attachées à la règle de droit, l'obligatorité, la contrainte ou encore la précision de la règle*²⁵ ». Le droit souple est devenu un phénomène très présent dans la vie de la société. L'adoption de ces nouvelles formes du droit par les différents acteurs économiques témoigne de la volonté de connaissance de phénomènes normatifs contemporains qui semblent *a priori* échapper aux cadres traditionnels d'analyse de la règle de droit. Les acteurs économiques ont conscience que le droit souple se singulariserait par sa force « *symbolique et sa force de persuasion*²⁶ ». Il est bien de rappeler qu'il est né dans le domaine des relations internationales à travers l'expression de « soft law ». Ce vocable a été employé en 1930 en droit international qui est paru comme étant le milieu propice à l'émergence du droit souple, loin des contraintes liées aux juridictions²⁷ étatiques avec les règles étatiques qualifiées « de droit dur ».

Le terme « soft law » est une conception qui est d'origine doctrinale. « *Le sens même du concept de soft law est vague et fluctuant, provoquant, ainsi, une ambiguïté conceptuelle et*

²⁰ F. CHATZISTAVROU, « *L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit* », OpenEdition, 2005, 25p. ; p.7, <https://journals.openedition.org>. Vu le 23/03/2020.

²¹ B. OPPETIT, « *Philosophie du droit* », Dalloz, 1999, 156p. ; p. 24 ; Voir aussi P. MALAURIE et P. MORVAN, Introduction au droit, LGDJ, 2020, 490p. ; p. 50.

²² F. TERRÉ, « *Pitié pour les juristes !* », RTD Civ, 2002, no2, 900p.; p. 248.

²³ Dictionnaire de la culture juridique (dir. D. Alland et S. Rials), « Sanction », Lamy PUF, 2003, 1696p. ; p. 1382.

²⁴ J. CHEVALLIER, « *Souveraineté et Droit* », Les évolutions de la souveraineté, Montchrestien, 2006, pp. 203-219; p. 214.

²⁵ N. EMERIC, « *Droit souple + droit fluide = droit liquide. Réflexion sur les mutations de la normativité juridique à l'ère des flux* », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2017, Volume 79, pp.5-38 ; p. 38.

²⁶ C. THIBIERGE, « *Rapport de synthèse* », in Le droit souple, Journées nationales de l'Association Henri Capitant, tome XIII, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2009, 179p. ; p. 153.

²⁷ Il est évident que chaque État ne pouvait s'enfermer dans son espace géographique face aux échanges. Il faut obligatoirement une flexibilité des États. Les relations économiques ne peuvent réellement fonctionner que si les autorités étatiques de chaque pays comprennent qu'il est indispensable de rendre souple leur arsenal juridique; ce qui permet d'adapter les normes dans différents domaines essentiels des activités économiques.

*une incertitude terminologique*²⁸». Il traduit deux concepts ayant deux fonctions différentes : un droit mou (qui fait allusion au caractère infra-juridique d'une norme) ou un droit vert (qui impulse l'assouplissement d'une règle du droit dur)²⁹ encore appelé « *droit vague*³⁰ ». Composé de normes hétérogènes à caractère non contraignant, le droit souple, pour Monsieur DUPLESSIS est « *une nouvelle forme de régulation sociale aux côtés des normes traditionnelles issues de l'institution étatique*³¹ ». Ces propos sont confirmés par un autre auteur qui affirme que « *le recours au droit souple par les acteurs privés est souvent motivé par le besoin de règles flexibles et facilement compréhensibles par leurs destinataires ; il permet également d'éviter le long processus d'élaboration des règles étatiques*³² ». Actuellement, le recours au droit souple constitue un véritable choix car il permet non seulement de faciliter le fonctionnement des institutions mais aussi de relancer les marchés intérieurs. C'est pour cette raison que le doyen CARBONNIER disait que « *le droit est plus grand que la règle de droit*³³ ». Le droit souple constitue, dans cette optique, bien plus une solution qu'un risque. Cela permet aussi de pouvoir rendre moins complexe³⁴ et plus simple la réglementation. C'est aussi une possibilité qui est offerte aux acteurs d'avoir des espaces d'expressions juridiques bien différents des instruments qui sont purement prescriptifs³⁵.

Dans un contexte de mondialisation et de communautarisation, dans laquelle plusieurs États se regroupent afin de constituer des unions économiques ou monétaires, les normes doivent s'adapter aux réalités pour contribuer à relever les défis majeurs auxquels les entreprises sont confrontées. L'assouplissement de la règle de droit permet de pouvoir adopter puis adapter les normes juridiques claires, simples et sécurisantes aux besoins économiques.

Notons que le 21^{ème} siècle est dans une dynamique de transformation du modèle d'entreprise pour l'adapter aux réalités modernes. Les catégories fondamentales du droit ont bougé et

²⁸ F. CHATZISTAVROU, op. cit. . p. 2, <https://journals.openedition.org>. Vu le 23/03/2020.

²⁹ R. J. DUPUY, « *La technique de l'accord mixte utilisée par les Communautés européennes* », Annuaire de l'Institut de droit international, 1973, 478p. ; p. 259.

³⁰ Q. D. NGUYEN, P. DAILLIER, A. PELLET, Droit international public, 5e éd., L.G.D.J., 1994, 2048p. ; p. 378.

³¹ I. DUPLESSIS, « *Le vertige et la soft law. Réactions doctrinales en droit international* », Revue québécoise de droit international, 2007 (Hors-série), pp. 245-268 ; p. 246.

³² M. SARR, « *Droit souple et commerce électronique* », 2012, pp.52-74 ; p.54, <https://old.jurisdoctoria.net>. Vu le 23/09/2021.

³³ J. CARBONNIER, Droit et non-droit », in Flexible droit, LGDJ, 10e éd., 2001, 201p. ; p. 22.

³⁴ J. CARBONNIER, Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 2014, 496p. ; p. 22.

³⁵ Le développement du droit souple est même prôné par le Conseil d'État français dans son étude annuelle. (Conseil d'État, Étude annuelle 2013 – Le droit souple, Paris, La documentation française, 2013, 158p. ; p. 10). Pour des raisons idéologiques, économiques, juridiques, le constat actuel est que les acteurs des marchés et les entreprises, sans aucune réserve, font recours de façon croissante au droit souple. C'est pour cette raison que Monsieur MAGNON affirme que « *derrière ce souci de connaissance, il faut sans doute également percevoir une certaine inquiétude de ce que le juriste aurait quelques difficultés à saisir les phénomènes sociaux contemporains ou, pour le moins, à faire entendre sa voix, face aux autres sciences sociales, dans l'analyse de ces phénomènes. De là, une volonté d'ancrer la réflexion du juriste dans le réel, ce qui n'est pas sans poser, dans le domaine juridique, de redoutables problèmes de détermination de l'objet d'étude du juriste. Cette tendance vise à orienter le regard du juriste là où se situe le « vrai » droit, les véritables règles, celles qui sont appliquées et non pas celles qui seraient dans les textes. La norme est à rechercher dans les comportements : l'efficacité devenant un critère de validité de la norme* ». (X. MAGNON. Op. cit. ; p. 949).

évolué. Entre les personnes et les choses, d'autres classifications sont possibles induites par l'avènement de la révolution numérique. Dès lors, l'objet du contrat, le possible contractuel s'est transformé. C'est d'ailleurs l'une des raisons qui ont poussé certains États comme la France à concevoir le plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (PACTE). Cette réforme ambitionne de donner aux entreprises les moyens d'innover, de se transformer et de créer des emplois. Elle est destinée à améliorer la performance des très petites entreprises (TPE) et des petites et moyennes entreprises (PME)³⁶. Elle précise que « *la croissance des entreprises ne doit pas être entravée par des effets de seuil excessifs et par un environnement réglementaire trop complexe et pénalisant par rapport aux autres membres de l'Union européenne. Enfin, les entrepreneurs doivent pouvoir rebondir plus facilement, en permettant à leur entreprise d'être liquidée et redressée plus rapidement, de manière peu coûteuse et non stigmatisante*³⁷ ».

Dans la même logique de l'adoucissement de la règle de droit, il s'agit ici de prôner la simplification et l'allègement des démarches administratives pesant sur les entreprises, les nouveaux standards de gestion applicables aux entreprises. Cette réforme confirme la philosophie de la doctrine de l'entreprise³⁸ qui a une conception humaniste de l'entreprise. Il s'agit de prendre l'entreprise comme une véritable entité vivante, qui constitue un sujet en soi. Cela sous-entend alors un dépassement de la conception classique de l'entreprise comme objet transactionnel, simple lieu et espace purement de rapports économiques et juridiques entre acteurs économiques³⁹. C'est pour cette raison que la doctrine a tenu à préciser que « *par sa manière d'envisager les relations humaines selon le modèle du "faire-ensemble", et non dans une logique de l'avoir, la doctrine de l'entreprise s'inscrit dans une grande tradition intellectuelle qu'il est malaisé de qualifier, même si elle peut s'enorgueillir de compter parmi ses représentants des auteurs aussi considérables que Montesquieu ou Keynes. Ce courant de pensée valorise la démocratie et souligne son affinité avec une économie de marché régulée. L'humanisme que la doctrine de l'entreprise revendique en se situant comme une "troisième voie" désigne assez bien cette philosophie politique soucieuse d'assurer aux hommes les conditions d'une liberté concrète et d'un épanouissement personnel indissociable d'un*

³⁶ Dans la Charte de la PME au Sénégal, les petites entreprises (PE) répondent aux trois critères suivants : l'effectif des employés est compris entre un et vingt ; la tenue d'une comptabilité allégée ou de trésorerie certifiée par une structure de Gestion Agréée (CGA); un chiffre d'affaires hors taxes annuel limité (n'atteignant pas les limites définies dans le cadre de l'impôt « synthétique » qui est de 50 millions de F CFA pour les PE qui effectuent des opérations de livraisons de biens, de 25 millions de F CFA pour les PE qui effectuent des opérations de prestations de services, de 50 millions de F CFA pour les PE qui effectuent des opérations mixtes.

³⁷ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

³⁸ Ph. DE WOOT, Pour une doctrine de l'entreprise, Éditions du Seuil, Paris, 1968, 285p. ; p. 27.

³⁹ C. CHAMPAUD, L'entreprise dans la société du 21e siècle, Bruxelles : Larcier, DL 2013, 1 vol. 1, 251p. ; p. 68.

équilibre global de la société dans laquelle ils vivent. Cette pensée s'oppose en particulier à la conception individualiste et mécaniste qui tend à dominer dans les pays anglo-saxons, depuis Hobbes jusqu'aux utilitaristes. Dans la réflexion économique, la pensée humaniste privilégie la production sur l'échange parce que c'est davantage dans l'œuvre commune que les hommes se réalisent que dans la transaction désincarnée. En cela, elle prolonge aussi les travaux des économistes institutionnalistes⁴⁰».

La tendance actuelle de la gestion de l'entreprise semble actuellement s'orienter vers un phénomène juridique de «contractualisation et d'économisation du droit⁴¹». L'environnement de l'entreprise⁴² s'inscrit dans un mouvement de quête perpétuelle d'une meilleure gestion des relations contractuelles⁴³. En faisant du contrat un instrument souple et flexible, la distinction entre les choses paraît également être abolie, puisque toutes les choses deviennent objet du contrat. Pour une partie de la doctrine, il faut obligatoirement privatiser les normes juridiques. Ainsi, il est essentiel de réfléchir à élargir les frontières du contractuel⁴⁴. Autrement dit, il s'agit de valoriser le contractualisme en prônant la priorisation des relations contractuelles sur la loi. C'est pour cette raison que le professeur Alain SUPIOT affirme que «*le lieu d'exercice de la souveraineté se déplace de la loi vers le contrat et du parlement vers le juge. Il n'est, dans cette perspective contractualiste, d'autres règles légitimes applicables aux individus que celles auxquelles ils ont consenti. Le programme du contractualisme est celui d'une déconstruction progressive du Droit⁴⁵»*. Désormais, «*la contractualisation impose de dépasser une conception restrictive du contrat et de se référer à un modèle contractuel dont les lignes restent à dessiner. La défiance à l'égard de la contractualisation en elle-même, aussi légitime qu'elle soit, constitue une position axiologique. Celle-ci ne doit pas embuer l'analyse technique et conduire à refuser de voir du contrat là où il apparaît, peut-être, sous des formes nouvelles⁴⁶»*. Cette position traduit le grand engouement pour les modes alternatifs de résolution des conflits⁴⁷. Les différends du travail n'y échappent pas, comme en témoignent les

⁴⁰ C. CHAMPAUD, « Manifeste pour la doctrine de l'entreprise – Sortir de la crise du financialisme », Bruxelles, Larcier, 2011, 365p. ; p. 65.

⁴¹ N. POSTEL, « Contrat, Coercition et Institution : un regard d'économiste », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), Approche critique de la contractualisation, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société. Recherches et Travaux », 2007, pp. 69-93 ; p. 92.

⁴² P. DURAND, « Rapport sur la notion juridique d'entreprise », in Travaux de l'Association Henri Capitant, tome 3, 1947, pp. 45-60 ; p. 54

⁴³ J. PAILLUSSEAU, « Le big bang du droit des affaires à la fin du xx' siècle », Juris-Classeur Périodique, éd. E, 1988, II, N° 15101, 268p. ; p. 61.

⁴⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », JCP G, 2016, 391p. ; p.153.

⁴⁵ A. SUPIOT., « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », dans S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, Approche critique de la contractualisation, Paris : LGDJ, 2007, pp. 19-44 ; p. 14.

⁴⁶ S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, « Présentation », in Approche critique de la contractualisation, LGDJ, Droit et société, coll. Recherches et travaux, 2007, n° 16, pp. 44-64 ; p. 53.

⁴⁷ Jugement social N012 du 24.04.2017 Affaire : M. Alfred DIATTA Contre/ M. Philippe LARSEN « Constate l'existence d'une clause instituant le recours à une procédure amiable préalable en cas de différend; Déclare d'office l'action irrecevable ».

dispositions⁴⁸ du droit communautaire Ohada levant la prohibition de l'arbitrage des litiges individuels de travail. Le droit Ohada semble avoir pris l'option de restreindre l'inarbitrabilité⁴⁹ au niveau de certaines dispositions en droit des affaires. Dans le même sillage, en droit français, les dispositions de la « loi dite Macron⁵⁰ » ont supprimé la prohibition de la médiation conventionnelle pour régler les conflits individuels de travail.

Présenté comme un droit particulier, pour un auteur « *le droit du travail est un lieu de tensions entre plusieurs intérêts que sont ceux des employés et ceux des employeurs*⁵¹ ». Il est tentant pour certains chefs-d'entreprise de prévoir une clause arbitrale dans le contrat pour que les litiges individuels de travail soient gérés confidentiellement par des arbitres. Le souci de réguler les relations de travail afin d'éviter l'implosion sociale est à l'origine du droit du travail. La totale dépendance⁵² dans laquelle se trouvaient les travailleurs au lendemain de la révolution industrielle avait entraîné de terribles conflits sociaux⁵³. La doctrine de l'entreprise a ouvert une nouvelle vision de la gestion des relations d'affaires. Cette vision permet de mieux prendre en charge les intérêts de l'entreprise surtout durant les périodes de crises. C'est dans ce contexte que le Sénégal a adopté une nouvelle réglementation sur le droit de la médiation et de la conciliation⁵⁴ qui a précisé à l'exposé des motifs de contribuer à « *l'instauration d'un climat*

⁴⁸ L'article 2 alinéa 1 de l'Acte uniforme, le préambule du Traité et l'alinéa 1er de l'article 21 du traité Ohada.

⁴⁹ A.K.G, N'GUETTA, « L'arbitrabilité en droit OHADA », in Signatures internationales, Rev. AFDD, Bull. n°2, avril 2021, pp. 155-170 ; p. 157.

⁵⁰ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

⁵¹ J. L. CORREA, « *L'éclairage sur un acte uniforme toujours attendu : L'acte uniforme relatif au droit du travail* » ; Nouvelles annales africaines, 2013, pp. 201-239 ; p. 206.

⁵² Il faut rappeler qu'à l'Antiquité, le travail de l'homme libre donnait lieu à un contrat contrairement à celui de l'esclave qui était sous la soumission de son maître. Au Moyen-âge les relations de travail n'étaient plus régies par des règles juridiques car les métiers s'étaient organisés en corporations qui décidaient des conditions d'accès à la profession et de l'évolution dans la hiérarchie. Cette forme d'organisation des corporations était inéquitable car la situation était figée au détriment des apprentis et des compagnons qui ne pouvaient accéder au grade de maître. Ce fut la révolution française de 1789 qui marqua la fin du régime corporatif et le retour à la perception romaine sur la relation du travail avec le contrat. Cette époque fut marquée par la liberté naturelle de l'homme et la possibilité d'exercer toute activité professionnelle de son choix. Le décret d'Allarde en 1791 a supprimé les corporations alors que la loi « le chapelier » en 1791 a interdit aux ouvriers d'une même profession, aux patrons de s'associer juridiquement mais aussi de se réunir.

⁵³ En Afrique, le droit du travail a été le résultat d'une assez longue manœuvre. Pendant une bonne partie de la période coloniale, il n'y a pas eu de véritable législation du travail. La traite négrière et le travail forcé étaient des entraves au droit du travail. Relativement au droit du travail, les premiers textes significatifs sont adoptés à partir des années trente et, surtout après la seconde guerre mondiale, sous la pression des travailleurs. C'est dans ce sens que KIRCH affirme que « la plupart des textes avaient pour finalité l'organisation du recrutement de la main-d'œuvre et accessoirement sa protection ». Dans les pays francophones, il a fallu attendre le Code du Travail des territoires d'Outre-mer de 1952 pour doter les colonies d'une véritable législation du travail relativement protectrice. Le code colonial du 15 décembre 1952 a jeté les bases élémentaires du droit du travail. Il faut rappeler qu'avant 1952, le droit du travail a connu une évolution en deux périodes. Il s'agit d'abord d'une période de négation du droit du travail, et d'une autre période relative à la naissance du droit du travail. Pour la période de la négation du droit du travail, deux formes de travail étaient remarquées : l'esclavage et le travail forcé. Ces deux formes entrent dans la catégorie de travail asservi. L'esclavage est une réification de la personne avec les rapports de domination qui transformaient l'indigène en instrument de production. Son abolition est intervenue avec le décret du 27 avril 1848 dans les colonies françaises. Le travail forcé a pris naissance dans les années 1830 avec l'instauration des travaux d'intérêt général. La construction du chemin de fer Dakar- Saint -louis est une illustration du travail forcé. Cette expression désigne tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel l'individu ne s'est pas offert de son plein gré. Dans les colonies françaises, il y avait une évolution à partir de la Conférence de Brazzaville de 1944 qui était à l'origine de la création de l'Inspection du Travail et de l'élaboration d'un Code du Travail moderne.

⁵⁴ Décret 2014-1653 du 24 décembre 2014 relatif à la médiation et à la conciliation. JORS n° 6827 bis du mercredi 31 décembre 2014.

des affaires favorable à l'investissement à travers un environnement juridique et judiciaire des affaires sûr et efficace ». Le Sénégal s'est engagé dans la voie de la promotion des techniques d'évitement du juge étatique auxquelles participent les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC)⁵⁵. L'adoption de ces formes de mécanismes de résolution de conflits va de pair avec la volonté étatique de pouvoir répondre à un péremptoire besoin de confidentialité, de célérité et de rapidité des acteurs économiques. Ces mécanismes ne sont pas une nouveauté pour le Sénégal car il est évident que l'Afrique est un espace qui traditionnellement, pratique les modes alternatifs de règlement des conflits. La palabre est si traditionnelle que partout dans le monde, les auteurs y font référence pour rappeler les bienfaits d'une discussion socialement pacificatrice, assistée par un tiers, dans laquelle les parties s'impliquent.

Il est sans doute permis de penser qu'une imbrication entre le droit civil et le droit commercial est possible. Le droit civil doit faire preuve de plasticité et s'adapter aux transformations profondes qui le traversent. Le droit Ohada a changé la donne en estimant qu'il n'y a aucune difficulté juridique à l'arbitrage en droit positif du travail, de sorte qu'aujourd'hui il est autorisé de penser sans hésitation que les litiges individuels de travail sont bien arbitrables.

L'arbitrabilité des litiges individuels de travail dans l'espace communautaire Ohada passe par la fusion entre le droit commercial et le droit civil. Le droit Ohada a opté pour s'inscrire dans une dynamique de renouvellement d'une philosophie unitaire entre le domaine civil et le domaine commercial. Le décloisonnement des droits semble être un des objectifs du droit Ohada. La possibilité de recourir à l'arbitrage pour toute sorte de litige né d'une relation contractuelle est une forte innovation. Cette distinction semble avoir perdu de sa pertinence et que le besoin d'une réforme s'est fait sentir. Justement, hormis les présomptions liées à la séparation, le droit commercial et le droit civil ne semblent pas répondre efficacement à la réalité socio-économique de ses acteurs économiques. Le droit Ohada, en optant pour l'unification du droit privé, semble se muer vers une adaptation au monde de l'économie et des affaires. L'arbitrage est le principal agent de l'extension économique du droit commercial au-delà de ses frontières voire de son dépassement. La concrétisation de cette idée se manifeste par un mouvement de repli de l'ordre public. Étant perçu comme l'ensemble des principes indérogeables, l'ordre public est incontournable dans la gestion des relations sociales et économiques. C'est une notion présente dans plusieurs matières juridiques comme le droit de

⁵⁵ J. L., CORREA, « La médiation et la conciliation en droit sénégalais : libres propos sur un texte réglementaire », Bulletin de droit économique, 2017, 16p. ; p.4.

la famille⁵⁶, les relations économiques⁵⁷ et le droit pénal⁵⁸. L'examen de cette notion permet de constater qu'il y a une multitude d'expressions utilisées pour tenter de discerner son essence. Cette diversité est liée « à la multiplicité de ses sources, de son contenu et de sa finalité⁵⁹ ». Le droit du travail⁶⁰ n'échappe pas à l'ordre public.

Il est important de rappeler que le droit du travail est non seulement un domaine de prédilection de l'ordre public, mais aussi, un droit protecteur du salarié. Ce droit a toujours été considéré comme un droit indisponible. Les règles qui gouvernent les relations de travail ont toujours un caractère impératif. C'est d'ailleurs pour cette raison que la doctrine affirme que « le droit du travail est tout entier d'ordre public⁶¹ ». Il peut arriver dans le domaine du travail que l'autonomie de la volonté soit un danger de nature à soumettre les individus les plus faibles aux individus les plus puissants. Face à cette menace, le droit a conçu un nouveau système qui permet à l'ordre public de s'opposer à l'autonomie de la volonté dans la mesure où ces concepts revêtent des exigences contradictoires. Cependant, cette suprématie du principe de l'autonomie de la volonté a trouvé une limite par la consécration légale de la notion d'ordre public qui donne un caractère dogmatique aux dispositions du droit du travail. L'ordre public social devient du coup un obstacle à l'arbitrage. C'est dans cette perspective que l'ordre public est perçu comme un ensemble de dispositions juridiques qui ne sauraient être écartées par des volontés privées.

Cependant, il est bien de signaler que la notion d'ordre public⁶² en droit du travail a beaucoup évolué en droit français avec l'apparition de l'ordre public dérogatoire sur le temps du travail⁶³ qui est la possibilité pour les partenaires sociaux de conclure des conventions moins favorables. Cette loi menaçait de plus en plus l'impératif de protection des salariés car elle donnait la possibilité aux partenaires sociaux de négocier un contingent⁶⁴ d'heures supplémentaires annuelles supérieur au maximum légal. Cette situation a été qualifiée au sens péjoratif comme une véritable « révolution normative⁶⁵ ». Elle a été par la suite renforcée par

⁵⁶ A. BÉNABENT, l'ordre public en droit de la famille, in T. Revet (dir.), L'ordre public à la fin du XXe siècle, Dalloz, 1996, 359p. ; p. 27 ; J. REVEL, « Les conventions entre époux désunis (contribution à l'étude de la notion d'ordre public matrimonial) », JCP éd. G. 1982. I. 3055, 358p. ; p. 68.

⁵⁷ G. FARJAT, L'ordre public économique, thèse, L.G.D.J, 1963 ; R. SAVATIER, L'ordre public économique, D. 1965, Chron., 325p. ; p. 37.

⁵⁸ A. Cerf, Ordre public, droit pénal et droits fondamentaux, in M.-J. Redor (dir.), L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux, Bruylant, Bruxelles, 2001, 159p. ; p. 63.

⁵⁹ Ph. MALAURE, *L'ordre public et le contrat*, Paris 1954, 245p. ; p. 5.

⁶⁰ M. BONNECHÈRE, « L'ordre public au sens du droit du travail », JCP 1974, n° 11604, p. 601 ; N. Meyer, L'ordre public en droit du travail Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé, L.G.D.J, 2006, 348p. ; p. 68.

⁶¹ J. HAUSER et J. J. LEMOULAND, Ordre public et bonnes mœurs, Répertoire de droit civil, Dalloz, mars 2004, n° 2 ; 247p. ; p.89.

⁶² J. MESTRE, l'ordre public dans les relations économiques in l'ordre public à la fin du XXe siècle Dalloz 1996, 1994p. ; p.34.

⁶³ L'ordonnance Auroux du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés.

⁶⁴ Le contingent annuel représente un certain volume d'heures supplémentaires effectuées par an et par salarié. Il se détermine par accord collectif.

⁶⁵ J-E, RAY, Droit du travail, droit vivant, Paris, 2004-2005, 13e édition. Liaisons, 640p. ; p. 33.

deux⁶⁶ cadres juridiques qui donnaient la possibilité de réduire ou de supprimer les droits des travailleurs à travers des conventions ou des accords collectifs de travail. Il s'agit essentiellement de permettre la conclusion de conventions moins favorables pour les travailleurs. D'ailleurs, il est désigné par le terme « principe de défaveur ». Il s'agit véritablement de l'érosion du principe de faveur avec l'altération du droit du travail.

Le recours à ce mode de résolution de litige s'explique par un contexte répondant aux besoins de flexibilité⁶⁷. La doctrine ne cesse de préciser que « *les droits sont devenus des droits à mise à jour permanente. Ce sont de nouveaux domaines du droit qui apparaissent : le commerce électronique, la bioéthique, les financements spéciaux, la protection des actionnaires minoritaires (la Corporate Governance) ; d'autres qui sont totalement modifiés, le droit des entreprises en difficulté ou celui du financement, par exemple. Chaque jour, les gazettes juridiques sont pleines de nouveaux textes. Le monde n'est plus au temps où l'on pouvait prétendre faire des lois pour quatre-vingt-dix-neuf, voire pour vingt, dix ou même cinq ans. Sans cesse, il faut remettre les textes sur le métier*⁶⁸ ».

L'effritement des lois impératives permet de recourir à des clauses permettant d'écarter les juges étatiques dans des litiges individuels de travail. La compétence impérative des juridictions étatiques en matière de litiges individuels de travail ne semble plus disqualifier d'office toute dérogation contractuelle entre parties pouvant permettre l'insertion dans le contrat de travail des clauses d'attribution de compétences à une autre juridiction autre que le tribunal du travail. La compétence exclusive n'interdit pas à l'arbitre de statuer sur un domaine d'ordre privé. Pour la doctrine, c'est plutôt la compétence impérative qui peut empêcher celui-ci de toucher à une matière qui est attribuée à une juridiction étatique. Cela signifie que l'État doit obligatoirement être neutre dans les relations contractuelles de travail. Il doit s'abstenir de se comporter en acteur dans le droit social. La puissance publique devra faire des efforts pour s'immiscer le moins possible dans la vie des entreprises. C'est aussi pour cette raison que le droit Ohada a inscrit le droit du travail dans le registre du droit des affaires. Avec le droit africain, le droit du travail est plus proche du droit commercial que du droit civil. Le législateur Ohada semble promouvoir l'extension du domaine de l'arbitrage surtout avec l'élargissement de l'office de l'arbitre à l'égard de l'arbitrage. La première chose à retenir c'est que l'arbitre est perçu comme étant « juge » car il a une mission de résolution des litiges comme le fait le juge

⁶⁶ Loi n° 2004-391 du 4 Mai 2004 et la loi n° 2008- 789 du 20 Août 2008 portant Renovation de la Démocratie Sociale et Réforme du Temps de Travail.

⁶⁷ J. M. JACQUET, « *L'émergence du droit souple* », Études à la mémoire du Pr. Bruno Oppetit, Litec, 2009, 900p. ; p. 336.

⁶⁸ J. PAILLUSSEAU, « *Le droit de l'OHADA, un droit très important et original* », Juin 2007, Journées d'études Juriscope Poitiers, Ohadata D-12-64, 19p. ; p. 11, <https://www.ohada.com>, lu le 12/07/2019.

étatique. L'arbitre, dans sa mission qui est en principe délimitée par la convention arbitrale, est investi de la juridiction dans toute sa plénitude. Cela fait de l'arbitre un véritable acteur de l'ordre public économique.

Il ne s'agit plus pour l'arbitre de se voir interdire d'appliquer des règles ou des normes impératives. En tant que collaborateur du juge de l'ordre public, l'arbitre a non seulement la possibilité d'appliquer des règles d'ordre public mais aussi, il a le pouvoir de sanction de la violation de l'ordre public. Le droit Ohada s'est inspiré du système juridique de la Common Law qui fait bénéficier à l'arbitre de l'immunité de juridiction. L'arbitre est ainsi à l'abri des poursuites pour les décisions prises dans l'exercice de ses fonctions. Cela veut dire que sa responsabilité ne doit pas être mise en cause pour des actes directement liés à sa mission. Toute action en responsabilité contre un arbitre est déclarée irrecevable. Il faut cependant préciser que seul l'arbitre désigné par la CCJA est protégé. L'arbitrage émerge avec de nouveaux domaines. La validité de l'arbitrage en droit du travail est devenue une réalité. Actuellement, l'arbitrage est devenu un nouvel instrument proposé au non professionnel pour trouver des solutions aux litiges qui les opposent à un cocontractant professionnel ou non. Ainsi, cette possibilité permet aux travailleurs de pouvoir faire appel à une juridiction arbitrale dans le cadre d'un litige né dans la sphère des contrats du travail. Le recours au compromis dans les litiges individuels de travail en est une parfaite illustration. La clause compromissoire, quant à elle, est considérée comme appartenant à la catégorie des clauses d'accompagnement. Elle agit sur les relations d'obligation n'affectant pas l'économie de ce rapport, qui n'a de raison d'être qu'en relation avec ces obligations, puisque la réciprocité de ces obligations va éloigner son application.

La principale innovation concernant le droit de l'arbitrage consiste dans la refonte qui permet à la jurisprudence de consacrer la validité de la clause compromissoire dans les litiges individuels de travail. Donc, la validité de la clause compromissoire dans les activités professionnelles est consacrée. L'arbitrage des litiges individuels de travail qui est rejeté au Sénégal est accepté en Côte d'Ivoire par le compromis ; ce qui traduit un malaise au sein de l'espace Ohada. La Cour d'Appel d'Abidjan⁶⁹ a admis le compromis après la rupture du contrat de travail.

Dans cette même logique, l'arbitrage est autorisé en droit international du travail depuis longtemps avec d'abord le compromis d'arbitrage. La clause compromissoire qui était d'abord interdite, fut successivement autorisée en matière internationale. Les partisans de

⁶⁹ C.A Abidjan, n° 1435, 02-07-2003. www.Ohada.com. Ohadata J-04-177 ; observations de Joseph ISSA-SAYEGH.

l'arbitrage pensent que le droit du travail doit faire preuve d'élasticité et surtout s'adapter aux transformations profondes qui le traversent.

Le contrat de travail est avant toute chose un contrat ayant pour objet de créer une obligation⁷⁰. C'est un contrat synallagmatique c'est-à-dire un contrat qui engendre des obligations réciproques et interdépendantes. Il a pour caractéristique d'être à exécution successive. C'est-à-dire l'une des parties au moins exécute ses obligations à des termes régulièrement échelonnés, l'autre partie ayant déjà fourni sa prestation une fois pour toute ou fournissant sa prestation soit de façon permanente, soit à un rythme différent. De ce fait, le contrat de travail est également commutatif. C'est-à-dire un contrat à titre onéreux dans lequel les parties connaissent dès le moment où elles contractent l'étendue des prestations respectives qu'elles doivent fournir. Le contrat ne doit pas porter sur ce « *qui est considéré comme un res extra commercium, c'est-à-dire faisant partie des choses hors du marché*⁷¹ ». Il faut préciser ici que le contrat de travail possède des caractéristiques communes avec certains autres contrats. Cependant, il se distingue par son objet qui est le travail. Le droit du travail est le fruit d'une série de conquêtes de la liberté du salarié⁷². Le passage « *du silence à la parole*⁷³ » de ce dernier résume la lutte acharnée menée pour l'apparition de l'idée de citoyenneté⁷⁴ dans l'entreprise.

Le mot travail provient du latin « *tripalium*⁷⁵ ». Cette notion latine désigne un instrument à trois pieux permettant d'immobiliser les animaux pour les ferrer ou les soigner. La notion correspond également à un instrument de torture induisant la notion de souffrance. Au-delà l'idée de souffrance, le travail est perçu comme une activité économique qui a pour but la satisfaction des besoins, même si des litiges peuvent surgir de temps en temps.

Du latin « *litigium* », la notion de litige désigne un différend entre plusieurs personnes, les uns reprochant aux autres d'être titulaires d'un droit à l'exercice duquel ils prétendent⁷⁶. C'est un désaccord entre individus concernant l'exercice d'un droit. C'est pour cela que la doctrine précise que le « *litige est un différend juridique qui donne lieu à une action en justice*⁷⁷ ». Le litige donne alors lieu à une action en justice. La saisine de la juridiction compétente permet la possibilité d'obtenir une sanction juridique.

⁷⁰ A. KANTE, Droit social sénégalais, L'Harmattan Sénégal, 2017, 354p. ; p. 18.

⁷¹ D. LEKEBE OMUALI, « *Le contrat et le corps humain : un couple infernal ?* » ; Collection, 2023, 13p. ; p. 3, <https://fr.scribd.com>.

⁷² H-J. TAGUM FOMBENO, Droit du travail Sénégalais, L'Harmattan Sénégal, 2017, 506p ; p.17.

⁷³ J. LE GOFF, Du silence à la parole - Une histoire du droit du travail, Ed. Presses Universitaires de Rennes, 2004, 620p. ; p. 157.

⁷⁴ A. SUPLOT, « Principe d'égalité et limites du droit du travail », Dr. soc., 1992, n° 508, 945p. ; p. 382. ; A. Lyon-Caen, « L'égalité et la loi en droit du travail », Dr. soc., 1990, 268p. ; p. 75. ; H. RONGÈRE, « À la recherche de la discrimination introuvable : l'extension de l'exigence d'égalité entre salariés », Dr. soc., 1990, n°1, pp. 99-108 ; p. 102.

⁷⁵ <http://www.toupie.org/Dictionnaire/Travail.htm>. Vu le 02/07/2015.

⁷⁶ www.dictionnaire-juridique.com/definition/litige.php. Vu le 24/11/ 2014.

⁷⁷ « Quelle est la différence entre un conflit et un litige en justice ? » www.lepoint.fr; lu le 15/04/2022.

En résumé, il faut préciser qu'en « *droit, un litige est une contestation en justice qui peut donner lieu à une médiation, une conciliation ou un arbitrage, voire si nécessaire à un procès devant la juridiction civile compétente*⁷⁸ ». Il est impératif de distinguer le litige du « différend ou conflit » qui est perçu « *comme un désaccord juridique non encore porté, formalisé, devant une juridiction par un acte ouvrant une procédure, contentieuse ou gracieuse*⁷⁹ ». Le litige fait appel à la compétence du juge. C'est l'élément en vertu duquel le juge tranche le conflit conformément aux règles de droit qui lui est applicable⁸⁰. D'ailleurs, c'est pour cette raison que la doctrine fait *connaître que « seul le litige se prête à règlement par une décision juridictionnelle, c'est-à-dire tranchant par référence aux règles de droit pertinentes (ce que l'article 12 du nouveau Code de procédure civile prescrit au juge)*⁸¹ ». Les différentes personnes qui ont des différends entre elles, dans le cadre de leurs activités professionnelles ou privées peuvent engager une action devant un tribunal pour faire valoir leur droit dans le cadre de la loi. Ces parties vont alors pouvoir engager une action devant le juge. Le litige devient alors une mise en scène juridique d'un conflit⁸². Il faut préciser que le litige n'est pas le procès, car pouvant faire l'objet d'une transaction, d'un compromis d'arbitrage entre autres modes de solution des litiges, indépendamment de tout recours à la justice étatique⁸³.

En l'absence d'une définition légale, la notion de « *litige individuel de travail* » peut être définie comme étant un conflit juridique entre un salarié et son employeur. Autrement dit, il s'agit d'un désaccord qui peut toucher sur un aspect de leur relation d'emploi. Le conflit peut survenir à l'occasion de l'application d'un contrat de travail, d'une convention collective ou en général, de la législation et de la réglementation du travail. Le professeur ISSA-SAYEGH explique de manière très claire la notion en disant que « *le litige individuel suppose la lésion d'un intérêt matériel ou moral subie par une personne qui en demande réparation*⁸⁴ ». Le montant du salaire versé ou le mode de paiement utilisé, l'horaire de travail, le grade, l'intérim, les conditions de travail, les congés à octroyer, le non-respect du contrat de travail, les contestations autour d'heures supplémentaires à assurer, les harcèlements, les discriminations et le licenciement sont des questions qui peuvent provoquer des litiges. Le litige individuel de

⁷⁸ <https://www.toupie.org>, lu le 28/05/2022.

⁷⁹ A. JEAMMAUD, « Conflit, différend, litige », Dans Droits, 2001, (n° 34), pp. 15-20 ; p. 14. ; <https://www.cairn.info/revue-droits>, lu 22/02/2019.

⁸⁰ Y. DESDEVISES, Modes alternatifs de règlement des litiges, Justices, n° 4, 1996 ; 339p. ; p. 154.

⁸¹ A. JEAMMAUD, « Conflit, différend, litige », Dans Droits, 2001, (n° 34), pp.12-29 ; p. 15. <https://www.cairn.info/revue-droits>, lu 22/02/2019.

⁸² F. RUELLAN, Les MARC, pour une justice plurielle dans le respect du droit, JCP. G. 1999 ; 730p. ; p.135.

⁸³ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 8ème édition, PUF, Paris, Novembre 2009, 2300p. ; p. 555.

⁸⁴ J. ISSA-SAYEGH, Droit de travail sénégalais, Paris, LGDJ, 1987, 732p. ; p. 530.

travail désigne de manière générale une contradiction d'intérêts qui se manifeste par l'impossibilité d'obtenir à l'amiable la reconnaissance d'un droit ou d'une prérogative que le salarié croit avoir et qu'il envisage, éventuellement de faire reconnaître par un juge.

Il faut rappeler que le droit du travail est né pour régir essentiellement les relations individuelles entre employeurs et employés qui sont deux parties théoriquement libres et égales. Mais, il est apparu que cette liberté et cette égalité étaient rendues illusoire par la situation d'infériorité économique dans laquelle se trouve le salarié face à son employeur. C'est donc justement pour compenser cette situation et rétablir une sorte d'équilibre que le besoin d'un droit propre du travail s'est fait sentir.

Le droit du travail est non seulement un domaine de prédilection de l'ordre public, mais aussi un droit protecteur du salarié. C'est un droit providentiel du salarié. Il vise à mettre en place des stratégies et un cadre qui permettent de contrer toutes les formes d'exploitation dont les salariés peuvent être objet. L'infériorité économique entre l'employé et l'employeur, traduit parfaitement la notion de la partie faible en droit du travail. Il s'agit essentiellement de la dépendance économique. La notion de dépendance économique est très importante dans la qualification de contrat de travail. Elle s'entend d'une situation qui amène une personne à se financer par le biais d'un travail rémunéré. Ce droit a toujours été considéré comme un outil permettant à l'autorité étatique la mise en œuvre de sa politique d'orientation économique. L'État montre sa position partisane en imposant aux employeurs de ne déroger aux lois que dans l'intérêt des travailleurs. Ce principe bien que partisan de la part de l'État, protecteur des intérêts du salarié est perçu comme une restriction à la liberté du chef d'entreprise.

Au niveau des entreprises, il faut noter que la capacité était donnée aux chefs d'entreprises de prendre des mesures de gestion au sein de la société. Cette possibilité qui s'apparente à la « flexibilité » avait pour finalité de rationaliser la politique de l'entreprise face aux situations et conjonctures actuelles. Cette flexibilité permettait de recouvrer des pratiques diverses. Autrement dit, cette stratégie avait pour finalité d'assouplir les règles rigides et contraignantes du droit du travail. La flexibilité permettait aux entreprises de pouvoir faciliter le recours à différentes formes de travail. Elle permet ainsi aux acteurs économiques de pouvoir adapter la force du droit du travail aux besoins et performances de l'entreprise. D'ailleurs, l'arbitrage participe à la flexibilité. Des voies se sont levées en faveur d'une plus grande flexibilité du droit du travail pour permettre le développement de l'entreprise. La flexibilité consiste à rendre le droit du travail plus docile. Il s'agit d'un mécanisme qui permet d'adapter le contrat du travail aux contraintes de la réalité économique.

Au Sénégal, l'adoption des programmes⁸⁵ d'ajustement structurel a jeté les jalons d'une plus grande flexibilité dans la gestion des droits des travailleurs et à la libéralisation des normes du travail⁸⁶. Il s'agit des programmes de réformes économiques que le Fonds monétaire international (FMI) ou la Banque mondiale mettaient en place pour permettre aux États touchés par de grandes difficultés économiques de sortir de la crise économique. Il est bien de rappeler que le Sénégal avait progressivement adopté plusieurs programmes de restructuration: un programme de stabilisation à court terme, un plan de redressement économique et financier, un programme d'ajustement structurel à moyen et long terme et un plan d'urgence d'assainissement des finances publiques⁸⁷. La flexibilité a semblé causer une fragilisation du travail avec la généralisation des contrats précaires. En désirant réduire l'orientation protectrice du droit du travail à travers la flexibilisation des normes du travail, le législateur sénégalais⁸⁸ a davantage « *légitimer une certaine forme de précarité dont les effets sur la situation des travailleurs n'ont pas encore fait l'objet d'une évaluation suffisante*⁸⁹ ». Le 1^{er} décembre 1997, le Sénégal a adopté un nouveau Code du Travail. Il s'agit de la loi 97-17 du 1^{er} décembre 1997 portant le nouveau Code du Travail du Sénégal. Ce Code du Travail est la principale source du droit du travail. Il est qualifié comme étant « *le fruit d'une longue maturation*⁹⁰ ». Le Code du Travail de 1997 résulte de l'impératif de changement imposé⁹¹ par la nouvelle donne économique mondiale. Les principales innovations introduites dans le code portent sur l'affirmation du droit du travail, l'instauration d'un dialogue social dans les entreprises, la refonte de certaines procédures et leur allègement, l'institution d'une indemnité pour non-respect des formes du licenciement, l'institution légale du chômage technique, la restauration de l'apprentissage et l'instauration légale de la formation professionnelle, l'accroissement des

⁸⁵ En 1979, le FMI et la Banque mondiale et le Sénégal concluent le « plan de réhabilitation économique » qui est mis en œuvre en 1980. Ce plan consiste réduire les salaires dans la fonction publique, à supprimer des subventions, à augmenter les impôts non-salariaux, à réduire la masse monétaire, etc. En 1998, le Sénégal et la Banque mondiale acceptent un nouveau programme dénommé facilité d'ajustement structurel renforcé (FASR) couvrant la période 1998-1999. C'est un programme de privatisation qui s'étend à beaucoup de secteurs comme l'énergie, la télécommunication, le transport, l'eau, etc. En 2000, le Sénégal applique une série de réformes structurelles appelée « Cadre stratégique de lutte contre la pauvreté » avant la fin 2001.

⁸⁶ M. SAMB, Réformes et réception des droits fondamentaux du travail au Sénégal, Afrilex, Janvier 2000, 58p. ; p. 12.

⁸⁷ M. DIOUF, La crise de l'ajustement, Politique africaine n° 45, 1992 ; 179p. ; pp. 62-85, lu le 24/03/2020. www.persee.fr.

⁸⁸ La Loi n°97-17 du 1 Décembre 1997 portant actuel Code du Travail.

⁸⁹ Y. BODIAN, La précarité de l'emploi et droit du travail sénégalais, Nouvelles annales africaines, 2013, p.294 ; p. 25.

⁹⁰ S. DIALLO, « Profil national de droit du travail : le Sénégal », OIT Document, 17 juin 2011, 293p. ; p. 4. <http://www.ilo.org/ifpdial/information-resources>. Vu le 10/09/2013.

⁹¹ Le code colonial du 15 décembre 1952 jetait alors les bases du principe de non-discrimination, l'interdiction du travail forcé, la réglementation du contrat de travail et de la convention collective, les conditions de travail, ainsi que la mise en place d'une procédure rapide et gratuite du règlement des litiges de travail. Il s'agit de la naissance d'un véritable droit du travail africain. Ce code se caractérise par une omniprésence du nouvel État au niveau économique et social qui laissait peu de place aux autres partenaires sociaux. Après les indépendances, chaque pays se dote d'un code national qui est presque une copie du texte colonial notamment en ce qui concerne la philosophie des relations de travail. Le droit du travail dans les pays africains est aujourd'hui confronté à de véritables défis. À l'accession du Sénégal à l'indépendance, le problème de la mise au point d'un Code du Travail national a été posé et résolu avec la loi 61-34 du 15 juin 1961 instituant le Code du Travail de la République du Sénégal. Ce code reprend dans ses grandes lignes le Code de 1952. Il sera maintenu jusqu'en 1997, même si par ailleurs il a subi plusieurs modifications substantielles.

pouvoirs des partenaires sociaux en matière de salaire, l'amélioration de la condition de la femme en couche, la flexibilité de la durée du travail, l'accroissement des compétences des délégués du personnel, la protection des personnes travaillant pour les entreprises de travail temporaire, et la création d'un référé au niveau du tribunal du travail. Le droit du travail sénégalais s'insère dans le cadre plus général des politiques sociales. La notion de politique sociale est plus vaste que celle du droit du travail. Dans les politiques sociales, il y a la protection sociale dite sécurité sociale, l'aide sociale, la vieillesse, l'indemnisation du chômage, les politiques de la formation professionnelle et de l'emploi, les différentes politiques dites transversales plus récentes : revenu minimum et politiques locales d'insertion, intégration des immigrés, politiques de la ville. Les politiques du travail proprement dites agencent deux niveaux de relation. Le premier niveau est celui des relations individuelles de travail et le second, celui des relations collectives⁹² de travail. Pour le premier niveau des politiques du travail -l'objet de notre étude - c'est le rapport entre l'employeur et son salarié, qui est fondé sur la fourniture du travail contre rémunération et qui est matérialisé par un contrat de travail. La naissance, l'exécution et la cessation de ce rapport de travail font l'objet d'une série de règles d'origine étatique, complétées par des normes conventionnelles. Ces dispositions visent à protéger la santé et la sécurité du travailleur, à limiter la durée et l'intensité de son travail, à lui assurer une rémunération minimale et à stabiliser son emploi. Toutefois, il faut signaler que le législateur sénégalais semble avoir opté pour la théorie de « *l'employeur seul juge*⁹³ ». La jurisprudence française estimait que « *l'employeur est seul juge des circonstances qui déterminent la cessation de son exploitation. Aucune disposition légale ne l'oblige à maintenir son activité à la seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi* ». En droit français, cette décision a été largement dépassée car « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché*⁹⁴ ». Cependant, en droit sénégalais, dans une conception classique, l'employeur avait bénéficié des pouvoirs importants surtout en matière de rupture contractuelle à travers l'assouplissement des régimes de licenciement et la consécration légale d'un nouveau mode de rupture du contrat de travail à

⁹² La relation collective est le régime des syndicats et de l'action syndicale, représentation du personnel dans l'entreprise, conflits collectifs de travail, négociation collective. Le régime des relations collectives de travail offre, d'une part le moyen d'obtenir, par la voie de la négociation collective, une amélioration des garanties et avantages issus du Code du Travail et des autres normes d'origine étatique et d'autre part le moyen de résister licitement au pouvoir de direction en exerçant une pression sur l'employeur (par exemple la grève).

⁹³ Cass. Soc., 31 Mai 1956, Brinon, D. 1958, p.21, note LEVASSEUR, JCP 1956, II, 9397.

⁹⁴ Art. L.1121-1 du Code du Travail français.

savoir le départ négocié pour motif économique. Le contrat à durée déterminée peut être rompu de manière anticipée par la volonté commune de l'employeur et du salarié.

La compréhension du droit de l'arbitrage commence obligatoirement par la maîtrise de la notion. C'est la doctrine qui a fait remarquer une totale absence d'éclairage conceptuel par les systèmes juridiques. Les législateurs des différents pays se sont abstenus de donner des précisions sur la notion. D'ailleurs, c'est ce constat qui a poussé monsieur JARROSSON, après avoir fait une étude comparative, à préciser que la notion d'arbitrage n'a pas de définition légale⁹⁵. La plupart des lois sur l'arbitrage ne la définissent pas. Cette absence de définition légale de l'arbitrage semble être un choix et un principe. Dans cette même logique, il a été constaté que le droit Ohada a aussi préféré être muet sur la définition de la notion. Il n'y a de précisions ni dans le règlement de la CCJA, ni dans l'Acte Uniforme Ohada. Cette tendance de non clarification conceptuelle est très étonnante et ne passe pas inaperçue. Des interrogations se lèvent pour enlever ce mystère juridique qui semble planer à travers toutes les normes juridiques. Cependant, certains penseurs, comme monsieur MEYER, rassurent en précisant que cette absence de définition de l'arbitrage ne doit pas surprendre car « *il n'est pas toujours judicieux pour un texte normatif de procéder à des définitions qui enfermeraient dans un cadre trop restrictif ou trop figé l'institution qu'il s'agit de réglementer. La définition et, d'une manière générale, la conceptualisation doivent être davantage l'œuvre de la doctrine, voire de la jurisprudence*⁹⁶ ». C'est d'ailleurs pour cette raison que la doctrine a proposé un certain nombre de définitions. Messieurs MOREAU et ROBERT définissent l'arbitrage comme « *l'institution d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être rendus par des individus, revêtus pour la circonstance, de la mission de les juger*⁹⁷ ». Monsieur JARROSSON le définit comme « *une institution par laquelle un tiers règle un différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci*⁹⁸ ». C'est aussi, selon monsieur MOTULSKY « *le jugement d'une contestation par des particuliers choisis, en principe, par d'autres particuliers au moyen d'une convention*⁹⁹ ».

L'arbitrage est donc un mode de régulation des relations juridiques¹⁰⁰, un mode alternatif de règlement des litiges aussi bien commerciaux que civils. Ces définitions, bien que

⁹⁵ Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, L.G.D.J., Paris 1987, n° 777. Sur les définitions légales, voy. G. CORNU, Les définitions dans la loi, In: Mélanges VINCENT, Dalloz, 1981, 671p. ; p. 77.

⁹⁶P. MEYER, OHADA droit de l'arbitrage, Bruylant, 2002, 284p.; p. 22.

⁹⁷ J. ROBERT. B. MOREAU, L'arbitrage, droit intermédiaire privé, 5e éd. Dalloz, 1987, n°1 ; 587p. ; p. 258.

⁹⁸ Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, L.G.D.J., 1987, 407p. ; p. 372.

⁹⁹ H. MOTULSKY, Écrits, Études et notes sur l'arbitrage, Dalloz, 1972, t.2, 542p. ; p. 265.

¹⁰⁰ G. ALPA, « La circulation des modes de résolution extrajudiciaire des conflits », Revue. Int. Dr. Comp. 1993, 814p. ; p. 772.

différemment formulées, se complètent et permettent d'avoir une idée assez claire de la notion d'arbitrage¹⁰¹. La trilogie de l'arbitrage présente la particularité de comporter à la fois des aspects contractuel, procédural et juridictionnel. Il s'agit des caractères de l'arbitrage qui revêt une nature hybride. L'arbitrage¹⁰² est fondamentalement contractuel en ce sens qu'il tire sa raison d'être de la convention d'arbitrage. Ce caractère se manifeste aussi dans le pouvoir de juger reconnu aux arbitres¹⁰³. Concernant la procédure, les parties règlent leur instance comme elles l'entendent. Leur volonté, exprimée dans la convention par le choix de l'arbitrage institutionnel ou ad hoc, est prédominante. Pour le caractère juridictionnel, la procédure d'arbitrage est une procédure juridictionnelle par son objet. Il met fin à un différend. Au terme de la procédure d'arbitrage¹⁰⁴, les arbitres rendent une sentence revêtue de l'autorité de la chose jugée. En raison de ce caractère, certains principes juridictionnels doivent être respectés. C'est même ce qui le distingue de la conciliation et de la médiation. En réalité, comme le précise le professeur POUGOUE, « *le conciliateur s'efforce de rapprocher les parties en litige, afin que celles-ci trouvent un terrain d'entente [...], le médiateur peut aller plus loin que le conciliateur et proposer même un règlement ; il ne peut, à la différence de l'arbitre, imposer entre les parties, une solution*¹⁰⁵ ».

En Afrique, l'état des lieux de la situation législative de l'arbitrage montrait un tableau disparate¹⁰⁶. Un vide juridique et institutionnel en la matière était observé dans certains pays alors qu'une législation embryonnaire voire lacunaire sur l'arbitrage faisait office de loi dans d'autres pays. Des États¹⁰⁷ comme le Sénégal qui avait des normes relatives à l'arbitrage¹⁰⁸ ont introduit des dispositions, plus ou moins complètes, relatives à l'arbitrage¹⁰⁹. La plupart du temps, ces lois étaient inspirées du droit français de l'arbitrage antérieur aux réformes intervenues dans ce pays en 1981. Le droit sénégalais a deux sources essentielles d'inspiration : le droit français pour ce qui concerne l'arbitrage interne et la loi-type de la CNUDCI¹¹⁰ pour

¹⁰¹ A. FENEON et A. DELABRIERRE, « Présentation de l'Acte Uniforme sur le droit commercial général », Rec. Penant, 1998, n° spécial Ohada, p. 138.

¹⁰² V. HEUZE, « La règlementation française des contrats internationaux », G.L.N. Joly, 1990, pp. 132.

¹⁰³ P. GELINAS, « Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique », Travaux du centre René Jean DUPUY pour le droit et le développement, Vol. I, Bruylant, Bruxelles, 2000, 486p. ; p. 168.

¹⁰⁴ D. SIMON, Le système juridique communautaire, Paris Puf, 3ème édition, 1998, 780p. ; p.35.

¹⁰⁵ P.G. POUGOUE, J. M. VTCHOUAKOU, A. FENEON, Droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada, Pua 2000, 506p. ; p.9.

¹⁰⁶ Ph. LÉBOULANGER, « Présentation Générale des Actes sur l'Arbitrage » dans « L'Ohada et les Perspectives de l'Arbitrage en Afrique », Travaux du centre René-Jean DUPUY pour le Droit et le Développement, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 63.

¹⁰⁷ Gabon (Art.972 à 993 du Code de procédure civile gabonais du 2 février 1977), le Tchad (Art. 370 à 383 de l'ordonnance du 28 juillet 1967 portant promulgation d'un Code de procédure civile au Tchad) et le Togo (Art. 275 à 290 du Code de procédure civile togolais du 15 mars 1982) illustrent la première situation.

¹⁰⁸ Code de procédure civile sénégalais du 30 juillet 1964, Art. 795 à 820.

¹⁰⁹ La loi n° 98-30 du 14 avril 1998 sur l'arbitrage, complétée par les Décrets n° 98-492 du 5 juin 1998 relatif à l'arbitrage interne et international et n° 98-493 du 5 juin 1998 relatif à la création d'institutions d'arbitrage.

¹¹⁰ Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International : son règlement présente un ensemble détaillé de règles de procédure arbitrale dans le cadre des relations commerciales.

ce qui a trait à l'arbitrage international. Il intègre, en conséquence, un certain nombre de principes essentiels gouvernant l'arbitrage comme la compétence étatique¹¹¹ des arbitres ou la liberté des parties en matière de procédure. Dans la conception la plus étendue, la catégorie des MARC prend les formes extrêmement variées de l'arbitrage¹¹², de la médiation et de la conciliation, ou de l'ombudsman¹¹³. L'arbitrage ne se confond ni avec la justice étatique, ni avec les modes alternatifs de règlement des litiges. La distinction est essentiellement par rapport aux procédures. De façon plus restrictive, la conception française¹¹⁴ ne retient pas l'arbitrage au nombre des modes alternatifs de règlement des conflits. Elle pense que l'arbitrage est un mode de solution juridictionnelle du litige. Il faut préciser que les modes alternatifs de résolution de litiges sont des règlements amiables des conflits qui reposent avant tout sur une relation privilégiée, sur un rapport de « *toi à moi* »¹¹⁵, sans l'intermédiaire d'une tierce personne.

L'arbitrage a un fondement culturel en Afrique et plus précisément dans l'espace Ohada. L'arbre à palabre traduisait, par référence, le cadre favorisé pour résoudre les conflits loin du marteau du juge. Le vocable « palabre », vient de l'espagnol « palabra » qui se traduit « parole »¹¹⁶. Ce cadre de rencontre a une forte connotation de paix car c'est un lieu de discussions pour résoudre certains conflits. Elle semble être une « *véritable institution sociale* »¹¹⁷ qui voit la participation de toute la communauté pour le maintien de lien social. La palabre est alors une caractéristique des sociétés africaines et l'expression d'une véritable culture de paix¹¹⁸. Il est bien de préciser qu'à un moment donné de la vie de certaines sociétés africaines, le besoin d'arrêter les conflits et de vivre en toute quiétude sans méfiance s'est fait sentir. Il s'est alors développé à l'égard des institutions rattachées à l'autorité des modalités normales de résolution des différends de tous ordres. De ce fait, dans certaines sociétés africaines, il existe un espace géographique donné pour régler certains conflits¹¹⁹. C'est dans cette même logique que l'arbitrage doit se tenir loin des juges et des règles juridiques. C'est

¹¹¹ Le principe compétence-compétence permet au tribunal arbitral, comme à tout juge, de statuer sur sa compétence.

¹¹² G. ALPA, « *La circulation des modèles de résolution extrajudiciaire des conflits* », Revue internationale de droit comparé, Vol. 45 N°4 ; 1993, pp. 755-782 ; p. 755.

¹¹³ Dans les pays scandinaves (en Suède dès 1809), c'est une personnalité indépendante chargée d'examiner les plaintes des citoyens contre l'Administration. En France et au Sénégal, cette fonction est remplie par le médiateur. <http://www.jarousse.fr/dictionnaires/francais/ombudsman/55948>. Vu le 20 /07/2015.

¹¹⁴ Ch. JARROSSON, « *Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale* », Revue internationale de droit comparé 1997, spéc. n° 11 et n° 15, pp. 311-435 ; p. 334.

¹¹⁵ L. CADIET, « *Une justice contractuelle, l'autre* », in Mélanges Jacques Ghestin, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, t.4, 256p. ; p. 177.

¹¹⁶ <https://fr.wikipedia.org>.

¹¹⁷ P. TIGER, « Le droit des affaires en Afrique, Ohada », Coll. Que sais-je ?, Ed. P.U.F., nov. 1999, 29p. ; p. 2.

¹¹⁸ A. DIENG, « *Approche culturelle des ADR en Ohada* », 17 et 18 mars 2009, 86p. ; p. 26 ; <http://www.ohada.com>.

¹¹⁹ A. SAKHO, Deux clés de compréhension des atouts de l'arbitrage dans l'espace Ohada, mars 2020, <http://www.cres-sn.org>, lu le 23/09/2020, 69p. ; p. 2.

pour cette raison que la doctrine voit dans l'arbitrage « *une institution de paix, une technique non juridique, une procédure, non pas destinée à appliquer le droit, mais à remédier à ses insuffisances*¹²⁰ ». C'est d'ailleurs, ce qui a poussé certains acteurs¹²¹ à tendre vers l'adoption de normes privées non contraignantes pour régir leurs relations contractuelles. Il s'agit de la promotion d'une justice horizontale et d'une justice réparatrice du tissu social, par opposition à la justice verticale¹²². À partir des années 1970, les environnements juridiques nationaux et internationaux ont été impactés par des changements dans les modes de perception du droit. La doctrine remarquait la prolifération de certains modes de résolutions de litiges, appelés justice négociée. Le droit négocié a admis la mise en place des règles privées qui ont permis aux acteurs économiques d'y avoir recours. Ces derniers adoptent ainsi une démarche volontaire en s'obligeant de respecter les règles édictées. D'ailleurs, certains auteurs parlent en qualifiant ce procédé de droit spontané¹²³. Il faut, à ce niveau, préciser que cette opportunité de discuter accordée aux différents acteurs économiques « *consiste pour l'autorité publique à rassembler un groupe représentatif d'organismes privés afin de discuter de leurs problèmes concrets, d'améliorer la compréhension mutuelle des intérêts respectifs des milieux et d'aboutir ainsi, à l'adoption d'engagements réciproques. Cette méthode est privilégiée dans des secteurs marqués par de rapides mutations technologiques et économiques, en ce qu'elle permet de produire une norme flexible, construite et évoluant quasiment en temps réel*¹²⁴ ». Il faut noter que l'arbitrage trouve sa source dans une convention des parties et que la procédure d'arbitrage est imprégnée de contractualisme¹²⁵. La recherche d'une solution amiable plutôt que judiciaire des litiges s'est considérablement amplifiée et diversifiée ces dernières années. L'arbitrage constitue un moyen d'attractivité économique¹²⁶. Il contribue au développement économique en favorisant la sécurité judiciaire et juridique pour les opérateurs du commerce international¹²⁷.

¹²⁰ R. DAVID, La technique de l'arbitrage, moyen de coopération pacifique entre nations de structure différente, in Problèmes de droit contemporains, Tokyo 1962, T.1, 258p. ; p. 33.

¹²¹ J. DE MUNCK, « *La médiation en perspective* », Université catholique de Louvain, Les carnets du Centre de philosophie du droit, n° 15, 1992, 31p. ; p.15; Voir Ph. COPPENS, « *Médiation et philosophie du droit* », Archives de politique criminelle, n° 13, 1991, 46p. ; p.14. Voir C. LAZERGES, « *Essai de classification des procédures de médiation* », Archives de politique criminelle, n° 15, 1994, 146p. ; p. 17; Voir M.C. DESDEVEISES, « *L'évaluation des expériences de médiation entre délinquants et victimes: l'exemple britannique* », Rev. sc. crim. 1993, 102p. ; p. 49.

¹²² S. KERNEIS, « Les modes alternatifs de résolution des conflits », 2012, <http://journals.openedition.org>, 15p. ; p. 2.

¹²³ C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz. Livres propos sur les sources du droit, Paris, Dalloz, 595p. ; p. 520.

¹²⁴ C. ZOLYNSKI, « Questions de légistique soulevées par la construction de la norme à l'aune du renouvellement des sources du droit », M. BEHAR-TOUCHAIS et al. (dir), Les mutations de la norme, 80p. ; p. 5.

¹²⁵ L. CADIET, « *La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure d'arbitrage*, Revue de l'arbitrage 1996, 258p. ; p.3.

¹²⁶ F. ONANA ETOUNDI, « La révision du Traité Ohada de Port Louis », revu. Fr. arb., recueil Penant n°spécial Afrique, oct. - déc. 2008, 471p. ; p. 396.

¹²⁷ G. KENFACK-DOUJANI, « Rapport de synthèse », dans « l'Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique », Bruxelles, Bruylant, 2000, 235p. ; p. 59.

Ainsi, l'arbitrage peut véritablement faciliter et aider au développement économique des pays membres¹²⁸. Le plus souvent, les États mettent en place une politique d'investissement¹²⁹.

Dans cette perspective, nos travaux présentent des intérêts à la fois théorique et pratique. La présente étude a un intérêt particulier dans la mesure où l'arbitrabilité des litiges issus des relations individuelles demeure controversée aussi bien en droit français qu'en droit Ohada surtout dans ce contexte où la question du rôle et du sens du contrat qui fonde depuis plus de deux siècles¹³⁰ la relation de travail s'est toujours posée. La conception du contrat, qui repose sur les principes d'égalité juridique des parties et de liberté contractuelle, s'est révélée en décalage avec le déséquilibre fondamental de la relation établie entre employeur et salarié. D'ailleurs, WAQUET évoque « *la contradiction entre le postulat de l'égalité juridique et abstraite des contractants et l'inégalité fondatrice de leurs situations respectives*¹³¹ ». C'est l'apparition des difficultés d'une convention conclue entre deux personnes égales en droit même si en fait elles ne sont pas en situation d'égalité¹³². Dans le cadre du droit uniformisé, une place de choix a été réservée aux droits de l'arbitrage et du travail. L'attractivité du droit des affaires d'un État se mesure, entre autres paramètres, à l'aune de l'efficacité de son droit du travail. L'entreprise est créatrice d'emplois et un vecteur de développement. Sa stabilité est devenue un défi au niveau national, et même régional pour le développement économique et social. Pour l'efficacité de l'arsenal judiciaire, il semble risqué de déplacer le contentieux social sur le seul terrain de la réparation d'un préjudice par la voie financière. C'est la raison pour laquelle certains penseurs comme JARROSON affirment que « *l'arbitrabilité du litige est une question abstraite, délicate et mal cernée et suscite un certain nombre de malentendus, voire de contresens*¹³³ ». Le Code du Travail est en faveur de la prohibition de toute clause contraire à l'ordre public. Ce qui est illustré par la confiance accordées aux acteurs étatiques, juges et administration, pour connaître du contentieux social. Ce choix est porteur non seulement de sécurité juridique, en particulier face à des droits non garantis directement par l'employeur, mais aussi de comportements éthiques qui favorisent la fonction protectrice du droit du travail¹³⁴. Ohada apporte une nouvelle vision du droit social en insérant dans le registre du droit

¹²⁸ T. E. OALAWALE, « La nature du droit coutumier africain », Paris, Présence Africaine, 1961, 356p. ; p. 283.

¹²⁹ R. AMOUSSOU-GUENOU, « Le droit et la pratique de l'arbitrage commercial international en Afrique. », Th. Paris II, 1995, 325p. ; p. 102.

¹³⁰ Précisons que depuis la loi d'Allarde des 2-17 mars 1791 ayant aboli les corporations et consacré la liberté du travail, et la promulgation du Code civil en 1804, ce sont les articles 1779 et suivants qui encadrent la relation contractuelle de travail.

¹³¹ P-Y. VERKINDT, « *Le contrat de travail, modèle ou anti modèle du droit civil des contrats ?* », in La nouvelle crise du contrat, dir. C. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, 2003, 289p. ; p. 197.

¹³² P. WAQUET, « *La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail* », RJS 1996, 315p. ; p. 791.

¹³³ C. JARROSON, « *Arbitrabilité : Présentation méthodologique* », RJ. Com. 1996. N°1. 58p. ; p. 1.

¹³⁴ M. GAYE, « L'égalité entre les sexes et protection de la grossesse de la femme salariée au Sénégal », 2023, pp.182-187 ; p.182. <https://journals.openedition.org>, vu le 25/02/2024.

des affaires le droit du travail ; ce qui est une démarche très difficile car les connotations fortement civilistes du droit du travail constituent un obstacle pour une harmonieuse intégration dans le droit des affaires qui prône la rapidité et la flexibilité. L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (Ohada) est perçue comme une véritable révolution juridique en Afrique francophone. Depuis sa création, elle est devenue un terrain propice aux opérations économiques complexes liées à l'arbitrage surtout dans les phases de collaboration entre le juge étatique et l'arbitre.

L'omniprésence de l'économie dans le droit du travail pousse à s'interroger sur l'appréhension de l'économie par le droit. Le droit social est une discipline juridique dans lequel s'affrontent différents intérêts des acteurs. Dans le contentieux, apparaît ainsi une grille de lecture pertinente grâce à la pluralité de valeurs et d'objectifs sur lesquels les litiges sont gérés. La finalité d'une juridiction sociale est de réussir à stabiliser les relations contractuelles, mais aussi de maîtriser la logique néolibérale des aspects du contrat. Dans le contexte des relations économiques très poussées, l'État joue un rôle ambivalent. D'une part, il agit pour encadrer par des règles juridiques le mécanisme des échanges. D'autre part, il agit pour propulser l'économie du pays.

Mener une réflexion sur l'arbitrage des litiges individuels de travail constitue une étude enrichissante dans la mesure où elle donne l'occasion de passer en revue les dispositions et les différentes positions doctrinales relatives à l'arbitrabilité des litiges. Pour faire ressortir ce mécanisme de résolution de litiges individuels de travail, nous mettons au point un processus expérimental et des outils de mesure permettant de voir l'impact réel de l'arbitrage sur le terrain des entreprises. Nous décrivons un outil de collecte qui permet d'analyser l'utilisation de l'arbitrage au niveau des centres de Dakar et de l'Ohada. L'expérience de terrain donne une double perception de l'arbitrage: d'une part, il est presque « inconnu » dans le monde des salariés. Ces derniers semblent avoir plus d'informations sur les compétences de l'inspecteur du travail concernant la résolution des litiges individuels de travail. D'autre part, il est jugé « cher » par les chefs des petites et moyennes entreprises (PME). En raison de la confidentialité de la procédure d'arbitrage, ces derniers ont une grande préférence sur l'intervention de l'arbitre dans la résolution des conflits sociaux. Les opérateurs économiques estiment que l'arbitrage est un excellent mécanisme juridique qui leur permet de soustraire le règlement des éventuels litiges à la justice étatique dont la lenteur et l'incertitude sont tant décriées dans le monde des affaires. Pour mieux faire sortir l'effectivité de l'arbitrage dans le milieu des affaires, une comparaison de chiffres sera faite avec le tribunal de commerce de Dakar. Il s'agira ainsi de

combiner la perception des acteurs économiques concernant l'arbitrage et de voir son impact effectif dans l'environnement économique communautaire.

L'étude permet également de montrer comment les droits fondamentaux du salarié sont protégés par le droit sénégalais face au développement de l'économie et du recul de l'ordre public. Au Sénégal, il n'est pas possible de tout faire arbitrer. Le législateur a pris le soin d'énumérer les deux domaines de l'arbitrabilité. D'un côté, l'article 796 du code de procédure civile a pris le soin d'énumérer les domaines dans lesquels tout arbitrage est exclu. Il peut être cité : les dons et legs d'aliments, logement et vêtements, les séparations entre mari et femme, les divorces, les questions d'état de la personne. D'un autre côté, il y a aussi l'article 57 du Code de Procédure civile qui énumère toutes les contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public, notamment les causes qui concernent l'ordre public, l'État, les communes, les Établissements publics, les incidents sur la compétence, les causes intéressant les majeurs incapables. Donc, au Sénégal, l'exploration d'un tel sujet est très difficile voire périlleuse. Dangereux dans la mesure où le symbole de l'ordre public social au Sénégal et dans la plupart des anciennes colonies françaises, c'est le monopole du Tribunal du travail en matière de litiges individuels de travail. Dangereuse aussi parce que la spécificité des litiges en droit du travail est liée, au fait que c'est de l'homme qu'il s'agit, de son existence, de ses moyens de subsistance, de sa dignité¹³⁵. Au nom d'une plus grande efficacité de l'arsenal judiciaire, il est risqué alors de déplacer le contentieux sur le seul terrain de la réparation d'un préjudice par la voie financière.

La compétence impérative des juridictions étatiques en matière de litiges individuels de travail disqualifie d'office toute dérogation contractuelle entre parties pouvant permettre l'insertion dans le contrat de travail des clauses d'attribution de compétences à une autre juridiction autre le tribunal du travail. Le législateur sénégalais a opté pour la prohibition des clauses contractuelles attributives de compétence en matière de litiges individuels de travail. Les acteurs agissant dans les litiges individuels aussi bien l'inspecteur du travail que le juge, ont comme mission d'éviter les différends de travail, promouvoir et maintenir la paix sociale au sein de l'entreprise car la perturbation de celle-ci peut avoir des conséquences néfastes sur les performances de l'économie. La crainte est particulièrement préoccupante surtout chez les salariés car il y a le risque que l'employeur puisse se servir de l'argument de l'arbitrabilité des litiges individuels de travail uniquement à des fins dilatoires. Ce dernier peut être tenté d'accommoder des règles d'une formidable élasticité au gré de ses intérêts et selon ses

¹³⁵ A. SUPLOT, « L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total », Édition du Seuil, 2010, www.seuil-com, 178p. ; p.45.

convictions. Cette approche s'apparente aussi comme une technique de renonciation à un droit des salariés sur le droit d'accès à la justice.

Notre étude permet aussi d'avoir une idée sur les réformes envisagées et envisageables dans le cadre du droit de l'arbitrage et du droit de travail de l'Ohada. Elle permettra de voir l'évolution économique d'Ohada et du droit du travail. De ce point de vue, l'analyse de l'arbitrabilité des litiges individuels de travail dans l'espace Ohada montre que des efforts devront obligatoirement être faits pour mieux sécuriser l'environnement de l'entreprise et la protection des salariés. Par conséquent, cette étude permettra d'avoir une meilleure assimilation des dites positions. Elle donnera aussi la possibilité d'avoir une ferme idée sur les réformes envisagées et envisageables dans le cadre du droit de l'arbitrage et du droit de travail de l'Ohada.

Ce sujet est d'actualité car les entreprises sont secouées au quotidien par des litiges individuels et de plus en plus des voix se lèvent pour prôner le recul de l'ordre public au profit de l'économie. L'Ohada semble avoir dilué l'impérativité des normes sociales. L'ordre public ne paraît plus être une barrière à l'arbitrabilité des conflits sociaux. D'ailleurs, dans une jurisprudence récente, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage semble avoir acté le recul de l'ordre public. En ignorant le caractère d'ordre public des dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, la CCJA a déclaré que « [...] le seul fait que la nature du litige puisse amener l'arbitre à appliquer certaines règles juridiques d'ordre public n'est pas une cause d'inarbitrabilité du litige [...] ¹³⁶ ». Cette jurisprudence a ainsi jeté les jalons d'une conception restrictive de l'inarbitrabilité relative aux dispositions d'ordre public. Il s'agit de l'évolution de la notion d'indisponibilité en fonction des domaines et des disciples. La doctrine a attiré l'attention sur « une évolution des idées quant à son indisponibilité ¹³⁷ ». C'est dans ce même sens qu'il est évoqué que « le principe d'indisponibilité des droits extrapatrimoniaux n'interdit pas de soumettre à l'arbitrage un litige né de l'atteinte à l'un de ces droits ¹³⁸ ». Depuis fort longtemps, le droit du travail et l'arbitrage sont perçus comme deux domaines incompatibles. Cette incompatibilité peut se comprendre en analysant à fond les différentes philosophies de ces deux disciplines. L'indisponibilité a encadré de manière drastique la liberté des parties au contrat car elle a comme pilier l'ordre public.

L'étude de l'arbitrabilité des litiges individuels de travail nous invite donc à porter une réflexion sur la valeur juridique de la protection du travailleur. Étant donné que le droit du

¹³⁶ Arrêt N° 193/2020 du 28 mai 2020.

¹³⁷ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, Droit de l'arbitrage interne et international, 155p. ; p.115.

¹³⁸ E. LOQUIN, op. cit., p. 88.

travail tient nécessairement compte de l'environnement socio-économique, il convient de raisonner autour de la question suivante :

Est-ce qu'il est possible de recourir à l'arbitrage pour le règlement des litiges individuels de travail ?

En d'autres termes, la réflexion devra porter sur le fait de savoir si l'arbitre a la compétence de connaître d'une matière d'ordre public. Il convient ici de préciser que la recherche de moyens de cette étude se fera en une tentative de conciliation entre les deux réfractaires que sont le droit du travail et l'arbitrage tout en assurant la protection des droits individuels du travailleur. Réfléchir sur les réponses à fournir à cette problématique serait sans aucun doute voir l'épanouissement de l'arbitrage dans les litiges individuels de travail sans pour autant appréhender des limites qui découlent de l'opposition des deux domaines remettent en cause les droits des travailleurs. Il s'agit alors de voir comment concilier un équilibre entre les protections accordées aux travailleurs et l'efficacité de l'arbitrage. Il est bien de préciser qu'il ne s'agira pas pour nous de développer l'arbitrage en le rapprochant au plus près de la juridiction étatique, ni de proposer des solutions de concilier le droit du travail et l'arbitrage. Tout au long de cette étude, notre précellence sera d'assurer, plus tôt, la protection de la partie faible du contrat de travail selon la philosophie intrinsèque au droit du travail.

L'étude approfondie de la question donnera l'occasion de montrer comment les droits fondamentaux du salarié sont protégés au droit sénégalais face au développement de l'économie et du recul de l'ordre public. Pour une approche dynamique de cette étude, une analyse systémique s'impose car c'est à travers une appréciation globale du système qu'il sera possible de mieux déterminer l'arbitrabilité des litiges individuels de travail. Elle se combinera avec une approche comparative, notamment avec le droit français, et le droit Ohada car le droit comparé est, selon FARJAT, « *le plus court chemin pour la compréhension des phénomènes juridiques nationaux*¹³⁹ ». Actuellement, le droit du travail se trouve entre deux tendances. Il y a une branche libérale qui est prônée par les « commercialistes ». C'est une branche qui consiste à donner la possibilité aux contractants le soin de régler leurs rapports. Elle prône la refondation¹⁴⁰ du droit social avec trois grandes orientations envisagées : la libéralisation qui consiste à réduire le droit réglementaire, l'encouragement au développement d'un droit plus conventionnel, et la réduction du droit réglementaire par le développement du droit conventionnel. Cette branche est essentiellement composée par les législations dites « libérales

¹³⁹ G. FARJAT, *Droit économique*, P.U.F., Thémis, 1971, 443p. ; p.17.

¹⁴⁰ J. ISSA SAYEGH, « Faut-il actualiser le Code du Travail ? », Communication au séminaire des inspecteurs du travail, Dakar, 1991.

», dont celle des États-Unis, du Canada, des Pays-Bas, de la Belgique, de l'Allemagne, de la Suède, la Suisse, de la Côte d'Ivoire où l'arbitrabilité est énoncée comme principe, ne connaissant que de rares exceptions. La seconde branche est prônée par les travaillistes. Il s'agit de la plupart des pays dont la France, le Sénégal et la majeure partie des anciennes colonies françaises, qui visent l'arbitrabilité selon des formulations anciennes et précisant les matières ou les questions inarbitrables. Elle implique une action directe de l'État qui va plutôt dans le sens d'un rapprochement avec le droit public. À ce niveau, il ne s'agit pas de faire une confrontation entre le système romano-germanique et la common law car selon CLAY, « nombreux sont les pays qui ont une pratique très développée de l'arbitrage en droit du travail tant dans les pays de common law que dans ceux de civil law¹⁴¹ ». L'alinéa 1^{er} de l'article 21 du traité Ohada affirme que « toute partie à un contrat, [...] peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure prévue par le présent titre ». Il s'agit ici d'une grande innovation opérée par le législateur communautaire dans le monde des affaires. Ce qui a provoqué de grandes interrogations et des réserves sur ce choix de l'Ohada. Comme le disait un auteur « à lire le texte, la raison tangué entre ce qui est proclamé et ce qui devrait l'être, ce qui est dit et qui devrait être dit autrement, ce qui est fait et qui n'aurait pas dû être fait¹⁴² ». Il est bien de faire remarquer que cet article délimite avec précision un critère principal qui est le contrat. Les litiges arbitrables doivent impérativement être d'ordre contractuel dans la mesure où le champ visé pour le développement de l'arbitrage est le droit des affaires. La doctrine expliquait que « la mise en œuvre d'une politique implique des choix de buts, de méthodes, de support. Elle impose une bonne connaissance des méthodes de la légistique pour bien identifier les enjeux en présence et leur apporter les solutions juridiques les meilleures¹⁴³ ». Actuellement, les règles de droit semblent être réduites à un problème de coût économique. Un penseur attirait l'attention sur le fait que « le législateur semble assouplir la rigueur de principe de cette exclusion et les auteurs notent un passage de l'indisponibilité vers la non-patrimonialité [...]¹⁴⁴. » Cependant, il est impératif de voir si l'idée de l'ouverture de l'arbitrage à tout litige contractuel que reflète le texte est conforme aux attentes en droit social. C'est dans ce sens qu'un auteur avait attiré l'attention, concernant la création de la SAS que « la simplification voulue [...] comporte donc des limites qui, semble-t-il, ne doivent pas être franchies. [...]. Elle peut, en revanche, être la

¹⁴¹ T. CLAY, « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy Cette ? » ; Droit social n° 9/10 Septembre-Octobre 2010, 38p. ; p.3.

¹⁴² J. L. CORREA, « La médiation et la conciliation en droit sénégalais : libres propos sur un texte réglementaire », Bulletin de droit économique, 2017, 16 p. ; p. 4.

¹⁴³ M. NGOM, « Droit Intégration régionale et politique de la concurrence dans l'espace CEDEAO », Dans Revue internationale de droit économique, Éditions Association internationale de droit économique 2011, pp. 333-349 ; p. 335.

¹⁴⁴ D. LEKEBE OUMALI, ; op.cit., p.4, <https://fr.scribd.com>.

source de déséquilibres notables que le droit commun ne peut corriger que partiellement. En d'autres termes, s'il est souhaitable de moderniser et d'assouplir les règles applicables [...], il ne faut jamais perdre de vue la protection des associés mais aussi celle des tiers¹⁴⁵ ».

Pour l'objectif de cette étude, il ne s'agit pas de remettre en cause le cadre juridique relativement à la protection des salariés. Il s'agira essentiellement de voir l'impact de la réforme du droit Ohada en droit du travail avec l'émergence d'un nouvel acteur dans l'impérium du juge. Cette étude permettra de voir les mesures pratiques pour évaluer l'adaptabilité des règles de protection sociale face aux enjeux économiques actuels. Ainsi, nous pourrions proposer des pistes de réflexion qui permettront de voir si cette innovation en droit de l'arbitrage Ohada est idéale dans un contexte africain et surtout sénégalais afin d'améliorer les dispositifs juridiques.

Dès lors, l'étude de l'arbitrage des litiges individuels de travail se fera autour de deux axes principaux : l'inarbitrabilité de principe des litiges individuels de travail (**première partie**) et l'arbitrabilité souhaitable des litiges individuels de travail (**deuxième partie**).

¹⁴⁵ D. Y. WANE, « La réforme du droit Ohada des sociétés commerciales : modernisation du droit applicable ou conformisme législatif ? », 29p. ; p.17. <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex>.

**PREMIERE PARTIE : L'INARBITRABILITE
DE PRINCIPE DES LITIGES INDIVIDUELS
DE TRAVAIL**

*« L'institution arbitrale vit de la confiance,
L'institution judiciaire de l'obéissance ¹⁴⁶ »*

Dans un souci de résoudre plus rapidement les litiges individuels entre employeurs et salariés, des acteurs du droit¹⁴⁷ prônent le recours à l'arbitrage en droit du travail. Une incompatibilité d'alliance est relevée entre l'arbitrage et le droit du travail en ce qui concerne les litiges individuels. L'arbitrage occupe une place de choix dans l'espace Ohada. Il est un instrument essentiel pour parvenir à une bonne intégration économique. C'est pour cette raison que dans le préambule de son Traité créateur¹⁴⁸, Ohada valorise l'arbitrage comme outil de règlement de litiges contractuels. Pour ce faire, il exprime très clairement sa vision sans ambiguïté¹⁴⁹. L'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage contribue positivement à l'instauration d'un climat favorable à l'investissement à travers un environnement juridique et judiciaire des affaires sûr et efficace. Il ne serait pas inutile de faire ressortir les démerites d'une telle entreprise. Cependant, il faut rappeler qu'une partie de la doctrine a sonné l'alerte sur des réformes audacieuses car « *déjà certains plaident pour la répudiation pure et simple du contrat individuel de travail et la solution de tous les problèmes relatifs aux relations de travail dans un cadre collectif (convention collective) ou réglementaire. [...] ¹⁵⁰* ». Actuellement, les règles de droit semblent être réduites à un problème de coût économique.

Une voix a alerté en précisant que « *dans l'espace Ohada, un double danger doit être évité. L'attractivité économique ne doit pas signifier l'asservissement du droit à l'économie. Le risque serait alors « l'instrumentalisation » ou la « matérialisation » du droit, orienté uniquement vers des intérêts matériels et subordonné aux demandes du secteur économique. Le droit, tout en étant attentif au marché, doit garder son autonomie dominée par l'idéal de justice.*

¹⁴⁶ P. LALIVE, « *Le choix de l'arbitre* », Propos du Délégué de Brésil lors de la Conférence de La Haye de 1907.in: Mélanges Jacques Robert, *Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998 pp. 133-149 ; p.3.

¹⁴⁷ La création du Centre d'Arbitrage du Travail annoncée par Maître Hubert FLICHY est une des réponses proposées par les professionnels du droit social face à l'allongement démesuré des procédures devant certains conseils de prud'hommes et au sentiment des justiciables qu'un temps insuffisant leur est consacré.

¹⁴⁸ « Désireux de promouvoir l'arbitrage comme un instrument de règlement des différends contractuels ; », Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. J.O. OHADA n°4. 145p. ; p. 1.

¹⁴⁹ Art .21 du Traité OHADA : En application d'une clause compromissoire toute partie à un contrat (...) peut soumettre à un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre »; art. 2 AU sur l'arbitrage : « toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition. »

¹⁵⁰ G. KADIGE, « *Les principes généraux en Droit Social* »,18p. ; p.25.
<https://ritachemaly.files.wordpress.com/2010/06/kadige-usj-cedroma-par-rita-chemaly-wordpress-com.pdf>, lu le 06/09/2020.

Cette ambivalence doit être au cœur de la sécurité des échanges recherchée¹⁵¹». Monsieur Jean-Baptiste RACINE n'a pas hésité d'affirmer que « le droit Ohada a été pensé pour les investisseurs étrangers. L'objectif était de créer les conditions d'une meilleure sécurité juridique en vue de favoriser l'attractivité économique des pays membres de l'Ohada. Dès lors, le droit de l'arbitrage a été voulu particulièrement libéral, selon les canons modernes. Aucune préoccupation de protection de la partie faible n'est entrée en ligne de compte¹⁵²». Il faut signaler qu'aucun impératif économique ne peut justifier la violation des droits fondamentaux du salarié. Ces droits fondamentaux du salarié sont considérés comme des droits ayant des valeurs fortes très ancrées dans la stabilité étatique. Ils sont considérés comme étant des lois de police. Dans ce sens, Monsieur MEYER a tenu à rappeler que « les lois de police sont le fer de lance de l'autoritarisme étatique. Elles font échec à la volonté des parties¹⁵³».

C'est d'ailleurs pour cette raison qu'une partie de la doctrine affirme que « *l'arbitrage ne pourrait donc pas être, ontologiquement, la justice du travail. L'arbitrage suppose l'équilibre des parties quand le contrat de travail présuppose leur déséquilibre¹⁵⁴». Il faut rappeler, d'une part, qu'ontologiquement, l'arbitrage ne peut pas être la justice du travail (titre I) et d'autre part, il y a une exclusion de l'arbitrage dans les litiges individuels de travail (titre II).*

¹⁵¹ P. G. POUYOUÉ, Présentation de l'Encyclopédie du livre « *Encyclopédie du droit OHADA* », dépôt légal n° 5492 du 6 décembre 2011, Bibliothèque nationale du Bénin, 3e trimestre, 2192p. ; p. XVI.

¹⁵² B. MERCADAL, Préface du livre « *Encyclopédie du droit OHADA* », dépôt légal n° 5492 du 6 décembre 2011, Bibliothèque nationale du Bénin, 3e trimestre; op.cit., p. X.

¹⁵³ Préface de Pierre MEYER « loi de police justice arbitrale internationale » Paris, DALLOZ ; 2001 ; 256p. ; p. 3.

¹⁵⁴ T. CLAY, « *L'arbitrage en droit du travail: quel avenir après le rapport Barthélémy Cette* » ; Droit social n° 9/10 Septembre-Octobre 2010, 34p. ; p.3.

TITRE I : L'OPPOSITION ONTOLOGIQUE ENTRE L'ARBITRAGE ET LE DROIT DU TRAVAIL EN MATIERE DE LITIGES INDIVIDUELS.

Soucieux de moderniser le droit, le législateur Ohada a adopté des règles particulièrement libérales. Son choix s'est tourné vers l'arbitrage. Le fait d'introduire, par le biais du Traité, le droit du travail dans le registre du droit des affaires constitue le premier pas pour le sortir du domaine des droits indisponibles. Cela est renforcé par l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage qui consacre une disposition militant fortement pour une arbitrabilité des litiges individuels de travail au sein de ses États-Membres. Le Traité fondateur, au niveau de son préambule, s'est engagé « *promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels* ». L'encouragement à l'arbitrage prôné par l'article 1^{er} du Traité pour le règlement des différends contractuels¹⁵⁵, a posé un véritable problème de rapprochement de deux disciplines réfractaires. L'arbitrage et le droit du travail en matière de litiges individuels sont deux territoires juridiques « inconciliables ». Le rapprochement de ces disciplines devient subitement un affrontement car elles sont réfractaires à toute extension de leur domaine. Le droit du travail est non seulement un domaine de prédilection de l'ordre public mais aussi, un droit protecteur du salarié. Ce droit a toujours été considéré comme un droit indisponible (chapitre II) car il est un outil qui permet à l'autorité étatique de mettre en œuvre sa politique d'orientation économique. Il a aussi la particularité d'être un droit très rigide contrairement au droit de l'arbitrage qui est un droit disponible (chapitre I). Il est fondamentalement contractuel en ce sens qu'il tire sa raison d'être de la convention d'arbitrage.

¹⁵⁵ L'article 1^{er} du Traité Ohada, adopté le 17/10/1993 à Port-Louis (ÎLE MAURICE), Publié dans le Journal Officiel n° 4 du 01/11/1997. « Le présent Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les États Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels. »

CHAPITRE I. L'ARBITRAGE : UN DROIT DISPONIBLE

Le droit disponible est perçu comme un domaine dont le régime n'est nullement assujéti à aucune des exigences d'intérêt public, ni assujéti à aucun des buts de protection individuelle. C'est d'ailleurs tout le sens des propos de monsieur Manuel GORGE qui précise que « *dans le domaine des droits disponibles, la volonté des parties joue ainsi un rôle déterminant par rapport à l'application de la règle de conflit qui désignera, par la suite, la compétence de la loi à régir le rapport juridique de droit international privé, qu'elle soit étrangère ou nationale*¹⁵⁶ ». Ce domaine, qui traduit la pure liberté des parties au contrat, montre la manifestation de la toute-puissance du détenteur des droits. C'est pour cette raison que la doctrine, à travers monsieur LEVEL, précise qu'un « *droit est disponible lorsqu'il est sous la totale maîtrise de son titulaire, à telle enseigne qu'il peut tout faire à son propos et notamment l'aliéner, voire y renoncer*¹⁵⁷ ». De cette définition, apparaît une inclination pécuniaire du patrimoine¹⁵⁸ qui est mise en exergue. Cette nature monétaire est le principe prometteur essentiel du domaine des droits disponibles. Dans ce domaine de droit disponible, le droit de l'arbitrage intervient exclusivement sans grandes difficultés. C'est pour cette raison que monsieur Jérémie WAMBO affirme qu'il « *faudra que l'arbitrage porte sur un droit disponible*¹⁵⁹ ». L'arbitrage peut être considéré comme « *l'institution par laquelle les parties confient à des arbitres librement désignés par elles, la mission de trancher leurs litiges*¹⁶⁰ ». Cette définition se rapproche de celle qui appréhende l'arbitrage comme « *une procédure de règlement des litiges par une personne privée dite arbitre, investie par les parties du pouvoir de juger*¹⁶¹ ». Autrement dit, l'arbitrage est qualifié comme un mécanisme de règlement des différends ou bien un ensemble de procédés employés par les différents acteurs économiques

¹⁵⁶ M. JORGE, « La loi étrangère devant le juge du fond : office du juge et substitution », PA, 26 juillet 2000, n° 148 ; 158p. ; p. 68.

¹⁵⁷ P. LEVEL, « L'arbitrabilité », Rev. Arb. 1992. note 7, 219p. ; p. 89.

¹⁵⁸ Selon le lexique des termes juridiques, le patrimoine est « l'ensemble des biens et des obligations d'une personne, envisagé comme une universalité de droits, c'est-à-dire comme une masse mouvante dont l'actif et le passif ne peuvent être dissociés ». En d'autres termes, le patrimoine est appréhendé comme l'ensemble des biens et des obligations d'une personne appréciable en argent, et dans lequel entrent les actifs (valeurs, créances) et les passifs (dettes, engagements). Les relations pécuniaires sont extraordinairement pénétrantes dans le domaine des droits disponibles. C'est pour cette raison que Jean CARBONNIER affirmait : « qui dit patrimonial dit pécuniaire, c'est-à-dire monétaire. Tout, dans notre civilisation juridique, s'exprime en monnaie, tout vaut tant ». J. CARBONNIER, Droit civil, T. II, no 671, op. cit. ; p. 1527.

¹⁵⁹ J. WAMBO, « L'arbitrage CCJA », Revue semestrielle d'Études, de Législation, de Jurisprudence et de Pratique Professionnelle en Droit des affaires et en Droit Communautaire, N° Spécial - Nov-Déc 2011, 254p. ; p.2.

¹⁶⁰ D. BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GNL Joly Paris, 1990, 286p. ; p. 5.

¹⁶¹ P. TIGER, *Le droit des affaires en Afrique, Que sais-je*, PUF2001 3ème édition, 389p. ; p. 116.

pour obtenir un résultat déterminé dans la résolution de conflit¹⁶². À travers ces définitions, le constat est que l'arbitrage est formé d'éléments très différents qui montrent la nature très composite de ce mode de règlement des litiges. Il s'agira, dans cette partie, de voir d'abord le fondement conventionnel de l'arbitrage (section I) et d'aborder par la suite le fondement économique de l'arbitrage (section II).

Section I. Le fondement conventionnel de l'arbitrage

L'arbitrage est essentiellement contractuel. Il tire son existence de la convention d'arbitrage. Les différentes parties ont la possibilité de résoudre leur imminence selon leur désir. L'intention des parties a une prédominance importante. La jurisprudence européenne a précisé que « *l'arbitrage vise les procédures introduites devant les personnes privées investies par les parties du pouvoir de trancher leur litige*¹⁶³ ». La trilogie de l'arbitrage présente la particularité de comporter à la fois des aspects contractuel, procédural et juridictionnel. Il s'agit des caractères de l'arbitrage qui revêt une nature hybride¹⁶⁴. Au terme de la procédure d'arbitrage, les arbitres rendent une sentence qui est un acte juridictionnel revêtue de l'autorité de la chose jugée. C'est même ce qui le distingue de la conciliation et de la médiation. En réalité, le « *conciliateur s'efforce de rapprocher les parties en litige, afin que celles-ci trouvent un terrain d'entente [...] le médiateur peut aller plus loin que le conciliateur et proposer même un règlement ; il ne peut, à la différence de l'arbitre, imposer entre les parties, une solution*¹⁶⁵ ». Le but de l'arbitrage est de contourner le rouage du système juridique de l'État en évitant le juge. Il s'agira alors de voir d'abord la primauté de la volonté des parties (paragraphe 1) avant de voir par la suite la liberté des contractants sur les règles applicables (paragraphe 2).

¹⁶² « *L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs personnes–l'arbitre ou les arbitres–lesquelles tiennent leur pouvoirs d'une convention privée et statuant sur la base de cette convention, sans être investis de cette mission par l'État* ». R. DAVID, « *L'arbitrage dans le commerce international* », *Economica*, 1987, n° 2, 186p. ; p. 9.

¹⁶³ CJCE, 25 juillet 1991, Marc Rich, Aff. C-190/89, Rec. I-3855, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61989CJ0190>, lu le 11/09/2020.

¹⁶⁴ Le caractère contractuel se manifeste aussi dans le pouvoir de juger reconnu aux arbitres. Concernant la procédure, les parties règlent leur instance comme elles l'entendent. Leur volonté, exprimée dans la convention par le choix de l'arbitrage institutionnel ou ad hoc, est prédominante. Donc, il est reconnu la liberté des parties de régler le déroulement et la procédure de l'arbitrage. Pour le caractère juridictionnel, la procédure d'arbitrage est une procédure juridictionnelle par son objet.

¹⁶⁵ P. G. POUGOUE ; J. M. TCHOUAKOU, A. FENEON, *Droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada*, Pua 2000 ; 485p ; p.9.

Paragraphe I : La primauté de la volonté des parties

Dans le monde des affaires, l'exaltation de la liberté individuelle¹⁶⁶ est un élément très important. La doctrine ne cesse de rappeler que « *c'est la volonté individuelle qui peut être la source essentielle de toute obligation*¹⁶⁷ ». La jurisprudence a aussi affirmé que l'arbitrage, en tant que justice privée, « *est, par essence, un mode contractuel de règlement des litiges. En tant que tel, il est largement gouverné par la volonté des parties*¹⁶⁸ ». C'est d'ailleurs la principale raison qui a poussé le législateur à préciser en son article 4 que la convention d'arbitrage « *est appréciée d'après la commune volonté des parties*¹⁶⁹ ». Elle constitue « *l'élément fondateur du processus arbitral*¹⁷⁰ ». C'est dans cet ordre d'idée¹⁷¹ que la doctrine affirme que « *non seulement il serait inconcevable d'engager une personne en dehors de sa volonté puisqu'on violerait sa liberté, mais de plus les résultats pratiques auxquels aboutit l'action de la volonté sont nécessairement équitables*¹⁷² ». Avec la convention d'arbitrage, les parties ont la possibilité d'éviter la juridiction étatique (A). Cette volonté se manifeste dans le pouvoir de désignation des arbitres et surtout dans la liberté des parties de régler la procédure qui dispose d'une grande liberté dans l'office de l'arbitre (B).

A. L'évitement de la juridiction étatique

La convention d'arbitrage donne droit à toute partie d'écarter les juridictions étatiques. Elle neutralise les deux pouvoirs des juridictions étatiques : la juridiction¹⁷³ et l'imperium¹⁷⁴. Elle devient une technique, un ensemble des procédés employés pour produire une œuvre juridique afin d'obtenir un résultat déterminé. La convention d'arbitrage donne la liberté de choisir les voies de résolution des litiges tout en évitant la juridiction étatique. Elle est alors un instrument juridique qui permet aux parties contractantes de ne pas recourir à la justice étatique lors de la survenance de litiges. C'est un moyen d'éviter la justice étatique dû à la méfiance envers le juge (1). De ce fait, dans le monde des affaires, les juridictions étatiques semblent ne

¹⁶⁶ L'explication de la théorie de l'autonomie de la volonté est à rechercher dans les idées de la philosophie des Lumières. Cette conception trouve sa justification dans l'existence de droits naturels de l'Homme, selon lesquels l'Homme à l'état de nature est libre. Le principe de l'autonomie de la volonté repose essentiellement sur l'idée d'une valeur universelle de la liberté humaine.

¹⁶⁷ J. L. CORREA, « *Contribution à l'étude de l'obligation de donner en droit sénégalais des obligations* », Paru à la Revue Annales africaines, Déc. 2014, vol. 2, p. 13.

¹⁶⁸ Tr. Azzi, note sous CA Paris, Ire ch. C, 17 juin 2004, Rev. Arb. 2006, 458p. ; p. 178.

¹⁶⁹ Art. 4, Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, adopté le 11 mars 1999, JO OHADA n°08 du 15 mai 1999.

¹⁷⁰ Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, Droit de l'arbitrage interne et international, Paris, Montchrestien Lextenso éditions, 2013, 357p. ; p. 479.

¹⁷¹ Le droit Ohada a mis en exergue l'autonomie de la volonté en précisant la place de choix. Le recours à l'arbitrage est conditionné par le consentement sans équivoque des parties en conflit. Le support des règlements de litiges par la voie arbitrale est essentiellement dans la volonté des parties litigantes.

¹⁷² A. RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en Droit Civil Français et Allemand, Paris, 1961 ; 254p. ; p.2.

¹⁷³ Pouvoir de dire le droit et de trancher les litiges.

¹⁷⁴ Pouvoir de contrainte propre à l'État qui est en principe délégué au seul juge étatique.

pas avoir bonne réputation. Du coup, l'arbitrage devient un moyen d'isolement du juge (2).

1. La méfiance envers le juge

Dans le monde des affaires, la tendance actuelle concernant la résolution d'un litige, c'est qu'elle ne passe plus forcément devant le juge. Les acteurs des relations économiques se méfient de plus en plus des juridictions étatiques. La justice « *est depuis quelques années au centre d'une vaste problématique, au milieu de nombreuses polémiques. [...] Un sentiment de méfiance voire de suspicion anime certains justiciables à l'égard de leur justice qui fait l'objet de nombreuses critiques de la part [...] des représentants du secteur privé et des bailleurs de fonds (qui doutent de sa transparence et de son efficacité)*¹⁷⁵ ». Ces incertitudes du système judiciaire sont le plus souvent les principales causes qui poussent les entreprises à éviter les juges. La dernière édition du baromètre mondial de la corruption¹⁷⁶ en Afrique a mis en exergue une grande insatisfaction générale des populations sur l'avancée de la corruption¹⁷⁷ qui peut se répéter¹⁷⁸. Au Sénégal, la situation n'est pas aussi différente car le pourcentage de sondés qui pensent que la corruption a augmenté de 43 %¹⁷⁹. Une telle situation devient un grand obstacle pour attirer les investisseurs. Investir « *est déjà en soi un risque, même s'il est calculé ; il faut doubler ce risque premier inéluctable de celui d'un système juridique fluctuant, ondoyant et insaisissable parce qu'il n'y a pas beaucoup d'espoir à susciter l'attrait des investisseurs*¹⁸⁰ ». La corruption entrave sérieusement le développement économique du pays¹⁸¹. À cela s'ajoute la tonalité dominante des opinions exprimées sur la faible indépendance de la justice, notamment vis-à-vis du politique, son absence d'impartialité, son éloignement de la population,

¹⁷⁵ D. SY, « *La condition du juge en Afrique : l'exemple du Sénégal* », publié en juin 2003, 78p. ; p. 45, <http://afrilex.u-bordeaux4.fr>, lu le 13/05/ 2020.

¹⁷⁶ Transparency International est un mouvement mondial animé par une vision commune : assurer l'avènement d'un monde dans lequel les États, les entreprises, la société civile et les individus dans leur quotidien sont exempts de corruption. Grâce à plus de 100 sections à travers le monde et à un secrétariat international à Berlin, il mène la lutte contre la corruption, afin de faire de cette vision une réalité.

¹⁷⁷ « *En 2019, le pourcentage de sondés pensent que 34% des juges et des magistrats sont majoritairement ou totalement corrompus. Ce sentiment de méfiance qui anime les acteurs du monde des affaires telles que les entreprises permettent de trouver de manière rapide, efficace et plus sûre grâce à des modes amiables de résolution des différends, en évitant les aléas d'un procès. Ces alternatives au procès constituent des outils favorisant un accès au droit et à la justice pour tous.* » Baromètre mondial de la corruption Afrique 2019, perceptions et expériences de la corruption par les citoyens, 79p ; p. 12 ; <https://www.afrobarometer.org/fr>, lu le 22/11/2020.

¹⁷⁸ « *En août 2020, le même scénario semble se répéter avec un magistrat qui a été accusé de corruption par son collègue.* » <https://www.pressafrik.com/Accusations-de-corruption-dans-la-magistrature>, lu le 2 septembre 2020.

¹⁷⁹ « *Le Sénégal vient d'être le théâtre d'une affaire de corruption présumée de magistrats haut placés dans l'appareil judiciaire [...]. L'un des magistrats, [...], a été mis à la retraite anticipée, tandis qu'un autre a été affecté [...] et un troisième suspendu de ses fonctions [...]* ». Baromètre mondial de la corruption Afrique 2019, perceptions et expériences de la corruption par les citoyens, <https://www.afrobarometer.org/fr>, op.cit. p. 8.

¹⁸⁰ P. AREGBA, L'OHADA: Histoire, objectifs, structures, in L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Bruxelles, Bruylant, 2000, 358p. ; p. 9.

¹⁸¹ A. B. FALL, « *Les menaces internes à l'indépendance de la justice* », Nov. 2007, Dakar, Sénégal, 75p; p8. <https://hal.archives-ouvertes.fr>. Lu le 22/11/2020

son excessif formalisme et juridicisme, la misère financière et documentaire des tribunaux, l'insuffisante formation professionnelle et morale des magistrats¹⁸². Le déficit permanent du personnel de la justice fait aussi partie des causes d'évitement des juridictions étatiques. Les statistiques¹⁸³ sont alors jugées très insuffisantes par les acteurs du secteur économique. Ce nombre insuffisant peut impacter négativement sur le traitement de toutes les affaires en instance dans les cours et tribunaux du pays. Ainsi, les acteurs tentent par tous les moyens d'éviter les juridictions étatiques.

2. L'arbitrage : un moyen d'isoler le juge

Actuellement, « [...] les décisions du juge sont de plus en plus contestées. La plupart des représentants du secteur privé et des analystes économiques considèrent l'administration de la justice comme un élément important du ralentissement de la justice et un obstacle aux investissements. [...] « le manque de transparence dans l'administration de la justice » est une entrave à la capacité du Sénégal à attirer des investisseurs étrangers¹⁸⁴ ». De nombreux entrepreneurs¹⁸⁵ pensent que les magistrats n'ont pas le plus souvent d'expériences en matière de droit des affaires. « La judiciarisation croissante, l'engorgement des juridictions et les délais de traitement des affaires perçus comme trop longs sont autant de manifestations de la crise que subissent les institutions judiciaires à travers le monde¹⁸⁶ ». C'est la principale raison qui a poussé la doctrine à préciser que « la lenteur et l'inefficacité du pouvoir judiciaire ont provoqué la "création de circuits de dérivation" desquels le juge est absent ou dans lesquels il se comporte de manière non juridictionnelle¹⁸⁷ ». La situation d'incertitude pousse les acteurs économiques à mettre en place des stratégies et des techniques spécifiques destinées à écarter le juge dans la résolution des litiges. Cette stratégie d'isolement donne à l'arbitrage une

¹⁸² J. B. DE GAUDUSSON, « La justice en Afrique : nouveaux défis, nouveaux acteurs », revue dans *Afrique contemporaine*, 2014 (n° 250), 259p. ; p. 1.

¹⁸³ Dans les années 1984, le Sénégal comptait un effectif de 229 magistrats déterminé depuis pour une population de 10 millions d'habitants, ce qui faisait en moyenne un magistrat pour 10. 000 habitants. Selon le dernier recensement de l'Agence nationale de la statistique et de la démographie (Ansd), en 2019, le Sénégal compte un effectif réel de 546 magistrats pour 16 209 125 habitants, selon le dernier recensement de l'Agence nationale de la statistique et de la démographie (Ansd). Parmi ces 546 magistrats, il faut préciser que 121 sont des procureurs et 425 sont juges. Du nombre des juges, il faut obligatoirement soustraire ceux qui sont en situation de détachement. Ce manquement de magistrat paralyse considérablement l'économie des entreprises car le contentieux peut durer en longueur du fait de la lenteur de la prise en charge des litiges.

¹⁸⁴ <http://afrilex.u-bordeaux4.fr>, lu le 13/05/ 2020.

¹⁸⁵ L'analyse du dispositif juridique concernant le monde des affaires révèle que la prévention est très dominante dans la gestion des relations contractuelles. Les parties au contrat de façon générale prennent le soin de mettre en avant des stratégies visant à prendre des moyens et des précautions qui permettent d'empêcher de porter les litiges devant les juridictions étatiques. Le caractère très sensible du monde des affaires aussi bien au plan économique justifie l'impérativité de pouvoir gérer les conflits loin des regards publics et loin des lenteurs administratives.

¹⁸⁶ L. ROUSSEY, « Enjeux théoriques et opérationnels de l'analyse économique du système judiciaire », 356p. ; p. 1. <https://journals.openedition.org>, lu 21/11/2020

¹⁸⁷ A. JACQUEMIN, et G. SCHRANSA, « Actes du Colloque sur la Magistrature économique », publié à la revue *L'actualité économique*, Collection « Que sais-je? ». Vol. 46, numéro 3, octobre-décembre 1970, Paris, 548p. ; p. 128.

conception qui repose sur des bases exclusivement contractuelles, fondamentalement privées et entièrement volontaristes. De ce fait, l'arbitrage, qui est une voie de résolution de litige, est affranchi de toutes contraintes étatiques. Les relations contractuelles fondent l'exclusion des juridictions étatiques. C'est pour cette raison des auteurs comme René DAVID envisagent l'arbitrage comme « *une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes l'arbitre ou les arbitres lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investies de cette mission de l'État*¹⁸⁸ ». Le cadre contractuel ou conventionnel constitue le référent de base¹⁸⁹ de l'arbitrage. La convention est un moyen pouvant faire échec à la compétence du juge¹⁹⁰. Elle¹⁹¹ rend ce dernier incompétent pour trancher le litige¹⁹². C'est dans ce même sens que la doctrine affirme que « *si la volonté des parties de confier leur litige à un arbitre est clairement exprimée, le juge est tenu de la respecter ; il ne saurait retenir sa compétence en dépit d'une convention d'arbitrage régulièrement excipée par une des parties*¹⁹³ ». Dans la pratique, il est assez courant de voir des décisions de justice de la CCJA qui énoncent l'incompétence des juridictions étatiques¹⁹⁴.

B. La liberté des parties dans l'office de l'arbitre

La constitution du tribunal arbitral revient d'abord exclusivement aux parties. Ce pouvoir reconnu aux parties de désigner leur « juge » pousse une partie de la doctrine à

¹⁸⁸ R. DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, *Economica*, 1982, 325p. ; p. 9.

¹⁸⁹ La convention arbitrale devient alors un outil techniquement juridique qui permet de mettre sur place des mécanismes ayant pour principal but la préservation des contrats des griffes influence des juridictions étatiques. C'est la convention qui consacre l'arbitrage. Grâce à la convention, l'arbitrage a pour effet d'écarter la compétence du juge étatique pour connaître les litiges concernés. Ayant soustrait les différends aux voies judiciaires, la convention arbitrale donne compétence à des personnes privées appelées arbitres de trancher les litiges.

¹⁹⁰ C. JALLAMION, « *arbitrage et pouvoir politique en France du XVIIe au XIXe siècle* », *revue de l'arbitrage* 2005 n°1 ; 254p. ; p. 4.

¹⁹¹ C'est ce même sens que le droit Ohada a donné force à la convention arbitrale. L'article 13 alinéas 2 et 3 de l'AUA précise que « si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle. En tout état de cause, la juridiction étatique ne peut relever d'office l'incompétence ». Le droit Ohada a une position très tranchée sur la force obligatoire de la convention d'arbitrage. Le législateur a clairement expliqué au niveau de l'article 13 de l'Acte Uniforme, « lorsqu'un litige, dont le tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention arbitrale, est porté devant une juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ». Avec cette disposition, il est très clair que si une partie saisit le juge étatique, malgré l'existence d'une convention d'arbitrage, l'autre partie doit soulever l'incompétence du juge étatique. La convention d'arbitrage neutralise la compétence des juridictions étatiques. Le principe du droit de l'arbitrage est très clair en Ohada. Un litige ayant une convention d'arbitrage et porté devant le juge, celui-ci doit obligatoirement dégager sa responsabilité en se déclarant incompétent conformément à l'article 13 de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage.

¹⁹² P. MEYER, OHADA – Droit de l'arbitrage, Bruxelles, Bruylant, 2002, 259p. ; p. 86.

¹⁹³ R. SOCKENG, « *Les effets de la Convention d'Arbitrage en droit camerounais* », *Revue Camerounaise de l'Arbitrage* n° 4 – Janvier - Février - Mars 1999, 254p. ; p. 10.

¹⁹⁴ Numéro d'arrêt: 047/2015, Juridiction : Cour commune de justice et d'arbitrage: 27/04/2015, <https://juricaf.org/arret/OHADA>, Cass. Civ, 25 avril 2006, n° 05-13749, Cour d'Appel du Littoral, Arrêt n° 39/REF du 08 janvier 1997, *Revue Camerounaise de l'Arbitrage* n° 11 – Octobre - Novembre - Décembre 2000, p. 12 ; C.C.J.A., Arrêt du 24/04/2008, n° 020/2008, *Actualités juridiques*, n° 63, 158p. ; p. 147.

magnifier la puissance des parties. Elle a montré que l'arbitre « *tient son pouvoir de la volonté des parties*¹⁹⁵ ». Les parties à la convention d'arbitrage n'ont évidemment pas à motiver leur choix. Cette puissance¹⁹⁶ de la volonté des parties contractuelles illustre le pouvoir d'appréciation des arbitres. L'arbitrage étant la renonciation des parties à soumettre leurs différends aux juridictions étatiques, donne ainsi un large pouvoir d'appréciation aux arbitres. Il faut signaler que l'une des grandes caractéristiques de l'arbitrage, c'est la compétence donnée aux différentes parties de la convention de choisir ceux qui seront chargés de trancher leurs litiges. Dans cette partie, il s'agira de voir dans un premier temps le pouvoir de désignation des arbitres par les parties (1) et de voir dans un second temps le pouvoir de révocation des arbitres reconnus aux parties (2).

1. Le pouvoir de désignation des arbitres par les parties

La Cour de cassation française considère que « *seule la volonté commune des contractants a le pouvoir d'investir l'arbitre de son pouvoir juridictionnel*¹⁹⁷ ». Dans la constitution du tribunal arbitral, il y a la prédominance de la volonté des parties¹⁹⁸ surtout avec le principe du libéralisme qui gouverne l'arbitrage en général. Le principe de la liberté des parties dans l'ossature du tribunal arbitral symbolise la philosophie du droit de l'arbitrage. La désignation de l'arbitre provient de la relation de confiance qui est un élément clé dans l'arbitrage. Les parties au contrat doivent avoir confiance aux arbitres qui doivent aussi susciter l'adhésion. La confiance est une notion éphémère et fugace difficile à saisir. Son domaine est celui du sentiment humain. C'est propre à chaque individu, donc très variable. La confiance semble appartenir à la classe du « non droit¹⁹⁹ », concept très bien expliqué par le Doyen Jean CARBONNIER²⁰⁰, pour peindre le panorama des relations sociales et des personnes qui

¹⁹⁵ S. BONNARD et S. TOUCHARD, « *revue du droit des affaires internationales no 5* », octobre 2015, 236p. ; p. 453.

¹⁹⁶ C'est dans cet élan que l'article 6 du droit de l'arbitrage Ohada précise que « les arbitres sont nommés, révoqués ou remplacés conformément à la convention des parties ». Il faut signaler que cet article est identique à l'article 179 alinéa de la loi fédérale suisse sur le droit international privé. La révocation cette disposition met en exergue un principe fondamental de l'arbitrage qui est la primauté de la liberté des parties dans le choix de la sélection des arbitres. Ce principe qui met en valeur la primauté de la volonté des parties reconnue au niveau international. « Les parties sont libres de convenir de la procédure de nomination de l'arbitre ou des arbitres ». La loi type de la CNUDCI met en valeur la volonté des parties dans la désignation des arbitres et dans leur récusation.

¹⁹⁷ Cass. Ire civ., 19 mars 2002, JDI 2003, 259p. ; p. 139, note É. LOQUIN.

¹⁹⁸ La possibilité de renonciation des parties au contrat, à soumettre ledit contrat à l'appréciation des juridictions étatiques est l'une des caractéristiques du droit des affaires. L'importance de la volonté des parties est centrale en droit de l'arbitrage dans la mesure où elle intervient considérablement dans le clivage de la charpente du tribunal arbitral. Dans l'arbitrage, c'est la réalisation d'un procès sans la présence d'un juge. Il puise en principe sa source dans un accord de volontés des parties, de telle sorte que c'est cette volonté qui investit l'arbitre. C'est de la volonté des parties que dépend le principe de constitution du tribunal arbitral.

¹⁹⁹ J. CARBONNIER, Droit Civil, Introduction, Puf Thémis, 27^e édition, n°63 ; 159p. ; p. 19.

²⁰⁰ Le Doyen CARBONNIER veut montrer que la confiance renforce le lien contractuel. La notion de confiance en droit de l'arbitrage doit obligatoirement être conciliée à celle de la convention arbitrale. Les deux notions, confiance et contrat de façon

échappent au droit. La confiance transactionnelle entre partie et arbitre semble être à l'origine de la relation contractuelle. De ce fait, elle aura tendance à plus créer des initiatives plutôt que de créer des obstacles. Il est plus accommodant et plus opulent de se plier et de s'en remettre à une personne de confiance dans la tentative de résolution des conflits.

La Charte éthique des centres membres de la Fédération des Centres d'Arbitrage a précisé en son article 2 que « *l'arbitre se trouve dans une relation de confiance avec les parties, qui l'ont investi de la mission de régler leur différend* ». C'est la garantie même de l'arbitrage²⁰¹. Le manque de confiance peut être source d'accrochages et surtout de querelles stériles qui peuvent considérablement nuire à la bonne collaboration active dans l'effort de trouver une solution au litige. C'est ce qui pousse Philippe STOFFEL-MUNCK à dire que « *la confiance du contractant n'est que le pâle reflet de la même idée : il a foi en son partenaire, ce dernier doit lui rendre selon ses légitimes attentes*²⁰² ». La doctrine fait remarquer que « *le contrat est peut-être assez normalement, assez naturellement un acte de foi, un acte de confiance*²⁰³ ».

L'importance²⁰⁴ de la confiance dans la désignation de l'arbitre peut permettre à la procédure d'arbitrage de se dérouler sans heurts. En réalité, « *avec l'idée que la foi qu'une partie place en son cocontractant peut être un critère électif d'une catégorie de conventions*²⁰⁵ ». Le choix de l'arbitre devient alors un contrat de confiance qui va considérablement contribuer à la réalisation de l'opération contractuelle. L'exigence de disponibilité va de pair avec l'obligation pour l'arbitre de se consacrer exclusivement à sa mission. Au cas contraire, les différentes parties à la convention peuvent récuser l'arbitre.

2. Le pouvoir de révocation des arbitres par les parties

De plus en plus, la pratique de l'arbitrage se voit saper des maux comme les conflits d'intérêts liés à l'arbitre. Dans cette situation, les parties peuvent récuser ce dernier. La

générale, ne doivent pas s'exclure mutuellement. Au contraire, l'assertion semble montrer la nature profonde de la convention arbitrale, qui n'a d'égard à la confiance qui unit les parties qui la concluent.

²⁰¹ La procédure d'arbitrage doit se tenir dans un climat calme et serein. L'investiture de l'arbitre symbolise l'union des parties et devient un instrument de confiance qui s'exprime à l'égard de la relation créée. L'importance capitale de la confiance au sein de la relation contractuelle a permis de prêter une attention particulière aux décisions des arbitres.

²⁰² Ph. STOFFEL-MUNCK, L'abus dans le contrat, préf. R. Bout, LGDJ, n°23, 250p. ; p. 130.

²⁰³ J. CARBONNIER, Sociologie et droit du contrat, annales de la faculté de Droit de Toulouse, tome VII, fasc. 1, 54p. ; p. 112.

²⁰⁴ La satisfaction des parties est prépondérante dans le choix des acteurs qui vont trancher le litige. Les différentes parties devront se fier à sa décision. Le choix s'est fait sur la base de la confiance tout en prenant en considération des qualités particulières de l'arbitre.

²⁰⁵ G. LOISEAU, « *Contrats de confiance et contrats conclu intuitu personae* », in « *La confiance en droit privé des contrats* », dir. V.-L. Bénabou et M. Chagny, Dalloz, Actes, 2008, 134p. ; p. 98.

récusation est une mesure pour sanctionner le manquement d'un arbitre²⁰⁶ ou bien une sorte de contestation pour éjecter un arbitre²⁰⁷. La loi-type de la CNUDCI a précisé qu'un « *arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance, ou si celui-ci ne possède pas les qualifications convenues par les parties. Une partie ne peut récuser l'arbitre² qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination*²⁰⁸ ». Il faut cependant préciser à ce niveau qu'il y a une démarche particulière dans l'arbitrage américain qui admet la pratique des « arbitres-parties »²⁰⁹. Le règlement de l'Association Américaine de l'Arbitrage²¹⁰ permet aux arbitres choisis par les parties de ne pas se soumettre aux exigences de neutralité et d'indépendance²¹¹. La remarque générale était que ces « arbitres-parties » se comportaient comme de véritables défenseurs et avocats, car ils se considéraient mandataires des parties qui les ont choisis. Cette posture de l'arbitrage américain était largement blâmée par beaucoup de praticiens. Des pays comme la France²¹², la Suisse et les États du droit Ohada ne pouvaient admettre que l'arbitre puisse se comporter en défenseur et avocat des parties. C'est ce qui a amené la réforme de 2003, avec la modification du règlement qui précise les principes fondamentaux de l'arbitrage²¹³ et le comportement déontologique de l'arbitre²¹⁴.

²⁰⁶ J. VIATTE, « *De la récusation des arbitres* », Gaz. Pal. 1973, 2, 719 ; 142p. ; p. 145.

²⁰⁷ B. Moreau, « *La récusation des arbitres dans la jurisprudence récente* », Rev. Arb. 1973, 145p. ; p. 223.

²⁰⁸ Art. 12, al. 2 de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

²⁰⁹ Il faut cependant préciser qu'il y a une démarche particulière dans l'arbitrage américain. Pour le droit américain de l'arbitrage, la pratique des « arbitres-parties » semble être admise. L'arbitrage américain fait une distinction de façon assez limpide entre l'arbitre non-neutre et l'arbitre président. Si la mission de ce dernier est encadrée par des obligations d'indépendance et de neutralité, celle du premier n'est pas liée par cette même contrainte. D'ailleurs, ce dernier n'est pas tenu de signer une obligation d'indépendance. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, 896p. ; p. 590.

²¹⁰ « L'Association américaine d'arbitrage a été fondée en 1926. Elle a pour but de résoudre un large éventail de litiges par la médiation, l'arbitrage ou par d'autres modes de règlement extra-judiciaire. Organisation de service public à but non lucratif, elle a 38 succursales aux États-Unis. L'Association américaine d'arbitrage (AAA) gère les procédures d'arbitrage, de médiation » <https://www.intracen.org>.

²¹¹ À travers le Code de l'Éthique, élaboré l'Association américaine d'arbitrage (IBA) et l'Association Américaine de l'Arbitrage (AAA), qui régit les relations commerciales, le canon 9 précise l'existence de « certains types d'arbitrage tripartite dans lequel, toutes les parties s'attendent à ce que les deux arbitres désignés par elles-mêmes, soient prédisposés envers elles. Ces arbitres [...] ne doivent pas être tenus aux normes de neutralité et d'indépendance applicables aux autres arbitres ». Canon IX. : « there are certain types of tripartite arbitration in which it is expected by all parties that the two arbitrators appointed by the parties may be predisposed toward the party appointed them. Those arbitrators (...) are not to be held to the standards of neutrality and independence applicable to other arbitrators ».

²¹² La Cour de cassation française a évoqué l'obligation d'information de l'arbitre. Elle a précisé que, avant « d'accepter sa mission, révéler toute circonstance susceptible d'être regardée comme affectant son impartialité afin de permettre à la partie d'exercer, à bref délai, s'il y a lieu, son droit de récusation ». Arrêt-11-11084-Cour-Cass-1er-fev-2012 du 1er février 2012.

²¹³ AAA Rules 2003, R-17 : (a) « tout arbitre est impartial et indépendant et exerce ses fonctions auprès diligence et de bonne foi, et sera sujet à la disqualification pour partialité ou manque d'indépendance ». Any arbitrator shall be impartial and independent and shall perform his or her duties with diligence and in good faith, and shall be subject to disqualification for partiality or lack of independence ».

²¹⁴ AAA Rules 2003, R-12 (b) : « lorsque les parties ont convenu que chaque partie doit nommer un arbitre; les arbitres nommés doivent satisfaire aux normes de la section R-17 en ce qui concerne l'impartialité et l'indépendance sauf si les parties ont spécifiquement convenu conformément à la section R-17 que la partie les arbitres doivent être non-neutres et n'ont pas besoin de respecter ces normes« Where the parties have agreed that each party is to name one arbitrator, the arbitrators so named must meet the standards of Section R-17 with respect to impartiality and independence unless the parties have specifically agreed pursuant to Section R-17(a) that the party-appointed arbitrators are to be non-neutral and need not meet those standards. »

Le législateur Ohada, pour faire face à cette situation, a adopté une approche préventive avec l'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre. C'est une option pour anticiper sur d'éventuelles situations de conflits d'intérêts ou d'indisponibilité des arbitres. Il est fait obligation à l'arbitre de révéler « *l'intégralité de cette situation à l'autre partie à l'effet de la mettre en mesure d'exercer son droit de récusation*²¹⁵ ». C'est aux parties qu'il revient d'apprécier le ou les faits révélés par l'arbitre et d'exercer, le cas échéant, leur droit à la récusation. Dans la même mouvance, le constat général est que la jurisprudence française²¹⁶ s'est déterminée de manière claire, en précisant que les décisions du juge d'appui sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre sont dotées de l'autorité de la chose jugée. La tendance de la jurisprudence est, depuis longtemps, de sanctionner²¹⁷ le manquement de l'obligation de révélation de l'arbitre lorsqu'il y a demande de récusation d'une partie. Il faut cependant remarquer une chose assez importante concernant l'obligation d'information de l'arbitre. « *Une révélation n'implique pas l'existence d'un conflit d'intérêts. Un arbitre qui a fait une révélation aux parties se considère comme impartial et indépendant des parties, malgré les faits révélés, sinon il/elle aurait refusé sa mission ou aurait démissionné. Un arbitre qui fait une révélation se sent ainsi capable d'accomplir sa mission. Le but de la révélation est de permettre aux parties de juger si elles sont d'accord avec l'évaluation de l'arbitre et, si elles le souhaitent, d'examiner davantage la situation*²¹⁸ ». La liberté des parties dans l'arbitrage est dans leur intervention sur le choix des règles applicables.

Paragraphe II : La liberté des parties quant aux règles applicables

L'arbitrage, étant une alternative à la justice étatique, fonctionne avec une évidente particularité surtout par rapport au droit applicable. Les parties exercent ce droit surtout lorsqu'elles décident d'accéder au droit comme « *alternative à l'accès en justice*²¹⁹ ». Ce faisant, les parties expriment leur droit à un juge privé au même titre que le droit à un juge judiciaire et leur « *droit au droit*²²⁰ » en vertu de « *la liberté procédurale*²²¹ » dont dispose tout contractant. L'autonomie des parties dans le choix des règles procédurales régissant l'instance arbitrale fait aujourd'hui partie des règles universellement reconnues. Il faudra rappeler que

²¹⁵ Arrêt n° 963 du 20 octobre 2010 (09-68.997) - C. Cass., Ch. Civ.

²¹⁶ TGI Paris, 19 déc. 2012, Fairplus, Civ. Ire, 13 mars 2013, n° 12-20.573.

²¹⁷ C. Cass., Ch. Civ. 2, du 6 décembre 2001, 00-10.711, Inédit. Arrêt n° 962 du 20 octobre 2010 (09-68.131) - C. Cass., Ch. Civ.; Arrêt n° 963 du 20 octobre 2010 (09-68.997) - C. Cass., Ch. Civ.

²¹⁸ Lignes Directrices de l'IBA sur les Conflits d'Intérêts dans l'Arbitrage International, Adoptées par résolution du Conseil de l'IBA (International Bar Association), le jeudi 23 octobre 2014. ISBN : 978-0-948711-36-7, le jeudi 23 octobre 2014

²¹⁹ V. F. VALENCIA, *Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage*, Rev. Arb. 2007 ; 359p. ; p. 45.

²²⁰ J. M. VARAUT, *Le droit au droit, pour un libéralisme institutionnel*, coll. « Libre Echange », PUF 1986. préf. J. MESTRE, PUAM 2004, 269p. ; p. 69.

²²¹ L. WILLER, *La liberté procédurale du contractant*, préf. J. MESTRE, PUAM 2004 ; 298p. ; p. 59.

l'arbitrage est un droit qui est fondé sur la théorie²²² de l'autonomie de la volonté. Ces idées libérales qui ont guidé cette révolution se manifestent sur le plan philosophique²²³ et sur le plan économique. C'est dans le même sens que SAVIGNY énonce que « *la fonction essentielle du droit est de délimiter et de faire respecter le champ de libre domination de la volonté individuelle. Le rapport de droit définit cet espace réservé à la libre volonté de l'individu*²²⁴ ». L'arbitrage offre beaucoup de liberté et de flexibilité à l'arbitre et aux parties quant à sa procédure. Ainsi, la liberté des parties sur le type d'arbitrage (A) et la liberté des parties quant au droit applicable (B) sont d'une importance capitale en droit de l'arbitrage.

C. La liberté des parties sur le mode d'arbitrage

La liberté des parties sur le choix du type d'arbitrage est fondamentale. Ce choix est déterminant par rapport à l'urgence de la situation. Le choix de l'arbitrage²²⁵ a pour conséquence de soumettre les parties à son règlement qui est conforme à leur volonté. C'est la raison pour laquelle la doctrine²²⁶ estime que la plus grande efficacité de l'arbitrage est obtenue au prix d'un certain affaiblissement de la relation de confiance personnelle qui devrait unir les parties et les arbitres, d'une plus grande lourdeur dans la mise en place du tribunal arbitral sans pour autant toujours donner aux parties les garanties de bonne justice que celles-ci peuvent attendre des juridictions publiques. Dans la pratique, il est constaté que certains acteurs économiques, engagés dans l'arbitrage, souhaitent avoir la plus grande liberté dans le choix des arbitres. Les parties ont alors la possibilité de choisir le type d'arbitrage qui leur convient qu'il s'agisse de l'arbitrage institutionnel (1) ou bien de l'arbitrage ad hoc (2).

²²² La théorie est issue de la philosophie des lumières, elle s'est développée au XVIII^e siècle, et est parfois attribuée à Kant (voir E. Kant, « *Critiques de la raison pratique* », GF Flammarion 2003.) Cette théorie considère que la volonté de l'homme est souveraine : seul un acte de volonté de la personne peut faire qu'elle est engagée, et la personne n'est engagée que dans la mesure de ce qu'elle a voulu.

²²³ Il est bien de souligner que l'autonomie est un dérivé de « autonome », lequel vient du grec « autonomos » - du préfixe auto et du substantif « nomos », ce dernier correspond en latin à « lex », en français « loi » - le droit de se régir par ses propres lois. Le principe de l'autonomie de la volonté est classiquement considéré comme un principe philosophique. Il signifie que chaque individu est un être libre, capable de se lier lui-même, mais seulement par un acte souverain de volonté. La liberté contractuelle se manifeste sous trois formes: la liberté de choisir son contractant, la liberté de déterminer le contenu du contrat, la liberté de contracter ou de ne pas contracter.

²²⁴ A. BUCHER, et A. BONOMI, *Droit international privé*, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2001, 369p. ; p. 89.

²²⁵ Il faut rappeler que le recours à l'arbitrage a pour effet de contribuer à désengorger les juridictions étatiques, dont la lenteur accusée est grandement due au nombre important d'affaires à trancher. La rapidité c'est le fait d'écarter des lenteurs administratives et des formalités de la procédure. Cela a une importance dans la rapidité de l'arbitrage et surtout, il sert à assurer aux décisions arbitrales une qualité et une efficacité. La confidentialité est le caractère réservé d'une information ou d'un traitement dont l'accès est exclusivement limité aux seules personnes admises à la connaître pour les besoins du service, ou aux entités ou processus autorisés, ce qui conduit à une justice conviviale qui peut faciliter la continuation des relations d'affaires.

²²⁶ A. SAKHO, Deux clés de compréhension des atouts de l'arbitrage dans l'espace Ohada, mars 2020, 68p. ; p. 88. <http://www.cres-sn.org>, lu le 23/09/2020.

1. L'arbitrage institutionnel

Particulièrement adapté au commerce international, l'arbitrage institutionnel est aussi appelé arbitrage organisé²²⁷. La doctrine précise que « *l'arbitrage est dit institutionnel lorsqu'il est administré par une institution permanente d'arbitrage, un centre d'arbitrage comme la CCJA, la Chambre d'Arbitrage du Commerce Internationale ou encore la CACI en Côte d'Ivoire*²²⁸ ». Les parties donnent la possibilité à l'institution de mener, de diriger et d'orienter l'arbitrage conformément à ses propres règles de procédure. « *L'intervention des institutions d'arbitrage et l'application de leurs règlements d'arbitrage facilitent incontestablement la constitution du tribunal arbitral, car même si les parties conservent un rôle dans cette phase, tout est prévu pour que les institutions d'arbitrage ne se trouvent pas bloquées par la réticence des parties ou par leur désaccord*²²⁹ ». En droit africain²³⁰, la nécessité est de mettre en place une institution pour prendre en charge l'arbitrage. L'arbitrage institutionnel se distingue fondamentalement par trois éléments essentiels : une autorité, un règlement d'arbitrage, et un secrétariat. En plus de ces caractéristiques, il se particularise par l'existence de centres²³¹ permanents d'arbitrage qui fixent, par leurs règlements, les éléments essentiels de la procédure arbitrale²³²: choix des arbitres, déroulement de l'instance arbitrale, contrôle de la sentence. L'arbitrage institutionnel présente de nombreux avantages comme la rapidité, la qualité, la confidentialité, la liberté de choix des arbitres et une justice conviviale. Dans ce type d'arbitrage, les différentes parties doivent obligatoirement se conformer aux règles de procédure de l'institution. Tout d'abord, il y a une demande qui est adressée au Secrétaire général de l'Institution. Cette demande doit être accompagnée du montant du droit d'enregistrement prévu pour l'introduction de l'affaire. Le différend peut être tranché par un

²²⁷ L'arbitrage institutionnel présente de nombreux avantages comme la rapidité, la qualité, la confidentialité, la liberté de choix des arbitres et une justice conviviale.

²²⁸ A. MOULOUL, L'arbitrage dans l'espace Ohada, Conférence Internationale sur le Droit des Affaires de l'Ohada; Maison du Droit Vietnamo-Française, Hanoï (Vietnam), le 28 janvier 2010, 269p. ; p. 4. <http://www.ohada.com>.

²²⁹ M. A. RAOUF, « *Le choix de l'arbitre : le point de vue des institutions d'arbitrage vers une responsabilité partagée* », Paris 13 juin 2007, 369p. ; p. 10; <https://www.courdecassation.fr>.

²³⁰ Soucieux de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels, Ohada concrétisera son désir d'avoir un centre d'arbitrage dans sa zone géographique et cette mission, inspirée du Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, sera ainsi confiée à la CCJA. Elle est une juridiction supranationale qui a pour rôle d'assurer l'interprétation et l'application commune du Traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes. L'arbitrage institutionnel se distingue fondamentalement par trois éléments essentiels : une autorité, un règlement d'arbitrage, et un secrétariat.

²³¹ Il peut être cité des centres nationaux comme le Centre d'Arbitrage du GICAM (Groupement Inter Patronal du Cameroun), le Centre d'arbitrage, de conciliation et de médiation de la Chambre de Commerce, d'Industrie et d'Agriculture de Dakar (CCIAD), la Cour d'Arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI), et la Chambre d'Arbitrage de Guinée (CAG). Nous pouvons citer aussi un centre régional comme la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) domiciliée à Abidjan (Côte d'Ivoire). Et nous pouvons également citer un centre international comme la Cour internationale de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) de Paris.

²³² Dans ce type d'arbitrage, les différentes parties doivent obligatoirement se conformer aux règles de procédure de l'institution.

arbitre unique ou par trois arbitres. Lorsque les arbitres sont désignés par les parties, leur nomination est soumise à la CCJA pour confirmation. En cas de désaccord ou de défaut des parties sur le nombre ou sur le choix d'arbitres, la CCJA se substitue aux parties pour nommer un arbitre en leur lieu et place, lequel sera choisi sur une liste d'arbitres.

Tout arbitre nommé ou confirmé par la Cour doit être et demeurer indépendant²³³ des parties en cause. La CCJA²³⁴ peut également refuser la démission d'un arbitre.

Le constat général au niveau de la CCJA est l'insuffisance des ressources humaines avec seulement quatre greffiers et trois secrétaires. Les conditions de travail non adéquates du personnel et, surtout, l'absence d'un système de gestion informatisé des affaires contribuent énormément au ralentissement²³⁵ de l'arbitrage. Il faut signaler aussi que beaucoup de personnes ont plus de penchant vers l'arbitrage ad hoc.

2. L'arbitrage ad hoc

L'arbitrage est dit ad hoc lorsqu'il fonctionne en dehors de toute institution permanente²³⁶. L'ensemble de cette procédure repose sur la collaboration arbitrale et les parties²³⁷. Donc, dans cette procédure, le tribunal arbitral n'a pas le soutien d'une institution²³⁸ permanente d'arbitrage. Il est organisé par les parties elles-mêmes qui choisissent librement les arbitres. Autrement dit, les parties déterminent les conditions du déroulement de la procédure. Elles sont entièrement libres de constituer comme elles l'entendent²³⁹, le tribunal arbitral²⁴⁰. Il

²³³ Article 4.1 du Règlement CCJA.

²³⁴ La Cour évalue si la procédure doit se poursuivre et la sentence être revue, malgré l'absence de l'arbitre dont la démission a été refusée. Le but de cette disposition, qui apporte une protection supplémentaire, est de prévenir la démission d'un arbitre qui aurait pour conséquence de torpiller l'arbitrage en fin de procédure. Il est assez intéressant de constater que l'arbitrage institutionnel permet à l'institution d'apporter assistance aux parties sur les règles de procédure.

²³⁵ P. LENDONGO, Bilan et perspectives de la gestion des affaires portées devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Ohada, de l'Ohada de l'installation à 2017, Edition mars 2018, 125p. ; p. 11.

²³⁶ L'arbitrage ad hoc est organisé à l'occasion d'un litige particulier sans recourir aux services d'une structure car son organisation matérielle étant laissée à l'entière discrétion de l'arbitre choisi.

²³⁷ L'arbitrage ad hoc se caractérise par la totale liberté offerte aux parties et aux arbitres. L'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage constitue l'instrument juridique essentiel sur lequel l'arbitrage ad hoc Ohada tire sa principale force. C'est un ensemble de dispositions de nature législative qui régissent les différents aspects de l'arbitrage Ohada. Étant le résultat d'une hybridation du droit français de l'arbitrage et du droit Suisse de l'arbitrage, l'Acte Uniforme est le droit commun de l'arbitrage dans l'espace Ohada ; car ayant la possibilité régir toutes sortes d'arbitrage. L'article 1er dispose qu'il « a vocation à s'appliquer à tout arbitrage » sans exclusion de nature ou de forme.

²³⁸ L'arbitrage ad hoc se déroule sans l'appui d'un centre d'arbitrage conformément aux règles que les parties ou le tribunal arbitral eux-mêmes pourront choisir sous réserve des règles impératives de la loi applicable.

²³⁹ Article 5 Acte Uniforme sur le Droit de l'Arbitrage.

²⁴⁰ L'arbitrage ad hoc repose entièrement sur la confiance des parties. Il est parfois mis en œuvre par défaut, lorsque les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur un règlement d'arbitrage, ou lorsqu'elles ne se sont tout simplement pas posées la question de ce règlement. L'arbitrage ad hoc n'est pas public, contrairement aux jugements des tribunaux étatiques. C'est un atout pour des entreprises qui ne souhaitent pas ternir leur image. Cette procédure offre ainsi une plus grande confidentialité. Aux bénéfices de sa flexibilité, de ses coûts assez modérés en comparaison avec l'arbitrage institutionnel, et de sa rapidité, l'arbitrage ad hoc est devenu une solution naturelle des litiges pour les entreprises. Il répond parfaitement aux attentes des entrepreneurs et opérateurs. Cependant, il faut signaler qu'il y a des risques de blocage. Les parties qui souhaitent une

a l'avantage d'être d'une souplesse dans l'organisation et surtout dans le choix des arbitres, car il y a une absence de liste imposée. Cette procédure permet aux parties de régler d'avance les imprévus dans les contrats en choisissant d'un commun accord la clause d'arbitrage, le droit applicable et l'arbitre qui va les trancher. Le Traité a précisé que « *le différend peut être tranché par un arbitre unique ou par trois arbitres*²⁴¹ ». L'arbitre est donc responsable de tout l'aspect procédural du processus incluant entre autres la preuve admissible et l'exclusion des tiers lors de l'audition. Mais, la désignation du troisième arbitre peut constituer un blocage si les deux arbitres ne s'accordaient pas sur le choix du troisième²⁴². D'ailleurs, les parties à l'arbitrage ad hoc n'ont aucune garantie que le tiers ainsi choisi acceptera, le moment venu, de procéder à la désignation sollicitée. Le principal inconvénient de l'arbitrage ad hoc « *induit nécessairement le risque du choix du ou des arbitres avec les risques de non-respect des obligations de révélation des liens avec les parties ou leurs conseils et de conflits d'intérêts*²⁴³ ». Pour certains praticiens, il ne faut pas douter du fait que l'arbitrage ad hoc soit, en réalité, moins cher que l'arbitrage institutionnel, avec l'absence de frais administratifs avec l'organisme d'arbitrage. C'est pour cette raison qu'ils affirment que « *L'arbitrage ad hoc évite le prélèvement financier opéré par le Centre d'arbitrage en contrepartie de ses prestations de services*²⁴⁴ ». Il est moins onéreux de choisir un seul arbitre au lieu de trois. La liberté d'action des différentes parties au contrat se manifeste aussi dans le choix du droit applicable.

D. La liberté des parties quant au droit applicable

L'arbitrage se caractérise essentiellement par la grande liberté laissée aux parties pour convenir de la procédure à suivre : l'autonomie de la volonté dans l'arbitrage. L'arbitrage est un mécanisme administré par la volonté des parties. Ces dernières ont une grande liberté d'action. Au « *niveau de l'expression de leur choix du droit applicable, les parties ne sont soumises à aucune exigence. Leur volonté n'est soumise à aucune forme particulière*²⁴⁵ ». Ce principe de délimitation de la *lex causae*, qui revient à titre principal aux parties, est universellement accepté par la plupart des systèmes d'arbitrage. La Convention de Genève de

procédure amiable et rapide, peuvent voir l'arbitrage ad hoc très long. Le choix de l'arbitre pour chacune des parties ne pose pas de difficultés.

²⁴¹ Article 22 alinéa 1er du Traité.

²⁴² Article 5, al 2.a de l'Acte Uniforme de l'OHADA sur l'Arbitrage.

²⁴³ R. DAVAKAN, « *l'arbitrage ad hoc comme mode subsidiaire de règlement des conflits* », 2014, <https://www.legavox.fr>, lu le 24/04/2020.

²⁴⁴ Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, n° 270; 259p ; p. 53.

²⁴⁵ J. M. JACQUET, *La loi applicable au fond du litige dans l'arbitrage international*; 369p.; p. 206, <https://webcache.googleusercontent.com>. Lu le 12/04/2019.

1961²⁴⁶, la Convention de Washington de 1965²⁴⁷, le Règlement d'arbitrage de la CNDUCI²⁴⁸, le Règlement d'arbitrage de la CCI²⁴⁹, l'Acte Uniforme sur le droit l'arbitrage Ohada²⁵⁰ et la Loi fédérale suisse²⁵¹ ont tous précisé sans aucune hésitation que les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. À défaut du choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées. L'arbitrage a un fondement culturel en Afrique et plus précisément dans l'espace Ohada. L'arbre à palabre traduisait, par référence, le cadre favorisé pour résoudre les conflits loin du marteau du juge. Ainsi, les parties ont la possibilité de choisir les règles de droit applicables à la résolution du litige (1) ou bien de choisir l'équité (2).

1. Les règles de droit des parties

Le droit applicable au fond du litige est considéré comme un élément fondamental de la mission des arbitres sur lequel les parties ont l'entière maîtrise. C'est dans ce sens que la Résolution de l'Institut de droit international (IDI) précise que « *les parties peuvent indiquer aux arbitres, dans les limites permises par les règles de rattachement de l'État du siège du tribunal arbitral, le droit sur la base duquel la sentence sera rendue quant au fond*²⁵² ». L'arbitre semble, dans cette situation, être cerné par la volonté des parties. Il n'est plus libre dans ses choix d'applications du droit. C'est dans ce sens que Monsieur MEYER a tenu à expliquer que « *lorsque les parties lui (l'arbitre) donnent expressément mission d'appliquer une certaine loi, exclusivement, il ne peut en appliquer une autre; en revanche, il a une certaine latitude, pour écarter, au moins en partie, et de façon motivée, les règles désignées dans le contrat par la clause d'electio juris. Cette clause n'est rien d'autre que l'un des faits du litige qui lui est soumis, et c'est à lui de déterminer les règles de conflit de lois qui feront produire un effet juridique à ce fait*²⁵³ ». Une approche analytique des dispositions précitées relève qu'elles n'ont une marque caractéristique d'éléments d'extranéité. Ces dispositions n'ont de valeurs qu'en matière d'arbitrage international. L'arbitrage est considéré comme international s'il « *met en*

²⁴⁶ Article 7.

²⁴⁷ Article 42.

²⁴⁸ Article 33.

²⁴⁹ Article 17 CCI.

²⁵⁰ Article 15 AU.A.

²⁵¹ Article 187 LDIP.

²⁵² L'article 11, alinéa 2 de la Résolution de 1957.

²⁵³ P. MEYER, « La règle morale dans l'arbitrage international », Études offertes à Pierre BELLET, Litec, 1991, 539p. ; p. 379.

*jeu les intérêts du commerce international*²⁵⁴». La détermination du droit applicable²⁵⁵ est acceptée uniquement pour des litiges internationaux²⁵⁶. Il faut attirer l'attention sur le fait que certains systèmes juridiques préfèrent mettre en place un critère hybride en usant de façon cumulative du critère objectif et du critère subjectif. C'est le cas pour la convention européenne de 1961 dite de Genève²⁵⁷, de l'Italie²⁵⁸, de la Guinée²⁵⁹ et de l'Algérie²⁶⁰ qui précisent est « *international, l'arbitrage qui connaît des litiges relatifs à des intérêts du commerce international et dont l'une des parties a au moins son siège ou son domicile à l'étranger* »²⁶¹. Il est important d'attirer l'attention sur la dualité²⁶² qui existe entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international. Contrairement au droit français et au droit suisse, le droit Ohada a opté pour la même position que le droit de l'Angleterre en ne faisant pas de distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international. C'est pour cette raison que la doctrine a précisé que « *C'est là un premier trait, qui mérite d'être remarqué et approuvé. Le droit de l'Ohada se sépare ainsi du modèle français [...] Non seulement, il fait l'économie des difficultés qui résultent d'une dualité de régime, et de la détermination du critère de l'internationalité. Mais*

²⁵⁴ Article 1492 NCPC.

²⁵⁵ L'arbitrage international répond à deux caractéristiques essentielles. Il s'agit, d'une part, du critère objectif, d'autre part du critère subjectif. Le critère objectif est une conception matérielle du droit français. Il désigne la nature du litige. Il faut signaler que cette perception met en évidence une approche économique de l'internationalité. L'autre critère second est subjectif. Il varie en fonction des droits étatiques. Pour le droit Suisse, il est mis en exergue la nationalité, le domicile ou bien le siège social. Il s'agit ici d'une conception formelle ou juridique de l'internationalité de l'arbitrage. Pour le droit communautaire Ohada et la loi-type de la CNUDCI, l'accent est mis sur le siège du tribunal arbitral qui est pris en compte, le droit Ohada répond à ce dernier critère. La dernière variante est liée aux modalités du contrat. Il s'agit de la localisation du contrat à travers les lieux de conclusion ou d'exécution.

²⁵⁶ Avec l'arbitrage international, il est évident de voir surgir différentes lois compétentes régir probablement différents aspects des litiges. Le plus souvent désigné par « forme hybride de règlement des différends internationaux », l'arbitrage international est un mélange d'éléments de procédure de droit civil et de procédures de Common Law. Le vocable « international » permet de faire la distinction avec l'arbitrage national ou interne propre à un État donné. L'arbitrage international transcende ainsi les espaces étatiques et les frontières nationales.

²⁵⁷ Article. 1^{er}, ch.1 précise que la convention est applicable « aux conventions d'arbitrages conclues pour le règlement des litiges nés ou à naître d'opération du commerce international entre personnes physiques ou morales ayant, au moment de la conclusion de la convention, leur résidence habituelle ou leur siège dans des États contractants différents ».

²⁵⁸ Article 832 CPCI.

²⁵⁹ Article 1181 Code des activités Économiques.

²⁶⁰ Article 458 bis Code de Procédure Civile.

²⁶¹ Cette disposition a le mérite d'intégrer de façon harmonieuse la conception matérielle et celle formelle de l'internationalité de l'arbitrage. La loi-type de la CNUDCI, pour mieux illustrer cette combinaison des deux conceptions de qualification de l'international, a fait intervenir l'arbitre dans quatre situations. En son article premier, alinéa 3, les deux premières dispositions sont des critères subjectifs et les deux dernières, des critères objectifs: « 1- si les parties ont, lors de la conclusion de la convention, leur établissement dans des États différents ; 2- si le siège de l'arbitrage est situé en dehors de l'État de domicile commun des parties ; 3- si une partie substantielle des obligations issues du contrat doit être exécutée en dehors de l'État de domicile des parties ; 4- si le lieu avec lequel l'objet du litige a le lien le plus étroit est situé dans un État autre que celui du domicile des parties ».

²⁶² Si, dans certaines législations comme française, le Législateur a pris le soin de consacrer cette dualité pour apporter quelques restrictions pour protéger une partie de la population avec l'arbitrage interne. Le fait de recourir à l'arbitrage interne semble être considéré comme une exception à la juridiction étatique. L'arbitrage interne est fortement encadré, mieux contrôlé alors que l'arbitrage international va de pair avec le libéralisme. L'arbitre international est devenu le mode usuel du règlement de litiges du commerce international. L'idée est partagée sur le fait que pour qu'une convention arbitrale soit efficace, il faut obligatoirement réduire tout obstacle à son développement. Il s'agit alors de faire disparaître les restrictions face à l'essor de l'arbitrage international. Le régime de l'arbitrage international est beaucoup plus souple et beaucoup plus libéral que le régime de l'arbitrage interne.

surtout, conformément à l'objectif d'intégration économique et juridique régionale²⁶³». La souplesse, désormais, fait craindre l'arbitraire. Face à cette situation, le plus souvent, les différentes parties peuvent inviter les arbitres à statuer en équité.

2. L'admission de l'équité

L'équité²⁶⁴ est un fondement dans le maintien de la paix car elle a pour rôle d'assouplir les règles établies. Elle devient ainsi un fondement important qui a pour rôle d'assouplir ou bien de modérer les règles établies. Certains acteurs économiques ont toujours perçu la loi insuffisante et inadaptée au monde des affaires, surtout lorsqu'elle n'est pas précise. Avec l'arbitrage, la tendance est alors de s'orienter à la recherche d'une décision équitable. De ce fait, le juge qui applique la loi a tendance à être évité pour choisir l'arbitre qui est considéré comme plus équitable. Aristote disait qu'être « *équitable, c'est préférer s'en remettre à un arbitrage plutôt qu'à un jugement des tribunaux, car l'arbitre voit l'équité ; le juge ne voit que la loi ; l'arbitre n'a d'ailleurs été inventé que pour donner force à l'équité* ²⁶⁵ ». L'équité peut être alors appréhendée comme « *un état d'esprit qui veut aller au-delà de ce qui est juste sur le plan légal et peut donc s'opposer à la loi lorsque celle-ci présente des lacunes ou s'avère inadaptée, voire injuste* ²⁶⁶ ». La notion d'équité laisse à l'arbitre, la possibilité de pouvoir déterminer son « *ex aequo et bono* », c'est-à-dire en fonction de ce qui lui semble équitable et ce qui lui semble bon. L'arbitre va alors volontairement s'isoler du droit objectif. Il va naturellement écarter les règles de l'arbitrage car les parties ont estimé que leur application stricte pourrait avoir des effets inégalitaires ou biscornus²⁶⁷. C'est pour cette raison que la doctrine a précisé qu'en arbitrage, « *les parties cherchent à être jugées autrement que ne feraient les juges étatiques* ²⁶⁸ ». Avec l'équité, il faut souligner que par principe, la justice est non écrite. L'arbitre est aussi dans l'obligation de prendre en charge la volonté des parties. C'est ce qui pousse une partie de la doctrine à affirmer que « *l'arbitre, devant prendre en*

²⁶³ P. FOUCHARD, « *L'arbitrage dans l'OHADA* », in International Law FORUM du droit international, 2001, Volume 3, 298p. ; p. 181.

²⁶⁴ La notion d'équité, appliquée à l'arbitrage, est à contenu variable. C'est une notion bien difficile à cerner, car elle est fonctionnelle et a de multiples facettes selon la perception de l'arbitre. L'équité est présentée comme une notion non juridique. Il s'agit principalement d'écarter le droit objectif c'est-à-dire l'ensemble des lois qui organisent le droit des affaires et de se remettre à l'esprit de l'arbitre.

Étymologiquement, l'équité vient du latin « *aequitas* » qui signifie : esprit de justice, de « *aequus* » qui veut dire « *égal* ». L'équité renvoie aux notions d'égalité et de juste proportion. Autrement dit, elle conçoit à un traitement juste, égalitaire et raisonnable d'une chose.

²⁶⁵ J. M. BERTRAND, À propos de la Rhétorique d'Aristote (I, 1373b 1-1374b 23), analyse du processus judiciaire. IV. *Épieikeia*, Janvier 2009 ; Cahiers du Centre G. Glotz 2, Vol. 20, 158p. ; p. 21.

²⁶⁶ <https://www.dictionnaire-juridique.com>, lu le 07/10/2019.

²⁶⁷ 1ère Ch. civ. 6 décembre 2005. BICC n°636 du 15 mars 2006, Legifrance.

²⁶⁸ R. DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, *Economica*, 1982, n° 13, 453p. ; p. 359.

considération ce qu'attendent de lui les parties, doit rechercher la justice plus que de s'attacher en aveugle à un droit étatique²⁶⁹ ». Cette position renvoie l'image de la société africaine traditionnelle²⁷⁰ qui avait pris le soin des pratiques et des règles non coercitives pour la résolution des conflits internes sans violence.

En faisant une comparaison avec le droit communautaire africain, il a été constaté que le législateur Ohada a préféré choisir un autre terme à la place de l'équité: l'amicable composition²⁷¹. La doctrine explique que « *l'amicable composition est un pouvoir particulier que les parties peuvent conférer à l'arbitre*²⁷² ». Les « *parties s'obligent à faire trancher par un ou plusieurs arbitres des litiges susceptibles de les opposer ou qui les opposent déjà*²⁷³ ». Les arbitres « *peuvent également statuer en amiable compositeur lorsque les parties leur ont conféré ce pouvoir*²⁷⁴ ». L'amicable composition c'est « *le pouvoir de l'arbitre de trancher le litige en conformité avec l'équité sans être tenu de suivre, sauf si elles sont d'ordre public, les règles normalement applicables*²⁷⁵ ». Il est bien de préciser que l'amicable composition est peut-être désignée par « arbitrage et équité » pour marquer une différence avec « l'arbitrage en droit ». « *À l'origine, le mot amiable se référait à un rôle de réconciliation, autrement dit, de conciliation. Ce concept, caractérisant normalement la médiation ou la conciliation, a donc été emprunté pour être jumelé à une méthode qui impose sa décision, l'arbitrage*²⁷⁶ ». Il s'agit ici véritablement d'une conversion et d'une évolution profonde l'arbitrage en droit. Dans la même

²⁶⁹ R. DAVID, Iblid., p. 453.

²⁷⁰ C'est la raison pour laquelle Monsieur Amadou DIENG a précisé que « *la palabre constitue incontestablement une caractéristique des sociétés africaines et l'expression d'une véritable culture de paix* » (A. DIENG, « Approche culturelle des ADR en Ohada », 17 et 18 mars 2009, 86p. ; p. 26 ; <http://www.ohada.com>). D'ailleurs, les propos du Monsieur Abdoulaye SAKHO ont éclairé les lanternes car « *à un moment donné de l'histoire de certaines communautés, la nécessité de vivre en harmonie ou tout simplement en paix, la méfiance à l'égard des institutions rattachées à l'autorité et aussi la culture intrinsèque à chaque peuple ont été considérés comme des modalités normales de résolution des différends de tous ordres. On sait que dans certaines sociétés africaines, le cercle familial, voire le clan ou l'ethnie vivant dans un espace géographique donné, dispose d'une compétence exclusive pour certains conflits liés notamment à l'état des personnes et au foncier* » (A. SAKHO, Deux clés de compréhension des atouts de l'arbitrage dans l'espace Ohada, mars 2020, <http://www.cres-sn.org>, lu le 23/09/2020, 69p. ; p. 2.). C'est dans cette même logique que l'arbitrage doit se tenir loin des juges et des règles juridiques. Monsieur DAVID voyait dans l'arbitrage « une institution de paix, une technique non juridique, une procédure, non pas destinée à appliquer le droit, mais à remédier à ses insuffisances » (R. DAVID, La technique de l'arbitrage, moyen de coopération pacifique entre nations de structure différente, in Problèmes de droit contemporains, Tokyo 1962, T.1, 258p. p. 33.). Il faut noter que l'éthique est pratiquement au sein de différents systèmes juridiques. En Suisse, le législateur a consacré l'équité dans l'arbitre. La loi précise que « les parties peuvent autoriser le tribunal arbitral à statuer en équité » (Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP), article 187, al. 2.).

²⁷¹ L'amicable composition est une expression composée de deux termes. Le premier, « amiable » renvoie au fait que la solution proposée aux différentes parties n'est pas imposée comme avec la sentence arbitrale. Le second, « composition » met l'accent sur la volonté des parties à trouver un arrangement. Il est important de signaler que le pouvoir d'amicable compositeur doit obligatoirement émaner de la volonté des parties.

²⁷² Ch. JARROSSON, « L'arbitrage interne. Le contrôle de la sentence », Bulletin d'information de la Cour de cassation, 123p. ; p. 89 ; <https://www.courdecassation.fr>, lu le 23/07/2019.

²⁷³ P. MEYER, « Droit de l'arbitrage », doc. ERSUMA, Octobre 2009, 152p. ; p. 16.

²⁷⁴ Acte Uniforme, article 15, alinéa 2.

²⁷⁵ J. PELLETTIER, L'amicable composition en arbitrage commercial international, coll. CDACI Montréal, Thémis, 1998, 129p. ; p. 1.

²⁷⁶ M. GLOCKSEISEN, « *L'amicable composition: instrument fragile ou assise du renouveau juridique?* », 19 avril 2000, 53p. ; p. 13, <https://www.cfcj-fcjc.org>. Lu le 23/10/2018.

démarche que le droit Suisse et le droit Ohada, la loi-type de la CNUDCI a consacré l'équité dans la gestion des conflits. Elle précise que « *le tribunal arbitral statue ex aequo et bono ou en qualité d'amiable compositeur uniquement si les parties l'y ont expressément autorisé*²⁷⁷ ». Les parties qui sont liées à une convention par leur volonté ne peuvent pas se délier à moins qu'il ait une nouvelle convention.

Section II : Le fondement économique de l'arbitrage

L'arbitrage a incontestablement un fondement économique. Il constitue le mode de résolution de conflits le plus utilisé par les acteurs économiques car il répond aux exigences du monde des affaires commerciales. L'évitement d'un système étatique assez lent et l'insécurité judiciaire donne à l'arbitrage un fondement économique car les acteurs économiques ont de plus en plus recours à ce mode de règlement dans les contentieux commerciaux. Il faut préciser que l'insécurité juridique a eu des conséquences néfastes sur les économies africaines²⁷⁸. Aux lendemains des indépendances, les anciennes colonies françaises se trouvaient donc dans une situation paradoxale²⁷⁹. L'arbitrage constitue un moyen d'attractivité économique. Il contribue au développement économique en favorisant la sécurité judiciaire et juridique pour les opérateurs du commerce international. Ainsi, l'arbitrage peut véritablement faciliter et aider au développement économique des pays membres. Le plus souvent, les États mettent en place une politique d'investissement. Beaucoup de stratégies peuvent être mises en place pour attirer les investisseurs et les capitaux étrangers. La mondialisation de l'économie semble avoir fait de l'arbitrage une justice naturelle du monde économique (paragraphe 2). La doctrine n'hésite plus à affirmer qu'actuellement que « *l'arbitrage est désormais une institution traditionnelle de la vie des affaires sur le plan national, mais aussi et surtout sur le plan international*²⁸⁰ ». Cependant, il faut signaler que l'arbitrage est une justice payante (paragraphe 1).

²⁷⁷ La loi-type de la CNUDCI, article 28 al. 3.

²⁷⁸ En Afrique, l'état des lieux de la situation législative sur l'arbitrage montrait un tableau hétéroclite. Un vide juridique et institutionnel en la matière était observé dans certains pays alors qu'une législation embryonnaire voire lacunaire sur l'arbitrage faisait office de loi dans d'autres pays. Pour le cas de ces derniers, ces lacunes remontaient à l'époque coloniale avec « Le livre III » consacré à l'arbitrage. Il faut préciser que « Le livre III » n'avait pas été étendu aux colonies françaises d'Afrique de sorte que le vide législatif était quasiment complet.

²⁷⁹ Il existait un texte qui admettait la validité de la clause compromissoire. Cette clause qui était un texte restrictif, était exclusivement réservée pour les litiges entre commerçants. Bien que cette loi existe, il n'avait aucune norme de procédure qui permettait à l'arbitrage d'être pratiqué comme il se doit. Face à cette situation, un certain nombre d'États avait perpétué ce vide législatif, dans la mesure où aucune législation spécifique sur l'arbitrage n'avait été mise en vigueur.

²⁸⁰ J. WAMBO, « *L'Arbitrage CCJA, Revue semestrielle d'Études, de Législation, de Jurisprudence et de Pratique Professionnelle en Droit des affaires et en Droit Communautaire* », N° Spécial - Nov-Déc 2011, 154p. ; p. 36 ; <https://revue.ersuma.org>, lu le 23/06/2019.

Paragraphe I : L'arbitrage, une justice payante

Étant une justice privée, l'arbitrage a la particularité d'être d'accès payant. L'arbitrage n'est pas gratuit²⁸¹, ce qui pousse une partie de la doctrine à assimiler l'arbitrage à une « *justice de riches*²⁸² ». La particularité²⁸³ de l'arbitrage est faite de sorte que ce sont les différentes parties qui doivent supporter les dépenses²⁸⁴ liées au fonctionnement du tribunal arbitral. Pour déclencher et poursuivre la procédure arbitrale, les dépenses de fonctionnement de l'arbitrage doivent être versées. Tous les frais procéduraux sont entre les mains des parties à l'arbitrage. Il s'agit des honoraires des arbitres, des frais administratifs de l'institution et des rémunérations des experts nommés par le tribunal. Il est vrai que certaines institutions d'arbitrage organisent presque gratuitement l'arbitrage mais il existe des centres qui sont excessivement coûteux²⁸⁵. Il est bien de préciser que pour l'arbitrage organisé, c'est-à-dire institutionnel, l'organisation prendra en charge la responsabilité de la détermination des frais. C'est dans ce sens que la CCJA a pris le soin de mettre en place une politique de gestion et de fixation des frais procéduraux. De ce fait, la CCJA calcule les frais conformément à son règlement. L'arbitrage Ohada a des frais : les frais administratifs²⁸⁶ du Centre d'arbitrage fixés conformément au barème en vigueur, les honoraires²⁸⁷ du Tribunal arbitral, les frais²⁸⁸ encourus pour toute expertise ou tout autre frais exposé par le Tribunal arbitral dans l'intérêt commun des parties. La gestion des frais pourrait être vue comme le revers de la médaille dans la souplesse procédurale de l'arbitrage. Il s'agit ici de voir l'obligation pécuniaire des frais d'arbitrage (A) et de voir la perception de l'arbitrage considéré comme le tribunal des riches (B).

²⁸¹ W. BEN HAMIDA, et T. CLAY, « *L'argent dans l'arbitrage* », Colloque du 27 juin 2013, Paris, organisé par le Centre Léon Duguit de l'Université d'Évry-Val d'Essonne et le Laboratoire DANTE, Lextenso-Dalloz 2013, 259p. ; p. 192.

²⁸² V. BOUQUET, « *Les entreprises préfèrent les arbitres aux juges* », Droit des affaires, 2014, 231p. ; p. 36. <https://business.lesechos.fr>, lu le 23/04/2016.

²⁸³ L'arbitrage est le mécanisme le plus utilisé pour régler les litiges du commerce international. Il est un moyen de résolution des différends. L'arbitrage offre aux acteurs économiques un système uniforme d'exécution et aussi une réelle flexibilité qui pourront leur permettre d'adapter la procédure à leurs besoins particuliers.

²⁸⁴ La gestion des frais est vue par beaucoup d'acteurs et partisans de l'arbitrage comme le revers de la médaille de la souplesse procédurale de cette justice. D'ailleurs, la doctrine n'hésite pas à préciser que, même si l'arbitrage a beaucoup d'avantages, il n'en demeure pas moins qu'il faut payer les arbitres (contrairement au juge), les frais administratifs (s'il s'agit d'un arbitrage institutionnel) ou louer des locaux pour les réunions et les audiences (s'il s'agit d'un arbitrage ad hoc).

²⁸⁵ A. SAKHO, *op.cit.* p. 9.

²⁸⁶ Frais administratif : toute demande d'arbitrage adressée au Secrétariat du Centre doit être accompagnée du règlement des frais administratifs non récupérables fixés selon le barème en vigueur.

²⁸⁷ Honoraires des arbitres sont fixés selon le barème en annexe lors du dépôt de la demande d'arbitrage ou à la discrétion du Comité de Gestion du Centre lorsque l'intérêt du litige ne peut être évalué avec une précision suffisante.

²⁸⁸ Les frais des arbitres tel que les frais de déplacement, de Secrétariat et de communication dûment justifiés ; la rémunération des services d'experts et d'interprète ; le cas échéant, la location de la salle et de tout matériel nécessaire au bon déroulement de la procédure d'arbitrage.

E. L'obligation pécuniaire aux frais d'arbitrage

Les coûts de l'arbitrage sont très élevés au niveau des centres. Le dépôt d'une demande d'arbitrage va de pair avec certaines obligations pour les parties. Il s'agit essentiellement de verser une certaine somme pour la procédure arbitrale. Il faut préciser que l'ensemble de ces dépenses constituent la charpente pour garantir le bon déroulement de la procédure d'arbitrage. « *Les frais d'arbitrage comprennent les honoraires et frais des arbitres et les frais administratifs [...], les honoraires et frais d'experts nommés par le tribunal arbitral*²⁸⁹ ». Il s'agira de voir, d'abord, le préalable pécuniaire à l'engagement de la procédure arbitrale (1) puis d'étudier, par la suite, l'existence des barèmes de coûts d'arbitrage (2).

1. Le préalable pécuniaire à l'engagement de la procédure arbitrale

Le droit Ohada exige le paiement et le versement de la provision²⁹⁰ pour saisir la CCJA. Le Règlement a précisé que « *la demande doit être accompagnée du montant du droit prévu pour l'introduction des instances dans le barème des frais de la Cour*²⁹¹ ». Le paiement²⁹² d'un droit d'enregistrement est une condition préalable à l'engagement de la procédure. L'article 1^{er} de la décision relative au frais d'arbitrage précise que les parties doivent verser « *une avance de 200,000 francs CFA sur les frais administratifs* ». Tout versement²⁹³ doit se faire moyennant la délivrance d'une quittance. Une décision avertit que la somme d'argent, une fois donnée, « *ce versement n'est pas récupérable et sera porté au crédit du demandeur au titre de la part qui lui incombe des frais administratifs d'arbitrage*²⁹⁴ ». La particularité de l'arbitrage sur la question des frais à payer, c'est qu'il a une possibilité de paiements par petites

²⁸⁹ Article 37 du règlement de chambre de commerce internationale (CCI).

²⁹⁰ La partie s'acquittera des frais administratifs. Il s'agit principalement d'un montant qui permet à l'une des parties de l'arbitrage d'assumer les frais dans le cadre d'une requête présentée devant le tribunal arbitral. Autrement dit, la provision est une somme d'argent qui a pour finalité de prendre en charge l'arbitrage. Il s'agit essentiellement, avec cette somme d'argent, de couvrir tous les frais et dépenses liés à la procédure d'arbitrage.

²⁹¹ Article 5 : Demande d'arbitrage, alinéa f, règlement d'arbitrage de la Cour Commune de justice et d'Arbitrage de l'Ohada.

²⁹² Il faut préciser aussi que l'obligation qui pèse sur les parties concernant le payement des frais de l'institution, découle de la convention d'arbitrage, dans laquelle les parties ont clairement fait référence au règlement de l'institution. Il est bien de noter qu'une fois la demande enregistrée, le Secrétariat Général saisit la Cour pour la fixation des provisions et des frais d'arbitrage, et pour la mise en œuvre de l'arbitrage.

²⁹³ Le versement de la provision se fait par virement bancaire au nom de la Cour. Il peut se faire aussi par chèque certifié ou encore, en espèces auprès du régisseur des menues recettes de la Cour. La demande d'arbitrage n'est pas enregistrée sans le versement. C'est uniquement après paiement qu'est enregistrée la demande d'arbitrage, pour mettre en marche la procédure arbitrale par la constitution du tribunal arbitral. Au niveau de la structure d'arbitrage, est instituée la Régie des recettes et des dépenses. C'est un organe administratif qui est dirigée par un Régisseur nommé par décision du Président de la Cour. La Régie prend en charge les opérations d'encaisse et des dépenses liées aux procédures arbitrales. Autrement dit, c'est sous la supervision du Secrétaire général que sont exécutées, par le Régisseur de la Cour, toutes les opérations d'encaissement ou de paiement liées au déroulement des procédures arbitrales. Au niveau de la CCJA, le paiement est effectué par le demandeur. La décision organisant les frais de la CCJA a précisé en son article 3, les différentes rubriques de dépenses relatives à la provision. Il s'agit essentiellement des « honoraires de l'arbitre et les frais administratifs, les frais éventuels de l'arbitre, les frais de fonctionnement du tribunal arbitral, les honoraires et frais des experts en cas d'expertise ».

²⁹⁴ Décision n° 004/99/CCJA du 3 février 1999 relative aux frais d'arbitrage, approuvée par décision n° 004/99/cm du conseil des ministres du 12 mars 1999 (J.O. Ohada n°8, 15 mai 1999, 182p. ; p. 21)

sommes²⁹⁵. Cependant, l'article 4 de la décision précise que « *la provision ainsi fixée doit être réglée [...] en totalité avant la remise du dossier à l'arbitre* ». La Cour accorde une petite exception pour une partie qui a pu verser plus de ¾ de la provision. La décision précise « *pour les trois quarts au plus, son paiement peut être garanti par une caution bancaire suffisante*²⁹⁶ ». Pour ce cas précis, la Cour a pris la précaution de préciser qu'il appartient au secrétariat général de définir « *les conditions applicables aux garanties bancaires que les parties pourront utiliser*²⁹⁷ ». La Chambre de commerce internationale²⁹⁸ donne la possibilité à la partie impécunieuse la possibilité de redéposer la même demande après le retrait. Pour la plupart des centres, les montants payés pour l'arbitrage ne comprennent pas la taxe sur la valeur ajoutée²⁹⁹ (TVA) ou toutes autres taxes, charges et tous impôts qui pourraient être dus sur les honoraires. Les parties se verront dans l'obligation de s'acquitter du paiement de ces taxes, impôts ou charges et de tous les honoraires supplémentaires des arbitres. Il faut aussi noter que, dans l'arbitrage institutionnel, il est d'usage que le Règlement de l'institution comporte un barème déterminant le mode de calcul de ces frais.

2. L'existence des barèmes de coûts d'arbitrage

Le barème³⁰⁰ est perçu comme étant un outil qui permet d'éviter une analyse individualisée des situations. Autrement dit, « *une grille de lecture qui facilite la qualification des situations de faits, et affecte, à chaque catégorie ainsi précisée, une solution prédéterminée ou un éventail de solutions*³⁰¹ ». Dans le cas général, les centres d'arbitrage mettent en place un barème de frais qui est attaché au Règlement. La doctrine n'a pas hésité à encourager cet outil. C'est pour cette raison que Monsieur CORREA a tenu à préciser que « *la barémisation est ainsi*

²⁹⁵ Il faut aussi noter dans cette situation, en cas d'omission du versement de la provision, la CCJA, par le biais du Secrétaire Général, demande à la partie de s'acquitter du paiement des frais. Ainsi, un délai de 60 jours est accordé à la partie. Passé ce délai, la demande d'arbitrage ne sera plus considérée. Elle est qualifiée comme non avenue.

²⁹⁶ Article 4, al.2 ; Décision n° 004/99/CCJA du 3 février 1999 relative aux frais d'arbitrage, approuvée par décision n° 004/99/cm du conseil des ministres du 12 mars 1999 (J.O. Ohada n°8, 15 mai 1999, op.cit., p. 21).

²⁹⁷ Article 4, al.4 ; Décision n° 004/99/CCJA du 3 février 1999 relative aux frais d'arbitrage, approuvée par décision n° 004/99/cm du conseil des ministres du 12 mars 1999 (J.O. Ohada n°8, 15 mai 1999, idem ; p. 21).

²⁹⁸ L'article 37, alinéa 6 précise « lorsqu'une demande de provision n'est pas satisfaite, le Secrétaire général peut, après consultation du tribunal arbitral, l'inviter à suspendre ses activités et fixer un délai qui ne saurait être inférieur à quinze jours, à l'expiration duquel les demandes auxquelles correspond cette provision seront considérées comme retirées. Si la partie concernée entend s'opposer à cette mesure, il lui appartient de demander, dans le délai ci-dessus, que la question soit tranchée par la Cour. Un tel retrait ne prive pas la partie concernée du droit de réintroduire ultérieurement la même demande dans une autre procédure ».

²⁹⁹ Article 5 de la CCI ; article 13 de la Décision N° 004/99/CM de la CCJA ;

³⁰⁰ Inspiré de la pratique professionnelle, le barème permet de déterminer avec facilité les frais de la procédure d'arbitrage au niveau des centres. C'est d'ailleurs, ce qui permet dans l'arbitrage institutionnel que l'arbitre n'a pas la possibilité de conclure les honoraires avec les parties. Que ce soit directement ou indirectement, cette négociation est impossible. L'impossibilité de négociation entre parties fait que le barème soit qualifiée d'outil rigide qui limite le principe de liberté du juge. Lorsqu'une institution administre l'arbitrage, le régime des coûts est régi par les règlements.

³⁰¹ I. SAYN, « *Les barèmes dans le fonctionnement du droit et de la justice* », in *Le droit mis en barèmes ?*, coll. Actes –thèmes & commentaires, Dalloz, 2014,245p. ; p. 13

advenue [...] pour apporter une réponse à des préoccupations marchandes. Dans l'absolu, elle peut sembler nécessaire³⁰²». L'efficacité du barème se traduit par son applicabilité. Au-delà de la convention d'arbitrage, le choix d'un centre d'arbitrage par les parties, fait option sur l'application du barème. À cet effet, l'Acte Uniforme du Droit de l'arbitrage a été très explicite pour préciser que le simple « fait pour les parties de s'en remettre à un organisme d'arbitrage les engage à appliquer le Règlement d'arbitrage de cet organisme³⁰³». Les parties ont l'obligation de s'y soumettre. D'ailleurs, dans la même logique d'un renforcement de position le Règlement d'arbitrage précise dans ce sens « lorsque les parties sont convenues d'avoir recours à l'arbitrage de la Cour, elles se soumettent [...] au barème des frais d'arbitrage, dans leur rédaction en vigueur à la date de l'introduction de la procédure d'arbitrage³⁰⁴». Les tableaux ci-dessous permettent d'avoir un aperçu sur les honoraires des arbitres au niveau du Centre d'arbitrage de la CCJA.

Tableau 1 : Barème

MONTANT EN LITIGE	FRAIS ADMINISTRATIFS	HONORAIRES D'UN ARBITRE	
		Minimum	Maximum
Jusqu'à 25 000 000	500 000	500 000	10,00 % du montant en litige
De 25 000 001 à 125 000 000	500 000 + 2,00 % du montant supérieur à 25 000 000	500 000 + 1,50 % du montant supérieur à 25 000 000	2 500 000 + 5,00 % du montant supérieur à 25 000 000
De 125 000 001 à 500 000 000	2 500 000 + 1,0 % du montant supérieur à 125 000 000	2 000 000 + 1,00 % du montant supérieur à 125 000 000	7 500 000 + 3,00 % du montant supérieur à 125 000 000
De 500 000 001 à 750 000 000	6 250 000 + 0,40 % du montant supérieur à 500 000 000	5 750 000 + 0,50 % du montant supérieur à 500 000 000	18 750 000 + 2,00 % du montant supérieur à 500 000 000
De 750 000 001 à 1 000 000 000	7 250 000 + 0,20 % du montant supérieur à 1 000 000 000	7 000 000 + 0,30 % du montant supérieur à 750 000 000	23 750 000 + 1,50 % du montant supérieur à 750 000 000
De 1 000 000 001 à 5 000 000 000	7 750 000 + 0,05 % du montant supérieur à 1 000 000 000	7 750 000 + 0,10 % du montant supérieur à 1 000 000 000	27 500 000 + 0,30 % du montant supérieur à 1 000 000 000
Au-dessus de 5 000 000 000	30 000 000	11 750 000 000 + 0,01 % du montant supérieur à 5 000 000 000	39 500 000 + 0,05 % du montant supérieur à 5 000 000 000

³⁰² J. L. CORREA, « La réparation intégrale dans le code des obligations civiles et commerciales », in Y. NDIAYE, J. J.-L. CORREA, A. A. DIOUF (dir.) Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) : cinquante ans après, Vol. 1, Harmattan, 335p. ; p. 139.

³⁰³ Article 10 alinéa 1er de l'AU/DA.

³⁰⁴ Article 10, Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Ohada.

En droit Ohada, pour chaque type de litige, un barème³⁰⁵ est établi en fonction de la valeur du litige. Dans les centres³⁰⁶ d'arbitrage, des méthodes³⁰⁷ de rémunération des arbitres³⁰⁸ pour les travaux réalisés existent. Le barème montre des montants assez élevés montrent qui découragent les salariés à saisir le tribunal arbitral qui est considéré comme la justice des privilégiés.

F. L'arbitrage, le tribunal des privilégiés

«*Pas d'argent, pas d'arbitrage*³⁰⁹». Cette assertion semble décrire la réalité du monde de l'arbitrage. Considérée comme une « *justice business class pour régler leurs litiges. Souvent, l'arbitrage n'est possible que si les deux parties sont de même importance ou de même taille, explique un avocat spécialisé. Ainsi, une multinationale ne peut pas imposer un arbitrage à une PME ou à un particulier, lesquels ont en fait intérêt à saisir la justice classique, moins onéreuse*³¹⁰ ». Ces propos traduisent parfaitement l'importance des moyens financiers³¹¹ dans la justice privée.

³⁰⁵ Pour les institutions d'arbitrage, le barème est un élément dans le dispositif réglementaire du centre et fait entièrement partie du système juridique. Le barème des frais est applicable dans tous les arbitrages administrés par les centres. Étant plus qu'un simple outil de référence, le barème est un dispositif, un appareillage qui renseigne sur la correspondance entre les frais d'arbitrage et les tranches de la somme en litige.

³⁰⁶ L'Afrique est devenue un véritable carrefour de l'arbitrage. 91 centres ou organisations d'arbitrage ont été identifiés dans le continent. (<https://researcharbitrationafrica.com>, Lu le 09/06/2019.) Dans les différents centres, l'existence des tableaux de référence sur les coûts permet d'attirer les parties à l'arbitrage. Le rapport d'enquête 2020 sur l'arbitrage en Afrique a révéélé que 60% des participants ont participé à l'arbitrage institutionnel (<https://alsf.academy>, Lu le 14/01/2021.)

³⁰⁷ Trois méthodes permettent d'évaluer la rémunération des arbitres. Il y a d'abord, la méthode ad valorem. Elle est aussi appelée méthode selon le montant du litige. Dans l'utilisation de cette technique, le centre d'arbitrage facture les parties en tenant compte de la valeur du litige, laquelle doit être entendue comme la somme des demandes des parties. Il y a ensuite la méthode per diem. C'est une somme qui est accordée sur une base journalière. Elle permet de rémunérer le travail par jour. Autrement dit, la rémunération calculée à la journée pour la participation aux activités d'arbitrage. Cette méthode inclut les frais d'hébergement, les repas et les déplacements sur le lieu de la mission ainsi que les menues dépenses. Le calcul du nombre de per diem correspond au nombre de jours. Le calcul se fait par journée de travail. C'est dans ce sens que le CIRDI a précisé dans ses dispositions financières que « des honoraires pour chaque jour pendant lequel il a participé aux sessions du Tribunal, de la Commission ou du Comité dont il est membre » (Article 14, c, frais directs des instances particulières du CIRDI). Il y a enfin la méthode de calcul basée sur une base forfaitaire. Dans cette méthode, il n'est pas pris en compte le montant du litige. Le temps de travail non plus n'est pas pris en compte. La méthode de base forfaitaire est un dispositif qui permet de calculer sur une base réduite. Cette méthode permet une prise en charge globale des activités arbitrales. Cette méthode est appliquée par le CIRDI en faisant référence aux « frais de voyage calculés conformément aux normes établies périodiquement » (Article 14, d, frais directs des instances particulières du CIRDI).

³⁰⁸ L'arbitrage est une justice payante et la plupart des honoraires des arbitres dépendent d'une part de la somme du litige et d'une part, de la complexité du litige. Grâce aux frais, les centres peuvent avoir assez de ressources pour le financement des activités arbitrales. Le paiement des frais d'arbitrage permet de garantir à l'institution de disposer de fonds suffisants pour couvrir le paiement des honoraires et frais des arbitres, ainsi que les frais liés à l'administration de la procédure arbitrale. La majorité des arbitrages qui ont lieu dans les centres, le travail est rémunéré. Dans les centres d'arbitrage, les techniques de détermination des frais de l'arbitrage sont des aspects importants de la gestion des frais. Ces méthodes de déterminations des coûts permettent d'assurer une grande transparence dans l'arbitrage. En mettant en place des tableaux de référence sur les coûts, les centres d'arbitrage mettent l'agent sur la prévisibilité. La disponibilité des tableaux de frais permet aux différentes à l'arbitrage d'avoir à l'avance connaissance du coût de la procédure arbitrale.

³⁰⁹ K. SACHS, « *la protection de la partie faible en arbitrage* » in Gazette du Palais du 17 juillet 2007, n° 198 ; 189p. ; p. 22.

³¹⁰ L. CALIXTE, « *Les limites, risques, périls et dérives de l'arbitrage* », Revue Challenge Septembre 29 août / 4 septembre 2013, 68p. ; p. 25. <http://www.ohada.com>, lu le 04/09/2014.

³¹¹ L'arbitrage a été toujours mis en exergue par les entreprises du fait de sa rapidité et de sa confidentialité. Dans ce sens, pour mieux illustrer cette attirance envers la justice privée, la doctrine renseigne que « près de 90 % des contrats internationaux contiennent une clause d'arbitrage » (A. MOREAUX, « *L'entreprise face au choix de l'arbitrage* », Journal d'information juridique et d'annonces légales, 2014, 53p. ; p. 14. <https://www.affiches-parisiennes.com>, Lu le 07/09/2020). Cependant, les partisans de cette justice ont désigné du doigt la cherté de l'arbitrage. Dans le même ordre d'idée, des praticiens de l'arbitrage

Pour mieux appréhender l'importance de l'argent dans l'arbitrage, il convient de voir l'obligation de partage du paiement des frais (1) d'une part et de voir l'obligation de solidarité dans le règlement des honoraires des arbitres d'autre part (2).

1. L'obligation de contribution aux frais

La loi type de la CNUDCI prévoit que « *les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité*³¹² ». Dans cette même logique, le droit communautaire a précisé que « *les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits*³¹³ ». Une telle option permet de garantir l'équilibre entre les différentes parties au cours de l'arbitrage. D'ailleurs, c'est l'une des principales raisons qui ont poussé la doctrine à affirmer que « *l'égalité doit s'appliquer aussi dans la fixation des provisions pour frais d'arbitrage*³¹⁴ ». Dans l'arbitrage, le principe de paiement³¹⁵ en parts égales est consacré par les centres d'arbitrage. Les parties sont tenues de procéder au paiement de l'avance sur frais à la suite de la cinquante-cinquante division. Autrement dit, les frais sont répartis en parts égales entre les deux parties. Ce principe de « *la division cinquante-cinquante division* » est inscrit dans le Règlement administratif et financier du CIRDI qui prévoit que « *chaque partie paiera la moitié de chaque avance ou taxe supplémentaire*³¹⁶ ». Tous les centres demandent aux parties de payer l'avance à parts égales. Cette situation est la même dans le cadre d'un arbitrage CCI qui précise que chacune des parties doit avancer la moitié des frais estimés, calculés de manière classique en fonction du montant des demandes³¹⁷. Cette répartition permet à chacune des parties de pouvoir supporter la même charge pendant le déroulement de l'arbitrage. La participation à égale part aux frais de l'arbitrage est perçue comme une conséquence directe du fait de l'impartialité du tribunal arbitral. Les centres d'arbitrage prennent la peine de sécuriser l'arbitrage. Ils sont tenus de prendre en considération le fait que « *chaque partie ait simplement*

ont précisé qu'en « dessous de 5 millions d'euros de gain évalué cela ne vaut pas la peine de se lancer dans la procédure d'arbitrage » (A. MOREAUX, *ibid.* p. 23.). Le montant de 5 millions d'euros converti en CFA fait une somme de 3 279 777 236.61CFA. Ces chiffres confirment le fait que « est évoqué le plus souvent à propos des grandes entreprises ». (A. PEZARD, « *L'arbitrage, une procédure accessible aussi aux PME* », La Tribunes, 2013, 185p. ; p. 26.).

³¹² Article 18 de la Loi type de la CNUDCI.

³¹³ Article 9 de l'AUA.

³¹⁴ J. WAMBO, « *L'Arbitrage CCJA* », N° Spécial - Nov-Déc 2011, 153p. ; p. 5. Lu le 12/02/2018.

³¹⁵ Dans l'arbitrage, les frais administratifs sont d'une importance capitale car ils jouent un rôle considérable dans le déroulement du procès arbitral. Ces frais sont primordiaux « dans le but de garantir à l'avance les ressources financières nécessaires à l'exécution de la procédure d'arbitrage » (R. MITROVIC, « *Avance pour couvrir les frais d'arbitrage* », Bulletin ICC (1996), Vol. 7, Non. 2, 242p. p. 88.). Les frais d'arbitrage sont considérés comme de solides piliers pour une bonne procédure d'arbitrage. Il est bien de préciser que les frais de l'arbitrage peuvent être scindés en de deux séries. Il s'agit des frais du centrage d'arbitrage et des frais engagés à titre personnel par les parties pour leur défense. (C. DUCLERCQ, « *Les nouveaux coûts dans l'arbitrage international* » Les cahiers de l'arbitrage, Paris Journal International de l'arbitrage, 982p. ; p. 900.).

³¹⁶ Article 14, 3, (ré), Règlement administratif et financier du CIRDI.

³¹⁷ Articles 36 et 37 du Règlement CCI et l'appendice III.

*un raisonnable*³¹⁸». Il faut cependant signaler que ce principe de «*la division cinquante-cinquante division*» est très critiqué par la doctrine qui pense que «*l'égalité des parties ne s'entend nullement de l'égalité substantielle sur le plan des paiements en provision d'arbitrage, ou d'une égalité par catégories en fonction des demandes principales et reconventionnelles, ni même d'une égalité devant la loi dès lors que la partie pouvant s'acquitter devra le faire, mais que l'autre, qui ne peut, s'en trouverait dispensée sans autre conséquence*³¹⁹».

En droit Ohada, le Règlement a prévu des exceptions en prenant en compte l'impécuniosité d'une partie à l'arbitrage qui peut survenir à tout moment. Le Règlement prévoit que «*si les provisions sont dues à part égales par le ou les demandeurs et le ou les défendeurs, le versement pourra être effectué en totalité par chacune des parties si l'autre s'abstient d'y faire face*³²⁰». Dans la même logique que la CCJA, la CCI a précisé³²¹ «*dans le cas où l'une des parties ne réglerait pas les provisions, l'autre partie est habilitée à y pourvoir*³²²». Dans cette situation, il est bien de préciser que le droit Ohada fait une exception. Dans ce cas, i

l ne fait aucunement peser sur les parties l'obligation solidaire au paiement des frais et honoraires des arbitres.

2. L'obligation de solidarité dans le règlement des honoraires des arbitres

Dans l'arbitrage, il faut aussi prendre en charge le paiement des arbitres. Les honoraires de ces derniers sont le plus souvent très élevés³²³. Il faut même souligner que «*dans*

³¹⁸ G. NEE, Arbitrage commercial international, Deuxième édition 2014, Chapitre 15: Procédures d'arbitrage international, 2584p. ; p. 2172.

³¹⁹ D. COHEN, «*Non-paiement de la provision d'arbitrage, droit d'accès à la justice et égalité des parties : avancée ou menace pour l'arbitrage ?* », The Paris Journal of International Arbitration, 2012 ; 258p. ; p. 164.

³²⁰ Article 11.2 du règlement d'arbitrage OHADA.

³²¹ Il faut noter ici, à travers cette disposition, le droit communautaire africain a pris la peine de prévoir des situations de non paiements de frais d'arbitrage qui peuvent se produire. Le centre d'arbitrage devra alors prendre la peine pour vérifier si véritable la partie impécunieuse est sérieusement dans et incontestablement dans une impossibilité de payer sa part de provision. Il s'agit ici de mettre à la partie d'une partie l'obligation de payer la part de l'autre partie. Il faut attirer l'attention sur ce point qu'il ne s'agit pas d'une impérative ou d'une obligation qui pèse sur la partie qui est dans la situation économique de pouvoir s'acquitter des deux parts à la fois. Il s'agit plutôt d'une possibilité qui pourrait permettre le déclenchement de la procédure arbitrale.

³²² Article 10 - Provision sur les frais d'arbitrage, Règlement d'arbitrage national et international de la CCI.

³²³ La doctrine a rappelé, «*aussi curieux que cela puisse paraître, historiquement, la mission de l'arbitre s'exerçait le plus souvent gratuitement. La situation a bien évolué. De nos jours, la plupart des arbitres sont rémunérés sous forme d'honoraires*» (X. DELPECH, «*Paiement des honoraires des arbitres : obligations solidaires des parties à la convention d'arbitrage*», Dalloz, édition du 10 février 2021, 225p ; p.56 ; lu le 05/01/2019). Le plus souvent, dans les centres d'arbitrage, les honoraires des arbitres sont prévus par le barème. C'est le cas du Centre arbitral de Dakar qui a à son niveau le Comité de gestion. Dans cette situation, le Comité de Gestion du Centre devra alors prendre en charge la désignation du montant à verser aux arbitres. Il faut noter dans ce cas précis que l'intervention du Comité de Gestion du Centre est uniquement opportun lorsque l'intérêt du litige ne peut être évalué avec une précision suffisante. Autrement dit, l'intervention du Comité de Gestion du Centre dans le paiement des arbitres est une modalité exceptionnelle qui pousse le Comité à motiver les honoraires fixés à un montant égal ou supérieur à celui fixé par le barème. Par contre, le paiement de l'arbitre peut aussi résulter de l'appréciation d'une institution

le cadre d'une procédure contentieuse, les coûts peuvent s'étaler sur une dizaine d'années, notamment en cas d'expertises et/ou de recours contre les décisions judiciaires. Ainsi, le coût final d'une procédure d'arbitrage et d'une procédure judiciaire peut être équivalent³²⁴ ». Les frais très élevés liés à la procédure d'arbitrage peuvent trouver une des parties dans une situation d'impécuniosité. Il faut signaler alors, que dans la pratique de l'arbitrage, il peut arriver des imprévus qui sont sources de blocage dans la procédure. Une partie à l'arbitrage peut se trouver dans une situation difficile³²⁵ au point de ne pas pouvoir s'acquitter de ses obligations financières envers l'institution. La rémunération de l'arbitre dans ses missions se trouve alors compromise, lorsque surtout la sentence est déjà rendue et disponible auprès des parties à l'arbitrage. L'impécuniosité devient ainsi une véritable barrière aux paiements des arbitres. Cependant, ces derniers ont la possibilité de se retourner contre une partie pour être payés. L'obligation de payer les honoraires de l'arbitre est solidaire par chacune des parties. Ainsi, un arbitre a la possibilité de demander à l'une ou à l'autre partie le paiement de l'intégralité des honoraires. Cette position est défendue par la jurisprudence française³²⁶. Elle approuve la possibilité de l'astreinte pour l'arbitre d'être payé par une partie³²⁷.

Il est bien de signaler que la possibilité pour les arbitres de se retourner contre les parties est dû au « contrat d'arbitre ». *Le « contrat d'arbitre est le lien contractuel qui dans le cas de l'arbitrage institutionnel, régit les parties à l'organisme ou centre d'arbitrage, choisi par elles pour organiser l'arbitrage ou, s'agissant de l'arbitrage ad hoc, qui les lie aux arbitres³²⁸ »*. Il faut préciser qu'avec l'investiture des arbitres par les parties, il se forme un contrat qui crée d'une part, les droits et les obligations des parties à l'égard du tribunal arbitral, et d'autre part les droits et les devoirs des arbitres. De ce fait, « *la nature solidaire de l'obligation des parties au paiement des frais et honoraires des arbitres résultait du contrat d'arbitre* ». Ce contrat d'arbitre est jugé comme étant de nature commerciale. Ainsi, ce contrat d'arbitre, qui est de nature commerciale, avait une connotation de la solidarité commerciale qui est un mécanisme de solidarité. L'obligation solidaire est celle qui établit entre les parties un lien juridique qui

créée au sein du centre d'arbitrage. La doctrine a tenu à préciser que « les honoraires des arbitres, a fortiori s'il s'agit de sommités, sont relativement élevés. La note finale peut avoir des montants stratosphériques ». (W. BEN HAMIDA, et T. CLAY, « L'argent dans l'arbitrage », Colloque du 27 juin 2013, Paris, organisé par le Centre Léon Duguit de l'Université d'Évry-Val d'Essonne et le Laboratoire DANTE, Lextenso-Dalloz 2013, 183p. ; p. 192.).

³²⁴ C. DUCLERCQ, « *Les coûts de l'arbitrage sont-ils aménageables en présence d'une partie faible ?* », Acte du colloque 9 mai 2016 relatif à l'Arbitrage et la partie faible, JDI n°1, 2017, 257p. ; p. 28.

³²⁵ La partie se trouve alors dans une incapacité totale de pouvoir financer les charges de l'arbitrage. Les difficultés financières et économiques peuvent subvenir après le déclenchement de l'arbitrage.

³²⁶ Arrêt n° 145 du 01 février 2017."

³²⁷ La première chambre civile de la Cour de cassation estime qu'après avoir relevé le caractère international de l'arbitrage, la cour d'appel, qui n'avait pas à se référer à une loi étatique, en a exactement déduit, par une décision motivée, que la nature solidaire de l'obligation des parties au paiement des frais et honoraires des arbitres résultait du contrat d'arbitre, de sorte que cette dernière, non discutée en son montant, n'était pas sérieusement contestable.

³²⁸ <https://www.dictionnaire-juridique.com>, lu le 27/01/2021.

permet de faciliter le paiement. Il faut aussi noter que le caractère international de l'arbitrage implique une obligation solidaire dans le paiement des honoraires des arbitres. L'arbitrage est un outil important pour le développement du secteur commercial. Cependant, il serait intéressant de voir l'effectivité de l'arbitrage dans le monde des affaires.

Paragraphe II : L'effectivité de l'arbitrage dans le monde des affaires

L'arbitrage est un levier d'attraction pour les investisseurs. Au plan mondial, il est noté une tendance de l'investissement pour booster l'économie³²⁹. Ces efforts doivent inspirer l'Afrique dans ce dynamisme³³⁰. Étant conscients que « *les enjeux sont de taille en termes de compétitivité, d'attractivité, de parts de marché, mais, également, en termes d'investissements lourds*³³¹ », les États membres de l'Ohada ont pris la résolution de réformer leur législation³³². L'objectif ainsi déclaré est de renforcer « *la confiance des investisseurs locaux et étrangers, et à améliorer significativement le climat des affaires dans l'espace Ohada*³³³ ». Cette réforme vise aussi à améliorer incontestablement le climat des affaires dans l'espace Ohada. Cette grande innovation vise à impliquer les États dans les procédures arbitrales issues des contrats d'investissements. L'arbitrage d'investissement « *est généralement défini comme le forum arbitral qui accueille des différends opposant un État ou une de ses entités, et une entité privée étrangère réalisant une opération d'investissement dans cet État*³³⁴ ». La particularité de l'arbitrage d'investissement est de donner la possibilité aux investisseurs étrangers d'éviter les juridictions étatiques nationales. Il soulève la plupart du temps des questions générales d'intérêt

³²⁹ La Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement, à propos de son rapport annuel sur l'investissement dans le monde de 2019, a précisé que « la majorité des nouvelles politiques d'investissement sont encore allées dans le sens de la libéralisation, de la promotion et de la facilitation des investissements. De nombreux pays ont levé ou allégé les restrictions à la participation des investisseurs étrangers dans divers secteurs. La tendance à la simplification ou à la rationalisation des procédures administratives s'est poursuivie. En outre, plusieurs pays ont mis en place de nouvelles mesures d'incitation fiscale dans certains secteurs ou certaines régions pour y stimuler l'investissement » (Le rapport sur l'investissement dans le monde de 2019, 125p. ; p. 10. <https://unctad.org>, lu le 24/10/2020.

³³⁰ Il faut rappeler que la plupart des secteurs de la vie économique étaient contrôlés par l'État. Cette situation a pour conséquence le grand désinvestissement. La balkanisation de l'Afrique, à savoir le morcellement territorial du continent a engendré naturellement une balkanisation juridique. Ce qui a eu comme conséquence la perte de confiance dans le système judiciaire des États africains et, subséquemment, la réticence des investisseurs. A. MOULOUL, Comprendre l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), UNIDA, Paris, 2^e éd., 2008, 198p. ; p. 9.

³³¹ K. A. KANE, « *Politique portuaire et protection de l'environnement au Sénégal* », Neptunus, revue Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, vol. 20, 2014 /1;112p. ; p. 1 ; <http://www.cdm.univ-nantes.fr>.

³³² Le 23 et 24 novembre 2017, le législateur Ohada a renouvelé son droit de l'arbitrage par l'adoption d'un nouvel Acte uniforme. Ce nouveau texte juridique se substitue à l'Acte uniforme du 11 mars 1999. En prenant l'option de renforcer la transparence, la célérité et l'efficacité des procédures arbitrales dans l'espace Ohada, le Législateur, par cette réforme, a surtout voulu consolider et fortifier Ces nouveaux textes la confiance des investisseurs nationaux et étrangers. (Acte Uniforme relatif au droit d'arbitrage de 2017). En prenant l'option de renforcer la transparence, la célérité et l'efficacité des procédures arbitrales dans l'espace Ohada, le législateur, par cette réforme, a surtout voulu consolider et fortifier Ces nouveaux textes la confiance des investisseurs nationaux et étrangers.

³³³ Communiqué final de la 45^e session du Conseil des Ministres de l'Ohada, publié le 25/11/2017, <http://www.ohada.com>, le 12/12/2017.

³³⁴ M. KEBE, « *L'attractivité du nouveau droit OHADA de l'Arbitrage* », Afrimag N° 124 - novembre 2018 dans A la une, Droit des affaires, 123p. ; p. 28, <http://www.ohada.com>, lu le 02/10/2020.

public et rarement des questions touchant les différends privés commerciaux internationaux. Le nouvel Acte uniforme précise à son article 3 que « *l'arbitrage peut être fondé sur une convention d'arbitrage ou sur un instrument relatif aux investissements, notamment un code des investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements* ». À la lecture de cette disposition, l'arbitrage n'est plus établi sur la base d'une convention d'arbitrage. La particularité de cette réforme fait que l'arbitrage est fondé par l'existence d'une loi ou bien d'un traité bilatéral ou bien encore d'un traité multilatéral relatif.

Il est très intéressant de constater que le contentieux arbitral relatif aux investissements internationaux a pris une place importante dans le système Ohada. C'est un instrument qui pourrait considérablement mettre en confiance les investisseurs et les attirer en Afrique. D'ailleurs, le rapport de la Conférence des Nations unies sur le Commerce et le Développement³³⁵ a précisé que « *si l'IED mondial a reculé en 2018, les flux à destination de l'Afrique n'ont pas suivi cette tendance. Au contraire, après avoir diminué en 2016 et en 2017, ils ont augmenté en 2018*³³⁶ ». Une lecture analytique de cette hausse peut être due à la réforme Ohada de 2017. Il faut reconnaître que l'Afrique a connu une croissance économique en termes d'attractivité à l'investissement au cours de ces dernières années. Depuis le début de 2017, son taux moyen est de 26,5%. Cependant, en 2020, le rapport a précisé que « *les flux mondiaux d'investissements étrangers directs (IED) pâtiront dans une large mesure des conséquences de la pandémie de COVID-19 et [...] selon les prévisions, les flux d'IED à destination de l'Afrique devraient chuter de 25 à 40 % en 2020*³³⁷ ». Les statistiques sont assez révélatrices de l'apport de l'arbitrage dans l'économie d'un pays, surtout en Afrique. Cependant, il faut signaler que ces chiffres, mettant en exergue la participation de beaucoup de parties africaines dans l'arbitrage international, contrastent avec le nombre insignifiant de praticiens africains désignés. Le rapport de 2018 de l'École des études orientales et africaines (SOAS) fait montrer une disparité des préoccupations³³⁸. Cette lecture était faite depuis longtemps par la doctrine africaine qui avait tenu à préciser sur l'arbitrage que « *son caractère libéral devait en faire une*

³³⁵ La CNUCED est créée en 1964. Elle regroupe tous les pays de l'ONU (193 pays) et pour objectif de favoriser le développement du Tiers-monde. Elle vise à intégrer les pays en développement dans l'économie mondiale de façon à favoriser leur essor. Elle est devenue progressivement une institution compétente, fondée sur le savoir, dont les travaux visent à orienter le débat et la réflexion actuels sur la politique générale du développement, en s'attachant tout particulièrement à faire en sorte que les politiques nationales et l'action internationale concourent ensemble à faire naître le développement durable.

³³⁶ Le rapport sur l'investissement dans le monde de 2019, 125p. ; p. 10. <https://unctad.org>, lu le 24/10/2020.

³³⁷ Le rapport sur l'investissement dans le monde de 2020, iblid. p. 10.

³³⁸ « Les praticiens africains de l'arbitrage sont sous-représentés dans l'arbitrage: au cours de la période visée (2012-2017), 82,2% des répondants n'ont pas siégé en tant qu'arbitre dans un arbitrage international et 58% n'ont pas siégé comme arbitre dans un arbitrage interne. Au cours de la même période, 59,2% des répondants ne sont pas intervenus comme avocats dans un arbitrage international et 40,3% des répondants ne sont pas intervenus en qualité d'avocats dans un arbitrage interne. Les praticiens africains de l'arbitrage soutiennent que leur participation à l'arbitrage international est insignifiante: 74,3% des répondants affirment ne pas participer de manière adéquate à l'arbitrage international. Enquête SOAS sur l'Arbitrage en Afrique Arbitrage Interne et International: Perspectives par les praticiens africains de l'arbitrage 2018, 37p. ; p. 7.

procédure de premier choix pour les investisseurs. Pourtant et malgré l'introduction de l'arbitrage d'investissement par la révision de 2017, malgré le fait que la plupart des litiges mettent en cause le continent et ses acteurs, malgré le fait que notre droit est le plus souvent applicable, il semble que notre arbitrage n'a pas, en pratique, le succès escompté³³⁹». Les propos de Monsieur Abdoulaye SAKHO sont confirmés par le même rapport de l'École des études orientales et africaines (SOAS) de l'Université de Londres, qui renseigne qu'il « existe un solide soutien judiciaire à l'arbitrage en Afrique: 55,7% des répondants ont indiqué que leur système judiciaire était efficace. 32,2% des répondants ont indiqué que leur système judiciaire était moyen. 12,1% des répondants ont indiqué que leur système judiciaire était pauvre ». La réalité renseigne que le retour de la population auprès des tribunaux étatiques semble montrer que celle-ci n'a pas toutes les informations sur l'arbitrage qui est un outil de régulation.

G. L'arbitrage, un outil sous-exploité par les acteurs économiques

Il est assez intéressant de constater que l'arbitrage institutionnel permet à l'institution d'apporter assistance aux parties sur les règles de procédure. Le constat général au niveau de la CCJA est l'insuffisance des ressources humaines avec seulement quatre greffiers et trois secrétaires. Les conditions de travail non adéquates du personnel et, surtout, l'absence d'un système de gestion informatisé des affaires contribuent énormément au ralentissement³⁴⁰ de l'arbitrage. Les statistiques montrent qu'à partir de son installation en 2017, la CCJA a reçu 85 demandes d'arbitrage et seulement 31 sentences d'arbitrage ont été rendues, durant une période de 20 ans. Un bref aperçu des données statistiques permettra de mieux analyser concrètement l'impact de l'arbitrage institutionnel de l'Ohada au niveau de la population.

Tableau 2 : Statistiques³⁴¹ en matière arbitrage de l'installation à 2017

Années	Demandes	Sentences	Incomplet	Désistement	Retrait	Instance
				Radiation		
1999-2001	4	0	1	0	0	0
2002	1	0	1	0	0	0
2003	2	0	0	0	0	0
2004	3	1	0	0	2	0

³³⁹ A. SAKHO, op cit. ; p. 20.

³⁴⁰ P. LENDONGO, Bilan et perspectives de la gestion des affaires portées devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Ohada, de l'Ohada de l'installation à 2017, Edition mars 2018, 125p. ; p. 11.

³⁴¹ P. LENDONGO, Ibid.p.109.

2005	1	2	0	0	0	0
2006	8	0	0	1	0	0
2007	8	1	1	2	0	0
2008	2	4	0	0	0	0
2009	4	4	2	0	0	0
2010	8	2	2	0	0	0
2011	3	0	1	0	0	0
2012	5	1	2	0	0	18
2013	11	3	0	0	0	8
2014	4	3	0	0	0	1
2015	7	3	0	0	0	4
2016	0	0	0	0	0	0
2017	14	7	1	6	0	21
Total	85	31	11	9	2	52

Le graphique ci-dessus montre les évolutions des demandes d'arbitrage au niveau du centre d'arbitrage Ohada de sa création en 2017. Au regard des données, le résultat de l'interprétation du tableau montre que l'arbitrage CCJA, même après plusieurs années d'existence, est caractérisé par la faiblesse du nombre de dossiers traités. Une analyse plus fine fait apparaître une évolution en dents de scie des demandes d'arbitrage. Durant cette période, 66,67 % des demandes n'ont pas atteint le nombre le seuil de 7 demandes. D'ailleurs, en 2016, le centre n'a pas enregistré de demandes d'arbitrage durant toute l'année. L'examen des chiffres sur l'arbitrage CCJA confirme l'idée selon laquelle, au sein de l'espace communautaire Ohada, les acteurs économiques n'ont pas encore intégré le droit de l'arbitrage dans leurs schémas de résolution des différends. Ces derniers semblent avoir tendance à se méfier de la justice privée qui est perçue comme fastidieuse.

1. L'arbitrage, une justice fastidieuse pour les acteurs économiques

La tendance montre un grand épanouissement de l'arbitrage. Les témoignages à travers la doctrine démontrent l'efficacité de cette justice privée car elle une faveur exceptionnelle. La liberté d'action donne aux différentes parties au contrat un grand atout pour le règlement des litiges. Cependant, il faut souligner que l'arbitrage semble avoir, de nos jours, des difficultés quant à la célérité.

Tableau 3 : Statistiques³⁴² sur la durée de traitement en arbitrage Ohada

Moins d'un an	Un à 2 ans	De 3 à 4 ans	Plus de 5 ans
7	15	2	1

La rapidité de l'arbitrage est présentée par beaucoup de partisans comme un argument de taille. À travers un certain nombre de règlements d'arbitrage, il est théoriquement signalé qu'une sentence arbitrale doit être rendue, au plus, dans un délai de 6 mois. Mais force est de constater que, dans la pratique, un bon arbitrage dépasse largement le délai maximal prévu. La célérité de la procédure arbitrale n'est pas aussi évidente. Comme la justice étatique, et malgré la présence de techniciens de l'affaire en cause qui sont des hommes de l'art, l'arbitrage peut durer des mois voire des années. C'est pour cette raison que la doctrine a précisé que malgré l'efficacité de l'arbitrage, « *il est vrai qu'il a perdu beaucoup de sa rapidité. [...] La rapidité, recherchée avec de plus en plus d'acharnement, se voit ainsi, complètement ruinée*³⁴³ ». Les statistiques³⁴⁴ de l'arbitrage Ohada ont montré que la procédure peut durer de 7 mois à plus de 5 ans. La lenteur dans le traitement des demandes d'arbitrage s'est presque généralisée. Ce qui pousse une partie de la doctrine à faire remarquer que « *dans les colloques, les praticiens s'accordent à déclarer que l'arbitrage est frappé d'obésité et qu'une cure d'amaigrissement s'impose. [...] Il ne fait pas de doute que les audiences du tribunal seront plus ou moins efficaces en fonction du choix du lieu, de la remise préalable d'un jeu des principaux documents et l'élaboration d'une liste de questions par les arbitres*³⁴⁵ ». D'ailleurs, la durée de traitement des demandes au niveau du centre d'arbitrage pose certaines interrogations liées à l'efficacité.

Tableau 4 : Statistiques³⁴⁶ sur la durée de traitement des demandes d'arbitrage Ohada

Ordre	Numéros d'enregistrement	Dates de Réception	Nature de décision	Dates Sentence	Durée de traitement
1	001/99/ARB	10/10/99	Incompétence	08/03/00	6mois
2	001/2000/ARB	13/09/00	Sentence	18/06/04	3ans/4mois

³⁴² P. LENDONGO, Ibid. p. 115.

³⁴³ L. M. N'GOUIN CLAIH, « *L'exécution des sentences arbitrales et les voies de recours* », pp.8-12, p.10. Ohadata D-07-11, <http://www.daldewolf.com>.

³⁴⁴ P. LENDONGO, Ibid. p.115

³⁴⁵ S. P. BOGGS, « *Maîtrise du temps et des coûts dans l'arbitrage* », le 1 novembre 2007 publié dans arbitrage - médiation, <https://larevue.squirepattonboggs.com>, lu le 12/03/2018.

³⁴⁶ P. LENDONGO, Ibid. p.115.

3	001/2001/ARB	03/07/01	Sentence	31/06/2005	4 ans/4 mois
4	002/2001/ARB	24/09/01	Incompétence	06/03/02	7 mois/18 jours
5	001/2002/ARB	10/10/02	Incompétence	15/02/02	5 mois/5 jours
6	001/2003/ARB	19/12/03	Sentence définitive	13/10/05	1 an/11 mois
7	001/2004/ARB	06/10/04	Sentence finale	25/05/10	5 ans/7 mois
8	002/2004/ARB	27/10/04	Retrait demande	27/10/04	Néant
9	003/2004/ARB	27/10/04	Retrait demande	27/10/04	Néant
10	001/2006/ARB	12/01/06	Sentence définitive	15/01/07	1 an/3 jours
11	003/2006/ARB	06/03/06	Désistement	17/11/06	9 mois/11 jours
12	003/2006/ARB	19/05/06	Sentence définitive	16/01/08	1 an/9 mois
13	006/2006/ARB	24/10/06	Désistement	17/04/07	7 mois/7 jours
14	006/2006/ARB	24/10/06	Désistement	17/04/07	6 mois/7 jours
15	007/2006/ARB	16/11/06	Sentence définitive	19/11/08	1 an/11 mois
16	007/2006/ARB	16/11/06	Sentence définitive	19/11/08	2 ans/3 jours
17	008/2006/ARB	11/12/06	Sentence définitive	13/11/08	2 ans/2 jours
18	003/2007/ARB	14/02/07	Sentence définitive	24/05/09	2 ans/11 mois
19	004/2007/ARB	08/03/07	Sentence définitive	20/01/09	1 an/11 mois
20	008/2007/ARB	16/11/07	Incompétence	03/12/09	1 an/1 mois
21	002/2008/ARB	25/08/08	Sentence définitive	05/08/10	11mois/20jours
22	001/2009/ARB	18/06/09	Incompétence	19/05/10	1 an/1 jour
23	002/2009/ARB	18/06/09	Sentence définitive	09/08/10	1an/2mois
24	003/2010/ARB	08/04/10	Sentence définitive	30/05/12	2 ans/1 mois

En droit communautaire africain, les statistiques montrent que seulement 07 demandes d'arbitrage ont été traitées en sept mois, soit 1,75% de traitement. Une analyse plus fine des chiffres semble mettre en exergue les motifs de la rapidité de ces demandes sont l'incompétence soulevée par le tribunal arbitral et le désistement. Il a été relevé, sur les 7 demandes qui sont traitées en moins de 7 mois, trois cas d'incompétence et 2 cas de désistement, soit 5 demandes. Les chiffres révèlent que seulement 2 demandes auraient été vidées normalement en moins de 7 mois, soit 0,5%. Du fait de cette lenteur, l'arbitrage donne parfois l'impression d'un système trop lourd. Il n'est pas étonnant, dès lors que les parties de mauvaise foi, qu'elles puissent en profiter, surtout avec les périodes d'échange d'écritures qui sont très longues. La rapidité est un critère pertinent de l'arbitrage. Elle peut porter un coup assez sévère à l'efficacité de la justice en cas de lenteurs excessives. À cause de la lenteur dans les procédures, la justice arbitrale peut

devenir fastidieuse pour les acteurs économiques. Il est vrai que la lenteur est inhérente à toute procédure, mais avec l'arbitrage, certaines parties peuvent en profiter pour retarder une échéance.

L'arbitrage ad hoc est plus souple que l'arbitrage institutionnel. Il est exclusivement basé sur la volonté des parties qui est une marque indélébile de droit de l'arbitrage. Elle se manifeste aussi dans le choix du droit applicable.

2. La faible fréquentation du centre d'arbitrage pour le règlement de litiges commerciaux

Des États comme le Sénégal ont entrepris le développement de véritables méthodes pour la promotion économique. Il s'agit d'avoir une vision d'économie de marché à l'intérieur du pays et surtout de mettre en place des stratégies visant à améliorer le climat des affaires pour attirer les investisseurs étrangers. À travers le code des investissements³⁴⁷, le Sénégal a entrepris une politique hardie de promotion des investissements pour saisir toutes les opportunités pour l'ensemble de l'économie. Beaucoup de pays n'hésitent pas à prendre des mesures spéciales en levant les barrières douanières, en modernisant et en allégeant leur système fiscal et surtout en accordant aux investisseurs des avantages fiscaux substantiels et des mesures destinées de protection surtout contre l'expropriation de biens. D'ailleurs, les États vont jusqu'à insérer dans leur code d'investissement l'arbitrage pour le règlement des différends. C'est le cas pour le Sénégal dans l'article 12 dudit code. Il y avait aussi un véritable éparpillement et une grande hétérogénéité des législations qui avaient vocation à régir les activités de nature économique. Les législations africaines n'étaient plus adaptées aux évolutions économiques récentes. C'est pour cette raison que Kéba MBAYE affirma que *«le droit se présente dans les quatorze pays de la zone franc en habit d'arlequin fait de pièces et de morceaux»³⁴⁸*. Aucune activité économique durable ne peut raisonnablement être entreprise si les *«règles de jeu»* que constituent les règles de droit ne sont pas connues, précises, correctement appliquées et dotées d'une certaine stabilité³⁴⁹. Au Sénégal, les petites et moyennes entreprises (PME) composent essentiellement la base de l'économie. Le rapport global du dernier recensement des entreprises *« a permis de dénombrer 407 882 unités économiques réparties sur l'ensemble du pays. [...] L'environnement des entreprises sénégalaises est marqué par une forte présence de*

³⁴⁷ Décret n° 2004-627 du 7 mai 2004 fixant les modalités d'application de la loi n° 2004-06 du 6 février 2004 portant Code des Investissements.

³⁴⁸ Extrait de l'exposé introductif de Kéba MBAYE in : Séminaire sur l'harmonisation du droit des affaires dans les États africains de la zone franc, Abidjan (Côte d'Ivoire), 19 et 20 avril 1993.

³⁴⁹ P. MEYER, « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », RTDA, 2006 ; 203p. ; p. 151.

petites et moyennes Entreprises (99,8%), dont 81,8% sont des entrepreneurs³⁵⁰». Elles constituent de potentielles sources de croissance pour le développement économique. D'ailleurs, elles représentent « 80 à 90% du tissu des entreprises au Sénégal ». Le rapport de recensement des entreprises a dévoilé la précaire situation économique de beaucoup de structures³⁵¹. Il « a dénombré une part négligeable d'entreprises en arrêt momentané de leurs activités pendant la collecte (0,07%) du fait du manque de fonds (48,8%), de baisse de la vente (16,9%), de l'indisponibilité du personnel (10,2%), du manque de matériels (8,5%) et de l'indisponibilité de local adapté pour exercer leurs activités (5,8%)³⁵²». Ces chiffres illustrent parfaitement les raisons qui font que les PME ne font pas recours à l'arbitrage. D'ailleurs, au Centre d'arbitrage de Dakar, ce sont seulement les grandes entreprises qui le fréquentent. Cela montre aussi la nécessité pour l'Ohada de voir l'utilisation du droit de l'arbitrage.

H. L'utilisation concrète de l'arbitrage en droit Ohada

Le rapport de 2018 de l'École des études orientales et africaines (SOAS) fait montrer une disparité des préoccupations³⁵³. Cette lecture était faite depuis longtemps par la doctrine africaine qui avait tenu à préciser sur l'arbitrage que « *son caractère libéral devait en faire une procédure de premier choix pour les investisseurs. Pourtant et malgré l'introduction de l'arbitrage d'investissement par la révision de 2017, malgré le fait que la plupart des litiges mettent en cause le continent et ses acteurs, malgré le fait que notre droit est le plus souvent applicable, il semble que notre arbitrage n'a pas, en pratique, le succès escompté³⁵⁴* ». Les propos de Monsieur Abdoulaye SAKHO sont confirmés par le même rapport de l'École des études orientales et africaines (SOAS) de l'Université de Londres, qui renseigne qu'il « *existe un solide soutien judiciaire à l'arbitrage en Afrique : 55,7% des répondants ont indiqué que*

³⁵⁰ Résultats du Recensement Général des Entreprises (RGE) 2016, <http://www.ansd.sn>. Lu le 13/02/2021.

³⁵¹ Il faut rappeler que les petites entreprises ont un effectif compris entre un et vingt travailleurs et les chiffres d'affaires hors taxes annuel n'atteignent pas les limites de 50 millions de F CFA pour les entreprises qui effectuent des opérations de livraisons de biens ; 25 millions de F CFA pour celles qui effectuent des opérations de prestations de services et 50 millions de F CFA pour celles qui effectuent des opérations mixtes. Les Moyennes Entreprises ont un effectif inférieur à 250 salariés et les chiffres d'affaires hors taxes annuel sont inférieurs ou égaux à 15 milliards de F CFA. Les Grandes Entreprises ont un effectif supérieur à 250 salariés et un chiffre d'affaires hors taxes annuel supérieur à 15 milliards de francs. Il faut signaler que l'Ohada a défini un statut appelé « statut entreprenant » pour impulser le secteur informel. Il s'agit d'une personne qui est dans le secteur informel et qui a la possibilité d'aller se faire immatriculer pour exercer leurs activités comme le font les commerçants. Cependant, comme le statut ne la convient pas, elle a préféré continuer à exercer ses activités commerciales sans s'immatriculer au registre du commerce.

³⁵² Résultats du Recensement Général des Entreprises (RGE) 2016, <http://www.ansd.sn>. Lu le 13/02/2021.

³⁵³ « Les praticiens africains de l'arbitrage sont sous-représentés dans l'arbitrage: au cours de la période visée (2012-2017), 82,2% des répondants n'ont pas siégé en tant qu'arbitre dans un arbitrage international et 58% n'ont pas siégé comme arbitre dans un arbitrage interne. Au cours de la même période, 59,2% des répondants ne sont pas intervenus comme avocats dans un arbitrage international et 40,3% des répondants ne sont pas intervenus en qualité d'avocats dans un arbitrage interne. Les praticiens africains de l'arbitrage soutiennent que leur participation à l'arbitrage international est insignifiante: 74,3% des répondants affirment ne pas participer de manière adéquate à l'arbitrage international. Enquête SOAS sur l'Arbitrage en Afrique Arbitrage Interne et International: Perspectives par les praticiens africains de l'arbitrage 2018, 37p. ; p. 7.

³⁵⁴ A. SAKHO, op cit. ; p. 20.

leur système judiciaire était efficace. 32,2% des répondants ont indiqué que leur système judiciaire était moyen. 12,1% des répondants ont indiqué que leur système judiciaire était pauvre ». La réalité renseigne que le retour de la population auprès des tribunaux étatiques semble montrer que celle-ci n'a pas toutes les informations sur l'arbitrage qui est un outil de régulation. Il s'agira de voir d'abord la faible fréquentation du centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Dakar pour le règlement de litiges commerciaux (1) et de voir après la préférence de la voie judiciaire par les acteurs économiques pour le règlement de litiges commerciaux (2).

1. La faible fréquentation du centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Dakar pour le règlement de litiges commerciaux

Pour offrir un cadre très favorable aux modes alternatifs de règlement des litiges, le Sénégal a jugé préférable de réformer et promouvoir l'arbitrage. C'est dans ce contexte qu'il faut placer le décret n° 98-493 du 5 juin 1998 relatif à la création d'institutions d'arbitrage. La promotion de l'arbitrage répond aux exigences de rapidité du monde des affaires commerciales favorisant ainsi son recours des acteurs économiques. Il faut rappeler que les lenteurs judiciaires, l'exécution tardive des décisions de justice et l'insuffisante formation des magistrats en droit économique contribuaient énormément à la décadence de l'environnement des affaires en Afrique. Pour faire face à cette insécurité juridique, les autorités étatiques ont décidé d'harmoniser le droit pour avoir des règles modernes et adaptés³⁵⁵ à l'évolution économique dans le monde. Il est aussi bien de préciser qu'avant seul l'arbitrage ad hoc existait au Sénégal. Ce type d'arbitrage n'était pas bien organisé. Il a fallu alors créer une rupture pour mieux régler l'arbitrage à travers une institution permanente. La réforme³⁵⁶ de la procédure civile a montré une réelle volonté de promouvoir l'arbitrage. Il s'agit d'avoir une vision d'économie de marché à l'intérieur³⁵⁷ du pays et surtout de mettre en place des stratégies visant à améliorer le climat des affaires pour attirer les investisseurs étrangers.

Cependant, l'étude de terrain semble montrer que l'attraction du Centre d'arbitrage de Dakar n'a pas encore atteint le point. Étant dans l'impossibilité d'avoir des statistiques officielles du centre d'arbitrage pour les raisons de confidentialité, l'importance des résultats

³⁵⁵ Avant la réforme, en 1998, du droit de l'arbitrage au Sénégal, le Code de procédure civile contenait des dispositions lacunaires en la matière. Les vingt-six articles du Livre VI, intitulé « des arbitrages », reconnaissait la convention d'arbitrage mais ne faisait nullement référence à la clause compromissoire.

³⁵⁶ La loi n° 98-30 du 14 avril 1998 sur l'arbitrage ajoute un Livre VII à la deuxième partie du Code des obligations civiles et commerciales. Elle est complétée par les décrets n° 98-492 du 5 juin 1998 relatif à l'arbitrage interne et international et n° 98-493 du 5 juin 1998 relatif à la création d'institutions d'arbitrage.

³⁵⁷ L'Arrêté du 06 Octobre 1998 portant Agreement de la création de la CAMC.

sont obtenus lors des échanges oraux. Les informations montrent les faibles fréquences de recours du Centre par les acteurs économiques. L'institution qui bénéficie plusieurs dizaines d'années, traite en moyenne vingt (20) dossiers par année. Ce qui veut dire que depuis sa création, le Centre n'a traité que 440 dossiers d'arbitrage. L'examen des chiffres sur l'arbitrage du Centre confirme la non valorisation de l'arbitrage institutionnel. Le constat montre que les entreprises qui ont fait recours aux compétences du Centre sont les entreprises qui ont de grandes capacités financières. Le plus souvent, ces entreprises ont aussi d'excellentes informations et d'expériences en matière d'arbitrage. Les autres types d'entreprises préfèrent éviter le centre d'arbitrage. La principale source du faible taux de fréquentation du Centre semble être la cherté de la justice privée. Les échanges ont révélé deux motifs de rejet de l'arbitrage par les acteurs économiques. Le premier obstacle est d'abord lié à l'aspect psychologique de l'arbitrage. La perception de l'arbitrage est limitée par les acteurs économiques. Ces derniers comprennent par l'arbitrage un moyen de négociation qui permet le rapprochement. Une fois au centre, ils se rendent compte que l'arbitrage est un outil dont l'acte juridique qui a autorité de chose jugée. Le second obstacle est lié à l'aspect financier de l'arbitrage. La prise de connaissance du barème du Centre fait sortir un sentiment de découragement de la part de certains acteurs économiques. L'information sur les frais répartis à part égales entre les parties jusqu'à la fin de la procédure. D'ailleurs l'article 48 précise que dans certaines situations le montant du frais d'arbitrage peut être celui fixé par le barème. Une fois versée, le montant des frais administratifs n'est pas récupérable et reste acquis au Centre. Ces informations illustrent parfaitement les raisons qui font que les salariés ne font pas recours à l'arbitrage. D'ailleurs, le Centre d'arbitrage de Dakar n'a enregistré que deux cas de litiges individuels de travail. Le premier client a par la suite abandonné la saisine. Tous ces éléments semblent montrer aussi que la plupart des acteurs économiques préfèrent la voie judiciaire pour le règlement des différends.

2. La préférence de la voie judiciaire par les acteurs économiques pour le règlement de litiges commerciaux

Au Sénégal, les enquêtes effectuées auprès de certains acteurs économiques semblent confirmer la préférence de la voie judiciaire pour régler les conflits. Les acteurs économiques paraissent être hostiles à toute forme de justice privée qui leur semble être moins protectrice de

leurs intérêts que celle étatique. Le rapport annuel³⁵⁸ de 2019 du Tribunal du Commerce Hors de Dakar du 2 janvier au 31 décembre 2019 montre 5861 demandes inscrites dans le rôle en 12 mois. Il faut préciser que le Tribunal de Commerce Hors Classe de Dakar, créé par la loi N°2017-24 en date du 28 juin 2017, répond aux objectifs de désengorgement des juridictions ainsi que de réduction des délais et des coûts pour faciliter l'exécution plus efficace des contrats. La particularité du tribunal de commerce réside dans la présence des juges non professionnels appelés juges consulaires. Ils sont de véritables spécialistes³⁵⁹ du monde des affaires.

Le décret a précisé que pour être juge consulaire, il faut obligatoirement avoir « *exercé le commerce ou participé à la gestion d'une société commerciale ou à la direction d'une organisation professionnelle ou interprofessionnelle représentative du commerce, de l'industrie ou de l'agriculture ou de tout autre secteur d'activité assimilé*³⁶⁰ ». Aussi, la tentative de conciliation est obligatoire devant le tribunal de commerce et se tient à huis clos.

Tableau 5 : Activités du tribunal de commerce hors classe de Dakar du 2 janvier au 31 décembre 2019

Activités du tribunal de commerce hors classe de Dakar du 2 janvier au 31 décembre 2019				
Mois	Affaires inscrits		Mois	Affaires inscrits
Janvier	504		Juillet	593
février	507		Août	455
Mars	537		Septembre	411
Avril	483		Octobre	555
Mai	361		Novembre	519
Juin	473		Décembre	563
	Total			
	5 861			

³⁵⁸ Les chiffres-clés du contentieux traités par le Tribunal de Commerce Hors Classe de Dakar du 2 janvier au 31 décembre 2019. <http://tribunaldecommerce.sn>.

³⁵⁹ Il est composé de 5 juges professionnels, de 8 juges consulaires, de 8 greffiers, de 2 juristes, de 2 interprètes Judiciaires, de 12 agents de services.

³⁶⁰ Article 10 de la loi N°2017-24 en date du 28 juin 2017.

Il est important de signaler que depuis la création du tribunal du commerce, le taux de fréquentation du Centre d'arbitrage de Dakar a considérablement baissé. Le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Dakar a été créé en 1998 par Décret³⁶¹ pour, d'une part, désengorger les tribunaux étatiques et d'autre part, soutenir la compétitivité de l'économie. Son objectif est aussi de contribuer considérablement à l'amélioration de la sécurité juridique des affaires au Sénégal. Malheureusement, depuis plusieurs années, le Centre d'arbitrage de Dakar ne traite que 20 dossiers par année. Dans le cadre des recherches, le secrétaire permanent de la Cour arbitrale de médiation et de conciliation de Dakar a indiqué le caractère confidentiel des informations. Mais le constat est que le nombre de demandes est considérablement en baisse.

Tableau 6 : Bilan des activités du tribunal de commerce hors classe de Dakar

BILAN DES ACTIVITÉS DU TRIBUNAL DE COMMERCE HORS CLASSE DE DAKAR	
Nombre d'affaires inscrites au rôle	11.450
Nombre de décisions rendues	11.054
Nombre de jugements	3.035
PV de conciliation	284
Procédures collectives	84
Autres statistiques	
Nombre de protêts transcrits	745
Nombre d'appels et oppositions enregistrés	1.488 soit 7,4% des décisions rendues
Valeur du contentieux en 2018 et 2019 (à l'exception des ordonnances de référés)	
Contentieux Général	245.554.068.248 FCFA
dont Contentieux Bancaire	150.375.819.789 FCFA

³⁶¹ Le décret n° 98-493 du 5 juin 1998 relatif à la création d'institutions d'arbitrage.

En termes de quantum, la voie judiciaire³⁶² est mieux plébiscitée que l'arbitrage. Les acteurs économiques semblent être plus en sécurité envers la justice étatique. Il faut signaler aussi que beaucoup de personnes ont plus de penchant vers les acteurs étatiques. La faible fréquentation des centres d'arbitrage montre la non maîtrise des mécanismes de la convention d'arbitrage qui donne une liberté considérable aux différentes parties contractantes. Cette autonomie de la volonté est très limitée en droit du travail qui est un droit indisponible.

CHAPITRE II : LE DROIT DU TRAVAIL : UN DROIT INDISPONIBLE

Les droits qui relèvent du droit social sont indisponibles. La notion d'indisponibilité est très ancienne³⁶³. D'ailleurs, à l'époque romaine, certaines choses comme « *un pont, une route, ou encore la liberté pouvaient être déclarées indisponibles*³⁶⁴ ». Le droit indisponible est défini comme un droit auquel une personne ne peut pas renoncer. « *Cela signifiait, pour l'essentiel, que des choses étaient affectées à un usage et qu'elles ne pouvaient cesser de l'être et par conséquent que personne ne pouvait en disposer en aliénant l'objet. Il était ainsi placé*

³⁶² Bilan des activités du Tribunal de Commerce Hors Classe de Dakar de son installation le 23 février 2018 au 14 février 2020, publié le 19 février 2020, <http://tribunaldecommerce.sn>.

³⁶³ « *La notion d'indisponibilité est très ancienne. À l'époque antique, les choses religieuses, les choses humaines concernant le statut des personnes et les choses publiques étaient déclarées indisponibles. Les choses sacrées, publiquement consacrées à une divinité, étaient grevées de servitudes qui s'envisagent tour à tour et complémentaires de trois points de vue : elles relèvent des dieux (sacrum), elles sont inviolables (sanctum), elles sont soustraites aux usages humains (religiosum). Ces trois qualités se conjuguent comme autant de facettes d'un seul et même interdit, chaque aspect impliquant les deux autres. Les temples dédiés aux dieux étaient en même temps sacrés, saints et religieux : sacrés parce qu'ils appartenaient à la divinité, saints parce qu'à l'intérieur de leurs limites ils étaient rendus inviolables, religieux parce qu'ils étaient indisponibles. Toute chose dite sacrée en ce qu'elle était réservée aux dieux – et sainte de par l'interdit de violation qui l'entourait – était donc nécessairement dite aussi religieuse en ce que, par cette même opération, elle avait été écartée de toute maîtrise et de tout commerce* ». Y. THOMAS, « *L'indisponibilité de la liberté en droit romain* », Dans Hypothèses, 2007, 456p. ; p. 379. <https://www.cairn.info>.

³⁶⁴ M. DUPONT, « *L'indisponibilité, une arme juridique à double tranchant* », publié le 30 novembre 2022, 36p ; p.12 <https://www.lemonde.fr>.

« hors du commerce »³⁶⁵ ». Pour ainsi dire, il ne peut pas être possible de tout faire arbitrer³⁶⁶. En d'autres termes, lorsque le droit est indisponible, l'arbitrage est interdit.

Le droit du travail est la branche du droit qui régit l'ensemble des relations entre employeurs et salariés³⁶⁷. L'État, étant dans l'obligation de créer ce droit au travail pour tous les citoyens et de créer un cadre juridique favorable joue un rôle majeur dans l'environnement des relations contractuelles. Ainsi, les fondements du droit du travail sont intimement liés aux actions³⁶⁸ de l'État. L'intervention étatique en droit du travail est éminemment protectrice envers le travailleur qui est la partie faible dans les relations individuelles de travail (section II) car « *les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler*³⁶⁹ ».

Section I : Les fondements du droit du travail

Le droit du travail constitue un domaine fondamental pour un État³⁷⁰. Monsieur Issac Yankhoba NDIAYE a qualifié le droit du travail comme « *une matière par nature mouvante, étroitement liée aux contingences socio-économiques. C'est ce caractère instable et changeant qui rend la matière complexe*³⁷¹ ». Au Sénégal, si le premier Code du Travail a balisé la piste

³⁶⁵ M. X. CATTO, Le principe d'indisponibilité du corps humain Limites de l'usage économique du corps, Éditeur : LGDJ, Parution, 2018, Vol. 299, 368p. ; p. 25.

³⁶⁶ Il existe des domaines énumérés par l'article 796 du code de procédure civile du Sénégal dans lesquels tout arbitrage est exclu. Il est cité sur ce chapitre les dons et legs d'aliments, logement et vêtements, les séparations d'entre mari et femme, les divorces, questions d'état de la personne et de manière générale toutes les contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public arrêtées à l'article 57 du Code de Procédure civile, notamment les causes qui concernent l'ordre public, l'État, les communes, les Établissements publics, les incidents sur la compétence, les causes intéressant les majeurs incapables.

³⁶⁷ Il a d'abord une signification philosophique dans la mesure où il procède, nécessairement, d'une certaine conception du travail humain qui est considéré comme une simple marchandise ou, au contraire, comme un engagement de toute la personne. C'est pourquoi, d'ailleurs, il entretient un rapport si étroit avec les idéologies. D'une manière générale, plus un droit sera envisagé comme instrument de protection d'une personne, plus il sera indisponible. Au plan individuel, il a une incidence directe sur la vie des salariés, et il influe sur les conditions d'existence de la population. Au plan collectif, il joue un rôle capital pour le maintien de la paix sociale, et sa portée politique apparaît de plus en plus nettement de nos jours. Point n'est besoin, enfin, de mettre l'accent sur ses répercussions économiques. Celles-ci n'ont, certes, été perçues d'abord que de manière empirique – les « conquêtes sociales » ayant pour effet d'accroître les coûts de production –, mais on s'est efforcé bien vite de les faire jouer de façon systématique : dans bien des cas, le droit du travail est ainsi devenu un instrument de la politique économique, au niveau de l'État comme à celui de la profession ou de l'entreprise. À l'inverse, d'ailleurs, il faut noter que les décisions d'ordre économique conditionnent dans une très large mesure le développement du droit de travail. La relation individuelle puise son origine dans le contrat de travail, c'est-à-dire dans un acte juridique passé entre deux parties théoriquement libres et égales. Toutefois, dans les conditions actuelles, ce droit du travail relatif est une exigence de la justice sociale imposant aux gouvernants l'obligation de le faire passer dans la législation positive.

³⁶⁸ « *Le droit de l'homme au travail est absolu, en ce sens qu'on ne peut pas l'empêcher de travailler, mais il n'est que relatif au sens d'un droit à ce qu'on lui donne du travail* » J. LECLERQ, Leçons de droit naturel, tome 4, vol. 2, Wesmael-Charlier, Namur, 1955, 234p. ; p. 45.

³⁶⁹ Art. 22, Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1793.

³⁷⁰ Avec la Déclaration universelle des Droits de l'Homme sur le fait que « *toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage* ». Art. 23, Déclaration universelle des Droits de l'Homme de l'ONU.

³⁷¹ I. Y. NDIAYE, Préface, Droit du travail sénégalais, Henry-Joël TAGUM FOMBENO, L'harmattan Sénégal, 2017, 359p. ; p. 9.

en mettant en place les piliers importants du droit du travail comme la non-discrimination et l'interdiction du travail forcé, le deuxième code est caractérisé par le don d'ubiquité de l'État au niveau des secteurs économiques et sociaux. La présence de cette intervention étatique en droit du travail est de mettre en place un système qui vise à mettre à terme la domination et l'exploitation des travailleurs par les employeurs. Cette présence de l'État sénégalais dans ces différentes sphères ne permettait pas la possibilité aux différents acteurs économiques de prendre des initiatives volontaires pour leurs activités. Il s'agit de l'interventionnisme étatique. L'État, ayant mis en place des politiques de l'emploi, se réserve le monopole d'encadrer l'environnement, la répartition du travail, tout en veillant à appuyer sur certains leviers : le développement économique et la protection sociale. Le droit du travail est alors un instrument de l'intervention étatique (paragraphe I). Il est aussi un domaine de prédilection de l'ordre public (paragraphe II).

Paragraphe I : Le droit du travail, un instrument de l'intervention étatique

Le droit du travail est par excellence un instrument de l'intervention étatique³⁷². Au Sénégal, l'État n'a pas seulement un rôle olympien de contrôle entre le salarié et l'employeur, il agit en établissant des règles du système de relations contractuelles. L'État met en place des règles juridiques destinées à apporter des solutions concrètes et adaptées aux problèmes professionnels auxquels sont confrontés les travailleurs. À travers ces règles, l'État contribue ainsi, à la protection efficace des travailleurs et des entreprises³⁷³. De ce fait, le droit du travail est une discipline dont la quasi-totalité des règles émanent de l'État. C'est un ensemble de dispositions étatiques qui régissent les relations contractuelles de travail. L'obligation générique³⁷⁴ de l'État dans le cadre du droit au travail se perçoit dans l'effort de mettre en place un cadre qui respecte, protège et satisfait le salarié au niveau de son lieu de travail³⁷⁵. Le droit

³⁷² L'État, dans ses missions, a en charge la préservation de la santé des populations. C'est une mission de service public. Il n'a pas pris l'option libérale qui est fondée sur la non-intervention en droit du travail.

³⁷³ Il garantit un travail décent au salarié et une activité productive à l'entreprise dans les contextes économiques mouvants. « *Le travail décent résume les aspirations des êtres humains au travail. Il regroupe l'accès à un travail productif et convenablement rémunéré, la sécurité sur le lieu de travail et la protection sociale pour les familles, de meilleures perspectives de développement personnel et d'insertion sociale, la liberté pour les individus d'exprimer leurs revendications, de s'organiser et de participer aux décisions qui affectent leur vie, et l'égalité des chances et de traitement pour tous, hommes et femmes* ». G. BRÉMOND-SARR, « *Le droit des coopératives en Afrique : réflexions sur l'Acte uniforme de l'Ohada* », ÉPURE - Éditions et presses universitaires de Reims, juin 2021, pp. 221-235 ; p. 230.

³⁷⁴ Cette mission donne à l'État la vocation de protéger le salarié contre la domination de l'employeur. L'obligation générique s'oriente d'une part dans la sécurisation de l'entreprise. Elle comprend aussi l'obligation de garantir l'économie. L'employeur et le salarié sont les deux faces d'une même pièce. Les acteurs, d'une force inégale, sont indispensables pour l'économie d'un pays. Il faut signaler que dans la plupart des États, les gouvernements instaurent un rapport assez particulier avec le droit travail.

³⁷⁵ . Ce volet constitue un élément très important dans la lutte contre le chômage et le sous-emploi. Au Sénégal, ces deux maux demeurent une grande préoccupation pour les autorités sénégalaises. D'ailleurs, les rapports sur le chômage et le sous-emploi

du travail devient alors, un levier entre le capital et le travail, et qui vise à instaurer, entre groupes sociaux et intérêts divergents, la promotion sociale et économique. « *L'entreprise apparaît alors comme une organisation à la fois économique et sociale*³⁷⁶ ». Ainsi, pour l'État, le droit du travail est un droit lié au système politique (A) et il a une finalité sociale (B) dans la politique étatique.

A. Le droit du travail, un droit du système politique

Le droit du travail est un domaine qui est étroitement lié au système politique de l'État. L'amélioration des conditions de travail est l'une des missions de l'État. À travers le droit du travail, l'État a l'obligation d'assurer le développement de l'emploi³⁷⁷. Le travail est un levier clef qui peut considérablement impulser un État à améliorer des conditions de vie des travailleurs³⁷⁸. Il s'agit pour chaque État de prendre des mesures qui visent la satisfaction des besoins essentiels³⁷⁹. Au Sénégal, le système d'exploitation du travail par la contrainte est interdit³⁸⁰. C'est dans ce sens que le Code du Travail affirme avec force que « *le travail forcé ou obligatoire est interdit. L'expression travail forcé ou obligatoire désigne tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque ou d'une sanction et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré*³⁸¹ ». Ce principe est extrêmement important en droit du travail, car le travail forcé est perçu, par toutes les civilisations humaines, comme le contraire, à tout point de vue, du travail libre. C'est d'ailleurs pour cette raison que la doctrine fait savoir que « *le droit du travail contemporain est caractérisé par la reconnaissance très nette des libertés du salarié dans l'entreprise, qu'elles soient appuyées sur le concept de la*

retiennent que « *les taux de chômage de 15,7% et un sous-emploi à 27,7% de la population active en 2015 continuent d'augmenter par rapport à 2002, 2005 et 2011* ». Ces chiffres permettent de comprendre l'importance du droit social pour les autorités étatiques. La lutte contre la pauvreté et pour la prospérité permet à l'État d'agir sur une dimension implicite des politiques de développement et de la promotion de l'emploi. CREFDES, 2019. Évaluation d'impact des programmes de promotion de l'emploi des jeunes au Sénégal : cas de la Convention Nationale État-Employeurs, 50p. ; p. 5.

³⁷⁶ M. L. MORIN, « *Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises* », Revue internationale du Travail, vol. 144 (2005), no 1, 189p. ; p. 8.

³⁷⁷ Il s'agit pour l'État d'avoir une vision qui a pour but de renforcer la politique de l'emploi et surtout de mettre en œuvre une stratégie pour soutenir les entreprises et protéger les salariés. Le droit du travail est alors un instrument très important pour l'amélioration des conditions sociales des salariés. Il permet de sauvegarder de la stabilité économique du pays.

³⁷⁸ Il faut préciser que le 10 juin 2008, l'Organisation internationale du Travail a pris l'engagement « de faire du plein emploi productif et de la possibilité pour chacun, y compris les femmes et les jeunes, de trouver un travail décent, les objectifs fondamentaux des politiques nationales et internationales en la matière et de stratégies nationales de développement ». Adoptée par la Conférence internationale du Travail à sa quatre-vingt-dix-septième session, Genève, 10 juin 2008, 158p. ; p. 2.

³⁷⁹ Avec les orientations internationales de l'Organisation Internationale du Travail, beaucoup de pays membres ont pris l'option de l'émergence d'une politique centrée sur le développement humain durable. Cette politique internationale qui est une suite logique de la lutte contre le travail forcé. Il faut rappeler que le travail forcé « tout travail exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ce dit individu ne s'est pas offert de son plein gré ». Article 2, al, 1, Convention internationale de l'OIT sur le travail forcé.

³⁸⁰ Le législateur sénégalais, pour sa part, a banni catégoriquement le service exigé d'un individu sous la menace d'une peine ou d'une sanction quelconque.

³⁸¹ Article L.4, Code du Travail du Sénégal.

*citoyenneté du salarié ou sur la catégorie des droits fondamentaux*³⁸²». La préservation des emplois, dans ce contexte, devient alors une obligation pour l'État³⁸³. « *Le temps de l'action n'étant point concomitant à celui du bilan. La situation actuelle justifie la prise de mesures de sauvegarde d'institutions sociétales fondamentales, il en est ainsi de l'emploi, phénomène collectif par excellence dont l'organisation et la préservation incombent à l'État*³⁸⁴». C'est dans ce sens que l'État du Sénégal, pour atténuer les effets de la Covid-19 sur l'économie nationale, a lancé un programme³⁸⁵ pour trouver une solution à cette mauvaise situation économique. Il s'agit principalement des mesures financières³⁸⁶ pour accompagner des entreprises affectées par la crise liée à la pandémie. Il y a aussi des mesures fiscales³⁸⁷. Il s'agira, dans cette partie, de voir d'abord le droit du travail qui est un instrument d'amélioration des conditions sociales du travailleur (1) puis de voir le droit du travail comme un instrument de développement économique (2).

1. Le droit du travail, un instrument d'amélioration des conditions sociales du travailleur

« *Le respect des droits fondamentaux dans un système juridique se juge à la lumière de la protection des droits des minorités, des enfants et des femmes*³⁸⁸ ». Au Sénégal, le droit du travail est un pilier fondamental pour l'amélioration des conditions sociales du travailleur. Il est consacré par la Constitution qui dispose que « *chacun a le droit de travailler et le droit de prétendre à un emploi*³⁸⁹ ». L'emploi décent³⁹⁰ va de pair avec les exigences de protection

³⁸² J. M. VERDIER, « *En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme* », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Écrits en l'honneur de Jean SAVATIER, Presses universitaires de France, Paris, 1992, 598p. ; p. 427.

³⁸³ Dans ses missions de préservation et de l'amélioration des conditions de vie de sa population, les pouvoirs publics doivent obligatoirement agir pour ses intérêts. Étant consciente que la bonne santé économique et sociale d'un pays se mesure le plus souvent à la bonne santé de son tissu économique, synonyme d'emploi et de travail, la doctrine africaine a rappelé la responsabilité de l'État devant cette situation inquiétante. La finalité de ce programme est la sauvegarde de la stabilité macroéconomique et financière. Il vise à soutenir le secteur privé et à maintenir les emplois. Cela traduit l'engagement de tous les États à condamner non seulement, mais aussi, à bien vouloir prendre des dispositions législatives internes pour sanctionner une telle pratique. La valorisation de la dignité humaine découle de la liberté du travail.

³⁸⁴ J. L. CORREA, Iblid. ; p. 1.

³⁸⁵ Il a mis en place le Programme de Résilience Économique et Sociale (PES) qui vise à « renforcer le système de santé et soutenir les ménages, la diaspora, les entreprises et leurs salariés ».

³⁸⁶ Type de financement : Crédit moyen terme pour investissement et fonds de roulement, pour création et extension de projets. Montant plafond : Trois cent millions (300) pour les hôtels 4 étoiles et plus ; Deux cent millions (200) pour les hôtels 2 et 3 étoiles ; Cent millions (100) pour toutes les autres structures. Remboursement différé 24 mois (2 ans) avec un taux d'intérêt 3,5%, Durée de remboursement 96 mois (8 ans).

³⁸⁷ L'admission en franchise des droits et taxes d'entrée à l'exclusion des prélèvements communautaires, l'étalement du délai de paiement de la TVA suspendue, la suspension du recouvrement de pénalités droits et taxes éludés et amendes, l'autorisation de mise à la consommation exceptionnelle au-delà du délai réglementaire sans paiement de l'intérêt de retard.

³⁸⁸ M. GAYE, « *L'égalité entre les sexes et protection de la grossesse de la femme salariée au Sénégal* », *Actualités juridiques internationales*, 2023 ; pp. 182-187 ; p. 182. <https://journals.openedition.org>.

³⁸⁹ Article 25 de la Constitution du Sénégal.

³⁹⁰ Il est vrai que la mise en œuvre de ce droit dépend exclusivement de la volonté de travailler ou de ne pas travailler du citoyen. Autrement dit, ce principe constitutionnel donne à tout citoyen la possibilité de choisir librement son métier et sa

sociale et du respect des droits au travail. Cet engagement des États-membres est appuyé par le «*programme de développement durable pour 2030*³⁹¹» qui promeut le travail décent³⁹² comme clé du développement durable intégrant les dimensions sociale et environnementale.

Le point de départ pour l'amélioration de la situation du salarié est la mise en place d'un arsenal juridique. Au-delà, des dispositifs juridiques internationaux relatifs au droit du travail, il s'agit des textes législatifs et réglementaires internes, c'est à dire le Code du Travail, des textes pris en application du Code du Travail du Sénégal³⁹³ et des conventions collectives³⁹⁴. Il faut préciser que le sous-emploi a pris une grande ampleur. Les dernières estimations ont montré qu'au Sénégal, plus de « *la moitié (62,5%) de la population en âge de travailler (âgée de 15 ans ou plus) a participé au marché du travail*³⁹⁵ ». Cependant, il faut signaler que la population en emploi est constituée que « *45,7% de la population en âge de travailler a eu un emploi*³⁹⁶ ». Pour l'amélioration de la situation des travailleurs, l'État doit mettre des stratégies pour pallier certaines situations difficiles que traverse le pays. En termes d'illustration, pour l'année 2020, les activités économiques mondiales ont été négativement impactées par la pandémie de coronavirus (COVID-19³⁹⁷). La doctrine avait alerté en précisant que « *la crise sanitaire induite par la COVID 19 met à rude épreuve les modes classiques de régulation de l'activité économique. Dans une circonstance où l'ordre étatique libéral classique est bouleversé, la verticalité comme principe présidant aux rapports sociaux connaît un regain d'intérêt*³⁹⁸ ». Ces propos de Monsieur CORREA ont été prouvés par les récentes études de l'Agence nationale de la Statistique et de la Démographie (ANSD) qui ont peint un tableau très noir de la situation réelle des entreprises au niveau national. La crise sanitaire s'est accompagné de graves conséquences car les entreprises sont dans l'angoisse et les économies sont en chute libre. D'ailleurs, la conjugaison de crises économiques³⁹⁹ et sanitaires a donné un redoutable coup

profession. La liberté de travail du citoyen va de pair avec son droit à un emploi qui est dans le sillage des obligations de l'État. L'État devra impérativement, pour améliorer les conditions sociales des travailleurs, développer un cadre favorable pour le développement des emplois de qualité.

³⁹¹ Le programme a été adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies lors d'un sommet spécial des Nations Unies du 25 au 27 septembre 2015, à New York.

³⁹² L'opérationnalisation de ces genres d'orientations sociales exige de la part des États deux positions essentielles. Il faut, d'une part, mettre sur pied un cadre législatif qui encadre le droit du travail et, d'autre part, prendre de nouvelles politiques sociales pour assurer l'amélioration des conditions de travail des salariés. Les efforts de l'État doivent s'articuler autour du renforcement de conception, d'élaboration des politiques et des programmes d'emploi.

³⁹³ Loi N° 97-17 du 1er décembre 1997 portant Code du Travail.

³⁹⁴ Convention collective nationale interprofessionnelle du Sénégal.

³⁹⁵ Enquête nationale sur l'Emploi au Sénégal, quatrième trimestre 2018, <http://www.ansd.sn>.

³⁹⁶ Enquête nationale sur l'Emploi au Sénégal, ibid.

³⁹⁷ La nouvelle maladie à coronavirus (Covid-19) s'est vite propagée dans le reste du monde à la suite de son apparition en décembre 2019 dans la ville de Wuhan en Chine.

³⁹⁸ J. L. CORREA, *op cit.*, p.1.

³⁹⁹ La crise financière de 2008 la crise actuelle se caractérise par un « arrêt soudain » de l'économie réelle une désorganisation sans précédent des chaînes de productions mondiales et un ralentissement brutal de l'activité économique. Il y avait la crise de 1929 qui avait conduit à la reconfiguration de l'économie mondiale.

négalif à tous les secteurs économiques. Les dernières statistiques ont montré qu'au Sénégal que « *la crise sanitaire a eu un impact significatif sur l'activité des entreprises industrielles. En effet, 92,5% des entreprises interrogées ont déclaré avoir été impactées par la Covid-19. Parmi celles-ci, l'étude a montré que pour la quasi-totalité d'entre elles (96,0%), il s'agit d'un impact négatif. De plus, la majorité de ces unités de transformation (70,6%) considère que l'activité s'est dégradée de plus de 25%*⁴⁰⁰ ». La crise a fortement entraîné la diminution des échanges commerciaux à l'échelle mondiale.

Au Sénégal, au niveau des entreprises, d'après les enquêtes, il ressort que « *leurs approvisionnements en matières premières, leurs acquisitions de biens d'équipements, leurs productions, leurs parts de marché, leurs chiffres d'affaires ainsi que leurs investissements sont négativement affectés par la pandémie*⁴⁰¹ ». Les perspectives restent très incertaines surtout avec les risques de nouvelles vagues de contagion et de nouvelles diminutions des échanges internationaux. Face à cette situation, des mesures⁴⁰² ont été prises pour limiter sa propagation de la maladie. Les travailleurs sont dans l'angoisse de perdre leur travail à cause d'un chômage technique qui s'accroît. Cette situation met le salarié dans une situation inconfortable car « *l'employeur, se fondant sur l'article L60 du Code du Travail, peut invoquer une difficulté économique ou une réorganisation intérieure afin de procéder à un licenciement collectif ou individuel*⁴⁰³ ». L'entreprise occupe une place importante en droit du travail.

2. Le droit du travail, un droit de l'entreprise

Le droit du travail est une discipline qui a pour objet le salariat⁴⁰⁴. C'est pour cette raison que certains auteurs n'hésitent pas à dire que « *le droit du travail apparaît alors la branche la plus importante des branches du droit économiques*⁴⁰⁵ ». En ce sens, le droit du travail contribue au développement économique et social et à la réduction de la pauvreté. Il devient, ainsi, un instrument au service de l'économie⁴⁰⁶. Il faut signaler que « *la mise sur place d'un*

⁴⁰⁰ Enquête Covid-19 Industrie (ECI), ANSD, novembre 2020, 54p. ; p. 8.

⁴⁰¹ Enquête Covid-19 Ibid, p. 8.

⁴⁰² Il peut être cité la fermeture des frontières, la limitation des activités de commerce, le réaménagement des horaires de travail et l'institution d'un couvre-feu. Ces décisions étatiques ont asphyxié de nombreux secteurs économiques. Plusieurs entreprises sont presque en faillite par manque d'activités. Il est important de rappeler aussi que le tissu économique du Sénégal est essentiellement composé d'acteurs qui sont dans le non formel. Ces derniers sont très vulnérables. Les ménages aussi sont des journaliers pour la plupart.

⁴⁰³ J. L. CORREA, Ibid. ; p. 1.

⁴⁰⁴ Le salariat est la relation économique et sociale qui lie le travailleur et l'employeur dans le cadre d'un contrat de travail. Le droit du travail régit le travail salarié, il est alors important pour l'État d'organiser l'emploi et la vie professionnelle. L'État doit mettre en place une politique industrielle qui vise essentiellement à mettre sur pied une stratégie de développement du tissu industriel. Le droit du travail permet à l'État d'intervenir dans la vie économique par une réglementation minutieuse.

⁴⁰⁵ E. DOCKELS, Droit du travail, relations individuelles, éditions Dalloz, 2005, Paris, 198p.; p. 5.

⁴⁰⁶ L'État du Sénégal, à travers sa politique incitative, a prôné des exemptions de droits de douane (sur 03 ans), de suspension de la TVA (sur 03 ans), des crédits d'impôt de 40% pour l'investissement admissible et déductibles dans les 05 ans, de statut

intéressement des salariés, la structure et le montant des salaires et la limitation du temps sont des éléments qui renforcent la productivité⁴⁰⁷ » au niveau des entreprises. Elles « représentent le pouvoir économique par excellence⁴⁰⁸ ». Étant un levier essentiel de développement économique, l'entreprise a pour fonction de produire des richesses. Elle est un vecteur essentiel pour le développement économique. Les résultats du recensement général des entreprises (RGE) au Sénégal ont révélé que le RGE a permis de « dénombrer 407 882 unités économiques réparties sur l'ensemble du pays⁴⁰⁹ ». Ces unités⁴¹⁰ économiques permettent la création des emplois tout en respectant les normes du travail établies par l'État.

Au Sénégal, l'impact économique des entreprises peut se percevoir à travers les chiffres d'affaires qui correspondent à la somme des prix de vente des marchandises, des produits fabriqués ou des services rendus qui sont facturés par une entreprise à un client. Les dernières études ont révélé que « le chiffre d'affaires généré par l'ensemble des entreprises recensées s'élève à 11 349,7 milliards⁴¹¹ ». Cependant, le contexte mondial sanitaire a négativement impacté sur ces chiffres d'affaires. La crise a occasionné des réductions drastiques des salaires, des décisions de mise en chômage technique et des licenciements en cascade. En réalité, « le nombre d'employés dans le secteur moderne hors administration publique a reculé de 3,0% au troisième trimestre 2020, comparativement à celui de la période correspondante en 2019⁴¹² ».

La situation s'est tellement dégradée que beaucoup d'employeurs ont pris la décision unilatérale de toucher à la baisse des salaires. « La rémunération dans le secteur moderne s'est

de société d'exportation gratuite pour les entreprises de l'agriculture, de l'industrie et des télécommunications tirant au moins 80% de leur chiffre d'affaires de l'exportation, met les entreprises au cœur du développement économique. Les entreprises jouent un important rôle dans la production des richesses.

⁴⁰⁷ E. DOCKELS, Iblid, p. 6.

⁴⁰⁸ C. GOETHALS, A. VINCENT, M. WUNDERLE, « Le pouvoir économique », Dans Dossiers du CRISP ,2013/2 N° 82, 215p. ; p. 11.

⁴⁰⁹ « Cependant, la plupart de ces unités se situent dans la région de Dakar (39,5%), suivie de celles de Thiès (11,5%), Diourbel (9,4%) et Kaolack (5,9%). Les entreprises individuelles (82,3%) sont les plus représentées et elles évoluent majoritairement dans le secteur informel. S'agissant des personnes morales, les Groupements d'Intérêts économiques (GIE) et les Sociétés à Responsabilité limitée (SARL) dominent avec des proportions respectives de 53,7% et 20,3% » Résultats du Recensement Général des Entreprises (RGE), 108p. ; p. 2, <https://www.ansd.sn>.

⁴¹⁰ Elles participent aussi à la protection sociale à travers les versements d'impôts et des propres cotisations qui servent à l'État de mieux renforcer son budget pour la réalisation de ses objectifs. Les entreprises, grâce au droit du travail, permettent de soutenir les entreprises et de mettre les travailleurs dans de bonnes conditions de travail.

⁴¹¹ « Le commerce apparait comme la branche d'activité la plus dynamique, englobant 40,3% du chiffre d'affaires et 32,8% des travailleurs. Le secteur formel génère 83,7% du chiffre d'affaires global. En outre, les grandes entreprises génèrent 69,6% du chiffre d'affaires. Par ailleurs, elles ont plus sollicité des financements auprès des unités d'intermédiation (banques, microfinance, etc.) et des membres de leurs famille ou amis. Les résultats font ressortir que les banques financent une faible part d'entreprises, tandis que la famille ou les tontines appuient principalement les entrepreneurs » Rapport du Recensement général des Entreprises (RGE), op.cit., p. 12.

⁴¹² « Cette situation fait suite à la réduction des effectifs dans la quasi-totalité des sous-secteurs, notamment ceux de l'hébergement et de restauration, des activités immobilières, du transport et d'entrepôt, de l'enseignement, des activités artistiques, sportives et récréatives, des activités de fabrication ainsi que ceux des activités extractives, des activités de fabrication ainsi que ceux des activités extractives. Toutefois, il est noté un relèvement du nombre d'employés dans les secteurs de l'information et la communication, du commerce et de la construction. La baisse des effectifs notée dans les secteurs de l'hébergement et de la restauration, du transport et de l'entrepôt, de l'enseignement ainsi que dans les activités artistiques, sportives et récréatives sont essentiellement liées aux effets néfastes de la pandémie Covid-19 ». Enquête sur l'Emploi, la Rémunération et les Heures de Travail (EERH), 105p. ; p. 2, <https://www.ansd.sn>.

repliée de 2,4% par rapport au troisième trimestre 2019. En effet, la masse salariale s'est établie à 316,2 milliards de FCFA au troisième trimestre 2020 contre 323,9 milliards de FCFA un an plutôt. Cette évolution est consécutive à la baisse de la rémunération dans la quasi-totalité des sous-secteurs, en rapport avec le recul du nombre d'employés. Sur les trois premiers trimestres de 2020, la rémunération dans le secteur moderne s'est aussi contractée de 4,2% par rapport à celle de la même période de 2019⁴¹³ ». Cette situation présentait une réelle menace sur un droit constitutionnel qu'est l'emploi⁴¹⁴. Pour sauvegarder l'emploi, une ordonnance⁴¹⁵ a pris des mesures en prévoyant le minimum de rémunération garantie à tout travailleur à une somme qui ne saurait être inférieure ni au salaire minimum interprofessionnel garanti ni à 70% du salaire moyen net payé des 3 derniers mois d'activité si l'employeur décide de recourir au chômage technique⁴¹⁶. Toutes ces mesures étatiques visent à maintenir la cohésion sociale.

B. La finalité sociale du droit du travail

Pour favoriser le bien-être social, l'OIT⁴¹⁷ a mis en place des cadres juridiques⁴¹⁸ qui ont une influence croissante sur les droits nationaux des pays membres. La protection sociale⁴¹⁹ est un élément essentiel dans la vie du travailleur. Cette sécurité sociale est devenue un droit humain consacré aux niveaux national et international⁴²⁰. Le Sénégal a pris un engagement de « *prendre et renforcer des mesures de protection sociale [...] durables et adaptées aux circonstances nationales, en particulier [...] l'extension de la sécurité sociale à tous*⁴²¹ ». Ce sont des orientations fondamentales de l'OIT qui encouragent énormément les États membres

⁴¹³ Enquête Iblid ; p. 3, <https://www.ansd.sn>.

⁴¹⁴ « Article 25 : Chacun a le droit de travailler et le droit de prétendre à un emploi. »

⁴¹⁵ La loi d'habilitation n° 2020-13 du 2 avril 2020 qui lui donne la possibilité de prendre des mesures relevant du domaine de la loi, l'État du Sénégal, pour sauvegarder l'emploi, a adopté l'ordonnance n° 001-2020 du 8 avril 2020 qui aménage des mesures dérogatoires au licenciement et au chômage technique.

⁴¹⁶ L'ordonnance, art. 3, al. 1. La loi d'habilitation n° 2020-13 du 2 avril 2020 qui lui donne la possibilité de prendre des mesures relevant du domaine de la loi, l'État du Sénégal, pour sauvegarder l'emploi, a adopté l'ordonnance n° 001-2020 du 8 avril 2020 qui aménage des mesures dérogatoires au licenciement et au chômage technique.

⁴¹⁷ L'Organisation internationale du Travail met insiste sur les stratégies à prendre par les autorités étatiques pour protéger les droits des travailleurs en matière de salaires et surtout de garantir les conditions d'existence convenables des salariés. C'est l'une des améliorations à apporter d'urgence afin de combattre la misère et les privations dont souffre un grand nombre de personnes ainsi que le mécontentement social qui en résulte, de sorte que puisse régner la paix universelle.

⁴¹⁸ Convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930, Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949, Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération, 1951, Convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé, 1957, Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, Convention (n° 138) sur l'âge minimum, 1973, Convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants, 1999.

⁴¹⁹ La protection sociale est perçue comme « *un investissement dans les hommes et les femmes leur donnant la capacité de s'adapter aux changements de l'économie et du marché du travail et que les systèmes de sécurité sociale agissent en tant qu'amortisseurs sociaux et économiques automatiques et qu'ils contribuent à stimuler la demande globale en période de crise et au-delà ainsi qu'à favoriser la transition vers une économie plus durable* ». R202 - Recommandation (n° 202) sur les socles de protection sociale, 2012.

⁴²⁰ Convention (n° 118) sur l'égalité de traitement (sécurité sociale), 1962, Convention (n° 157) sur la conservation des droits en matière de sécurité sociale, 1982, Recommandation (n° 202) sur les socles de protection sociale, 2012.

⁴²¹ Déclaration sur la justice sociale.

à mettre en place des politiques de sécurité sociale efficaces pour les travailleurs. Elles sont des axes qui permettent de sécuriser l'emploi tout en contribuant à prévenir des risques dans le cadre professionnel. La doctrine a toujours montré l'importance du droit du travail en affirmant que « *le contrat de travail a un caractère alimentaire*⁴²² ». Parmi les principes et les méthodes devant orienter la politique des États Membres, ce même texte mentionne le paiement d'un salaire assurant aux travailleurs « *un niveau de vie convenable tel qu'on le comprend dans leur temps et dans leur pays* ». Le législateur, dans le cadre de la stabilité familiale du salarié, accorde une grande valeur au salaire⁴²³. Au-delà de la forme de reconnaissance du niveau de compétence d'une personne, dans la grande majorité, le salaire apparaît être le seul revenu du salarié grâce auquel celui-ci assure sa subsistance et celle de sa famille. C'est alors un outil important pour prévenir l'insécurité sociale. Il s'agira pour l'État de veiller à la stabilité du salaire (1) et aussi à la participation des travailleurs dans l'entreprise (2).

1. La stabilité du salaire

Le salaire⁴²⁴ est une norme sociale qui contribue énormément à la stabilité de la famille. « *Les fonctions sociales du salaire sont alors abordées selon une vision humanitaire et sociale, vision qui va rattacher la sécurité des revenus du travailleur, non plus au seul contrat de travail mais à l'emploi et au poste de travail*⁴²⁵ ». Le salaire⁴²⁶ présente alors un caractère alimentaire, non seulement pour l'intéressé, mais aussi pour sa famille. Il est un aspect très important sur les conditions de travail et aussi sur la vie du salarié. D'ailleurs, les normes internationales⁴²⁷ ont accordé une valeur primordiale à la protection du salaire. Le législateur a assuré une obligation de rémunération minimale⁴²⁸. « *Le salaire minimum interprofessionnel garanti (SMIG) est un*

⁴²² D. BA, « *La protection des salaires par le droit du travail : entre contrainte et flexibilité* », 2010, 108p. ; p. 58. <https://blogavocat.fr>. Lu le 24/08/2020.

⁴²³ La Déclaration de Philadelphie concernant les buts et les objectifs de l'OIT adoptée en 1994 affirme à nouveau que la pauvreté, où qu'elle existe Jusqu'à ce moment, la Conférence n'avait traité qu'accessoirement les problèmes de la protection du salaire en adoptant une série de résolutions ainsi que quelques dispositions dans certaines conventions et recommandations.

⁴²⁴ Le vocable salaire vient du latin « *salarium* » dérivé de « *sal* » qui signifie le « *sel* ». « *Le « salarium » est la solde versée aux troupes romaines en « sal », c'est-à-dire en sel* » (G. N. PASQUET, « *Le sel du salaire* », *Revue le sociographe*, 2019, deuxième édition 2 n° 66, 245p. p. 5.). À l'époque romaine antique, le sel avait une grande valeur pour les romains. C'était un produit indispensable pour l'alimentation. En plus du caractère alimentaire, le sel servait comme monnaie d'échange. De la notion de « *salarium* » qui désignait la ration de sel fournie aux légionnaires romains, le salaire a une connotation d'indemnité en argent versée pour acheter le sel (*salarium argentum*). « *En Afrique aussi, le sel a servi de mesure des échanges. Avec lui on obtenait sorgho, haricots, beurre et bananes. Pour les échanges, on le préparait en pains protégés par une enveloppe de feuilles, de bois ou de cuir. Plus on s'éloignait des salines, plus augmentait son prix. La valeur attachée au sel était grande. En Éthiopie, la barre de sel servait aussi à acquitter taxes et tributs* » (<https://www.universalis.fr>. Lu le 17/01/2021).

⁴²⁵ L. BORSALI HAMDAN, « *Évolution des fonctions sociales du salaire* », *La revue regards sur le droit social*, volume 4, Numéro 1, 175p. ; p. 1.

⁴²⁶ La particularité du caractère largement alimentaire du salaire permet à l'État de se pencher sur ce volet pour protéger le secteur social. Il s'agit de garantir et d'assurer les revenus du salarié contre les abus des employeurs.

⁴²⁷ La Convention n° 95, 1949, et la recommandation n° 85, 1949, sur la protection du salaire.

⁴²⁸ Décret no 96-154 du 19 février 1996 fixant les salaires minima interprofessionnels et agricoles garantis.

*minimum réglementaire au-dessous duquel aucun salaire ne peut être fixé sous peine de sanctions pénales et civiles. Ce salaire minimum doit permettre au travailleur de subvenir aux besoins de la vie courante*⁴²⁹». Le législateur dans le même sens a estimé que «*le taux horaire du salaire minimum interprofessionnel garanti (SMIG) des travailleurs relevant des professions soumises au régime de la durée légale hebdomadaire de travail de quarante heures est fixé ainsi qu'il suit : - 302,890 francs CFA à compter du 1^{er} juin 2018 ; - 317,313 francs CFA à compter du 1^{er} janvier 2019 ; - 333,808 francs CFA à compter du 1^{er} décembre 2019*⁴³⁰».

La protection sociale est d'une importance capitale. C'est d'ailleurs, l'une des principales raisons qui ont poussé la mise⁴³¹ en place par les gouvernements, les employeurs et les travailleurs, de la « *Déclaration sur les entreprises multinationales*⁴³² ». Cette déclaration est renforcée par la Convention⁴³³ n° 102 qui précise « *le niveau minimal des prestations de sécurité sociale et les conditions de leur attribution ainsi que les neuf branches principales*⁴³⁴ *dans lesquelles la protection est garantie*⁴³⁵ ». Ainsi, en droit du travail, les mesures en sécurité sociale sont des réponses proposées par les autorités étatiques. Il s'agit de mettre en place une stratégie de garantie à moindre coût de la prise en charge de la santé des travailleurs et aussi des membres de leurs familles. L'État, à travers la réforme entrée en vigueur en mars 2013, a imposé aux employeurs ayant plus de 300 salariés dans l'entreprise de créer ou d'affilier obligatoirement tous leurs employés d'une institution de prévoyance maladie (IPM)⁴³⁶. Il faut préciser que le risque maladie n'est pas garanti dans le cadre du Code de la sécurité sociale⁴³⁷ mais dans les dispositions du Code du Travail issues de la relative aux Institutions de

⁴²⁹ H. J. TAGUM FOMBENO, Droit du travail sénégalais, L'harmattan Sénégal, 2017, 286p. ; p. 182.

⁴³⁰ Décret no 96-154 du 19 février 1996 fixant les salaires minima interprofessionnels et agricoles garantis.

⁴³¹ Il s'agit d'un outil international qui sert d'orientations aux entreprises pour la mise en place d'une politique sociale prenant en compte l'emploi, la formation, les conditions de travail et de santé, et des relations professionnelles.

⁴³² Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale - 5ème édition (mars 2017).

⁴³³ Cette convention fixe le contenu de la sécurité sociale et les objectifs en la matière. Elle donne la prérogative aux États de gérer l'organisation administrative et financière. Dans ce même sillage, l'État prend en charge la protection sociale vise en mettant en place des stratégies et des mécanismes qui mettent de pallier aux conséquences financières des risques sociaux. Il s'agit alors pour l'État de mettre en œuvre une politique qui consiste à protéger les salariés contre certains risques sociaux comme la maternité, maladie, invalidité, etc. Ces risques sont perçus comme situations qui peuvent affecter négativement la sécurité économique du salarié et sa famille en provoquant une diminution de revenus financières. Il peut s'agir d'une baisse de ressources ou d'une hausse de dépenses. Il s'agit de la vieillesse, les accidents du travail, la maladie, l'invalidité, le chômage, la maternité, etc. L'ensemble de ces éléments conjugués exige une prévention absolue des risques pour préserver les travailleurs. Le risque qui est un événement causant un dommage, est social car partagé par un ensemble de travailleurs.

⁴³⁴ Il s'agit des soins médicaux, indemnités de maladie, prestations de chômage, prestations de vieillesse, prestations en cas d'accident du travail et de maladie professionnelle, prestations familiales, prestations de maternité, prestations d'invalidité et prestations de survivants.

⁴³⁵ Convention n° 102 concernant la sécurité sociale (norme minimum), 1952

⁴³⁶ Cette affiliation protège les salariés en leur garantissant une couverture maladie. Elle permet aux salariés de pouvoir bénéficier prestations familiales, d'obtenir des réparations sous forme de prise en charge et de remboursement des frais en cas de maladie et en cas d'accident. En droit sénégalais, l'État a pris en charge tous les risques sauf le chômage. Les risques vieillesse, maladie, invalidité et maternité renvoient respectivement à la retraite, à la couverture maladie de droit commun, à l'indemnisation de l'incapacité définitive de travail pour cause de maladie et à la protection spécifique de la femme salariée enceinte ou allaitante.

⁴³⁷ La loi 73.37 du 31 juillet 1973.

Prévoyance Sociale⁴³⁸. Les travailleurs bénéficient d'un régime de sécurité sociale qui est encadré par la Loi n° 73 37 du 31 juillet 1973 portant Code de sécurité sociale. La protection de la sécurité sociale des salariés est l'une des missions de l'État. Elle vise non seulement à protéger les travailleurs mais aussi à mieux les intégrer dans l'entreprise.

2. La participation du salarié à la vie de l'entreprise

La participation à la vie de l'entreprise est le fruit de l'histoire⁴³⁹ sociale, politique et philosophique. L'entreprise est un élément important dans la stabilité d'un pays. Elle est perçue comme le moteur de l'économie. Au sein de l'entreprise, se trouvent des salariés qui sont des acteurs incontournables. Il faut souligner que « *même sur les lieux de travail, une certaine opacité de la personne du salarié doit être exigée [...] son identité intime doit être respectée*⁴⁴⁰ ». La participation du salarié dans la vie de l'entreprise se vit à travers le dialogue social⁴⁴¹. Le législateur sénégalais a consacré extensivement la participation à la vie de l'entreprise dans son dispositif⁴⁴². Dans son préambule, la Constitution apporte une importance capitale à la construction nationale qui repose sur « la liberté individuelle⁴⁴³ ». La participation à la vie de l'entreprise donne la possibilité à tout travailleur d'adhérer « *à un syndicat et défendre ses droits par l'action syndicale*⁴⁴⁴ ». En proclamant expressément le respect des libertés fondamentales et des droits du citoyen, la Constitution sous-entend de consacrer la participation à la vie de l'entreprise. Cela est renforcé par la ratification de toutes les conventions⁴⁴⁵ de l'OIT et la mise en œuvre de Recommandations⁴⁴⁶ par l'État du Sénégal.

⁴³⁸ La Loi n° 75-50 du 3 avril 1975.

⁴³⁹ Il faut signaler que les conflits des travailleurs et les employeurs ont montré les bouleversements qui ont lieu au niveau du monde professionnel. Les travailleurs, individuellement ou par leurs représentants, bénéficient d'un droit d'expression directe pour participer à l'amélioration des conditions d'exercice et d'organisation du travail, de la qualité de la production, de la productivité dans l'unité de travail à laquelle ils appartiennent, ainsi que du climat social dans l'entreprise.

⁴⁴⁰ G. LYON-CAEN, Rapport Officiel « *Les libertés publiques et l'emploi* », Documentation Française, 1992, 258p. ; p. 158.

⁴⁴¹ La notion de « dialogue social » n'est pas dans la Constitution. Elle est mise en exergue dans le champ de l'expression d'une liberté fondamentale et de la liberté d'association. Le dialogue est un mode de régulation sociale qui vise à limiter la possibilité d'un pouvoir unique et absolu de décision de l'employeur.

⁴⁴² Les conflits ont profondément affecté la qualité des relations professionnelles dans les entreprises. Ils montraient le non-efficacité des mécanismes de concertation et de consultation dans les entreprises. Et cela était dû au déficit de communication qui sapait énormément sur la paix sociale et surtout la bonne marche des entreprises. Ainsi, pour renforcer la paix et la stabilité sociales pour le développement des entreprises, le Législateur a jugé nécessaire d'aménager un cadre juridique en valorisant la participation à la vie de l'entreprise au sein des entreprises. Le législateur a pris le soin de mettre en place le décret n° 2009-1413 du 23 décembre 2009 qui fixe les conditions d'application des dispositions de l'article L 5 du Code du Travail.

⁴⁴³ Article 8, Constitution du Sénégal. « *La République du Sénégal garantit à tous les citoyens les libertés individuelles fondamentales, les droits économiques et sociaux ainsi que les droits collectifs. Ces libertés et droits sont notamment: les libertés syndicales, la liberté d'entreprendre, le droit au travail et le droit à l'information plurielle* ».

⁴⁴⁴ Article 25, Constitution du Sénégal.

⁴⁴⁵ La C98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949 ; la C144 sur les consultations tripartites, 1976 et la C154 sur la négociation collective, 1981.

⁴⁴⁶ La R91 sur les conventions collectives, 1951 ; la R94 concernant la collaboration sur le plan de l'entreprise, 1952 ; la R113 sur la consultation aux échelons industriel et national, 1960 ; la R19 sur les communications dans l'entreprise, 1967 ; la R130 sur l'examen des réclamations, 1967 ; la R152 sur les consultations tripartites relatives aux activités de l'Organisation internationale du Travail, 1976 ; la R163 sur la négociation collective, 1981.

La liberté d'expression⁴⁴⁷ est considérée comme l'un des piliers fondamentaux d'une société démocratique. Elle est protégée par les textes réglementaires. La liberté⁴⁴⁸ d'expression est le pendant de la liberté de penser. Ayant une valeur juridique, elle est encadrée, dans le milieu du travail. La loi précise que « *les travailleurs, individuellement ou par leurs représentants, bénéficient d'un droit d'expression directe pour participer à l'amélioration des conditions d'exercice et d'organisation du travail, de la qualité de la production, de la productivité dans l'unité de travail à laquelle ils appartiennent, ainsi que du climat social dans l'entreprise*⁴⁴⁹ ». L'article 2 précise que « *dans toute entreprise, chaque travailleur peut s'adresser directement à l'employeur* ». L'interpellation de l'employeur peut se faire de différentes manières⁴⁵⁰. Le travailleur est un acteur⁴⁵¹ actif susceptible d'enrichir l'entreprise par sa critique et ses suggestions. « *Dans toute entreprise, chaque travailleur peut s'adresser directement à l'employeur, oralement ou par écrit* ». Les formes de saisines de l'employeur peuvent varier, soit verbalement, soit par correspondance⁴⁵². La participation à la vie de l'entreprise part de la conviction ambitieuse qu'un débat fécond est susceptible de résoudre des questions économiques et sociales importantes, de promouvoir la bonne gouvernance, de favoriser la paix et la stabilité sociale et de stimuler l'économie. L'intervention de l'État dans

⁴⁴⁷ Le droit d'expression peut aussi s'exercer par les représentants légaux ou, en l'absence desdits représentants, par tout autre organisme de représentation librement constitué par les travailleurs ou convenu entre l'employeur et les travailleurs. C'est tout le sens des innovations majeures apportées par l'article L 5 de la loi n° 97-17 du 1er décembre 1997 portant Code du Travail, qui garantit le droit à l'expression directe et collective des travailleurs et prévoit l'obligation réglementaire faite aux entreprises de mettre sur pied des mécanismes de communication interne et de dialogue social. L'arrêté 11512 du 11 décembre 2009 fixe les modalités de communication, de dépôt et d'affichage du règlement intérieur ainsi que le nombre de travailleurs de l'établissement au-dessus duquel l'existence de règlement intérieur est obligatoire est venu renforcer cet élan.

⁴⁴⁸ Le droit à la libre expression du salarié est un droit de critique. Au niveau de l'entreprise, la liberté d'expression dans l'entreprise est reconnue pour le salarié. Il a la possibilité de se prononcer directement sur la marche de l'entreprise. Ce droit permet aussi à tout salarié de pouvoir donner son idée pour participer à l'amélioration des conditions de travail. La relation de travail étant individuelle, l'accès naturel du travailleur à celui qui l'engage est un minimum. Les opinions portées par le travailleur et protégées par la loi permettent sa participation à la définition des actions à mettre en œuvre pour améliorer les conditions de travail, la qualité de la production, l'amélioration de la productivité. Il peut le faire oralement ou par écrit. Cette démarche vise à minimiser les incompréhensions susceptibles de se créer entre les cocontractants. Le salarié peut donner un aperçu sur l'exercice et d'organisation du travail au niveau de l'entreprise. Il faut aussi préciser que la parole du salarié peut, dans certains cas, l'exposer au risque d'une sanction propre au droit du travail pouvant aller jusqu'au licenciement pour faute grave.

⁴⁴⁹ Le décret n° 2009-1413 du 23 décembre 2009 fixant les conditions d'application des dispositions de l'article L 5 du Code du Travail relatif au droit d'expression directe et collective et aux procédures de négociations au sein de l'entreprise.

⁴⁵⁰ La saisine directe s'exerce sans intermédiaire. Elle doit donc être distinguée du recours aux représentants du personnel chargés de représenter les salariés auprès de l'employeur c'est-à-dire des délégués du personnel ou du comité d'entreprise.

⁴⁵¹ Le droit d'expression des salariés permet d'introduire le principe démocratique dans l'entreprise. En tant qu'institution, cette dernière se doit de refléter les valeurs de notre société. Mais, il s'agit également de prendre en compte la dimension humaine du salarié. Ce dernier a un élément à part entière de l'entreprise. Il doit ne pas être considéré comme simple agent.

⁴⁵² Le Législateur n'a pas fait une fixation sur la forme de saisine. Il a laissé la possibilité au salarié de faire son choix. Le salarié illettré peut saisir oralement l'employeur pour lui soumettre une réclamation ou bien lui faire des suggestions ou bien émettre un avis sur sa situation personnelle. L'illettrisme ne signifie pas incompétence. Beaucoup de salariés peuvent être dans cette situation être très compétents dans leurs tâches. Le législateur ne fait pas une distinction entre le salarié illettré et non illettré. Le droit de l'expression doit être reconnu pour tous. C'est pour cette raison que le salarié ne sachant lire ni écrire, a la possibilité de saisir l'employeur oralement dont l'objet consiste à établir un ensemble de conditions d'emploi, de travail et les garanties sociales. Ce dernier a la possibilité de donner ses opinions sur le bon fonctionnement de l'entreprise. Il faut préciser que le fait de saisir oralement l'employeur n'est pas mis à la disposition exclusive de l'illettré. Le salarié lettré a possibilité de saisir verbalement le patron.

les relations contractuelles entre les différents acteurs de l'entreprise montre que le droit du travail est un domaine de prédilection de l'ordre public.

Paragraphe II : Le droit du travail : un domaine saisi par l'ordre public

Les règles qui gouvernent les relations de travail ont toujours un impératif. C'est d'ailleurs pour cette raison que la doctrine affirme que « *le droit du travail est tout entier d'ordre public*⁴⁵³ ». Il peut arriver dans le domaine du travail que l'autonomie de la volonté soit un danger de nature à soumettre les individus les plus faibles aux individus les plus puissants. Face à cette menace, le droit a conçu un nouveau système qui permet à l'ordre public de s'opposer à l'autonomie de la volonté dans la mesure où ces concepts revêtent des exigences contradictoires. Cependant cette suprématie du principe de l'autonomie de la volonté a trouvé une limite par la consécration légale de la notion d'ordre public qui donne un caractère dogmatique des dispositions du droit du travail (A). L'ordre public social (B) devient du coup un obstacle à l'arbitrage. C'est dans cette perspective que l'ordre public est perçu comme un ensemble de dispositions juridiques qui ne sauraient être écartées par des volontés privées.

A. Le caractère coercitif des dispositions du droit du travail

Le droit du travail a un caractère largement dogmatique car la plupart de ses dispositions sont considérées comme étant d'ordre public. La volonté individuelle n'est plus perçue, en elle-même, comme créatrice de droit. L'article 40 du COCC⁴⁵⁴, longtemps tenu pour une affirmation de la théorie de l'autonomie de la volonté, exprime uniquement, en vérité, que le pouvoir reconnu aux volontés individuelles n'est pas originaire de celles-ci mais dérivé. Autrement dit, la force obligatoire des conventions légalement formées est issue d'une norme extérieure supérieure, la loi, seule capable de leur conférer le caractère obligatoire et de déterminer leurs effets. L'idée est donc aujourd'hui largement admise que le contrat tire sa force obligatoire non pas de la volonté, mais du droit objectif qui la lui confère. « *Contracter, ce n'est pas seulement vouloir, c'est aussi employer un instrument forgé par le droit*⁴⁵⁵ ». Ce qui veut dire qu'elles s'imposent non seulement de manière absolue aux parties mais celles-ci n'ont pas la possibilité de s'y soustraire. Il s'agira de voir d'abord, la notion de l'ordre public qui est l'impérativité d'une règle de droit (1) et ensuite l'originalité de l'ordre public en droit du travail (2).

⁴⁵³ J. HAUSER et J. J. LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, Répertoire de droit civil, Dalloz, mars 2004, n° 2 ; 247p. ; p. 89.

⁴⁵⁴ Article 40 du COCC : « le contrat est un accord de volontés générateur d'obligations... ». Son pendant est l'article 1134 du code civil : « 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 ».

⁴⁵⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, Dalloz 9ème Ed. 2005, 238p. ; p. 32.

1. L'impérativité des normes à travers l'ordre public

L'article 42 COCC interdit de déroger à « *des conventions particulières à l'ordre public et aux bonnes mœurs* ». La notion d'ordre public est susceptible d'une définition variable et contingente selon les époques et les domaines⁴⁵⁶ où elle peut intervenir. Ainsi, de par sa nature même, il est presque sûr et certain que le concept d'ordre public n'est pas susceptible d'une définition précise ou stable, mais, est essentiellement relatif, variable et souple, à la fois dans l'espace et dans le temps. L'ordre public n'est défini⁴⁵⁷ dans aucun texte et il est laissé à l'entière appréciation des tribunaux qui n'ont jamais défini ce qu'ils entendaient par ordre public. « *Nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert [...]* »⁴⁵⁸ mais, à la lecture des décisions, il est facile de comprendre ce à quoi il fait référence. Il s'agit en réalité d'une notion que tout le monde comprend sans qu'il soit besoin de lui donner une définition précise⁴⁵⁹. Pourtant, la notion d'ordre public est familière à tout juriste même s'il « *emprunte une partie de sa majesté au mystère qui l'environne*⁴⁶⁰ ». L'examen de l'ordre public fait constater qu'il y a une multitude d'expressions utilisées pour tenter de discerner son essence. Cette diversité est liée « *à la multiplicité de ses sources, de son contenu et de sa finalité*⁴⁶¹ ». Pour la majeure partie des praticiens du droit, l'ordre public est « *une notion*

⁴⁵⁶ Il y a l'ordre public pénal, l'ordre public familial, l'ordre public social, l'ordre public procédural, l'ordre public international et même l'ordre public écologique.

⁴⁵⁷ Il y a peu de notions juridiques qui soient aussi difficiles à définir avec précision que celle d'ordre public qui est abstraite et « *protéiforme auquel on ne peut se référer sans préciser de quel ordre public il s'agit* ». (C. JARROSON, « Arbitrabilité : Présentation méthodologique », RJ. Com. 1996. n°12.145p ; p. 3). C'est d'ailleurs un concept que le législateur sénégalais s'est abstenu de définir. L'absence de définition a suscité une multiplicité de définitions aussi différentes que variées. Ainsi, jusqu'à présent, il est presque difficile et impossible de donner aux mots « d'ordre public » une définition acceptée de tous et « uniforme » dans la mesure où « *c'est une notion difficile à circonscrire car elle est fonctionnelle [...] au contenu et objectifs variant suivant le temps et l'espace* ». (F. TERRÉ, « Rapport introductif », dans L'ordre public à la fin du XXème siècle, Dalloz 1996,236p. p. 3.)

⁴⁵⁸ Ph. MALAURIE, L'ordre public et le contrat, Paris 1954, 248p. ; p. 3.

⁴⁵⁹ Étant une notion contingente et relative, il est possible de distinguer un ordre public classique et un ordre public économique. L'ordre public classique est essentiellement conservateur car il défend les institutions de la société et les principes établis. La notion d'ordre public a été définie par la loi du 5 avril 1884, dont les termes ont été repris dans le Code Général des Collectivités. Il couvre des notions générales comme la sécurité, la morale, la salubrité, la tranquillité, la paix publique. Il est l'expression de l'impérativité d'une règle de droit à laquelle on ne peut déroger. Ce qui traduit le fait qu'il pose des interdictions aux différentes parties contractantes. Cependant, il faut signaler qu'il « n'empêchait que de manière marginale l'expression de l'autonomie contractuelle ; tout ce qui n'était pas expressément prohibé était permis » (F. CANUT, op. cit. ; p. 45). Au cours du 19ème siècle, tout en continuant à veiller à la défense des valeurs de la société, l'ordre public s'est orienté au plan économique. Cette évolution provient de la « croyance que l'État peut orienter la vie contractuelle dans une direction favorable à l'utilité sociale et qu'il devait intervenir dans les rapports contractuels mettant aux prises des parties de puissance économique inégale afin de protéger la partie faible » (F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, (1996), Droit Civil, Les obligations, Paris, Dalloz, Précis droit privé, 689p. ; p. 300, n° 357.). Ainsi, est apparu un ordre public économique qui est défini comme étant « l'ensemble des règles obligatoires dans les rapports contractuels, relatives à l'organisation économique, aux rapports sociaux et à l'économie interne du contrat ». (F. GÉRARD, « L'ordre public économique », Revue internationale de droit comparé, Vol.19 n°2 Avril-Juin, 689p ; p.520.). Contrairement à l'ordre public classique qui est prohibitif, il s'agit ici d'un ordre public dispositif dans la mesure où en ce qu'il oriente le contenu de certains contrats. L'État intervient dans la vie économique pour protéger les faibles contre les forts et le législateur a la possibilité d'interdire certaines clauses dans des contrats. L'ordre public économique est un ordre public progressiste parce qu'il vise à reformer les rapports économiques et sociaux.

⁴⁶⁰ R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, DIJON, 1909, 589p. ; p. 302.

⁴⁶¹ Ph. MALAURE, *L'ordre public et le contrat*, Paris 1954, 245p. ; p. 5.

vague, complexe, changeante et quelque peu mystérieuse⁴⁶²». Cependant, il est possible d'affirmer avec certitude que l'ordre public est « d'essence étatique, aussi bien dans l'idée d'ordre que dans l'idée de publicité⁴⁶³».

Au Sénégal, la détermination légale de l'ordre public peut s'autoriser avec l'article 258 du Code des Obligations civiles et commerciales (COCC) qui précise que même si « les dispositions de la deuxième partie dudit Code sont supplétives de la volonté des contractants, ces derniers ne peuvent adopter une convention contraire aux règles concernant les contrats portant sur les immeubles immatriculés et fonds de commerce, les baux à usage d'habitation ou à usage commercial, l'assurance ainsi que toute disposition particulière expressément déclarée d'ordre public⁴⁶⁴». La détermination de l'ordre public peut être l'œuvre du juge dans sa mission surtout s'il découvre des principes essentiels destinés à assurer le bon fonctionnement des institutions juridiques. Ainsi il peut déterminer des restrictions aux droits que peuvent exiger les nécessités de l'ordre public conformément au COCC qui interdit aux parties de porter atteinte, par conventions particulières, à l'ordre public. En effet, « libres de contracter ou de ne pas contracter, d'adopter toute espèce de clauses de modalités, les parties ne peuvent cependant porter atteinte par conventions particulières à l'ordre public ou aux bonnes mœurs⁴⁶⁵». Il faut cependant reconnaître que l'ordre public a une autre variance en droit du travail.

2. L'originalité des normes impératives en droit du travail

L'ordre public social⁴⁶⁶ reconnaît les règles issues non seulement de la loi, mais aussi de la négociation collective ou individuelle. Le principe est d'appliquer au salarié la règle la plus favorable appelée principe de faveur. Les dispositions moins favorables⁴⁶⁷, contenues dans une convention ou dans le contrat individuel de travail, sont nulles. L'ordre public social est aussi appelé l'ordre public relatif ou spécial. Il faut cependant signaler le recul de l'ordre public.

⁴⁶² A. PLANTEY, Définition et principes de l'ordre public, in *L'ordre public*, Polin (R.), dir. Puf, 1995, 197p. : p. 27.

⁴⁶³ F. MEGERLIN, *Ordre public transnational et arbitrage international de droit privé, essai critique sur la méthode*, 2002. 359p. p. 8.

⁴⁶⁴ L'article 258 du Code des Obligations civiles et commerciales (C.O.c.c.).

⁴⁶⁵ L'article 42 du COCC.

⁴⁶⁶ L'expression « ordre public social » sert à désigner la notion d'ordre public en droit du travail. Cependant « ordre public social » n'est donc pas synonyme de « ordre public en droit du travail ». Il s'agit par ce libellé « de désigner la catégorie des dispositions impératives qui, en droit du travail, tolèrent, ou mieux, encouragent, la liberté contractuelle, mais seulement dans le sens de l'amélioration de la situation des salariés ». Elle désigne les dispositions légales qui sont susceptibles d'être améliorées en droit du travail. Puisque les parties peuvent déroger aux normes légales, alors il s'agit d'un ordre public relatif.

⁴⁶⁷ La clause conventionnelle ou contractuelle plus favorable que la règle étatique ne porte nullement atteinte à l'impérativité de cette dernière, dans la mesure où le minimum prévu par la loi ou le règlement est bien respecté. Dans cette perspective, il devient possible, par exemple, d'accorder aux travailleurs une rémunération salariale plus importante que celle qui serait prévue par la grille salariale d'une convention collective.

L'article 74 du COCC précise que « *la prestation promise doit être possible et porter sur des choses qui sont dans le commerce* ». Son pendant, l'article 1128 du code civil français⁴⁶⁸ va dans le même sens en relevant qu'il « *n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui peuvent être l'objet des conventions* ». Cependant, une semblable évolution est constatée avec la notion de droit indisponible, par lequel il est possible également de comprendre la réserve de la libre disposition. Il est certain qu'aujourd'hui l'indisponibilité du droit n'interdit pas l'établissement d'une convention. L'exemple est les conventions portant sur les organes du corps humain. Puisque l'orientation de l'économie et l'interventionnisme économique se sont façonnés aux dépens de l'autonomie de la volonté, l'État devient alors le garant⁴⁶⁹ d'une certaine vision de l'utilité sociale visant à limiter l'initiative individuelle privée économique. Il faut signaler « *en vérité, il s'agit moins de refouler la réserve d'ordre public que d'assigner à l'ordre public un rôle différent de celui qu'il a tenu jusqu'ici*⁴⁷⁰ ».

Il est important de souligner que les règles s'appliquant aux relations du travail doivent impérativement respecter l'ordre public. L'ordre public propre au droit du travail se décompose entre l'ordre public absolu et l'ordre public relatif ou social. L'ordre public absolu représente en principe les règles qui débordent le cadre du droit du travail, « *échappant par leur nature aux rapports conventionnels*⁴⁷¹ ». Cependant, l'ordre public social peut être confronté à une limite dans la mesure où il n'est pas possible de déroger aux règles d'ordre public absolu. Certaines dispositions sont dites « d'ordre public absolu » car aucune convention ne peut y déroger, ni en plus favorable, ni en moins. Il s'agit des dispositions qui présentent un caractère impératif.

L'ordre public absolu « *traduirait des impératifs d'intérêt général qui dépasseraient ceux de la protection des salariés*⁴⁷² ». Il faut également noter qu'à la faveur d'adapter l'entreprise aux

⁴⁶⁸ La cour française a jugé que les tombeaux et les concessions funéraires sont hors du commerce juridique. Mais par la suite, elle juge qu'ils pouvaient néanmoins faire l'objet de conventions par lesquels le titulaire d'une concession accorde à une ou plusieurs le droit de s'y faire inhumer. Il est certain que la tendance actuelle est le refoulement de la catégorie des choses qui sont hors commerce.

⁴⁶⁹ Il s'agit ainsi d'ordre public de direction. Cette transformation est marquée par l'accroissement considérable des lois impératives destinées à compenser l'inégalité et surtout à protéger le contractant le plus faible. C'est l'ordre public de protection qui est alors désigné. L'évolution du droit a conduit à la prise en compte de l'autre, au souci de ses intérêts. Ainsi, progressivement, allait se dégager une autre perception et analyse du droit des contrats. L'ordre public est considéré comme le caractère des règles juridiques qui s'imposent pour des raisons de moralité, d'une part de sécurité impératives dans les rapports sociaux de l'autre. Ce qui laisse à penser qu'il tend à l'abandon de l'interdiction de compromettre dans les matières qui intéressent l'ordre public. Cela veut dire que l'arbitre n'est plus exclu dans les matières qui intéressent l'ordre public et qu'il est compétent de statuer sur des litiges en cas de nullité du contrat principal.

⁴⁷⁰ J. M. TCHAKOUA, « *L'arbitrabilité des différends dans l'espace OHADA* ». Penant 2001. 123p. ; p. 19.

⁴⁷¹ F. MOREL, « *Les hiérarchies des normes et le contrat en droit du travail après la loi « Travail »* », revue fiduciaire, n° 3659, 2016, 69p. p. 25 ; <https://revuefiduciaire.grouperf.com>, lu le 28/10/2019.

⁴⁷² F. GAUDU, op. cit ; p. 68.

mutations économiques, l'évolution du droit du travail semble donner de plus en plus place aux possibilités de renonciation⁴⁷³ du salarié à sa protection.

La renonciation à un droit relevant de l'ordre public social vise à garantir au salarié un minimum de droits : il s'agit donc d'un ordre public érigé dans l'intérêt d'une partie, présumée faible ou dans une situation d'infériorité. « *La renonciation se trouve aujourd'hui assez largement admise en droit du travail [...]. Le raisonnement qui a conduit à admettre largement la renonciation en droit du travail prend la forme d'un syllogisme en apparence parfait : la renonciation n'est admise que dans le domaine de l'ordre public de protection, le droit du travail est tout entier tourné vers la protection du salarié, donc la renonciation doit être largement admise en droit du travail*⁴⁷⁴ ». Tous ces éléments montrent la protection de la partie faible par le droit du travail qui est perçu comme étant rigide.

B. Le droit du travail, un droit rigide

Le droit du travail est considéré comme l'instrument juridique qui permet à l'État de mettre en œuvre ses politiques et les mesures visant à améliorer l'environnement professionnel et aussi les conditions de travail des travailleurs. De ce fait, il a toujours été considéré comme un droit rigide.

De façon générale, dans les entreprises, le droit du travail est perçu comme une grande contrainte par les employeurs. Ces derniers ont tendance à vouloir contourner le droit du travail considéré trop rigide pour l'essor économique. La violation de la réglementation, l'exploitation des salariés par les employeurs ont poussé l'État à mettre en place un système juridique assez rigide pour assurer une protection aux parties faibles du contrat de travail.

D'ailleurs, c'est pour cette raison que la doctrine précise qu'il « *est possible que la législation sur la protection de l'emploi soit justement plus stricte dans les pays où le sentiment d'insécurité est le plus fort*⁴⁷⁵ ». Le droit du travail n'est pas exempt de vives critiques s'élèvent contre le droit du travail parce que souvent lié aux contingences politiques et économiques.

En d'autres termes, le droit du travail est parfois inefficace car son application se heurte à plusieurs obstacles. De ce fait, la finalité qu'il espère atteindre reste largement théorique.

Au Sénégal, il est mis en exergue, des cadres de contrôle qui sont perçus comme étant à l'origine de la rigidité du droit du travail. Cette perception de rigidité se ressent par les mesures

⁴⁷³ La renonciation est la manifestation de volonté par laquelle une prérogative est abandonnée par son titulaire. La détermination du domaine de la renonciation en droit du travail permet de mesurer la place laissée à la volonté dans l'aménagement des rapports de travail. La possibilité et le mécanisme de la renonciation par une partie à un droit qu'elle tient d'une disposition d'ordre public varient selon le type d'ordre public en cause.

⁴⁷⁴ Bulletin d'information, Publication bimensuelle 15 avril 2011. N° 740, www.courdecassation.fr. Vu le 15/09/2014.

⁴⁷⁵ A. FLAYOLS, « *Rigidités du marché du travail et chômage : quelles relations ? Une réflexion à partir du cas de la France, Économies et finances* », Dumas, 2010, 108p. ; p. 54.

de contrôle mises en place pour assurer une meilleure protection des travailleurs dans les entreprises. Il faut reconnaître que le droit du travail est parfois pesant car tributaire pour la plupart du temps de contingences judiciaires (2) et aussi administratives (1).

1. Le contrôle administratif des normes du droit du travail

En application des normes internationales⁴⁷⁶ concernant les conventions⁴⁷⁷ et les recommandations⁴⁷⁸ en matière de contrôle dans les structures économiques, l'État du Sénégal a mis en place l'Inspection du Travail et de la Sécurité Sociale. Étant un élément central de l'Administration du Travail, au niveau interne le législateur⁴⁷⁹ consacre des pouvoirs d'investigation aux inspecteurs du Travail et Contrôleurs du Travail⁴⁸⁰. Pour un contrôle efficace, l'État a mis en place des organes compétents pour s'assurer du respect de la réglementation. C'est pour cette raison que le législateur précise sans équivoque que « *les services du travail et de la sécurité sociale sont chargés de toutes les questions intéressant le travail, la main-d'œuvre, la sécurité sociale* ⁴⁸¹ ». Ces services sont placés sous l'autorité directe du Directeur du Travail et de la Sécurité sociale, à qui ils rendent compte. Les activités des Inspections du Travail s'étendent à tous les établissements, entreprises et exploitation installés dans leur ressort. L'organisation de ces services est envisagée au niveau national et au niveau régional. L'État a pris l'option de répartir sur l'ensemble du territoire national des services d'inspections du travail, à raison d'une Inspection par circonscription régionale administrative. Il faut signaler à ce niveau, à l'exception de la région de Dakar qui compte en plus de

⁴⁷⁶ La finalité de cette réglementation est de pouvoir parvenir à une paix durable au sein des entreprises et aussi de protéger les salariés. Il faut signaler que les coûts engendrés par la législation sur la protection de l'emploi et assurer de meilleures conditions de travail dans le milieu professionnel ne sont pas, le plus souvent, entièrement répercutés par les employeurs sur les salaires et l'environnement. « *La protection des travailleurs consiste à préserver ceux-ci contre l'exploitation, les risques de maladie ou autres dangers, les rémunérations abusivement faibles ou irrégulières, les horaires de travail imprévisibles et une durée de travail excessive. Elle permet aux travailleurs et à leur famille de poursuivre leurs aspirations à un bien-être matériel dans des conditions de liberté, de dignité, de sécurité économique et d'égalité des chances, et aussi de s'adapter à l'évolution de leur situation professionnelle et personnelle* ». (Rapport VI de la Conférence internationale du Travail, 104e session, 2015, La protection des travailleurs dans un monde du travail en mutation, 356p. ; p. 3.)

⁴⁷⁷ La convention (n° 81) sur l'inspection du travail, 1947, applicable à l'industrie et au commerce; et la convention (n° 129) sur l'inspection du travail (agriculture), 1969.

⁴⁷⁸ La Recommandation (no 81) sur l'inspection du travail, 1947 ; et la Recommandation (no 133) sur l'inspection du travail (agriculture), 1969.

⁴⁷⁹ La Loi 97-17 du 1er décembre 1997 portant Code du Travail.

⁴⁸⁰ Conformément à la convention n° 81, le système d'inspection du travail du Sénégal a essentiellement pour mission « d'assurer l'application des dispositions légales relatives aux conditions de travail et à la protection des travailleurs dans l'exercice de leur profession, telles que les dispositions relatives à la durée du travail, aux salaires, à la sécurité, à l'hygiène et au bien-être, à l'emploi des enfants et des adolescents et à d'autres matières connexes, dans la mesure où les inspecteurs du travail sont chargés d'assurer l'application desdites dispositions; de fournir des informations et des conseils techniques aux employeurs et aux travailleurs sur les moyens les plus efficaces d'observer les dispositions légales; de porter à l'attention de l'autorité compétente les déficiences ou les abus qui ne sont pas spécifiquement couverts par les dispositions légales existantes ».

⁴⁸¹ Art.L.188 du Code du Travail.

l'Inspection de la région de Dakar, « *l'Inspection du Travail de la Zone Franche Industrielle*⁴⁸² ».

Les services ont l'obligation d'effectuer des visites⁴⁸³ « *au moins une fois par an les établissements et exploitations occupant moins de cinquante (50) travailleurs et au moins deux fois par an ceux qui emploient plus de cinquante (50) travailleurs*⁴⁸⁴ ». Le contrôle⁴⁸⁵ constitue la mission principale de l'Inspection du Travail. Il se fait à deux niveaux, à l'Inspection du Travail et à l'entreprise. S'agissant des prérogatives de l'inspecteur du travail, la doctrine a tenu à rappeler que la « *mission recouvre plusieurs aspects : droit d'entrée, droit de visite, droit de prélèvement, droit de communication*⁴⁸⁶ ». L'inspecteur du travail a aussi le pouvoir⁴⁸⁷ de procéder à l'arrêt des travaux sur un chantier du bâtiment et des travaux publics⁴⁸⁸, lorsqu'il existe un danger grave et imminent résultant d'un défaut ou d'une absence de protection. Il exerce des contrôles sur pièce⁴⁸⁹ en obligeant à l'employeur de produire tout registre ou document prescrit par la loi. Il peut aussi, à tout moment, peut exiger la présentation de certains documents tels que bulletins de salaires, registres de paiement, registres d'employeur, registres de sécurité⁴⁹⁰ pour constater des irrégularités ou des violations⁴⁹¹ au Code du Travail ou des conventions. Il possède aussi des pouvoirs de coercition notamment les pouvoirs d'infliger une amende⁴⁹², de procéder à des mises en demeure⁴⁹³ et d'arrêter un chantier de bâtiments et travaux publics. À côté du contrôle administratif, il y a aussi le contrôle judiciaire.

⁴⁸² Art.2, Arrêté ministériel n° 11515 MFPTEOP-DTSS en date du 11 décembre 2009, fixant les ressorts et sièges des inspections du travail et de la sécurité sociale et définissant leur organisation et leurs règles de fonctionnement.

⁴⁸³ Il peut s'agir des visites systématiques dites visites programmées ou planifiées ont pour objet un contrôle général ou ciblé, ou bien des visites générales sont des visites qui s'inscrivent dans le travail quotidien de l'agent de contrôle et ont pour objectif le contrôle général de la législation du travail ou bien des visites sollicitées.

⁴⁸⁴ Art. 11, Arrêté ministériel n° 11515 MFPTEOP-DTSS en date du 11 décembre 2009, fixant les ressorts et sièges des inspections du travail et de la sécurité sociale et définissant leur organisation et leurs règles de fonctionnement.

⁴⁸⁵ « Il établit chaque année un planning annuel de contrôle, qu'il découpe en tranches mensuelles sur la base des critères pertinents tels que la nature et l'identité des établissements déjà contrôlés, le nombre de plaintes, de conflits collectifs, d'accidents de travail, la stigmatisation et la discrimination des travailleurs, l'équité de genre et le travail des enfants. Dans le premier mois de l'année, il transmet au Directeur du Travail et de la Sécurité sociale un exemplaire du planning, qu'il actualise au besoin chaque trimestre » Art. 12, Arrêté ministériel n° 11515 MFPTEOP-DTSS en date du 11 décembre 2009, fixant les ressorts et sièges des inspections du travail et de la sécurité sociale et définissant leur organisation et leurs règles de fonctionnement.

⁴⁸⁶ H. J. TAGUM FOMBENO, Droit du travail sénégalais, L'harmattan Sénégal, 2017, 359p. ; p. 52.

⁴⁸⁷ La Convention n°81 de l'OIT et l'article L197 du Code du Travail donnent d'énormes prérogatives à l'Inspecteur du Travail dans sa mission de contrôle pour la protection du travail et le respect de la réglementation. Ainsi, il dispose d'un droit d'entrée dans les établissements, de jour comme de nuit sans informer l'employeur de leur venue.

⁴⁸⁸ Art. 19 du décret n° 2006-1255 du 15 novembre 2006.

⁴⁸⁹ Les articles L197-5b, L221 al1, L116, L204 du Code du Travail.

⁴⁹⁰ Art.L.188 du Code du Travail.

⁴⁹¹ Art. L204 du Code du Travail.

⁴⁹² Cette amende forfaitaire ne peut excéder cinq cents mille (500 000) Francs.

⁴⁹³ Art. L170 al .3 du Code du Travail

2. Le contrôle judiciaire des normes du droit du travail

L'intervention de la justice dans le contrat est fondamentale pour l'effectivité de son exécution. L'intervention du juge dans le contrat du travail est de veiller⁴⁹⁴ au respect de l'ordre public qui hante les employeurs. Ces derniers considèrent l'intervention de la justice comme étant partisane car « *le droit de critique est réservé à celui des deux contractants que le droit du travail entend protéger, c'est-à-dire le salarié*⁴⁹⁵ ». La présence du juge dans le contrôle de régularité du droit du travail est assez originale et spéciale. Il s'agit ici d'une véritable « *rupture avec l'ancien système civiliste d'égalité contractuelle*⁴⁹⁶ » car il semble que les règles du droit civil sont neutralisées⁴⁹⁷ lorsqu'elles mettent en péril les règles spéciales de rupture établies par la législation sociale. Le juge est indifférent à la volonté des parties. Il n'est pas lié à la dénomination contractuelle donnée par les parties. C'est dans ce sens que la jurisprudence a tenu à rappeler que « *l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs*⁴⁹⁸ ». Il s'agit ici d'une obligation qui pèse sur le juge. Ce dernier doit impérativement donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée⁴⁹⁹. Ce principe auquel doit se soumettre le juge renforce l'indisponibilité du droit du travail. La volonté des parties n'est pas assez forte enlever les salariés au niveau du statut social qui découle des conditions d'accomplissement de leur tâche⁵⁰⁰. D'ailleurs, c'est pour cette raison que la Cour de cassation française indique qu'il appartient aux juges du fond « *dans une matière d'ordre public telle que le droit du travail, d'interpréter les contrats unissant les parties afin de leur restituer leur véritable nature juridique, la seule volonté des intéressés étant impuissante à soustraire des travailleurs du statut social découlant nécessairement des conditions d'accomplissement de leur tâche*⁵⁰¹ ». La jurisprudence sénégalaise n'hésite jamais à sanctionner les irrégularités en modifiant la nature des contrats précaires en un contrat

⁴⁹⁴ Le législateur a fait obligation à l'employeur de prendre toutes les prédispositions pour respecter les conditions de forme relatives aux contrats précaires. Le contrat à durée déterminée, le contrat d'engagement à l'essai, le contrat d'apprentissage et le contrat nécessitant le déplacement du travailleur de son lieu habituel de résidence doivent obligatoirement remplir les exigences d'une formalité d'écrit.

⁴⁹⁵ A. POUSSON, Ibid., p. 145.

⁴⁹⁶ F. EWALD, L'État providence, Paris, Grasset, 1986, ; 596p. ; p. 452.

⁴⁹⁷ Ces propos sont confortés par la doctrine qui estime que « techniquement, ces mécanismes (du droit civil) sont neutres, puisqu'ils sont conçus de façon bilatérale. Mais il n'importe ; le droit du travail est construit, quant à lui, sur de toutes autres bases ; lorsqu'on l'envisage dans sa composante protectrice, il privilégie, au-delà de l'égalité des parties, un objectif partisan [...] qu'il poursuit à travers des normes précises qui gouvernent le droit de licenciement ». M. JAMOULLE, Seize leçons sur le droit du travail, éd. Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1994, 259p. ; p. 103.

⁴⁹⁸ Cass. Soc., 19 décembre 2000, Dr. soc. 2001.

⁴⁹⁹ Cass. Plén., 21 décembre 2007, D.2008.228 et 1102.

⁵⁰⁰ Cass. Plén., 4 mars 1983, D. 1983.

⁵⁰¹ Cass. Crim., 29 octobre 1985, n° 84-95.

stable⁵⁰². Dans ce même élan, « en vertu de l'article 10 de la Convention Collective Nationale Interprofessionnelle, en l'absence d'un contrat écrit, le contrat de travail est réputé être fait pour une durée indéterminée et l'engagement du travailleur considéré comme définitif dès le jour de l'embauche⁵⁰³ ». Le juge n'étant pas lié par la qualification⁵⁰⁴ des parties, le travailleur pourra obtenir la requalification de son contrat⁵⁰⁵. Il appartient au travailleur qui invoque un contrat d'en apporter la preuve, à défaut d'apparence contraire ou de présomption légale. Il s'agit d'une conversion par majoration qui reflète l'idée d'un contrat précaire devenu stable. D'ailleurs, en droit français, l'absence de certaines mentions du contrat de travail est sanctionnée par la qualification. Le juge ayant « constaté que le nom du salarié remplacé ne figurait pas sur le contrat de travail⁵⁰⁶ » et qu'en « l'absence de définition des périodes travaillées et non travaillées dans le contrat de travail⁵⁰⁷ », voit être dans l'obligation de sanctionner l'employeur par la requalification automatique⁵⁰⁸. Cette position est partagée par la jurisprudence sénégalaise⁵⁰⁹. Tous ces éléments montrent la détermination du législateur à protéger les travailleurs contre les abus des employeurs car les relations de travail sont inégales.

⁵⁰² C.S. Sénégal, ch. Soc., 14 novembre 2012, n 52, la Société Sénégal Bois c. /Jacques DIOUF, Bulletin des arrêts de la Cour suprême du Sénégal.

⁵⁰³ Cour de cassation, 28 novembre 2001, 01/2001.

⁵⁰⁴ L'action en requalification d'un contrat de travail est celle qui consiste à faire reconnaître l'existence d'un contrat de travail. C'est une sanction très particulière qui a pour finalité de pousser l'employeur à respecter les normes des contrats précaires. Le législateur sénégalais a voulu mieux encadrer voire même limiter le recours aux contrats précaires qui accentuent la position précaire du travailleur. Le Juge n'est pas tenu par la qualification donnée par les parties à leur relation contractuelle, il dispose donc d'un pouvoir de requalification.

⁵⁰⁵ En droit commun, la nullité peut amener à l'affaiblissement préexistant du contrat. Elle agit pour réprimer les irrégularités lors de la formation du contrat ou de son exécution. En principe, en droit du travail, la violation des règles qui conditionnent la validité du contrat de travail peut aboutir logiquement à l'invalidation (Cour d'Appel de Dakar, 9 février 1919, TPOM 514, p. 301: rupture du contrat de travail d'un infirmier qui n'a pas le diplôme requis). La doctrine précise que « la nullité du contrat de travail ne s'opère pas de plein droit. Elle doit faire l'objet d'une action en nullité du contrat de travail devant le tribunal du travail » (H. J. TAGUM FOMBENO, Ibid., p.116). Il faut signaler que pour le législateur, « sauf dans le contrat à exécution successive, le contrat nul est réputé n'avoir jamais existé et les parties doivent restituer ce qu'elles ont reçu » (Art. 91 du Code des obligations civiles et commerciales).

⁵⁰⁶ Soc. 6 mai 1997, Bull. civ.V, No 160.

⁵⁰⁷ Soc. 21 mai 1996, Bull. civ.V, No 190.

⁵⁰⁸ L'anéantissement du contrat de travail heurte la logique de maintien de la relation de travail. Le prononcé de la nullité est préjudiciable au salarié qui perd systématiquement son emploi. La préférence affichée du législateur sénégalais de contourner la suppression du contrat de travail témoigne de l'attention portée par le droit du travail à la protection de l'intérêt économique des protagonistes à la relation de travail. C'est pour cette raison que le juge, dans son rôle de contrôle, a pris l'option d'une sanction assez originale des violations de contrat en droit du travail. Il s'agit de sanctionner l'employeur par le maintien du salarié à son emploi.

⁵⁰⁹ La justice estime qu'au « moment de l'engagement, l'employeur doit faire connaître par écrit au travailleur journalier, soit la durée exacte de l'engagement, soit la nature de l'entreprise ou de l'ouvrage et la durée approximative de son exécution ; à défaut, le contrat est assimilé à un contrat à durée indéterminée soumis au délai de préavis réglementaire ». (Cour suprême, 10 février 2016, No 5).

Section II : Le prisme inégalitaire du droit du travail

La protection du salarié est une obligation pour le législateur car la relation individuelle de travail a la particularité de se reposer sur une inégalité des parties. L'inégalité des forces est perçue dans la relation individuelle de travail toute entière. Cette inégalité fait que « *l'arbitrage est à déconseiller dès lors que les deux parties ne se trouvent pas au même "niveau"*⁵¹⁰ ». Le lien de subordination est une situation de dépendance du salarié. Monsieur RACINE avait alerté sur les risques en droit du travail car « *l'arbitrage ne doit pas être un moyen de porter atteinte aux intérêts des salariés, personnes protégées en vertu d'un ordre public social*⁵¹¹ ». Cette subordination est caractérisée par le pouvoir pour l'employeur de donner à ce dernier des instructions, des ordres, des directives et de les faire appliquer⁵¹². C'est dans ce sens que certains craignent « *que l'arbitrage soit un instrument au service de l'employeur et garantisse insuffisamment la protection du salarié*⁵¹³ ». Il n'est pas faux d'affirmer que de tous les vocables pouvant qualifier sans peine la relation de travail, celui « d'inégalitaire » est incontestablement le plus distinctif. Le déséquilibre⁵¹⁴ des rapports entre un employeur et un salarié a marqué l'édification du droit du travail et continue à diriger son évolution. D'ailleurs, certains auteurs affirment qu'il en est un élément fondateur⁵¹⁵. Il s'agira alors de voir le droit du travail, comme un droit providentiel du salarié (paragraphe I). Une fois la relation de travail établie, le salarié est logiquement soumis aux pouvoirs reconnus à l'employeur par le lien de subordination. Ce lien de subordination fait du droit du travail, un droit partisan des intérêts du salarié (paragraphe II).

Paragraphe I : Le droit du travail, rançon du salarié

Les faits historiques⁵¹⁶ ont pu démontrer que la finalité première du droit du travail est la protection des salariés. Il s'agit de mettre en place des stratégies et un cadre qui permettent

⁵¹⁰ R. PLAISANT et H. MOTULSKY, op. cit., p. 26.

⁵¹¹ J. B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*. Avant-propos de L. Boy. Préface de Ph. Fouchard. LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 3, 1999; 909p. ; p.2 5 ; spéc. N° 119-130.

⁵¹² Elle est aussi caractérisée par le pouvoir pour l'employeur de contrôler l'exécution du travail, d'en vérifier les résultats et de sanctionner les manquements du travailleur.

⁵¹³ J. B. RACINE, op. cit., p. 30.

⁵¹⁴ De même, cette supériorité est perceptible lors de l'élaboration de la relation individuelle de travail qui repose théoriquement sur l'infériorité économique qui traduit parfaitement la notion de la partie faible en droit du travail.

⁵¹⁵ G. LYON-CAEN, *Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail*, Dr. Ouv. 1951, 259p. ; p.1.

⁵¹⁶ La situation des salariés était très précaire. Les coalitions étaient interdites. Cette dernière loi rendait impossible la défense collective des salariés par des mouvements de grèves. Chaque salarié devait rester isolé car l'isolement était considéré comme une condition nécessaire à la liberté. Le salarié et le patron devaient pouvoir débattre librement des conditions de travail. À la première moitié du 19^{ème} siècle, l'économie libérale régnait. Cette période n'était pas favorable aux travailleurs car il y avait une très forte concurrence entre les entreprises. Les salaires étaient très bas, les enfants travaillaient dès l'âge de 5 ans et la journée de travail était de 14 heures à 15 heures. L'État était obligé d'intervenir pour réglementer les conditions de travail et surtout de mettre fin à certaines dérives patronales. La première Loi sociale du 22 mars 1841 interdit le travail des enfants de

de contrer toutes les formes d'exploitation dont les salariés peuvent être objet. Le travailleur se trouve dans une position de dépendance⁵¹⁷. La position précaire du travailleur est la principale raison qui explique cette protection particulière. Le droit du travail a la particularité est sa nature spécifique d'être un droit partisan. Il est non seulement un droit qui organise la législation de l'entreprise et ses rapports sociaux, mais, il est aussi un droit d'un parti pris en faveur du travailleur. Autrement dit, le droit du travail est un droit partisan. Le droit du travail, bien étant le droit du travail pour autrui, est essentiellement à destination du travailleur.

Le législateur a mis en place pour ce dernier un ordre public de protection. Étant un droit d'ordre public, les dispositions adoptées ne peuvent pas être remises en cause. Elles sont impératives. La finalité du travail est d'améliorer les conditions sociales. « *La protection des salariés constitue un facteur tout à fait déterminant au progrès économique. Le droit du travail peut alors anticiper sur la situation économique : productivité et compétitivité des entreprises peuvent être accrues par le développement d'une protection des travailleurs par le droit social*⁵¹⁸ ». Il est alors important de mettre en place un cadre juridique protecteur des intérêts des travailleurs salariés car le salarié est la partie faible en droit du travail (A). Le législateur s'est donné une mission de veiller aux intérêts. De ce fait, il fait du travailleur droit du travail, un droit partisan des intérêts du salarié (B).

A. La prise en charge du déséquilibre relationnel

De façon générale, les relations contractuelles doivent se baser sur le postulat volontariste. Ce postulat a un fondement qui repose essentiellement sur l'équipollence et l'égalité des parties au contrat. Les partenaires doivent être égaux pour éviter toutes formes de violence ou d'abus de faiblesse dans les relations contractuelles. En droit du travail, les relations contractuelles ne sont pas équilibrées. Il faut souligner dans cette situation que la notion de partie fait surface lorsque la relation contractuelle est déséquilibrée. Il y a objectivement une partie qui est en position dominante par rapport à l'autre partie. En raison de ce déséquilibre, le

moins de huit ans dans les manufactures, surtout les travaux de nuit et les travaux dangereux. C'est pendant cette période qu'émergea le mouvement « Entre la Loi et la liberté, c'est la Loi qui affranchit et la liberté qui opprime ». C'est de ce mouvement que va émerger à la fin du 19ème siècle, la notion de contrat de travail. Cette évolution va permettre de dégager la spécificité des relations individuelles du travail. Ce fut le début de l'interventionnisme de l'État en matière de droit du travail. L'intervention de l'État dans le secteur économique s'est longtemps heurtée aux principes de la liberté et de l'égalité car l'État n'avait pas à intervenir dans les relations entre les particuliers.

⁵¹⁷ Il est entre les mains de l'employeur qui dispose d'énormes prérogatives. L'État est dans une situation de réguler ce déséquilibre. Le droit du travail est non seulement un droit d'inégalité, mais aussi non de réciprocité. Pour protéger le salarié, il élabore un droit du travail au profit de celui-ci.

⁵¹⁸ D. BA, « *La protection des salariés par le droit du travail : entre contrainte et flexibilité* », 2010, 56p. ; p. 13. <https://blogavocat.fr>, Lu le 24/08/2020.

salarié se trouve alors dans une position de faiblesse économique (1) qui est renforcée par le lien de subordination (2). Une telle situation explique la protection du salarié.

1. La dépendance économique

L'infériorité économique entre l'employé et l'employeur traduit parfaitement la notion de la partie faible en droit du travail. Il s'agit essentiellement de la dépendance économique⁵¹⁹. Cette notion est empruntée du droit de la concurrence, la dépendance économique est définie comme étant « *l'impossibilité, pour une entreprise, de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées avec une autre entreprise*⁵²⁰ ». En droit du travail, cette notion est définie comme une « *situation de faiblesse qui peut être constatée lorsque l'activité d'une personne dépend des moyens et de la volonté d'autrui*⁵²¹ ». De ce fait, il est important de faire remarquer que l'expression « partie impécunieuse » semble alors la mieux adaptée pour qualifier la notion de la « partie faible ». La dépendance économique qui traduit une faiblesse va alors de pair avec la vulnérabilité⁵²². Elle se traduit en termes d'incapacité à résister, la dépendance en termes d'absence d'autonomie. Il est maintenant bien établi que la dépendance économique peut avoir des conséquences psychologiques en milieu de travail⁵²³. La Cour de cassation a toujours rejeté le critère de la dépendance économique pour la qualification du contrat de travail. Elle a estimé que « *la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur [...] la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie*⁵²⁴ ».

⁵¹⁹ La notion de dépendance économique présente la particularité de fonder le déséquilibre du contrat de travail. Donc le terme « faible » se rapporte ici au manque de moyens financiers nécessaires pour participer à un arbitrage. L'égalité économique des parties est un principe essentiel pour l'efficacité de l'arbitrage. Le slogan tel que « pas d'argent, pas d'arbitrage » semble être ignoré par les partisans de l'arbitrage des litiges individuels de travail. Les parties à l'arbitrage doivent être au même pied au vu des sommes faramineuses qui sont le plus souvent en jeu.

⁵²⁰ Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 12 février 2013, 12-11.709, Inédit N° de pourvoi : 12-11.709.

⁵²¹ C. DIDRY, « *Au-delà de la subordination, les enjeux d'une définition légale du contrat de travail* », dossier « Quels avenir pour le droit du travail ? », Droit social, mars 2018, 325p. ; p. 231

⁵²² La vulnérabilité vise « *les personnes en état de faiblesse, qui ne sont pas en mesure de résister aux pressions exercées sur elles, la dépendance vise quant à elle les personnes non autonomes, soumises à l'autorité de supérieurs, et qui se trouvent en situation de subordination* ». F. J. PANSIER, « *Stage ou exploitation abusive de l'étudiant* », Ellipses, n° 2.1, 2021 ; 259p. ; p. 134.

⁵²³ À ce niveau, peut intervenir le mineur salarié qui a la possibilité de conclure un contrat de travail. Selon le droit sénégalais, le mineur « n'a pas encore l'âge de 18 ans accomplis » (Article 276 du Code de la Famille). La loi protège le mineur contre son inexpérience. C'est pour cette raison qu'il faut la supervision de son tuteur paternel. Bien que protégé par des conventions internationales, le mineur dépend économiquement de son employeur.

⁵²⁴ Cass, civ. 6 juillet 1931. Préfet de la Haute-Garonne c. / Bardou, DP1931. I. 131, note, P. Pic.

Le recours à l'arbitrage s'avère être très difficile pour le salarié⁵²⁵ dans la mesure où le coût est généralement plus ou moins élevé qu'il s'agisse de l'arbitrage ad hoc ou de l'arbitrage institutionnel. Bien que l'arbitrage ad hoc soit moins cher que l'arbitrage institutionnel avec l'absence de frais administratifs d'organisme d'arbitrage, le salarié est généralement dans des difficultés financières pour recourir à l'arbitrage. Dans l'espace Ohada, le RP/CCJA a élargi l'égalité des parties au niveau de la procédure et même au niveau des frais de perte du procès. Le principe d'égalité implique un partage de responsabilités entre les parties dans la liquidation des frais de procès. La décision n°004/99/CCJA a prévu la possibilité d'un partage de responsabilité entre les parties dans le paiement des frais de provisions d'arbitrage. Elle prévoit à cet effet que toutes les parties, qu'elles soient demandeurs ou défendeurs se partagent de valeur égale les frais de provision d'arbitrage⁵²⁶. L'arbitrage, en plus d'être une justice privée, est une justice payante. C'est d'ailleurs une forme de privatisation de la justice, ce qui est contraire aux principes démocratiques. De ce fait, il n'est pas hasardeux d'affirmer qu'avec l'arbitrage, il est possible d'arriver à la création d'une justice à double vitesse : une justice des riches et une justice des pauvres. Les conséquences seraient d'une part, d'avoir une justice sélective avec l'arbitrage qui pourrait se réserver les litiges forts enjeux économiques et sociaux ; et d'autre part, cela conduirait à la dépréciation du Tribunal du travail qui pourrait se réserver des litiges moins importants.

2. La nature du lien ou le particularisme du lien

Le contrat de travail et le lien de subordination juridique sont deux notions interdépendantes voire même indissociables. Le contrat de travail se définit par le lien de subordination⁵²⁷. La notion de lien de subordination n'est pas mentionnée au sein du Code du Travail. C'est la jurisprudence qui a dégagé les critères de qualification du contrat de travail : la prestation de travail, la rémunération et le lien de subordination. La Cour de Cassation a

⁵²⁵ La rémunération qui est l'ensemble des sommes versées par l'entreprise en contrepartie du travail, est indice subsidiaire pour le contrat de travail. L'article 1er de cette convention dispose que « le terme rémunération comprend le salaire ou traitement ordinaire, de base ou minimum, et tous autres avantages, payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier ».

⁵²⁶ Article 4 de la décision CCJA relative aux frais de l'arbitrage : « La provision est due par parts égales par le ou les demandeurs et le ou les défendeurs. Cependant le versement de cette provision pourra être effectué en totalité par chacune des parties au cas où l'autre ou les autres parties s'abstiendraient d'y faire face ».

⁵²⁷ Le terme subordination vient du latin « subordinaire », qui peut se traduire par l'idée sous-ordonnée. Donc, c'est « mettre quelqu'un dans une situation de dépendance hiérarchique par rapport à quelqu'un d'autre: l'organisation militaire subordonne le lieutenant au capitaine ». (Larousse, dictionnaire en ligne : <http://www.larousse.fr/dictionnaires>. Vu le 15 /05/2015.) Il est évident qu'un déséquilibre caractérise la subordination avec l'exercice unilatéral du pouvoir hiérarchique d'une partie sur l'autre. Ce déséquilibre dans le rapport contractuel entre l'employé et l'employeur recouvre une dimension juridique. La supériorité de l'employeur est ressentie au travers de la subordination juridique qui lie le salarié à son employeur.

défini le lien de subordination comme étant le pouvoir de l'employeur « *de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné*⁵²⁸ ». La crainte⁵²⁹ est alors celle de l'abus de pouvoir de l'employeur lors de la conclusion du contrat de travail. L'inquiétude est réelle d'autant plus que l'employeur possède un pouvoir discrétionnaire. Il faut ajouter à cela la dépendance économique⁵³⁰ de l'une des parties. Si elle ne constitue pas un critère du contrat de travail, elle demeure un fait. Il s'agit d'une « *situation dans laquelle se trouve une personne par rapport à une autre dont l'existence ou la survie est subordonnée au maintien de la relation contractuelle*⁵³¹ ». Il est évident que l'objectif de toute entreprise⁵³² est de réaliser du profit afin d'assurer son développement et sa croissance.

Le désir de répondre aux besoins de flexibilité des entreprises et d'ajuster le droit du travail aux réalités économiques a incité certains acteurs sociaux à déroger à la loi, dans un sens qui n'est plus nécessairement favorable aux travailleurs⁵³³. Du fait de la crise économique, il était obligatoire d'assouplir le droit du travail afin d'attirer les investissements. La flexibilité est alors le moyen utilisé par l'employeur pour sauvegarder son entreprise dans un contexte de crise économique. La flexibilité est perçue comme étant « *la capacité de l'entreprise d'adapter le volume de sa main d'œuvre, la cadence du travail et les méthodes de production, aux fluctuations conjoncturelles de la demande et à l'évolution de la concurrence. L'ajustement des entreprises aux phases ascendantes de la demande se fait essentiellement par la rationalisation et l'intensification du travail, ainsi que par la diversification des tâches du personnel existant*⁵³⁴ ». Au Sénégal, avec la flexibilité, il y a la possibilité de renouveler pendant cinq ans des contrats de travail à durée déterminée. Pour tout licenciement pour raison économique,

⁵²⁸ Cass. civ., 6 juill. 1931: DP 1931, p. 121, note P. Pic; Cass. Soc., 13 Nov. 1996: Bull. civ. 1996, V, n° 386.

⁵²⁹ La subordination liant le salarié à son employeur définit alors le contrat de travail. Elle est l'essence même du contrat de travail. À ce titre, l'exécution du travail s'instaure dans une relation de pouvoir. L'une des parties jouit d'un pouvoir de direction sur l'autre. Ce pouvoir ne s'exerce pas seulement sur les conditions de travail, mais concerne également la gestion du personnel. Le chef d'entreprise pourrait ainsi opérer des mutations que le salarié ne peut refuser. Un refus quelconque sera constitutif de faute grave ayant pour conséquence le licenciement. Le changement des conditions de travail par son caractère unilatéral, peut-être source de domination.

⁵³⁰ Elle peut alors permettre au contractant d'imposer des conditions difficiles car malgré la liberté contractuelle dont il dispose. En s'engageant dans les liens d'un contrat de travail, le salarié accepte, sans avoir beaucoup d'autres alternatives, d'aliéner une partie de sa liberté. Ainsi en acceptant le statut de subordonné, le salarié s'oblige à obéir aux directives de l'employeur et à se soumettre aux conditions de travail définies par l'employeur.

⁵³¹ O. RIVOAL, *La dépendance économique en droit du travail*, D.2006,1023p. ; p. 891.

⁵³² La promotion de l'entreprise semble être une priorité pour l'employeur. L'intérêt de l'entreprise est devenu le fondement sur lequel sont consolidés les droits du salarié. Il est important de rappeler que le droit du travail protège avant tout les travailleurs en garantissant leurs droits. De ce fait, il n'est pas destiné à être souple dans la mesure où il organise une relation inégalitaire. Cependant, étant profondément lié à l'économie, le droit du travail est obligé de s'adapter aux mutations à travers des réformes. Tout en veillant à la protection du salarié, le droit du travail se préoccupe de plus en plus de la sauvegarde de l'entreprise. Alors, l'intérêt de l'entreprise apparaît aujourd'hui comme l'instrument de référence des décisions prises par l'employeur.

⁵³³ J. BARTHÉLÉMY, « *L'aménagement conventionnel de l'organisation et de la durée du travail* », Dr. soc. 1994, 289p. ; p. 156.

⁵³⁴ O. BERICHE, « *L'impact de la flexibilité sur les conditions de travail* », Mémoire magistère, Alger 2006, 189p. ; p. 10.

l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail n'est pas requise. Il est évident alors que l'employeur peut exercer un contrôle sur le travail effectué par le salarié. Le pouvoir de l'employeur est l'une des principales causes qui motive certaines personnes à se méfier de l'arbitrage dans les litiges individuels de travail. Cette méfiance à l'arbitrage en droit du travail est partagée par les praticiens de l'arbitrage. C'est pour cette raison que M. RACINE a attiré l'attention pour que l'arbitrage ne soit pas un outil l'exploitation du salarié : « *On craint que l'arbitrage soit un instrument au service de l'employeur et garantisse insuffisamment la protection du salarié*⁵³⁵ ». L'arbitrage n'est pas le mieux adapté quant à la forme de justice dès qu'il existe un déséquilibre dans un contrat. Dans cette situation, il est souhaitable que la partie faible soit protégée et donc que le litige soit inarbitrable en raison de l'ordre public.

B. Le droit du travail, un droit partisan des intérêts du salarié

L'objectif premier du droit du travail est l'amélioration des conditions de travail des salariés. Du coup, il devient un droit partisan⁵³⁶. Il est évident que le droit du travail est né en acceptation d'une partie faible au contrat de travail. Il est remarqué que les parties au contrat de travail ne sont pas traitées d'égaux positions comme elles le sont souvent dans les autres types de contrats. Étant un droit constitutionnel et universellement reconnu à tout individu, l'État doit tout mettre en œuvre pour garantir un travail décent afin de lui permettre de subvenir à ses besoins essentiels et existentiels, ainsi qu'à ceux de sa famille⁵³⁷. Dans ce genre de situation, la position du droit du travail devient très claire dans sa relation avec le salarié. C'est pour cette raison que la doctrine affirme que « *le droit du travail est un droit partisan en ce sens qu'il est élaboré essentiellement à destination du salarié*⁵³⁸ ». Il met des barrières qui permettent de protéger véritablement le travailleur. Il s'agit ici de la mise sur place d'un ordre public de protection pour le salarié. Le droit du travail devient alors un droit d'inégalité et partisan qui vise l'application des règles favorables au salarié (1) et l'interdiction des règles non favorables à son égard (2).

⁵³⁵ J. B. RACINE, « *L'arbitrage commercial international et l'ordre public* ». Op. cit., p. 30.

⁵³⁶ L'homme, de façon naturelle, a du travail pour s'épanouir dans son vécu quotidien. Étant une obligation fondamentale, le travail est une notion fortement liée à l'humain. Cependant, les différentes périodes de l'histoire ont démontré que les salariés ont toujours été exploités par les employeurs. Avec l'essor des entreprises, les conditions de travail se sont aggravées. Face à cette situation, l'État a mis en place un dispositif juridique qui pour mission d'équilibrer les relations individuelles de travail. Le droit du travail devient ainsi un vecteur de convergence économique et sociale car il contribue à la création et de la régulation de l'emploi.

⁵³⁷ Il s'agira ainsi pour de prendre « *les mesures que chacun des États parties au présent Pacte prendra en vue d'assurer le plein exercice de ce droit doivent inclure l'orientation et la formation techniques et professionnelles, l'élaboration de programmes, de politiques et de techniques propres à assurer un développement économique, social et culturel constant et un plein emploi productif dans des conditions qui sauvegardent aux individus la jouissance des libertés politiques et économiques fondamentales* ». Article 6 du Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

⁵³⁸ H. J. TAGUM FOMBENO, op cit. p. 24.

1. L'application de règles favorables au salarié

L'ordre public social aboutit sur le principe de faveur⁵³⁹. Ce principe est consacré par le législateur sénégalais qui précise que « *la convention peut mentionner des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements en vigueur. Elle ne peut déroger aux dispositions d'ordre public définies par ces lois et règlements*⁵⁴⁰ ».

Approuvé par quelques penseurs comme, Hélène TISSANDIER et Antoine JEAMMAUD, le principe de faveur est un concept doctrinal. La particularité du droit du travail fait montrer que les règles d'ordre public social peuvent être améliorées au profit des travailleurs. Le législateur oblige⁵⁴¹ dans cette situation le Chef d'entreprise à ne pas respecter la hiérarchie des normes. Contrairement à la hiérarchie des normes qui impose que la norme inférieure soit en conformité avec la norme supérieure, le législateur autorise exceptionnellement le choix de la source inférieure plus favorable que la supérieure⁵⁴². L'État montre sa position partisane en imposant aux employeurs de ne déroger aux lois que dans l'intérêt des travailleurs. Ce principe, bien que partisan de la part de l'État, protecteur des intérêts du salarié, est perçu comme une restriction à la liberté du chef d'entreprise. Ce principe permet l'application de la disposition la plus favorable pour le salarié. Cela est illustré par la décision de la chambre sociale française que « *la détermination du régime le plus favorable doit résulter d'une appréciation globale avantage par avantage ; [...], la cour d'appel a pu décider, par motifs adoptés, que le régime instauré sur ce point par l'accord d'entreprise était plus favorable que celui [...] de l'Accord interprofessionnel*⁵⁴³ ». Le contrat individuel de travail a la possibilité de prévoir avantages supérieurs aux minima légaux et même aux minima conventionnels. Il est possible d'admettre

⁵³⁹ Il faut signaler au niveau que « *le principe de faveur entretient des liens de parenté avec l'ordre public social. La plupart des auteurs n'opèrent pas de distinction et considèrent même ces deux expressions comme synonymes. D'autres estiment en revanche que l'ordre public social détermine la validité des actes entrant en concurrence avec une disposition étatique alors que le principe de faveur joue au niveau de l'application des normes* ». (C. KRIEF, « *Que reste-t-il du principe de faveur ?* », 2015, 156p. ; 125p. ; p. 36. <https://www.lepetitjuriste.fr>, lu le 25/06/2019).

⁵⁴⁰ Art.L.80, ali. 2, Code du Travail.

⁵⁴¹ Le droit sénégalais est essentiellement fondé sur la hiérarchie des normes. Le droit du travail n'y déroge pas car les relations de travail sont effectivement régulées par ce principe. Cependant, il faut signaler que les normes (la loi, les conventions internationales, les règlements, les accords collectifs de travail, le contrat de travail individuel) qui régissent les relations contractuelles de travail paraissent dès fois particulières. « *Il suffit d'ouvrir le Code du Travail : tout y semble différence. L'égalité n'apparaît nulle part[...]. On y découvre des seuils qui distinguent les entreprises, et par là des salariés ; des règles relatives à l'ancienneté, des règles spéciales à des professions, des activités, des catégories de travailleurs. Par-delà la lettre du Code, le contrat de travail, le pouvoir patronal et la négociation collective sont également sources de différenciation. Aussi, le droit du travail pourrait se lire comme un droit des inégalités, un droit des préférences* ». (I. MEYRAT, « *Dans la faveur et le droit* », édit. : Presses Universitaires de France, 2009, 568p. ; p. 357). Ces propos de la doctrine traduisent la position partisane du droit du travail en faveur des travailleurs. Les nombreuses sources du droit du travail sont appelées à être appliquées. Dans ce contexte existentiel de normes aussi diverses que variées, l'employeur pourrait être tenté à appliquer les dispositions qui protégeraient au mieux les intérêts de son entreprise.

⁵⁴² Pour mieux protéger les intérêts du travailleur, l'État, conscient de ce risque, a pris la décision de restreindre la liberté du chef d'entreprise. L'État donne alors la possibilité à l'employeur de déroger aux dispositions législatives à condition qu'il soit plus favorable au salarié.

⁵⁴³ C. Cass., Ch. Soc., du 17 janvier 1996, pourvoi n° 93-20066.

que le principe de faveur est contraire à celui de la hiérarchie des normes. Il faut préciser que la hiérarchie des normes consacre⁵⁴⁴ que les règles étatiques ont une valeur supérieure aux normes professionnelles. Le principe de faveur ne doit pas être perçu comme un principe anticonstitutionnel⁵⁴⁵. Il est plutôt alors appréhendé comme une exception à la théorie kelsénienne de la hiérarchie des normes. Il s'agit de l'aménagement d'un espace pour l'amélioration des relations de travail et des conditions de travail, aussi bien individuelles que collectives. C'est pour cette raison que la doctrine affirme que le principe de faveur « *constitue en quelque sorte l'âme du droit de travail*⁵⁴⁶ ». Toutes ces règles de droit prolifiques pouvaient entraîner inévitablement des contradictions entre les normes. Cependant, la doctrine a attiré l'attention sur le fait que « *la mise en œuvre de la traditionnelle gradation des normes juridiques est compliquée du fait que le but du travail est toujours d'assurer la meilleure protection possible au salarié*⁵⁴⁷ ».

2. L'autorité du principe de faveur

Introduit par les lois Auroux de 1982, le principe de faveur est qualifié par la Chambre sociale de la Cour de Cassation comme le principe fondamental, en droit du travail⁵⁴⁸. Cette idée est largement soutenue par la doctrine qui le principe de faveur comme le « *principe fondamental du droit du travail, selon lequel il est toujours possible de déroger à une règle hiérarchiquement supérieure, pourvu que ce soit dans un sens favorable au travailleur*⁵⁴⁹ ». Le principe de faveur, au-delà de tout dans les relations individuelles de travail, est le pilier central des relations de travail dans l'entreprise. Il est un principe qui possède une autorité car il est applicable même en dehors des cas qui sont spécialement prévus par la loi. De ce fait, le principe de faveur en droit du travail fait ressortir rationnellement, un attribut d'ordre public. D'ailleurs, cette pour cette raison que la Chambre sociale de la Cour de Cassation française l'avait consacré comme un principe fondamental en droit du travail⁵⁵⁰. Il est aussi un mode de résolution de

⁵⁴⁴ Autrement dit, il est très clair que les dispositions qui sont issues de la loi ou du règlement, ont une valeur supérieure à celles qui sont mises en place par les conventions et par les accords collectifs. Avec le principe de faveur, lorsque deux normes sont applicables à une même relation de travail, il faut impérativement appliquer la norme qui est la plus favorable aux salariés. Donc, cela suppose qu'une règle inférieure peut déroger à une règle supérieure lorsqu'elle est plus favorable au travailleur.

⁵⁴⁵ Le principe de faveur n'est pas à assimiler à une inversion des normes car il ne prend effet que sous réserve du respect des dispositions légales qu'il permet de supplanter. Il est plutôt comparable à une règle de conflit de normes.

⁵⁴⁶ H. J. TAGUM FOMBENO, *op.cit.*, p. 51.

⁵⁴⁷ H. J. TAGUM FOMBENO, *Ibid*, p.51.

⁵⁴⁸ Note J. SAVATIER et EDF, Bull. V. n°296, Dr. Ouv. 1998 ; 236p. ; p. 34.

⁵⁴⁹ P. D. OLLIER, *Le droit du travail*, Paris, 1972, A. Collin, Coll. U, 256p. ; p. 46.

⁵⁵⁰ Elle a précisé qu'en « *vertu du principe fondamental, en droit du travail, selon lequel la situation des salariés doit être régie, en cas de conflit de normes, par celle qui leur est la plus favorable, il convient, dès l'instant qu'aucune illégalité d'une disposition particulière du statut propre à la SNCF n'est invoquée, de déterminer si les dispositions de ce statut concernant les*

conflit. « *Ce critère de résolution de conflit est propre au droit du travail*⁵⁵¹ ». Il faut alors adopter une seule norme tout en écartant l'autre afin de prendre en charge l'objet. Elle permet de pouvoir nuancer le principe de hiérarchie des normes en vertu duquel la norme inférieure doit respecter la norme supérieure. La jurisprudence française a montré l'efficacité de mode de règlement de litiges car « *en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application*⁵⁵² ». Autrement, le principe de faveur consiste à appliquer aux salariés la règle de droit qui leur est la plus favorable en termes de droits et d'avantages. La justice⁵⁵³ utilise deux méthodes⁵⁵⁴ pour déterminer la règle favorable. Étant une règle de conflit de normes, le principe de faveur amène à distinguer les quotités afin d'apprécier la norme conventionnelle la plus avantageuse. Le principe de faveur a aussi une mission de restreindre le pouvoir de l'employeur. Il apparaît comme une méthode qui vise à limiter la liberté contractuelle de dernier. L'employeur, avec ce principe de faveur, semble ne plus pouvoir se prévaloir de la liberté d'insertion des clauses dans le contrat de travail. Le non-respect de ce principe conduit à une sanction qui est la nullité⁵⁵⁵ de la clause ou convention trop sévère ou bien non favorable à l'endroit des travailleurs.

Il faudra signaler que le Conseil constitutionnel français⁵⁵⁶ refuse malgré tout de lui reconnaître une valeur supra-législative. La jurisprudence affirme bien que le principe de faveur ait une valeur légale, il n'a cependant pas une valeur constitutionnelle. Dans ce même sens, il est alors compréhensible de rencontrer les limites au principe de faveur. La limite concerne les règles d'ordre public absolu, autrement dit, les règles intangibles. Le législateur permet aux acteurs de l'entreprise la possibilité de négocier dans les tous domaines sauf sur les matières qui relèvent de l'ordre public absolu. Il est important de faire remarquer qu'une disposition a la possibilité de bloquer une mesure de faveur pour les travailleurs en application d'ordre public.

congés payés sont plus favorables que celles résultant du régime légal ; que cette appréciation doit être globale à raison du caractère indivisible de ce régime de congés payés institué en tenant compte des nécessités du service public ; que cette comparaison n'implique aucune appréciation sur la légalité du décret précité, puisqu'il s'agit seulement de choisir entre deux textes, également applicables, le plus avantageux pour les salariés ». C. Cass., Ch. Soc., du 17 juillet 1996, 95-41.313.

⁵⁵¹ W. CYRIL, et P. ELSA, Droit du travail 2019, édit. 12, 2018, Dalloz, 369p. ; p. 123.

⁵⁵² C. Cass. Ch. Soc., du 27 mars 2001, 98-44.292.

⁵⁵³ C. Cass. Ch. Soc. 11 juillet 2007, n° 05-46048 D.

⁵⁵⁴ 1. La méthode dite analytique appelée encore la méthode de comparaison entre l'accord et la loi est efficace pour déterminer le caractère plus favorable. Elle est effectuée d'une façon générale sur l'ensemble des travailleurs.

2. La méthode de comparaison permet d'étudier chaque avantage pour apprécier la teneur. Cette méthode a l'obligation d'être objective. Elle doit aussi se baser sur l'intérêt collectif des travailleurs plutôt que sur des intérêts individuels et particuliers d'un salarié (Cass. Soc. 25 janvier 1984, n° 81-41609, BC V n° 33.). À travers cette méthode de comparaison, l'étude des avantages doit avoir le même objet ou bien la même cause (Cass. Soc. 28 novembre 1974, n° 73-40352, BC V n° 576). Mais aussi doit être appréhendée singulièrement et collectivement. Cependant, il faut préciser que cette méthode de comparaison interdit le cumul des avantages (Cass. Ass. Plén. 18 mars 1988, n° 84-40083, B. ass. Plén. N° 3.). En résumé, il faudra retenir que la méthode comparative sert à analyser le caractère le plus avantageux pour l'ensemble de la collectivité des salariés concernés, et cela, avantage par avantage ayant le même objet ou la même cause.

⁵⁵⁵ C. Cass. Ch. Soc., du 19 février 1997, 94-45.286.

⁵⁵⁶ Cons. Const. 13 janv. 2003, no 2002-465 DC, GADT, n° 181.

Cela traduit alors, la précaution que les différents acteurs devront prendre afin que les clauses plus favorables ne soient pas en contradiction avec les règles fondamentales⁵⁵⁷.

Paragraphe II : La protection du salarié contre les choix unilatéraux de l'employeur

La finalité du droit du travail est d'empêcher le patron de l'entreprise de pouvoir abuser de sa situation économique pour imposer des conditions de travail difficiles aux salariés. Le contrat de travail est de ce fait distinct des autres types de contrats⁵⁵⁸ qui supposent une égalité et une indépendance juridiques des différentes parties engagées. D'ailleurs, l'aspect traditionnel du contrat, relevé par la doctrine montre « *l'égalité n'existe jamais entre contractants*⁵⁵⁹ ». Le déséquilibre⁵⁶⁰ de poids économique et des prérogatives peuvent exercer une partie du contrat, sont possibles d'occasionner et de générer des procédés et des usages pernicieux et délicats sur le plan économique et sur le social.

La domination⁵⁶¹ du travail devient naturellement un fait à travers le lien de subordination qui est d'ailleurs défini comme « *l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner*⁵⁶² ». Parlant du salarié, la doctrine n'hésite pas à rappeler son « *pouvoir de légiférer (à travers l'adoption du règlement intérieur), celui de diriger et celui de juger la*

⁵⁵⁷ En termes d'illustration, il peut être cité, l'impossibilité de modifier les compétences du tribunal du travail ou bien d'avoir des primes en contrepartie de ne pas aller en grève. Le législateur veille à ce que l'ordre public soit respecté afin de mieux protéger les travailleurs des abus de pouvoir de l'employeur.

⁵⁵⁸ L'État vient naturellement à travers des lois plus protectrices soutenir les travailleurs, face aux abus multiformes des employeurs afin d'assurer le maintien de l'ordre public. C'est d'ailleurs, un souci de protection de ce dernier a été une préoccupation constante. Le plus souvent, les relations de contractuelles de travail sont une alliance binaire. Elles réunissent deux parties de forces inégales.

⁵⁵⁹ G. RIPERT, Les forces créatrices du droit, LGDJ 1955, 415p. ; p. 272.

⁵⁶⁰ La subordination du salarié qui est le critère fondamental du domaine d'application du droit du travail, met au centre des relations contractuelles, la présence du pouvoir de l'employeur. Dans la pratique quotidienne du droit du travail, le pouvoir de l'employeur sur ses salariés n'a jamais été rejeté. Le pouvoir de direction est l'essence du pouvoir patronal. De ce pouvoir dérivent les pouvoirs normatif et disciplinaire. Le pouvoir normatif se traduit notamment par l'élaboration par l'employeur du règlement intérieur.

⁵⁶¹ L'exacerbation des contrats précaires au sein des entreprises témoigne d'une multiplication des stratégies des employeurs pour pouvoir « *réduire le poids du facteur humain en termes financiers* ». (Le Grand Robert de la langue française, version 2.0, CD-ROM, Le Robert/SEJER, 2005). Il est toujours important de rappeler que le droit du travail est un environnement de vives tensions entre plusieurs intérêts divergents. Donc, il est perçu comme la cristallisation des rapports de force entre le salarié et l'employeur. Le terme « employeur » est avant tout d'origine économique. Il désignait, à l'origine, « *celui qui emploie son argent à* » quelque chose. (Le Grand Robert de la langue française, version 2.0, CD-ROM, Le Robert/SEJER, 2005). Le « *pouvoir c'est la capacité dévolue à une autorité ou à une personne, d'utiliser les moyens propres à exercer la compétence qui lui est attribuée soit par la loi, soit par un mandat dit aussi procuration* » (<https://www.dictionnaire-juridique.com>, lu le 28/02/2021). Il est revenu peut-être entendu comme la capacité de faire quelque chose, comme le droit d'agir d'une personne sur autrui ou sur une chose. Ainsi, dans le langage courant, le pouvoir désigne « *toute maîtrise de fait* ». (E. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, Paris, Economica, 1985, 368p. ; p.7).

⁵⁶² S. CARRE, « *Les conditions d'exercice du métier de chauffeur routier et l'alternative du contrat de transport* », la semaine juridique, Entreprise et Affaires, juin 2002, 258p. ; p. 1087.

*conduite de ses salariés (pouvoir disciplinaire)*⁵⁶³». Le travail au sein d'un service organisé est aussi retenu comme indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail⁵⁶⁴. La protection du travailleur contre l'employeur détenteur de pouvoirs exorbitants est un élément central. Il est bien de rappeler que la distinction classique des prérogatives du propriétaire de l'entreprise fait ressortir le pouvoir de direction (A) et le pouvoir normatif (B).

A. Le pouvoir de direction de l'employeur

L'entreprise⁵⁶⁵ est une propriété. Dans l'entreprise⁵⁶⁶, le premier pouvoir reconnu à l'employeur est le pouvoir de direction. Ce pouvoir est perçu comme étant la faculté reconnue à l'employeur de commander. Pour garantir une bonne organisation des activités au sein de l'entreprise, le législateur reconnaît à l'employeur la possibilité de prendre des décisions pour le fonctionnement. La doctrine évoque à ce niveau, pour l'employeur la « *faculté de créer ou de préciser unilatéralement des obligations dont le salarié est le débiteur*⁵⁶⁷ ». Le pouvoir de direction apparaît dans la gestion de l'entreprise et cela aux niveaux économique et organisationnel et surtout au niveau des conditions de travail des salariés. « *Le pouvoir est inégalité et unilatéralisme*⁵⁶⁸ ». Il renforce l'employeur. Étant donné que le fait du pouvoir est fondamental, l'employeur n'a pas attendu l'autorisation de la loi ou du contrat pour donner des ordres aux salariés. Le pouvoir de direction entraîne la gestion patrimoniale de l'entreprise sans pour autant donner un pouvoir de commandement sur les personnes. Il s'exerce par exemple dans le cadre d'une modification du contrat de travail. L'employeur est le responsable de l'activité économique (1) dont il a la charge, qu'il soit chef d'entreprise ou dirigeant d'une société. Ces décisions engagent l'avenir de la structure et sont prises dans l'intérêt de l'entreprise, mais doivent également respecter les droits des salariés. La gestion du personnel (2).

⁵⁶³ S. COULIBALY, « *L'identification de l'employeur* », Revue internationale de droit économique, 2015, (t. XXIX), 489p. ; p. 285.

⁵⁶⁴ CASS. SOC., 13 novembre 1996, pourvoi n° 94-13187.

⁵⁶⁵ Elle est alors une structure hiérarchisée, siège d'un pouvoir détenu par l'employeur, propriétaire de l'entreprise. S'appuyant sur la propriété privée, l'employeur est titulaire de pouvoirs. Le pouvoir du propriétaire de l'entreprise est un fait qui vient naturellement de la domination économique. L'employeur est le propriétaire des moyens de production. Il est perçu comme étant le bailleur ou le locateur de la prestation de travail. Sous ce prisme, l'employeur est un investisseur. Il est le titulaire d'un pouvoir hiérarchique sur le salarié.

⁵⁶⁶ Dans l'entreprise, les pouvoirs de l'employeur sont perçus comme étant toutes les prérogatives, tous les attributs ou tous les privilèges du propriétaire qui lui permettent d'astreindre, de commander et d'exiger des actes ou des activités du travailleur. Le pouvoir de donner des ordres a une valeur juridique. Autrement dit, c'est une prérogative normative qui sert à créer des obligations. Ce pouvoir diffère du pouvoir d'influence de l'employeur sur ses salariés détenus que l'employeur détient dans les faits par l'employeur.

⁵⁶⁷ E. DOCKELS, Droit du travail, relations individuelles, éditions Dalloz, 2005, Paris, 369p. ; p.77.

⁵⁶⁸ E. DOCKELS, De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur, Droit du travail, relations individuelles, éditions Dalloz, 2005, Paris, 258p. ; p. 1.

1. La gestion économique de l'entreprise

L'entreprise⁵⁶⁹ est un des principaux moteurs du développement économique. La doctrine attirait l'attention sur le fait que « *l'entreprise n'est pas un concept juridique, mais un instrument de référence se prêtant à toutes les conjugaisons. C'est [...] un paradigme juridique*⁵⁷⁰ ». L'entreprise est alors perçue comme une cellule économique qui a une vision essentiellement patrimoniale⁵⁷¹. C'est un ensemble de biens affectés à une production. L'entreprise devient de ce fait, une entité susceptible de faire l'objet d'un certain nombre de démembrements par son organisation technique. L'employeur⁵⁷² est le propriétaire de l'entreprise. Il jouit de « *l'absolutisme attaché au droit de propriété*⁵⁷³ ». Il décide tout seul de la politique économique de l'entreprise, de son organisation interne⁵⁷⁴ et des modalités techniques de son fonctionnement. D'ailleurs, dans ce sens, la jurisprudence avait attiré l'attention sur le fait que l'employeur « *porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances qui la détermine à cesser son exploitation et aucune disposition légale ne lui fait l'obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi, pourvu qu'il observe, à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles édictées par le Code du Travail*⁵⁷⁵ ».

Sous l'influence d'un environnement économique très changeant, les organisations sont soumises à de multiples processus de restructuration⁵⁷⁶. Dans ce sens, le législateur a précisé que « *tout licenciement individuel ou collectif effectué par un employeur, et motivé par une difficulté économique ou une réorganisation intérieure constitue un licenciement pour motif économique*⁵⁷⁷ ». Il est évident que le motif économique peut être soit d'ordre structurel avec

⁵⁶⁹ Le dynamisme des entreprises est un outil important pour lutter contre la pauvreté et le chômage. L'entreprise et l'emploi sont les deux faces d'une même pièce car ils sont étroitement imbriqués

⁵⁷⁰ A. SUPLOT, « *Groupe de sociétés et paradigme de l'entreprise* », Rev. trim. dir. com. 1985, 189p. ; p. 621.

⁵⁷¹ J. PAILLUSSEAU, « *qu'est-ce que l'entreprise ?* », in l'entreprise : nouveaux apports, Economica 1987, 189p. ; p. 12.

⁵⁷² C'est sur lui que repose la responsabilité de l'activité économique de l'entreprise et celle de sa bonne marche. Il a, de ce fait, des prérogatives de prendre des mesures indispensables pour l'entreprise. Le pouvoir de gestion de l'économie de l'entreprise de l'employeur est orienté vers un but unique qui est la satisfaction d'un intérêt qui ne se confond pas avec celui de son titulaire. En tant que responsable du risque engendré par l'activité de son entreprise, l'employeur, pour bien mener sa mission, bénéficie d'énormes prérogatives qui lui permettent de mettre en place des stratégies pour le développement des activités économiques de la société.

⁵⁷³ M. DESPAX, « *l'entreprise et le droit* », Revue internationale de droit comparé, L. G. D. J. 1956, n° 393, 598p. ; p. 403.

⁵⁷⁴ Il peut à tout moment qu'il le juge opportun, aménager à l'organigramme.

⁵⁷⁵ Cour de Cassation, section sociale, du 31 mai 1956, 56-04.323.

⁵⁷⁶ Dans le cadre d'une organisation rationnelle et efficace, l'employeur a la possibilité de mettre en place des restructurations de son entreprise. Il faut rappeler que des difficultés générées par la conjoncture économique peuvent pousser l'employeur à prendre des mesures drastiques afin d'éviter la fermeture de l'entreprise. Cette solution passe par le licenciement des travailleurs dans le but de réduire ses frais généraux pour sauvegarder son investissement. « *Le licenciement est une décision de gestion de l'entreprise. Et toute la gestion de l'entreprise est orientée vers l'amélioration de ses résultats économiques* ». (J. SAVATIER, « *Observations* », Droit Social, 1978, 359p. ; p. 295).

⁵⁷⁷ Art.L.60 du Code du Travail.

une réorganisation⁵⁷⁸ intérieure, soit d'ordre conjoncturel avec la crise entraînant réduction d'activité ou cumulativement d'ordre à la fois structurel et conjoncturel⁵⁷⁹. Le législateur a limité l'action de l'employeur qui « *doit réunir les délégués du personnel et rechercher avec eux toutes les autres possibilités telles que la réduction des heures de travail, le travail par roulement, le chômage partiel, la formation ou le redéploiement du personnel*⁵⁸⁰ ». L'employeur doit, dans l'exercice de son pouvoir de direction tenir compte des droits fondamentaux du travailleur dans la gestion du personnel.

2. La gestion du personnel

La doctrine a toujours révélé que l'entreprise est une société en miniature. « *L'entreprise serait une communauté de travail [...]. Celle-ci est organisée au moyen d'un certain nombre de pouvoirs [...]: un pouvoir législatif manifesté par un règlement intérieur, un pouvoir exécutif que traduit le droit de direction du chef d'entreprise, un pouvoir disciplinaire qui permet de réprimer la violation des lois internes de l'institution*⁵⁸¹ ». L'employeur, dans le fonctionnement⁵⁸² de son entreprise, possède à sa disposition des travailleurs. Il assure ainsi la gestion du personnel⁵⁸³ de façon habituelle. D'ailleurs, il n'appartient pas au juge « *de contrôler le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles*⁵⁸⁴ ». La doctrine précise dans le même sens que l'interdépendance et l'interférence entre le pouvoir de direction et le devoir d'exécution formalisent la notion de subordination⁵⁸⁵.

⁵⁷⁸ Les restructurations d'entreprises sont sous toutes les formes. Elles sont devenues très fréquentes. Il faut cependant signaler que si la finalité des restructurations est souvent financière, il n'en demeure pas moins que le législateur sénégalais oblige les employeurs à prendre en compte l'aspect social, de sorte qu'éviter cet aspect fait courir un risque inconsidéré à la société. C'est d'ailleurs pour cette raison que les licenciements, pour motif de restructuration, doivent obligatoirement respecter la procédure spéciale pour licenciement économique prévue aux articles L-61 à L-64 de la loi 97-17 du 1er décembre 1997, portant Code du Travail au Sénégal.

⁵⁷⁹ C'est pour cette raison que la doctrine a précisé que « le licenciement pour motif économique peut se définir comme la suppression d'emplois motivée par la réorganisation de l'entreprise voulue par l'employeur comme une fin en soi ou nécessitée par des raisons, financières, techniques ou économiques d'ordre structurel ou conjoncturel ». (J. I. SAYEGH, *Le Droit du Travail Sénégalais*, L.G.D.J. édition NEA, 1987, 789p. ; p. 621).

⁵⁸⁰ Art.L.60 du Code du Travail.

⁵⁸¹ P. DURAND, « *La notion juridique de l'entreprise* », *Trav. Ass.*, Cap. T3, 1947, 359p. ; p. 56.

⁵⁸² Il peut aussi décider des conditions de travail en prenant des mesures sur la fixation de l'horaire, sur le temps de présence et sur les modalités d'exécution du travail. D'ailleurs, c'est l'une des principales raisons qui ont poussé la jurisprudence à affirmer que dans l'entreprise, l'employeur, en tant que responsable de l'entreprise, « est seul juge » (Cour de Cassation, section sociale, du 31 mai 1956, 56-04.323, Publié au bulletin). Il peut disposer de toutes les circonstances qui le fonctionnement de son en entreprise.

⁵⁸³ La gestion du personnel peut se comprendre comme vocation de charge les salariés au sein de l'entreprise. Il s'agit pour l'employeur de mieux placer et de mieux utiliser les salariés de son entreprise en prenant des actes tendant, dans le cadre de sa politique prévisionnelle, à déclencher, suivre et contrôler le fonctionnement à court et à moyen termes des moyens dont dispose l'entreprise pour atteindre les objectifs fixés. Pour l'employeur, la gestion pratique du personnel s'organise à travers les actes de gestion tels que le recrutement, l'évaluation, la gestion de la mobilité, les promotions et les affectations. Ainsi, l'employeur est doté des prérogatives de donner des ordres aux travailleurs.

⁵⁸⁴ Cass., 8 déc. 2000, n° 97-44.219, Bull. 2000.

⁵⁸⁵ Le salarié placé sous l'autorité de l'employeur est régi par le principe d'obéissance. Ce principe impose au travailleur l'obligation d'accomplir le travail imposé. Lorsque le salarié n'exécute pas sa prestation de travail sans motif légitime, le salaire afférent aux heures ou aux journées non travaillées pourra ne pas être payé par l'employeur.

C'est pour cette raison qu'elle affirme que « *l'employeur, doté d'un pouvoir de direction, donne des instructions relativement aux travaux menés dans son entreprise. Pour sa part, l'employé doit remplir son mandat et exécuter les ordres*⁵⁸⁶ ».

L'employeur a la possibilité d'imposer des horaires de travail au salarié, un lieu de travail au salarié, des changements de conditions de travail (pour autant qu'ils ne constituent pas une modification du contrat de travail. Le salarié peut être sanctionné car il « *ne s'était pas conformé aux instructions de l'employeur*⁵⁸⁷ » quant à sa présence dans l'entreprise ou bien en cas de refus d'exécution des tâches dévolues en conformité avec son contrat de travail. La jurisprudence n'a pas hésité de convoquer une faute⁵⁸⁸ grave pour sanctionner un salarié qui s'est déclaré malade pour ne pas exécuter les ordres de l'employeur⁵⁸⁹. Le législateur a précisé que « *le contrat de travail peut être modifié soit à l'initiative de l'employeur soit à l'initiative du travailleur*⁵⁹⁰ ». L'employeur a la possibilité de procéder aux modifications non substantielles du contrat de travail. La révision du contrat est une faveur accordée à l'employeur en raison de son pouvoir sur le travailleur placé sous son autorité. Les modifications non substantielles sont des modifications mineures. C'est la modification qui « *n'affecte pas les éléments du socle contractuel, c'est-à-dire les éléments essentiels du contrat*⁵⁹¹ ». La modification non substantielle peut être imposée par l'employeur et le refus du salarié d'exécuter le contrat ainsi modestement retouché constituait une faute. Il peut s'agir d'une mutation lorsque le contrat prévoit une clause de mobilité⁵⁹² ou bien d'un rapprochement du travailleur de son lieu de travail, du déplacement d'un vendeur à un autre rayon.

Au niveau de l'entreprise, l'employeur peut prendre toute mesure qui pour assurer la bonne marche du service. C'est pour cette raison qu'il est investi d'un pouvoir normatif au sein de l'entreprise.

⁵⁸⁶ I. CANTIN, le refus par un employé d'obéir à un ordre de l'employeur dans le cadre de la fonction publique fédérale : aperçu jurisprudentiel, revue générale de droit, Volume 11, numéro 1, 1980, 487p. ; p. 282.

⁵⁸⁷ C. Cas., Ch. Soc., du 8 février 1996, 94-43.266.

⁵⁸⁸ Le refus d'un salarié d'exécuter les ordres de l'employeur peut être qualifié de faute lourde. (Trib. Travail Dakar, 18 mars 1982, TPOM n°571, p.28). Confronté à l'inexécution par le salarié de son obligation d'exécuter sa prestation de travail, l'employeur s'abstient d'exécuter son obligation réciproque de paiement du salaire. Il est admis que cette retenue sur salaire ne constitue pas une sanction pécuniaire, mais n'est que la « *conséquence du caractère synallagmatique du contrat de travail* » (J. F. CESARO, « Les conséquences d'un refus légitime de travailler sur la rémunération », JCPS 2008, 1466p. ; p. 145). Toute relation de travail implique obligatoirement un lien de subordination. Le salarié accepte alors de se soumettre au pouvoir de direction de l'employeur. Le refus d'obéir aux ordres de l'employeur est qualifié comme une insubordination du salarié envers son employeur. De ce fait, il peut être lourd de conséquences car cette indiscipline peut faire l'objet d'une sanction, voire même d'un licenciement pour faute.

⁵⁸⁹ C. Cas., Ch. Soc., du 9 octobre 2001, 98-46.144.

⁵⁹⁰ Article L 67 du Code du Travail.

⁵⁹¹ H. J. TAGUM FOMBENO, op.cit., p. 275.

⁵⁹² Cass. Soc., 9 juillet 1998, n 80 ? Diouf Ndeye Penda c. / Sonam, bulletin des arrêts de la Cour de cassation du Sénégal.

B. Le pouvoir normatif de l'employeur

Au niveau de l'entreprise, les caractères du pouvoir de direction de l'employeur se perçoivent d'une part à travers le fonctionnement de l'entreprise. Ces pouvoirs de direction de l'employeur sont renforcés par d'autres pouvoirs⁵⁹³ qui lui permettent de bien contrôler son entreprise. L'employeur dirige l'entreprise et ses salariés. Il dispose d'une grande liberté de décision, c'est-à-dire d'un pouvoir normatif. Il s'agit, pour lui, de la capacité d'édicter des normes, des règles générales de droit et des décisions créant des droits et obligations à l'égard de ses salariés et de lui-même. Cette normativité est principalement réglementaire et émane de « *l'employeur en tant que source de droit*⁵⁹⁴ ».

Cette idée est largement partagée par la doctrine qui estime que « *le chef d'entreprise est le législateur naturel de la société professionnelle, parce qu'il a pour fonction d'en coordonner les éléments et d'assurer le bien commun du groupement*⁵⁹⁵ ». À ce titre, il dispose du pouvoir d'édicter des règles au sein de l'entreprise, à travers notamment le règlement intérieur (1), et du pouvoir disciplinaire (2) pour sanctionner la faute d'un salarié.

1. Le pouvoir normatif de l'employeur dans son entreprise

« *Le règlement intérieur est établi par le chef d'établissement*⁵⁹⁶ ». Son élaboration incombe au chef d'entreprise qui n'est pas obligé d'y associer les travailleurs. De ce fait, pour pallier à d'éventuels abus de position à travers le règlement intérieur⁵⁹⁷, le législateur a précisé, à l'article L100, que « *son contenu est limité exclusivement aux règles relatives à l'organisation technique du travail à la discipline et aux prescriptions concernant l'hygiène et la sécurité, nécessaires à la bonne marche de l'établissement* ». Pour mieux lutter contre les abus de l'employeur, l'État a mis une exigence dans le règlement intérieur⁵⁹⁸ qui est encadré par l'arrêté

⁵⁹³ Ce pouvoir disciplinaire de l'employeur s'exerce à travers un règlement intérieur. Les notes de services sont aussi des modes d'aménagement de ce pouvoir réglementaire. C'est un domaine où, les salariés et leurs représentants n'interviennent. Toutefois, ils peuvent émettre des avis, en ce qui concerne l'élaboration du règlement intérieur, qui n'ont qu'un caractère consultatif.

⁵⁹⁴ A. SUPIOT, « La réglementation patronale dans l'entreprise », *Dr. Soc.*1992, 369p. ; p. 215.

⁵⁹⁵ P. DURAND, *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, tome 1, 1947, no 112, 658p. ; p. 151.

⁵⁹⁶ Art.L.100, Code du Travail.

⁵⁹⁷ Apparu lors de la révolution industrielle, il était désigné sous les termes de « règlement d'atelier ». Il était contresigné par le maire mais ne faisait l'objet d'aucune vérification par les administrations. Il était perçu comme un document annexe du contrat de travail individuel. Le travailleur était tenu d'adhérer au règlement intérieur considéré comme « *une clause de louage de service* ». (C. cass., Ch. Soc., 21 avril 1961, JURITEXT000006956967) Par la suite, la jurisprudence l'a considéré comme « *un acte réglementaire de droit privé* » s'imposant à tous les membres du personnel comme au chef d'entreprise. (Arrêt Unigrains, soc, 25 septembre 1991, 87-42.396). Il symbolise la réglementation impérative de l'employeur.

⁵⁹⁸ Le règlement intérieur n'est pas un document ordinaire car il a une dimension juridique qui permet d'informer les salariés de leurs droits et devoirs. Il s'agit d'un document qui fait office de « loi » dans l'établissement. C'est un document par lequel l'employeur exprime son pouvoir réglementaire. La doctrine décrit le règlement intérieur comme le « document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement les mesures d'application de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité dans l'entreprise ; les conditions dans lesquelles les salariés peuvent être appelés à participer, à la demande de l'employeur, au rétablissement de conditions de travail protectrices de la sécurité et de la santé des salariés dès lors qu'elles apparaîtraient compromises ; les règles générales et permanentes relatives à la discipline, et notamment la nature de l'échelle des sanctions

ministériel⁵⁹⁹. Le législateur précise que « *règlement intérieur est obligatoire dans tous les établissements industriels, commerciaux et agricoles employant habituellement plus de dix travailleurs au moins*⁶⁰⁰ ». Il exige que le document régisse impérativement les domaines de l'hygiène et de la sécurité, de la discipline et du fonctionnement de l'entreprise⁶⁰¹. Il doit contenir les règles relatives à la mise en œuvre des sanctions. Le règlement intérieur, « *par la nature des règles qu'il peut contenir, il peut être un mode particulièrement ostensible d'atteinte aux droits et libertés des personnes*⁶⁰² ». C'est pour cette raison que le législateur précise que « *le chef d'établissement doit communiquer le règlement intérieur aux délégués du personnel*⁶⁰³ ». Il doit faire l'objet de publicité obligatoire au niveau de l'entreprise. Cela permettra aux travailleurs de vérifier s'il ne comporte pas des mentions interdites c'est-à-dire des clauses contraires aux lois et règlements ou bien aux dispositions conventionnelles. Il peut être cité en ce sens les clauses discriminatoires basées sur la religion, la race, l'ethnie, le sexe, les mœurs etc. Le législateur préconise que « *quinze jours après la communication du règlement intérieur aux délégués, l'Employeur tient une réunion pour recueillir leurs avis consultatifs et observations*⁶⁰⁴ ». L'employeur n'est cependant pas tenu de suivre leur avis. Le règlement intérieur étant un acte unilatéral, l'employeur peut décider de maintenir des dispositions que les représentants du personnel auraient désapprouvées⁶⁰⁵. La Cour de cassation a jugé qu'il s'agissait d'une formalité essentielle dans la mise en œuvre du règlement intérieur. L'inobservation de cette formalité altère le règlement intérieur et enlève toute portée à ses dispositions⁶⁰⁶. Il doit passer par le contrôle administratif effectué par l'inspecteur du travail pour voir si la procédure d'élaboration a été respectée et aussi de vérifier le contenu du règlement s'il est conforme à la loi. « *L'inspecteur du travail et de la sécurité sociale du ressort communique son avis au chef d'entreprise en requérant, s'il y a lieu, le retrait ou la*

que peut prendre l'employeur. Il énonce également les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés ». (J. M. PERETTI, Dictionnaire des ressources humaines, 4ème édition, Paris : Vuibert, 2005, 277p. p. 227).

⁵⁹⁹ Arrêté n° 11512/MFPTEOP/DTSS du 11 décembre 2009 fixant, en application de l'article L 100 du Code du Travail, les modalités de communication, de dépôt et d'affichage du règlement intérieur, ainsi que le nombre de travailleurs de l'établissement au-dessus duquel l'existence de ce règlement intérieur est obligatoire. Cet arrêté fixe également le nombre de travailleurs de l'établissement au-dessus duquel l'existence du règlement intérieur est obligatoire. La rédaction d'un règlement est impérative dans toutes les entreprises quelle qu'en soit la nature et quelle que soit l'employeur dès lors que le nombre des travailleurs atteint onze.

⁶⁰⁰ Article premier. Arrêté ministériel n° 11512 MFPTEOP-DTSS en date du 11 décembre 2009 fixant, en application de l'article L 100 du Code du Travail.

⁶⁰¹ Il faut préciser que « son contenu est limité exclusivement aux règles relatives à l'organisation technique du travail à la discipline et aux prescriptions concernant l'hygiène et la sécurité, nécessaires à la bonne marche de l'établissement Art.L.100.- al. 1 du Code du Travail.

⁶⁰² E. DOCKELS, Droit du travail, relations individuelles, éditions Dalloz, 2005, Paris, 359p. ; p. 121.

⁶⁰³ Art.L.100.- al. 3 du Code du Travail. Et l'art. 3 de l'arrêté ministériel n° 11512 MFPTEOP-DTSS.

⁶⁰⁴ Art. 3 de l'arrêté ministériel n° 11512 MFPTEOP-DTSS.

⁶⁰⁵ Art. 4 de l'arrêté ministériel n° 11512 MFPTEOP-DTSS.

⁶⁰⁶Cass. Soc., 4 juin 1969.

*modification des dispositions contraires aux lois et règlements en vigueur*⁶⁰⁷». Il faut rappeler que le juge contrôle la légalité des clauses insérées dans le règlement. Sa violation peut entraîner une sanction disciplinaire.

2. Le pouvoir de sanction de l'employeur dans son entreprise

La doctrine qualifie le pouvoir disciplinaire⁶⁰⁸ comme étant « *un droit de punir qui désobéit aux ordres*⁶⁰⁹». Ainsi, il permet à l'employeur de sanctionner un salarié lorsque ce dernier a eu un comportement qu'il considère comme fautif. Ce « droit de punir » accordé à l'employeur est compréhensible, dans la mesure où c'est celui-ci qui assume les risques de l'activité économique. En droit du travail, il faut signaler l'absence d'une définition légale, réglementaire voire jurisprudentielle de la notion de faute. Cette situation est étonnante vue l'impact considérable de la sanction d'une faute sur l'emploi. D'ailleurs, en matière disciplinaire, une jurisprudence sénégalaise admet la règle selon laquelle que « *toute faute, même minime, constitue un motif de licenciement*⁶¹⁰». Une analyse pointue semble montrer que le législateur n'a mis en place aucun repère permettant de déterminer les caractéristiques de la faute. Dans la pratique, pour pouvoir évaluer la faute du salarié, le juge sénégalais, dans le cadre du licenciement pour motif personnel, fait appel au code des obligations civiles et commerciales qui précise que « *la faute est un manquement à une obligation préexistante de quelque nature qu'elle soit*⁶¹¹». Cette disposition sert de support pour le juge social. D'ailleurs la Chambre sociale de la Cour de Cassation sénégalaise reprend cette définition dans beaucoup de ses décisions⁶¹². Cette situation est décriée par Monsieur CORREA qui estime qu'une « *telle pratique est de nature à considérer la définition de la faute comme une théorie générale de la faute applicable à toutes les disciplines relevant du droit privé et affichant une carence*

⁶⁰⁷ Art. 5 de l'arrêté ministériel n° 11512 MFPTEOP-DTSS.

⁶⁰⁸ En droit du travail, la notion pouvoir disciplinaire désigne « *la prérogative dont dispose un employeur pour élaborer des règles que ses salariés devront respecter. Si un salarié a commis un acte considéré par l'employeur comme une faute, il encourt une sanction prise à l'issue d'une procédure disciplinaire* » (<http://www.toupie.org/Dictionnaire>, lu le 23/06/2020). C'est le pouvoir disciplinaire qui donne la possibilité à l'employeur d'exercer efficacement ses prérogatives de direction et de réglementation. Il est perçu comme le pouvoir le plus redoutable dans la simple mesure qu'il peut menacer l'emploi du travailleur. La doctrine le caractérise comme « *le complément indispensable du pouvoir de donner des ordres* » (H. J. TAGUM FOMBENO, *op.cit.* p. 173). Il devient ainsi, l'émanation suprême du pouvoir de direction et le fer de lance de l'employeur. C'est dans cette même logique que la jurisprudence a précisé que le pouvoir disciplinaire, issu du pouvoir de direction de l'employeur, est le « *pouvoir de donner des ordres et directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements du salarié, qui est liée par un lien de subordination* ». (Cour de Cassation, Chambre sociale, du 13 novembre 1996, 94-13.187, Publié au bulletin).

⁶⁰⁹ E. DOCKELS, Droit du travail, relations individuelles, éditions Dalloz, 2005, Paris, 356p., p. 103.

⁶¹⁰ C.A Dakar, ch. Soc. 17 janvier 1995, Société Parke DAVIS c. Mamadou DIAGNE, Bulletin des arrêts de la Cour d'appel, 1999-2000, 123p. ; p. 36.

⁶¹¹ Article 119 COCC.

⁶¹² Cass. Soc, 27 décembre 2000, Abdoul Aly KANE c/CBAO, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation du Sénégal, Chambre sociale, p.20. Voir aussi Cass. Soc, 10 février 1999, Air Gabon c/Annette BESSE, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation du Sénégal, Chambre sociale, p.53.

définitionnelle de la faute. La conséquence immédiate d'une telle position est de saper l'autonomie du droit du travail par une remise en cause de la ratio legis propre à cette discipline. En effet, le droit du travail revendique des méthodes, des techniques et des concepts qui lui sont propres⁶¹³».

La faute en droit du travail se définit comme étant un acte d'insubordination du salarié, un comportement qui ne correspond pas à l'exécution normale du contrat de travail. Il peut être cité en guise d'illustrations quelques jurisprudences sénégalaises pour exemples: le refus de s'acquiescer à l'obligation de pointer prévue par le règlement intérieur⁶¹⁴ les écarts de conduite⁶¹⁵, le déficit de caisse⁶¹⁶, un manquant non expliqué⁶¹⁷ ou bien les détournements⁶¹⁸ ou vols⁶¹⁹, les actes de désobéissance⁶²⁰, le refus d'un salarié d'exécuter les ordres⁶²¹ ou encore d'absence irrégulière⁶²², les insultes et menaces au supérieur devant témoins⁶²³, des violences⁶²⁴ ou des propos diffamatoires envers l'employeur⁶²⁵ ou un supérieur hiérarchique⁶²⁶ ou bien l'ébriété⁶²⁷. Il devient alors évident que le législateur reconnaisse à l'employeur la possibilité de prendre toutes les décisions relatives à la gestion de l'entreprise. Il faut cependant reconnaître la tendance humaine de vouloir naturellement profiter de ses prérogatives. Ce « droit de punir » n'est pas sans limites. C'est pour cette raison que le législateur a pris le soin de réglementer l'exercice de ce pouvoir, afin d'éviter d'éventuels abus de la part de son détenteur.

⁶¹³ J. L. CORREA, « *L'incidence de la définition légale de la faute en droit du travail* » ; Revue. Annales africaines, Nouvelle série, avril 2015, vol. 1, 69p. ; p. 12.

⁶¹⁴ C.A Dakar, 20 novembre 1980, TPOM 548, p. 30.

⁶¹⁵ Trib. Travail Dakar, 15 décembre 1966, TPOM n°217 du 2 septembre 1967, p. 48.

⁶¹⁶ C.A Dakar, le 4 janvier 1974, TPOM n°397 du 16 juin 1973, p. 46.

⁶¹⁷ Trib. Travail Dakar, 13 juillet 1967, TPOM n°244 du 2 novembre 1968, p. 54.

⁶¹⁸ Trib. Travail Dakar, 13 juillet 1963, PENANT n°703 et 704, p.585 du 8 février 1965.

⁶¹⁹ Trib. Travail de Kaolack, 24 avril 1963, TPOM n°126 du 16 septembre 1963, p. 27.

⁶²⁰ Trib. Travail Dakar, 22 avril 1983, TPOM n°618, p.56.

⁶²¹ Trib. Travail Dakar, 18 mars 1982, TPOM n°571, p.28.

⁶²² C.A. 25 avril 1984, TPOM n°634, p.440.

⁶²³ Trib. Travail Dakar, 17 juin 1982, TPOM n°619, p.74.

⁶²⁴ Trib. Travail Dakar, 17 mars 1983, TPOM n°622, p.153 ; C.A, 11 avril 1984, TPOM n°630, p. 38).

⁶²⁵ C.A Dakar, 17 juillet 1963, TPOM n°134 du 16 janvier 1964, p.29.

⁶²⁶ Trib. Travail Dakar, 4 juin 1971, TPOM n°339 du 16 décembre 1972, p.77.

⁶²⁷ Trib. Travail Dakar, 23 mars 1964, TPOM n°153 du 16 novembre 1964, p. 97.

TITRE II : L'EXCLUSION DE L'ARBITRAGE DES LITIGES INDIVIDUELS DE TRAVAIL

En droit du travail, en matière de litige individuel, le législateur a exclu l'arbitrage. La compatibilité entre l'arbitrage et le droit du travail est mise en échec par la simple raison que le droit social est par excellence un droit protecteur de la partie faible ; alors que l'arbitrage prône l'égalité entre les différentes parties contractuelles. La doctrine a toujours rappelé le principe selon lequel qu'il est interdit de compromettre sur des litiges non arbitrables c'est à dire des différends qui mettent en cause des droits indisponibles⁶²⁸. Autrement dit, il s'agit essentiellement des droits que le législateur interdit aux différentes parties du contrat de disposer. En ce sens, le législateur précise que « *la loi sénégalaise se substitue à la loi étrangère désignée comme compétente lorsque l'ordre public sénégalais est en jeu ou lorsque les parties ont, par une utilisation volontaire des règles de conflit, intentionnellement rendu la loi sénégalaise incompétente. Un droit acquis à l'étranger ne peut avoir effet au Sénégal que s'il ne s'oppose pas à l'ordre public*⁶²⁹ ». Cette disposition sénégalaise donne un aperçu sur la possibilité des juridictions étatiques sénégalaises de ne pas permettre le recours à l'arbitrage. Cette position est plus visible lorsque le recours à l'arbitrage nuit considérablement au socle social de la vie de l'entreprise particulièrement et lorsque l'intérêt général de la cohésion sociale est remis à en cause. C'est l'une des raisons qui poussent la doctrine à faire remarquer que les autorités étatiques n'hésitent pas, dans la plupart des cas, à mettre en place des dispositions qui attribuent des compétences exclusives aux juridictions nationales pour prendre en charge certains litiges⁶³⁰. Il revient alors à voir dans un premier temps l'inhibition des clauses contractuelles en matière de litiges individuels de travail (chapitre I) et dans un second temps l'exclusivité des compétences des acteurs étatiques en matière de litiges individuels de travail (chapitre II).

⁶²⁸ P. LEVEL, op.cit., p. 219.

⁶²⁹ Art. 851 du Code de la famille sénégalaise.

⁶³⁰ E. GAILLARD, « *Dialogue des ordres juridiques : ordre juridique arbitral et ordres juridiques étatiques* », Rev. Arb. 2018, n°3, pp. 493-512 ; p.369.

CHAPITRE I. L'INHIBITION DES CLAUSES CONTRACTUELLES EN MATIERE DE LITIGES INDIVIDUELS DE TRAVAIL

Dans le contrat de travail, les contractants ont la possibilité d'introduire quelques clauses spécifiques. Ils peuvent volontairement insérer dans le contrat de travail des clauses⁶³¹ très diverses. Cependant, cette liberté contractuelle n'est pas totale puisque la loi prohibe l'existence de certaines clauses. C'est pour cette raison que certains, comme RIVET, n'hésitent pas à affirmer que « *les règles gouvernant les relations de travail ont toujours et nécessairement, un caractère d'ordre public*⁶³² ». Il convient de veiller soigneusement à la rédaction de certaines clauses semées d'embûches. Le risque⁶³³ peut se porter sur des clauses qui déséquilibrent les droits et obligations des parties surtout du salarié. Une partie de la doctrine n'hésite pas à émettre des réserves⁶³⁴ sur l'inclusion de l'arbitrage⁶³⁵ dans les litiges individuels de travail. Elle pense que « *l'arbitrage serait une procédure dangereuse pour la partie faible*⁶³⁶ » car les rapports existants entre les employeurs et les salariés sont énormément déséquilibrés. Ainsi, il s'agira de voir dans un premier temps l'interdiction des clauses

⁶³¹ Étymologiquement le vocable « clause » vient du bas-latin « clausa » qui signifie « *fermeture, chose fermée, bornée, déterminée* ». <https://dicocitations.lemonde.fr>. Ce qui laisse à penser que pour la compréhension des dispositions qu'elle contient, la clause doit se suffire à elle-même. « *Une clause est une phrase ou un ensemble de phrases contenues dans le texte d'un acte juridique (tels un contrat, un testament, un jugement, une loi ou un règlement administratif) qui définit les droits et les obligations des personnes concernées par cet acte* » <https://www.dictionnaire-juridique.com>.

⁶³² Th. REVET, *ibid.* n° 2, p. 44.

⁶³³ Usant de sa supériorité économique et de ses pouvoirs juridiques, l'employeur a la possibilité d'influencer unilatéralement le contrat de travail pour satisfaire ses intérêts. Il faut alors obligatoirement mettre en place des mécanismes qui permettent de protéger la partie faible au contrat. La protection des employés au travail contre les abus de domination des employeurs est une préoccupation ancienne pour les pouvoirs étatiques et les partenaires sociaux. Cette protection au travail est un élément de la politique de l'État, et de la politique de santé publique.

⁶³⁴ Il faut rappeler que l'État fait de la protection de la partie faible une de ses priorités. Le salarié, dans ses relations avec son employeur, est dans une position de faiblesse. De ce fait, en raison de cette faiblesse préjugée, la Loi est alors dans une obligation de le protéger. Une telle position se matérialise avec l'ordre public de protection qui assume, endosse et s'occupe de la prise en charge effective de l'intérêt des salariées appelés parties faibles.

⁶³⁵ Actuellement, il est tentant pour certaines entreprises d'insérer des clauses contractuelles attributives de compétence de litiges individuels de travail en l'occurrence l'arbitrage. En droit Ohada, la convention d'arbitrage est introduite dans le contrat pour écarter la compétence du juge étatique. La convention d'arbitrage constitue l'élément fondateur du processus arbitral. (Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien – Lextenso éditions, 2013, 515p. ; p. 479). Elle est l'élément central ou l'élément premier de toute procédure arbitrale. De façon générale, deux outils sont mis à la disposition des parties à l'arbitrage interne: la clause compromissoire et le compromis d'arbitrage. Cependant, le droit Ohada n'a pas fait de distinction entre ces deux notions car il les met dans le même régime. Il n'utilise que le terme générique « convention arbitrale » (Article 4, al.2). Ohada a la vocation de permettre de recourir à des clauses permettant d'écarter les juges étatiques dans les litiges individuels de travail. Ce qui est une chose impossible en droit sénégalais. Dans le même sens la doctrine a toujours affirmé que « l'arbitrage serait ainsi à bannir dans les rapports opposant des parties réputées fortes à des parties réputées faibles ». (É. LOQUIN, *arbitrabilité et protection des parties faibles*, In: *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 17e année, 2004-2006. 2008. pp. 135-164 ; p. 125 ; <https://www.persee.fr>, lu le 12/07/2019).

⁶³⁶ É. LOQUIN, *Ibid.* pp. 135-164, p.125 ; <https://www.persee.fr>, lu le 12/07/2019.

contractuelles attributives de compétence en droit du travail (section I) et de voir en second temps l'interdiction du compromis dans le contrat de travail (Section II).

Section I : L'interdiction des clauses contractuelles attributives de compétence en droit du travail

Les clauses contractuelles attributives de compétence sont interdites en droit du travail. En arbitrage, il est impératif que les contractants soient en position d'égalité⁶³⁷. En droit du travail, le législateur se voit dans l'obligation de mettre en œuvre des moyens pour réguler et contrôler les relations contractuelles entre employeurs et employés. D'ailleurs la doctrine a tenu à préciser que « *ce n'est pas l'inégalité des contractants qui, par elle seule, rend le contrat suspect, c'est l'abus possible qui sortira de cette inégalité*⁶³⁸ ». L'arbitrage en droit du travail va davantage nuire à la protection⁶³⁹ du salarié. La clause d'arbitrage peut effectivement conduire à un abus de pouvoir ou de position qui peut contraindre le travailleur à renoncer à son droit d'accès à la justice. Il paraît alors évident de penser que la méconnaissance du droit du travail et du droit de l'arbitrage peut considérablement affecter la liberté contractuelle. L'inégalité de pouvoir, d'acquisitions et de compétences entre le salarié et l'employeur parties lors de la conclusion du contrat de travail pourra permettre à la partie forte d'insérer des clauses abusives⁶⁴⁰ et non favorables à la partie faible.

Le législateur sénégalais, dans le but de protéger les salariés d'un déséquilibre dans les relations contractuelles, a prohibé l'insertion de la convention d'arbitrage dans le contrat individuel du travail. Il s'agira de voir d'abord la prohibition de la clause d'accompagnement en litige individuel (Paragraphe I) puis de voir le rejet du compromis en droit du travail (Paragraphe II).

⁶³⁷ Cette position se traduit sur le statut et sur la situation économique. Ces principes ne sont pas respectés entre l'employeur et l'employé qui désirent insérer une convention d'arbitrage dans le contrat de travail. Le salarié n'est pas ici un professionnel. Ainsi, il est interdit aux contractants non professionnels de négocier des clauses relatives à la naissance du litige donnant compétence de trancher les litiges à une institution particulière. C'est pour cette raison que la jurisprudence indexe que la majorité des clauses signées entre salarié et employeur est imposée. (Cass. Civ. Ire, Paris, 7 février 2002, SA Alfac c/ Irmac Importacao, Commercica e Industria LTDA, Rev. Arb. 2002, No 2, p. 413, note Philippe FOUCHARD).

⁶³⁸ FONTMICHEL, Maxime. Le faible et l'arbitrage. Paris : Economica, 2013, 145p. ; p. 95.

⁶³⁹ La législation du travail accorde un intérêt considérable à la protection des salariés. L'accroissement des richesses s'est accompagné d'un déséquilibre profond dans leur répartition. Au sein des entreprises, les travailleurs étaient dans des situations précaires. Pour éviter l'exploitation de ces derniers, les acteurs internationaux et nationaux ont mis en place des outils de contrôle de l'application de la législation du travail protéger les catégories de travailleurs et veiller à certaines questions telles que l'hygiène et la sécurité, la durée du travail ou le paiement des salaires.

⁶⁴⁰ Il est important de relever que le plus souvent, les parties faibles au contrat comme le salarié, lorsqu'ils sont en phase de conclure un contrat de travail, acceptent de contracter sans prendre en compte certains risques liés à l'arbitrage. Les salariés non professionnels et profanes en droit de l'arbitrage, mettent l'accent sur le contrat de travail. Tout ce qui les préoccupe, c'est la conclusion du contrat du travail. Ils ne voient que la survivance du contrat et non les conséquences de la naissance d'un litige.

Paragraphe I : La prohibition de la clause d'accompagnement en litige individuel

Le droit du travail repose essentiellement sur l'existence de rapports déséquilibrés entre les parties. Les règles qui gouvernent les relations de travail ont toujours un impératif. C'est d'ailleurs pour cette raison que la doctrine affirme que « *le droit du travail est tout entier d'ordre public*⁶⁴¹ ». Au Sénégal, les autorités étatiques n'ont pas hésité à consacrer le maximum de règles d'ordre public possibles pour mieux organiser les relations de travail. D'ailleurs, pour montrer l'importance de la branche sociale, le législateur précise à son article L.80 que « *la convention [...] ne peut déroger aux dispositions d'ordre public définies par ces lois et Règlements* ». Il est évident que le contrat de travail connaît des évolutions et des changements. C'est un contrat qui n'est pas figé dans un conservatisme ni dans l'immobilisme. Il est appelé à évoluer et aussi à s'accommoder et à se conformer aux nouvelles éventualités et circonstances. Les possibles changements⁶⁴² peuvent avoir lieu entraînant ainsi des modifications. Mais pour ce faire, la modification doit se faire conformément à l'ordre établi. Dans l'ordre du travail, l'accord d'un commun accord entre les parties au contrat ne suffit pas pour régir les relations contractuelles. L'exigence de respect de l'ordre implique suffisamment que les parties choisissent à chaque fois des options qui sont conformes à la réglementation. Le salarié, sur proposition de l'employeur, et ne maîtrisant pas tous les rouages du droit de l'arbitrage, pour faire plaisir à celui-ci ou pour conserver son emploi, peut vouloir accepter des clauses d'attributions de compétence appelées clauses d'accompagnement (A). Ainsi, il faut signaler que la dépendance économique à l'employeur restreint drastiquement son pouvoir de conviction et son esprit d'initiative à vouloir refuser certaines propositions. De ce fait, la clause d'accompagnement devient une véritable source de versatilité en litige individuel (B).

A. La clause d'accompagnement

Il est important de rappeler que dans le recours à l'arbitrage, la volonté des parties constitue la principale source. Cette volonté des parties s'exprime obligatoirement à travers une

⁶⁴¹ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, « *Ordre public et bonnes mœurs* », Répertoire de droit civil, Dalloz, mars 2004, n° 2 ; 256p. ; p. 36.

⁶⁴² L'inclinaison du contrat de travail est de régir les relations contractuelles entre employeur et l'employé. Ce contrat de travail repose essentiellement sur la liberté contractuelle qui symbolise la conséquence de l'autonomie de la volonté. Les salariés et les Chefs d'entreprises disposent d'une grande liberté contractuelle. Au-delà des mentions qui doivent obligatoirement figurer dans le contrat de travail, les contractants ont la possibilité d'introduire quelques clauses spécifiques. Ils peuvent volontairement insérer dans le contrat de travail des clauses très diverses. Cette volonté, créatrice de droits et d'obligations pousse les différentes parties du contrat d'insérer des clauses contractuelles voulues. De ce fait, le contrat peut comporter des clauses spécifiques. Dans les contrats, les clauses constituent actuellement tout à la fois toute charpente qui soutient un ensemble du contrat. Les formes et les diverses variantes des clauses permettent d'appréhender l'originalité dans la rédaction.

clause d'accompagnement qui un instrument juridique permettant le recours à l'arbitrage. Il s'agit de la convention d'arbitrage qui devient « *l'élément premier de toute procédure arbitrale*⁶⁴³ ». En droit communautaire africain, cette convention d'arbitrage est prévue dans l'Acte uniforme et le Règlement d'arbitrage de la CCJA. La doctrine donne une signification très simple à la notion. Il s'agit d'une « *convention par laquelle des parties s'obligent à faire trancher, par un ou plusieurs arbitres, des litiges susceptibles de les opposer ou qui les opposent déjà*⁶⁴⁴ ». Étant l'élément premier de l'arbitrage, la Convention d'arbitrage est essentiellement déterminante pour déclencher l'arbitrage entre les parties. Il faut souligner un détail important en Droit Ohada. Si l'A.U a préféré utiliser le vocable « convention d'arbitrage », le Traité constitutif de l'Ohada et le Règlement d'arbitrage ont employé, expressément, « deux conventions d'arbitrage ». Donc, la convention peut être soit une clause compromissoire, soit un compromis. Il faut préciser ici qu'aucune distinction n'est faite entre ces deux notions car, elles sont toutes soumises au même régime juridique. Pour appréhender la notion de l'arbitrage, il faut d'abord étudier la clause compromissoire (1) puis voir ses conditions de validité (2).

1. La clause compromissoire

La clause compromissoire «*est considérée comme appartenant à la catégorie des clauses d'accompagnement qui agit sur les relations d'obligation [...]*⁶⁴⁵ ». Elle est alors une clause dans une convention qui exerce un rôle assez particulier. Sa particularité réside dans sa relation avec le contrat principal⁶⁴⁶. Le législateur français dispose que « *la clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats*⁶⁴⁷ ». La doctrine précise que «*la clause compromissoire organise en amont le traitement de différends à venir et crée une obligation de saisir l'arbitre une fois le litige né*⁶⁴⁸ ». Cela veut dire qu'elle est une convention par laquelle les parties, l'employé et l'employeur, décident de soumettre, à des arbitres neutres, le litige qui pourrait éventuellement survenir entre

⁶⁴³ B. DUTOIT, F. KNOEPFLER, P. LALIVE, et P. MERCIER. L'arbitrage international. Suisse : Staempfli & Cie S.A, Berne. Répertoire de droit international privé suisse, T. 1, 1982, 369p. ; p. 241.

⁶⁴⁴ P. MEYER, Droit de l'arbitrage, Collection Droit Uniforme africain, éd Bruyant, Bruxelles, 258p. ; p. 76.

⁶⁴⁵ L. AYNÉS, « *Séparabilité de la clause compromissoire et transmission par accessoire* ». Note sous Paris, 1^{er} Ch. G, 10 septembre 2003, Rev. Arb., 2004, 759p. ; p. 628.

⁶⁴⁶ L'arbitrage n'a qu'une seule source. Il s'agit de la convention élaborée par les parties permettant ainsi de mieux prendre en charge et de mieux protéger la liberté contractuelle. La convention d'arbitrage est une condition fondamentale dans tout processus d'arbitrage. Elle a la possibilité de prendre la forme d'une clause compromissoire qui lie les parties.

⁶⁴⁷ Art. 1442, al. 2 du Code de procédure civile français.

⁶⁴⁸ F. NAMMOUR, Droit et pratique de l'arbitrage interne et international, 3^e édition, juillet 2009, 245p. ; p. 78.

elles. Elle est antérieure au différend et est insérée dans le contrat initial passé entre les parties. Certains auteurs affirment que la clause compromissoire est une « *convention d'investiture*⁶⁴⁹ ». Ainsi, elle n'est pas une simple entente entre les parties. Elle est plutôt une attribution de compétence arbitrale qui exige certaines formalités⁶⁵⁰ pour pouvoir exister.

Le droit Ohada a pris le soin de mettre en place une condition importante pour la validité de la clause compromissoire. Il s'agit essentiellement d'une exigence écrite⁶⁵¹ prévue par l'Acte uniforme. Le législateur Ohada a précisé à son article 3 que « *la Convention d'arbitrage doit être faite par écrit, ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve, notamment par référence faite à un document la stipulant* ». Il est bien de préciser qu'une fois l'instance arbitrale est déclenchée avec l'acceptation des arbitres de leur mission, la clause compromissoire est alors mise en œuvre⁶⁵². La mise en œuvre met les juridictions étatiques dans une situation d'incompétence, ce qui les empêche de trancher les différends existants entre les parties⁶⁵³. Ainsi, il est perçu que la clause compromissoire est un contrat qui accompagne le contrat principal. Sa validité⁶⁵⁴ ne dépend pas alors du contrat principal.

2. L'autonomie de la clause compromissoire

La clause compromissoire est une convention⁶⁵⁵ dans le contrat principal, autrement dit, un contrat sui-generis. Sa validité n'est pas appréciée par les causes de nullité du contrat

⁶⁴⁹ M. DE BOISSESSON, Réflexions sur l'espace et le temps dans l'arbitrage international, in *Mélanges P. BELLET*, Litec 1991, 259p. ; p. 94.

⁶⁵⁰ Une formalité d'investiture est une cérémonie formelle au cours de laquelle une personne quelconque endosse une mission, un service ou une position d'autorité et de pouvoir. Le terme est généralement utilisé en référence aux devoirs d'une autorité étatique ou religieuse. « *L'investiture de l'arbitre est l'acte de reconnaissance officielle par une autorité de l'attribution à une personne d'un pouvoir, d'un titre, d'une fonction ou d'une dignité* » (<http://www.toupie.org/Dictionnaire>). Autrement dit, c'est un procédé par lequel des parties contractantes désignent un arbitre et lui donnent le pouvoir de trancher un litige. La clause compromissoire devient de ce fait, une sorte d'accord ou d'entente qui organise le recours à l'arbitrage avant la naissance du litige. D'ailleurs, Charles JARROSSON abonde dans le même sens en parlant de clause compromissoire, lorsqu'il définit l'arbitrage comme étant « *l'institution par laquelle un tiers, règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci* ». (Ch. JARROSSON, op. cit., p. 372). La validité d'une clause compromissoire repose principalement sur la libre volonté des parties. Ainsi, si les parties sont libres d'insérer ou non une clause compromissoire au contrat, cette liberté s'entend aussi, entre autres, de la désignation ou de la récusation des arbitres, de la détermination du lieu ou encore de la langue dans laquelle l'arbitrage sera mis en place.

⁶⁵¹ Malgré l'exigence de cette formalité écrite, qui est retenu à titre de principe, le législateur a pris le soin de préciser que la preuve en la matière peut se faire par tout moyen autrement que par l'écrit. La validité de la clause compromissoire repose sur un certain nombre de conditions qui ne sont toutefois pas empreintes d'un grand formalisme.

⁶⁵² Cass. Civ, 25 avril 2006, n° 05-13749.

⁶⁵³ C.A du Littoral, Arrêt n° 39/REF du 08 janvier 1997, Revue Camerounaise de l'Arbitrage n° 11 – Octobre - Novembre - Décembre 2000, 125p. ; p. 12 ;

C.C.J.A., Arrêt du 24/04/2008, n° 020/2008, Actualités juridiques, n° 63, 125p. ; p. 14.

⁶⁵⁴ C'est dans le même sens qu'une « *clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considéré comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La contestation de la nullité du contrat, par le tribunal arbitral, n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire* ». (Art. 16, paragraphe 1, la loi type de la CNUDCI).

⁶⁵⁵Y. GUYON, op.cit., p. 23.

principal⁶⁵⁶. Cette dichotomie est souvent considérée comme la chose première du principe d'autonomie. Elle traduit le fait que la validité de la clause compromissoire doit être appréciée de façon distincte de celle du contrat auquel elle se rapporte. Cette autonomie signifie⁶⁵⁷ également que la clause compromissoire est régie par une loi différente de celle du contrat principal appelé encore la convention de fond. Elle a à cet effet un régime juridique propre. Ce principe d'autonomie⁶⁵⁸ de la clause compromissoire est confirmé avec l'arrêt Dalico qui cite que « *la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal*⁶⁵⁹ ».

Dans l'espace Ohada, après avoir affirmé de manière générale que « *la convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal*⁶⁶⁰ », l'alinéa 2 de l'article 4 précise que « *sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat* ». La jurisprudence a, malgré la résiliation du contrat principal, tenu à préserver la validité d'une clause compromissoire. Elle a voulu montrer que la résiliation de la convention contenant cette clause n'a pas d'effet sur la validité de ladite clause⁶⁶¹. La jurisprudence, ce fait, interdit le tribunal étatique, malgré la résiliation du contrat principal, de retenir sa compétence pour motif que le requérant ne peut plus se prévaloir de la clause compromissoire.

Le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est « *un principe ambigu*⁶⁶² ». Le premier aspect du principe de l'autonomie traduit le fait que la clause compromissoire doit être déterminée de façon indépendante du contrat principal. Cela a pour effet de mettre la clause compromissoire à l'abri des motifs de défauts de validités pouvant entraîner la nullité du contrat principal. Le deuxième aspect de l'autonomie de la clause compromissoire fait apercevoir

⁶⁵⁶ Cette conception de l'autonomie a pour conséquence de mettre la convention d'arbitrage à l'abri des causes d'invalidité qui peuvent affecter le contrat principal. Ce qui est une dérogation à la règle selon laquelle l'accessoire suit le principal.

⁶⁵⁷ Il est bien de signaler que la doctrine conçoit diverses perceptions de l'autonomie de la clause compromissoire. La désignation du principe ne fait pas l'unanimité. La doctrine française et la doctrine québécoise préfèrent utiliser l'expression « *principe d'autonomie de la clause compromissoire* », (J-P ANCEL, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », Trav. Comité fr. D. I. P, 1991-1992, 369p. p. 75.). La doctrine anglaise, quant à elle, a pris l'option d'utiliser le vocable « *separability* » (séparabilité) pour évoquer les liaisons entre la clause compromissoire et le contrat principal. (P. MEYER., « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », Rev. Arb., 1998, 369p. ; p. 360). Le choix du terme de la séparabilité, par la doctrine anglaise est basé sur le fait que l'expression « autonomie » peut créer et générer confusion de fait de son manque de nuances. La doctrine évoque un « *glissement de la terminologie* », à parler ici d'autonomie. La séparabilité permet de mieux désigner le détachement matériel de la clause compromissoire. (J-F. POUURET, et S. BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, Bruylant, LGDJ, Schulthess 2002, XII ; 1985p. ; p. 1179).

⁶⁵⁸ Il est bien de rappeler une chose importante. Il y a eu différentes phases jurisprudentielles pour aboutir à l'arrêt Dalico (C. Cass., Ch. Civ. 1, du 20 décembre 1993, 91-16.828, Publié au bulletin). La première phase de l'évolution a débuté avec l'arrêt Hecht (C. Cass., Ch. Civ. 1, du 4 juillet 1972, 70-14.163, Publié au bulletin). Dans cet arrêt la Cour de Cassation a estimé que la clause compromissoire devait être interprétée indépendamment de toute loi étatique. Lorsque la clause compromissoire est stipulée dans un contrat signé entre un commerçant et un civil (contrat mixte), elle est normalement illicite en arbitrage interne. Cependant, cette illicéité n'est pas applicable en matière d'arbitrage international. La seconde phase de l'évolution vers la jurisprudence Dalico est l'arrêt Menicucci. Dans cet arrêt la Cour d'Appel de Paris a précisé que la validité de la clause compromissoire s'apprécie en fonction d'une règle matérielle qui est l'ordre public.

⁶⁵⁹ C. Cass., Ch. Civ. 1, du 20 décembre 1993, N°91-16.828. [www.legifrance.gouv.fr.Vu](http://www.legifrance.gouv.fr/Vu) le 23/10/2015.

⁶⁶⁰ Article. 4 al. 1- 2 AU.A.

⁶⁶¹ CCJA, 2eme ch., Arr. n°082/2014, 22 mai 2014, Aff. 1/ Société CANAC Sénégal S.A., 2/ Société Railway Services Inc C/ Société TRANSRAIL S.A.

⁶⁶² H. OUEGHIL, « *L'autonomie de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international* ». 256p. p.178 III. <https://papyrus.bib.umontreal.ca>. Vu le 20/10/2015.

l'obligation d'examiner sa validité au regard de règles matérielles spéciales. La Cour d'Appel de Paris considérait que « *sa dimension juridictionnelle explique la séparabilité de la clause compromissoire du contrat qui la contient pour tout ce qui concerne son existence, sa validité et sa force obligatoire, c'est-à-dire son efficacité, que le principe de la séparabilité conforme aux prévisions raisonnables des parties en obligeant celles-ci à différer à l'arbitre tout litige susceptible de naître [...] n'est pas contradictoire avec la dimension contractuelle de la clause compromissoire*⁶⁶³ ». C'est avec l'arrêt Gosset⁶⁶⁴ que le terme « autonomie » est remplacé par le terme « indépendance⁶⁶⁵ ». Il s'agit alors de l'autonomie juridique et non pas de l'autonomie matérielle entre les deux éléments. C'est pour cette raison que le droit Ohada prévoit que la clause compromissoire doit être stipulée par écrit, soit dans la convention principale, soit dans un document auquel celle-ci se réfère. Il s'agit ici d'éviter toute incertitude sur l'existence de la clause compromissoire qui permet de recourir directement à l'arbitrage. En cas de non-respect de cette formalité la sanction prononcée est la nullité de la clause compromissoire.

B. La clause d'accompagnement : une source versatilité en litige individuel

Dans le domaine du droit du travail, une clause compromissoire est considérée comme un phénomène d'inconstance et d'instabilité pour les droits sociaux. C'est l'une des principales raisons de son invalidité. Il faut rappeler déjà qu'au 19^{ème} siècle, les codifications napoléoniennes ont freiné l'arbitrage. L'arbitrage est une forme d'expression du droit de chaque citoyen. Le contrôle de ce droit a poussé la jurisprudence à protéger le salarié contre le danger de la clause compromissoire⁶⁶⁶. Elle a remarqué un risque constant chez les salariés. En droit commercial, devenu l'instrument incontournable du règlement des litiges commerciaux internationaux, l'arbitrage prouve son efficacité. Cependant, il faut mentionner que son coût très élevé pose un véritable problème. Ainsi, avec la situation économique de la plupart des travailleurs au Sénégal particulièrement et en Afrique généralement, l'arbitrage à travers la clause compromissoire présente un danger notable (1) et une source d'insécurité réelle (2) pour le travailleur.

⁶⁶³ C.A. Paris du 10 septembre 2003. <http://legifrance.gouv.fr>. Vu le 20/10/2015.

⁶⁶⁴ C. Cass., Ch. Civ. 1, du 7 mai 1963.

⁶⁶⁵ Le principe de l'indépendance de la clause compromissoire n'a pas comme vocation de reconnaître solennellement et de façon intégrale la validité de la clause. Ce principe souhaite tout simplement faire savoir que la sanction négative de nullité du contrat principal ne saurait empêcher l'arbitrage. Autrement dit, le principe d'indépendance traduit le fait que la clause compromissoire puisse relever d'un droit autre que celui qui régit le contrat principal.

⁶⁶⁶ Civ., 10 juillet 1843, DP 1843, I, 343.

1. La clause compromissoire: un danger pour le salarié

La clause compromissoire est «*l'engagement aux termes duquel les parties conviennent, avant la naissance de tout différend, de soumettre à des arbitres ce qui pourrait les opposer éventuellement*⁶⁶⁷». Dès cet instant la clause compromissoire peut être un moyen d'un refus de rendre la justice⁶⁶⁸. Elle est alors une véritable convention qui entraîne le dessaisissement des juridictions étatiques. C'est pour cette raison que la doctrine affirme que «*l'intérêt des litiges relevant [...] du droit du travail est en général incompatible avec le coût de l'arbitrage. Dès cet instant, la clause compromissoire peut être l'instrument d'un déni de justice économique en dissuadant la partie faible d'exercer son droit d'ester en justice*⁶⁶⁹». Il s'agit de la renonciation qui est perçue comme l'abandon d'un droit⁶⁷⁰. En acceptant la clause compromissoire, le salarié et l'employeur s'engagent donc à régler de manière extrajudiciaire tout conflit qui naîtrait de leurs relations individuelles. Elle s'impose au juge qui a l'obligation de veiller à ce que les parties respectent leur engagement de compromettre. Le juge doit s'abstenir de s'emparer du litige. Cela traduit l'incompétence du tribunal de travail à connaître le litige. La clause compromissoire a alors un double effet : elle implique la renonciation du tribunal de travail d'une part et l'obligation de compromettre d'autre part.

L'arbitrage serait une procédure dangereuse pour la partie faible. Il faut signaler qu'au 19^{ème} siècle, la Cour de cassation condamna la clause compromissoire pour protéger une partie faible au contrat, obligée de traverser la France pour plaider à Paris sa cause contre son adversaire puissant devant un arbitre⁶⁷¹. Le droit Ohada n'hésite pas à faire savoir que le juge est incompétent pour connaître du règlement d'un litige que les parties ont soumis à l'arbitrage⁶⁷². D'ailleurs, cette jurisprudence est confirmée au niveau internationale par la CCJA

⁶⁶⁷ Ch., CARABIBER, « *La clause compromissoire en général et en matière commerciale en particulier — Le compromis d'arbitrage* », dans *L'évolution de l'arbitrage commercial international*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, Vol. 99, 1960, 369p. ; p. 167.

⁶⁶⁸ La clause compromissoire est un contrat qui est soumis à une condition suspensive hybride. Les conséquences juridiques résultent d'une part de l'effectuation d'une condition casuelle qui est la survenance d'un litige prévue par la convention et d'autre part, de la réalisation d'une condition bilatérale négative qui est la non renonciation à l'arbitrage par les parties en conflit. La clause compromissoire ne peut porter que sur des litiges éventuels c'est-à-dire qui peuvent ou non se produire. Cela a pour conséquence l'exclusion des litiges antérieurs à l'acceptation de son champ d'application.

⁶⁶⁹ É., LOQUIN, « *La soumission de l'arbitrage international à un régime protecteur du consommateur* », *Revue critique de droit international privé*, 2021/1 (N° 1), 456p. ; p. 212. <https://www.cairn.info>, lu le 12/07/2019.

⁶⁷⁰ Le mécanisme de la clause compromissoire s'impose aux travailleurs, une fois que la convention est valable. Il faut préciser que les salariés et les employeurs sont alors liés par la convention d'arbitrage qui s'impose aux contractants. Cette clause neutralise les juridictions étatiques. Les salariés n'ont plus la possibilité de les saisir pour la résolution des litiges car la signature de la convention lie les parties au contrat. Ainsi, les salariés seront une obligation de respecter la convention arbitrale signée qui devient presque irrévocable. Par la clause compromissoire, la convention d'arbitrage devient obligatoire pour les salariés et les employeurs qui sont obligés de saisir l'arbitre pour soumettre leurs litiges contractuels.

⁶⁷¹ 10 juillet 1843, reproduite in *Rev. arb.* 1992, 399 avec les conclusions de l'avocat général Hello et l'article de Ch. Jarrosson, *La clause compromissoire*, *Rev. arb.* 1982, (spéc. p. 260 et s.).

⁶⁷² Arr. n°046, 07 novembre 2008, Aff. Société CELTEL Congo C/ Société Générale d'Électricité Ferroviaire du Congo (SOGEFECO) SA.

qui précise que toute juridiction étatique saisie d'un litige relevant de la compétence d'un tribunal arbitral constitué sous l'égide de la Chambre de Commerce Internationale a l'obligation de se déclarer incompétente⁶⁷³.

Les salariés, le plus souvent, sont considérés comme des profanes du droit du travail et du droit de l'arbitrage. En tant que profane c'est-à-dire un non initié du droit, le salarié ne maîtrise pas tous les contours du droit de l'arbitrage. Ce dernier ne parvient pas à opérer la distinction entre différentes catégories d'arbitrage ainsi que leurs effets. À ce niveau, il faut préciser dans la rédaction de la clause, surtout avec un salarié illettré, l'imprécision de l'accord des parties peut donner naissance à « *la clause d'arbitrage pathologique*⁶⁷⁴ ». Autrement dit, il s'agit d'une clause compromissaire mal rédigée, « *susceptible de faire obstacle au déroulement harmonieux de l'arbitrage*⁶⁷⁵ ». C'est pour cette raison que la jurisprudence a toujours condamné la clause compromissaire car elle redoute que celle-ci devienne une clause de style qui peut considérablement fragiliser⁶⁷⁶ le travailleur qui est la partie la plus faible. La préoccupation de la protection⁶⁷⁷ de la partie faible est centrale en droit du travail. Il s'agit alors, pour des raisons de protection des travailleurs⁶⁷⁸ que la clause compromissaire ne reflète pas le mode de règlement habituel des litiges individuels de travail.

⁶⁷³ CCJA, 1^{ère} ch., Arr. n°012/2005, 24 février 2005, Aff. Société manufacture de Côte d'Ivoire dite MACACI C/ MAY Jean-Pierre.

⁶⁷⁴ F. EISEMANN, « *La clause d'arbitrage pathologique* », in Arbitrage commercial/Commercial Arbitration, Essais in memoriam Eugenio Minoli, Association italienne pour l'arbitrage, UTEC, Turin, 1974, 359p. ; p. 129.

⁶⁷⁵ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op. cit., p. 283

⁶⁷⁶ À travers la clause compromissaire, le recours à l'arbitrage ne permet pas aux salariés d'avoir des connaissances sur l'étendue du conflit à naître, de renoncer à porter des litiges éventuels devant les juridictions étatiques. Il existe certains risques pour le travailleur. Il devient alors urgent pour l'État de mettre en place un dispositif important afin de mettre en garde les travailleurs contre leurs propres décisions et irréflexions, qui peuvent les amener à accepter et à conclure sans se soucier des imprévoyances à des arbitrages futurs. Il s'agit alors de protéger le travailleur contre le patron qui dispose toutes les informations nécessaires sur la valeur de la clause compromissaire. Il faut signaler que cet instrument est considéré comme une véritable arme de l'employeur contre le salarié qui est non seulement la partie faible, mais aussi le non spécialiste en droit de l'arbitrage et en droit du travail.

⁶⁷⁷ Il s'agit alors, pour des raisons de protection des travailleurs que la clause compromissaire ne reflète pas le mode de règlement habituel des litiges individuels de travail. Il faut rappeler que le droit positif sénégalais a confié au juge la mission de protéger le travailleur, partie faible au sein de ce rapport de force objectivement déséquilibré qui l'oppose à l'employeur. De ce fait, le bannissement de la clause compromissaire en droit du travail est d'ordre public. Le législateur sénégalais s'est très vite montré hostile vis-à-vis de l'insertion de clauses compromissaires au sein des contrats de travail dont les parties étaient dans un rapport déséquilibré.

⁶⁷⁸ Il faut rappeler que le droit positif sénégalais a confié au juge la mission de protéger le travailleur, partie faible au sein de ce rapport de force objectivement déséquilibré qui l'oppose à l'employeur. De ce fait, le bannissement de la clause compromissaire en droit du travail est d'ordre public. Le législateur sénégalais s'est très vite montré hostile vis-à-vis de l'insertion de clauses compromissaires au sein des contrats de travail dont les parties étaient dans un rapport déséquilibré.

2. La clause compromissoire : une source d'insécurité pour le salarié

D'une manière générale, l'inadéquation de l'arbitrage provient du constat que « *le jeu n'en vaut pas la chandelle*⁶⁷⁹ ». Lors des entretiens menés dans le cadre de cette étude, plus de la moitié des acteurs sociaux ont estimé que les intérêts des litiges relevant du droit du travail, sont incompatibles avec le coût de l'arbitrage⁶⁸⁰. Le droit Ohada a consacré la possibilité de délocalisation⁶⁸¹ de l'arbitrage, notamment en ce qui concerne la convention d'arbitrage. Cette situation va aussi dissuader le travailleur de faire valoir ses droits. La clause compromissoire, en éloignant le lieu de l'instance du domicile du travailleur, prend à contre-pied tous les efforts de l'État pour offrir à ces citoyens une justice de proximité. Elle peut être aussi perçue comme étant une renonciation anticipée à l'usage des voies de recours. Au Sénégal, « *le pouvoir judiciaire est gardien des droits et libertés définis par la Constitution et la loi*⁶⁸² ». Le législateur a consacré le principe de hiérarchie appelé principe du double degré de juridiction comme l'un des piliers essentiels de la démocratisation de la justice. Ce principe a pour finalité de permettre à la partie non satisfaite d'un premier jugement de pouvoir saisir une juridiction supérieure⁶⁸³ à celle qui a statué⁶⁸⁴.

Les voies de recours ordinaires contre une sentence arbitrale en droit Ohada sont interdites. Le législateur Ohada a pris l'option de verrouiller la possibilité de faire recours à la décision arbitrale. Il a encadré cette décision de sorte que « *la sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition, d'appel ni de pourvoi en cassation*⁶⁸⁵ ». Si d'une part, la sentence

⁶⁷⁹ « Cette expression, sous une forme très approchante, date du XVI^e siècle. Il ne faut pas oublier qu'à cette époque la fée électricité n'existait pas encore et que ceux qui s'adonnaient aux jeux (cartes, dés...), particulièrement ceux donnant lieu à des enjeux, devaient s'éclairer à la chandelle, considérée comme un objet de luxe. Il était d'ailleurs d'usage, dans les endroits modestes, que les participants laissent quelque argent en partant pour dédommager du coût de cet éclairage. Et lorsque les gains étaient faibles, ils ne couvraient même pas le prix de la chandelle ». <https://www.expressio.fr/expressions>, lu le 24/04/2010.

⁶⁸⁰ Cela veut dire que la question économique qui est le coût de l'arbitrage dissuade le travailleur d'exercer son droit d'ester en justice. Puisque la clause compromissoire est un instrument qui peut permettre de changer le lieu d'implantation des litiges, la délocalisation du litige peut s'avérer très dangereux pour le salarié.

⁶⁸¹ Art. 4 al. 2 et art. 14 al. 1er AU/DA, et art. 15 AU/DA.

⁶⁸² Art. 91 de la Constitution sénégalaise

⁶⁸³ Le dictionnaire juridique précise en ce sens que « *les personnes qui sont partie à un procès peuvent déférer la décision dont ils estiment qu'elle leur fait grief ou qui n'est pas légalement justifiée, bénéficient de la règle selon laquelle ils disposent d'un droit de contestation devant une juridiction d'un degré plus élevé* » (<https://www.dictionnaire-juridique.com> .). Il permet à tout citoyen, non satisfait de la première décision, de voir son affaire rejugée. En droit du travail, les recours ordinaires avec l'opposition (art. L.261, al.2, Code du Travail) et l'appel (art. L.265, Code du Travail) sont consacrés par le Code du Travail. Étant conscients que l'erreur et l'injustice sont humaines, le Code du Travail donne la possibilité aux parties d'examiner à nouveau leur affaire. Ainsi, grâce aux recours, la loi permet la rectification à la fois d'erreurs de jugement. Il faut cependant préciser que ce droit est pratiquement ignoré en droit de l'arbitrage.

⁶⁸⁴ Cette règle du double degré de juridiction permet à l'État du Sénégal de pouvoir sauvegarder des droits et les libertés fondamentales des citoyens. L'interdiction de la discrimination en matière d'accès à la justice est sans équivoque. Le droit à des voies de recours efficaces est garanti aussi bien par la Constitution que par le dispositif législatif. Le droit au recours est une garantie contre les éventuelles erreurs de jugements.

⁶⁸⁵ Art. 25, Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

arbitrale revêtue d'un caractère décisoire fait montre de l'efficacité de l'arbitrage, il faut préciser d'autre part, qu'elle est source d'insécurité du fait qu'elle soit non susceptible d'appel. Autrement dit, la sentence d'arbitrage est définitive. Le travailleur n'a plus la possibilité de faire prévaloir son droit au recours. Poussant ainsi, la partie condamnée aux dépens de ne peut pas pouvoir faire rejurer l'affaire devant une cour d'appel⁶⁸⁶. Le législateur a précisé que « *la sentence dessaisit le tribunal arbitral du différend* »⁶⁸⁷. Dans un souci de contrôle du procès initial, le législateur a prévu des voies de recours extraordinaires. Il s'agit du recours en annulation qui doit être porté devant la juridiction compétente dans l'État-partie⁶⁸⁸, du recours en révision⁶⁸⁹ et de la tierce opposition⁶⁹⁰. Malgré ces efforts d'ouvertures, le droit Ohada a mis deux limites liées au recours en annulation. La première contrainte revêt deux angles d'approches obligatoires : les différentes parties au contrat doivent écarter l'option de statuer en amiable composition et elles ne doivent pas renoncer au recours en annulation dans la convention d'arbitrage⁶⁹¹. La seconde contrainte posée par le législateur Ohada, est due au fait que le recours en annulation est uniquement réservé dans des cas limitativement cités. L'article 26 de l'Acte Uniforme fournit la liste exhaustive⁶⁹² de motifs susceptibles de fonder un recours en annulation. C'est uniquement dans une de ces conditions citées par ladite disposition que « *le recours en annulation suspend l'exécution de la sentence* »⁶⁹³. Le recours en annulation pourrait symboliser l'espoir pour le travailleur de pouvoir faire rejurer l'affaire. Cependant, la doctrine a tenu à faire remarquer que « *le juge en l'annulation n'est pas un juge d'appel. Il s'interdit la révision au fond de la sentence, tout en corrigeant les dérives graves. Il est un peu la vigie bienveillante de l'arbitrage : il le laisse s'épanouir, mais tempère ses excès* »⁶⁹⁴. C'est

⁶⁸⁶ Une fois la décision rendue, la décision de l'arbitrale a autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche entre les différentes parties. Ces dernières sont alors dans une obligation totale de respecter et d'accepter la sentence arbitrale. Le législateur Ohada semble vouloir donner assez de crédit aux sentences. Cependant, cela ne doit certainement pas confiner à l'aveuglement car un tribunal, même statuant en formation collégiale, peut rendre une décision entachée d'irrégularités. D'ailleurs, c'est pour pallier à ce manquement que le Droit africain a opté d'offrir des ouvertures aux parties de l'arbitrage s'estimant lésées dans leurs droits.

⁶⁸⁷ Art. 22, Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

⁶⁸⁸ Art. 25, al 1, Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

⁶⁸⁹ Art. 25, al 5, Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

⁶⁹⁰ Art. 25, al 4, Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

⁶⁹¹ Art. 29, al.2, Règlement de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage en matière d'arbitrage: « Cette contestation de la validité de la sentence n'est recevable que si, dans la convention d'arbitrage, les parties n'y ont pas renoncé ».

⁶⁹² Le recours en annulation n'est recevable que dans les cas suivants: « *si le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ; si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ; si le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée ; si le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; si le tribunal arbitral a violé une règle d'ordre public international des États signataires du traité ; et enfin, si la sentence arbitrale n'est pas motivée* ».

⁶⁹³ Art. 28, Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

⁶⁹⁴ W. BEN HAMIDA, « *Le recours en annulation des sentences : Voie de droit ou chicane procédurale ?* » VIème édition du Congrès Africain des Juristes d'Affaire (COJA 2013) - L'OHADA et la sécurité judiciaire, Ouagadougou, Juin 2013, 259p. ; p. 21.

pour cette raison que la clause compromissoire n'est pas recommandée dans les rapports individuels du travail.

Paragraphe II : Le rejet du compromis en droit du travail

En droit Ohada, la distinction entre clause compromissoire et compromis d'arbitrage n'a pas de conséquence juridique puisque ces deux formes de convention d'arbitrage sont soumises aux mêmes règles juridiques. Il n'est donc plus nécessaire de distinguer clause compromissoire et compromis d'arbitrage. Le compromis est le moyen utilisé par l'arbitrage pour conquérir le territoire du droit du travail. Il a été démontré que les contrats de travail sont du domaine des droits indisponibles tant que le contrat existe. Ils deviennent disponibles après son extinction. Pour mieux cerner le compromis dans le contrat de travail, il faut impérativement revoir la genèse des textes car le recours au compromis d'arbitrage ultérieurement à la cessation du contrat de travail est le résultat d'une longue évolution législative française. Il s'agira alors de voir dans un premier temps la notion de compromis (A) et de voir dans le second temps l'ambiguïté du compromis (B).

A. Le compromis

En matière d'arbitrage, le compromis paraît être la première forme de convention d'arbitrage. Il est reconnu que « *dans l'arbitrage interne, seul le compromis était valable, la clause compromissoire ne pouvant être exécutée qu'à condition d'avoir été confirmée une fois le litige né* ». En présence d'une indifférence entre la volonté réelle des parties et celle exprimée dans le compromis, c'est la volonté des parties qui va valoir, dans certains cas, se réaliser. Contrairement à la clause compromissoire qui a une dimension purement préventive, le compromis est conclu après la naissance du litige. La doctrine a reconnu la pertinence de la clause compromissoire qui a « *un rôle préventif extrêmement important. Une bonne clause arbitrale, bien rédigée, joue un rôle préventif considérable, de même qu'un arbitrage bien engagé se termine dans de nombreux cas par une transaction, ce qui est un succès en soi*⁶⁹⁵ ». Elle servira à faciliter la limitation de la compétence des arbitres. Cette obligation n'est pas possible dans la clause compromissoire parce que lors de sa rédaction le litige n'est pas encore né, de plus elle est conclue pour résoudre les litiges qui découlent du contrat principal. Il convient alors de voir le compromis comme un contrat après litige (1) puis de voir les conditions de validité du compromis (2).

⁶⁹⁵ P. LALIVE, « Conclusion » in Resolution Methods for Art-Related Disputes, Centre du Droit de l'art, vol. 11, Schulthess, Zurich, 1999, pp. 235-240 ; p.236.

1. Le compromis : un contrat après litige

À côté de la clause compromissoire, une autre convention arbitrale porte le nom de « *compromis d'arbitrage*⁶⁹⁶ ». Il est perçu comme une convention bien définie qui prend référence un différend particulier ou bien une controverse déterminée. Il permet aux différentes parties au contrat d'organiser le recours à l'arbitrage après la naissance du différend⁶⁹⁷. Le compromis⁶⁹⁸ est alors un contrat en dehors du contrat principal, qui a comme source un litige né et actuel, qui est rattaché aux relations contractuelles protégées par le contrat principal⁶⁹⁹. En des termes très simples, il consiste en une entente ou en un accord entre deux parties qui s'accordent pour faire juger un ou plusieurs arbitres désignés pour le litige qu'elles y exposent, dans les conditions qu'elles précisent⁷⁰⁰. C'est un contrat conclu entre les parties après la naissance d'un litige. Il se distingue véritablement de la clause compromissoire. Avec le compromis, les deux parties font un arrangement et des concessions mutuelles dans le but d'arriver à une collaboration. Le compromis est l'accord qui a besoin de la commune volonté des parties, à un litige né, d'accorder un pouvoir juridictionnel à une ou plusieurs personnes qu'elles choisissent pour trancher leur litige⁷⁰¹. Cet accord des volontés des contractants intervient après la survenance du différend. Donc, à la différence de la clause compromissoire, qui est en quelque sorte une « *promesse de compromis*⁷⁰² », le compromis suppose l'existence d'un litige né et actuel. En des termes plus clairs, il est bien de préciser que c'est la date de conclusion qui différencie la clause compromissoire et le compromis. Le compromis est totalement autonome du contrat principal aussi bien matériellement que juridiquement. « *Le compromis est constaté par écrit, la clause compromissoire doit être stipulée par écrit*⁷⁰³ ». Idéalement, l'expression du consentement à l'arbitrage passe par le compromis. C'est l'instrument qui manifeste le mieux l'acceptation de la justice arbitrale par les parties. Conclu après la survenance du litige, il exprime une réelle préférence pour ce mode de règlement. La

⁶⁹⁶ En son sens premier, le terme « compromis » désigne l'acte par lequel il est donné aux arbitres le pouvoir de juger des procès. Il s'agit pour les parties aux litiges d'écarter les juges étatiques au profit des arbitres. Ainsi, le Nouveau Code de Procédure Civile, en son article 1447, précise que « *le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes* ». Vocabulaire « composé des préfixes « con »- (« ensemble ») et « pro »- (« pour ») et de « mettre », *compromis est un mot, dérivé du latin « compromissum », dérivé du verbe « compromittere » (« promettre en même temps »)* » (<https://www.cnrtl.fr/etymologie/compromis>, Vu le 15/10/2020).

⁶⁹⁷ A. PRUJINER, « Validité et efficacité des conventions d'arbitrage. C.P. du N. 247. 268, 1995, 541p. ; p. 251.

⁶⁹⁸ N.A. DIAB, Les clauses attributives de compétence et les clauses compromissoires en droit international privé libanais, *Al Adl* 1992; Cahier juridique et fiscaux de l'exportation; Proche-Orient Études Juridiques, 199, 328p. ; p. 153.

⁶⁹⁹ Cass. Civ. 1e, 16 octobre 2001, *Rev. Arb.* 2002 919p. spéc., p.925, note Daniel COHEN.

⁷⁰⁰ P. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Vol. 3, Paris, Dalloz, 1965, 369p. ; p. 53.

⁷⁰¹ E. LOQUIN, « *Compromis d'arbitrage. Définition. Litige soumis à l'arbitre. Mission d'évaluation d'une clientèle. Absence de caractère juridictionnel de la mission confiée au tiers.* » *RTD Com.* 2001 ; 214p. ; p. 55 ; cour appel Paris 7 nov. 2000.

⁷⁰² J. BARBIN, « *Compromis et clause compromissoire* », www.universalis.fr/encyclopedie. Vu le 15/10/2015.

⁷⁰³ J. RUBELIN-DEVICHI, et E. LOQUIN, *Arbitrage, compromis et clause compromissoire*. *JCL Proc. civ.* Fasc 1020, no 3 ; 136p. ; p. 36.

décision de recourir à l'arbitrage s'analyse alors comme un choix positif et délibéré décidé par chaque partie en fonction de ses intérêts bien compris. C'est pour cette raison que lorsqu'il repose sur le compromis, l'arbitrage bénéficie en principe de la faveur de toutes les parties qui collaborent pleinement à sa mise en œuvre, imprimant à la procédure un caractère purement consensuel. Le compromis ne sert normalement qu'à la résolution du litige pour lequel il a été conclu. « *Toutefois, même dans le cadre du compromis, l'on n'est pas totalement à l'abri de la pression qui pourrait s'exercer sur une partie, au point de lui arracher un consentement qu'elle n'aurait autrement pas donné*⁷⁰⁴ ». En présence d'une différence entre la volonté réelle des parties et celle exprimée dans le compromis, c'est la volonté des parties qui va valoir, dans certain cas, le contraire est réalisé. Les parties se rendront compte de leurs choix après la naissance du litige et au début de l'instance arbitrale, parce que c'est le moment où elles commencent à connaître l'institution qu'elles ont choisie.

2. Les conditions de validité du compromis

L'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage n'a pas dicté d'exigence de forme⁷⁰⁵ pour la validité du compromis. Celui-ci relève donc du principe du consensualisme. Cela veut dire un principe en vertu duquel un acte juridique n'est soumis à aucune forme particulière pour sa validité. Le consentement seul peut créer des obligations. L'écrit n'étant donc pas privilégié, il n'a de valeur en droit Ohada qu'au plan de la preuve sans pour autant être exclusif. Cependant, le recours à l'écrit comme preuve de la convention d'arbitrage n'est pas exclusif. Ainsi, dans le système d'arbitrage Ohada, le compromis n'a pas besoin d'être obligatoirement matérialisé pour être valable. Il peut être écrit ou oral, expresse ou tacite, direct ou par référence. Cependant, il y a au niveau du droit communautaire Ohada une préférence au compromis écrit. Afin d'éviter toute complication de la convention arbitrale, il serait prudent pour les parties de rédiger le compromis. D'ailleurs, Ohada semble avoir un penchant pour l'écrit. Le législateur affirme que « *l'existence de la sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage*⁷⁰⁶ ». Il est évident qu'il s'agit à travers cette disposition d'un privilège au caractère de l'écrit au plan de la preuve. Par conséquent, il est possible d'avancer l'idée selon

⁷⁰⁴O. DIALLO, Le consentement des parties à l'arbitrage international, pp. 85-170 ; p.25. <https://books.openedition.org>, Vu le 15/10/2015.

⁷⁰⁵ L'Acte Uniforme, en son article 3, dispose que « *la convention d'arbitrage doit être faite par écrit, ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve, notamment par la référence faite à un document la stipulant* ». La déduction logique de cette disposition est que l'Acte Uniforme de l'Arbitrage ne porte que sur le formalisme probatoire. Ohada ne soumet pas la validité du compromis à une forme écrite.

⁷⁰⁶ Article 31, al.2, Acte Uniforme sur l'Arbitrage.

laquelle l'écrit est ainsi recommandé au plan de la preuve du compromis⁷⁰⁷.

La doctrine a tenu à préciser qu'au « *sein de nombreuses clauses, les rédacteurs et partenaires au contrat ont tendance à déformer les termes par abus de langage et emploient des expressions équivoques, augmentant ainsi le climat d'incertitude juridique due aux difficultés de compréhension des conventions plus ou moins complexes*⁷⁰⁸ ». Les différentes parties au contrat ont l'obligation d'utiliser essentiellement l'écrit pour éviter des confusions pouvant créer des difficultés dans l'exécution du compromis. Une bonne rédaction de la clause en des termes clairs pourrait régler rapidement les litiges entre différentes parties⁷⁰⁹. Le compromis semble être une grande flexibilité lors de sa formation. D'ailleurs, en droit français cela se traduit par la possibilité pour les parties de conclure le compromis à n'importe quel moment. Autrement dit, le compromis peut être ficelé avant le procès ou même lors de l'audience. Le législateur précise que « *les parties ont la faculté de compromettre même au cours d'une instance déjà engagée devant une autre juridiction*⁷¹⁰ ». En droit Ohada l'efficacité du compromis s'apprécie en considération des parties du litige, du juge étatique et de l'arbitre. Les parties ont l'obligation de se faire trancher par les arbitres. De l'autre côté, « *toute juridiction étatique saisie d'un tel litige doit se déclarer incompétente*⁷¹¹ ». Il s'agit ici du dessaisissement des juridictions étatiques au profit des juridictions arbitrales même si cela n'est pas automatique. Même si le juge étatique est tenu par l'effet obligatoire du compromis, il joue un rôle très important dans l'efficacité de la convention arbitrale. Il a l'obligation de veiller à ce que le compromis reçoive sans difficulté une efficacité. Cependant, le compromis n'est pas permis en droit sénégalais concernant les litiges individuels de travail.

B. L'ambiguïté du compromis

Le compromis reste l'instrument par excellence de l'arbitrage volontaire. « *Le degré zéro de l'arbitrage consiste dans un compromis d'arbitrage [...] pour une affaire donnée, en*

⁷⁰⁷ Le droit uniforme Ohada n'a donné aucune précision sur la nature que doit prendre l'écrit. Ainsi, le compromis est valable, qu'il soit un document signé par les parties, par acte notarié, par acte sous seing privé, d'une preuve résultant des échanges de lettres, de télégrammes, de télécopies, de télex, d'échanges de conclusions ou de courriers électroniques. Il est important de veiller à la bonne rédaction du compromis.

⁷⁰⁸ M.H.M, COSTEDOAT, « *Notre ambition: consolider l'influence mondiale de la culture juridique civiliste, celle du droit écrit !* » ; 156p. ; p. 36 <http://www.institut-idef.org>. Vu le 28 /10/2015.

⁷⁰⁹ En cas de nullité ou de pathologie de la clause compromissoire, il y a une possibilité d'utilisation du compromis. Une clause est pathologique quand elle est mal rédigée et qu'il est impossible de préciser et de déterminer avec exactitude la volonté des différentes parties. Les arbitres auront la possibilité de pouvoir bien interpréter la clause compromissoire et surtout de procéder à des corrections et rectifications si la clause est curable. Cependant, il y a une possibilité pour le juge de se déclarer incompétent lorsqu'il est dans l'impossibilité d'interpréter et de rectifier la clause. Cette clause appelée clause incurable ne permet pas de recourir à l'arbitrage.

⁷¹⁰ Article 1450 NCPC.

⁷¹¹ Article 13 alinéas 1 et 2 de l'AUA.

*dehors de tout engagement préalable. L'arbitrage est facultatif. C'est le compromis qui fixe le principe et l'objet de l'arbitrage, ainsi que ses modalités pratiques*⁷¹²». La soumission à l'arbitrage procède alors d'un consentement spécifique, exprimé dans un document dont l'objet exclusif est le recours à l'arbitrage dans un cas bien précis. Ainsi, si en matière de clause compromissoire, il y a une possibilité de doute au niveau de la portée du consentement de la partie faible, le salarié, il faut alors souligner qu'avec le compromis, il n'y a aucune hésitation sur ce point⁷¹³. Ainsi, l'accoutumance s'est accommodée et a permis « *de préciser, par un nouvel accord, les questions qui seront posées à l'arbitre, c'est-à-dire l'objet concret du différend*⁷¹⁴ ». Dans la pratique arbitrale, il faut préciser que cet accord spécifique présente un vaste intérêt pour les acteurs économiques et aussi une grande utilité. Le compromis permet à ces derniers de se donner la possibilité de prendre en charge tous les aspects visant l'occasion de régler ensemble les détails de la procédure. Pour appréhender le compromis, il est essentiel de le contextualiser d'abord en droit français (1) qui semble présenter le droit de l'arbitrage d'un visage assez particulier. Ensuite, l'accent sera mis sur le droit communautaire africain ou le compromis semble avoir un aperçu ambivalent d'où son malaise du compromis au sein de l'espace Ohada (2).

1. Le compromis en droit français

Avec le compromis, l'arbitrage s'étend à un nouveau territoire qui est celui du droit du travail. Les contrats de travail sont du domaine des droits indisponibles tant que le contrat existe. Ils deviennent disponibles après son extinction. Pour mieux cerner le compromis dans le contrat de travail, il faut impérativement revoir la genèse des textes car le recours au compromis d'arbitrage ultérieurement à la cessation du contrat de travail est le résultat d'une longue évolution législative française⁷¹⁵.

⁷¹² E. DECAUX, Droit international public, 4e éd., Hyper Cours (Cours Documents Exercices) Dalloz, Paris, 2004, n° 253 ; 369p. ; p. 222.

⁷¹³ Au sujet du compromis, l'attitude traduisant de l'indécision ou de l'embarras n'est pas permis car un seul accord intervient et il porte uniquement sur la soumission à l'arbitrage d'un litige déterminé. Il faut dans ce sens préciser que le caractère consensuel de l'arbitrage qui est basé sur le compromis reste entièrement appuyé par le spacieux et immense étendu de l'accord arbitral. Cet accord arbitral qui, en plus du contenu habituel d'une clause compromissoire prend en compte également la délimitation du litige et le choix des arbitres. Ainsi, il est bien de préciser à ce niveau que, le compromis remplit, en premier lieu, la même fonction et la même finalité que la clause compromissoire. Le constat montre que l'un, comme l'autre, exprime valablement le consentement des parties de pouvoir recourir à l'arbitrage pour régler les différends. Alors, de ce point de vue, il est à remarquer ces deux actes différends, sont réciproquement indépendants. De ce fait, ils procèdent de manière variée et alternative. Dans un second lieu, le compromis va au-delà de la clause compromissoire. Il fait mieux que la clause compromissoire dans la mesure où il permet la facilitation de la mise en œuvre de la procédure arbitrale. C'est pour accentuer cet avantage de l'arbitrage fondé sur une clause compromissoire qu'il est permis d'avoir un processus tout cohérent et qui s'accorde bien tout en formant un ensemble que s'il basait sur un compromis.

⁷¹⁴ D. NGUYEN QUOC, P. DAILLIER, A. PELLET, Droit international public, 5e éd., 1994, n° 541, 987p. ; p. 826

⁷¹⁵ Tout commence en 1958 avec un décret du 22 décembre qui précise que « *les conseils de prud'hommes sont seuls compétents [...] pour connaître, en premier ressort, des différends* » individuels du travail. En analysant avec soin cet article, à cette

De ces deux dispositions, le recours à l'arbitrage était en principe exclu en matière de conflits individuels de travail. Le compromis d'arbitrage conclu après la rupture du contrat de travail était exceptionnellement accepté. L'effet de la loi Boulin était de consacrer expressément la validité du compromis d'arbitrage conclu après la fin du contrat de travail. Cependant, cette atténuation envers l'arbitrage n'a pas fait long feu⁷¹⁶. Dans la nouvelle disposition, l'article ne fait aucune référence à la validité du compromis d'arbitrage conclu postérieurement à la rupture du contrat de travail. Cette omission fait penser que le législateur manifestait une réelle volonté d'interdire la validité du compromis ; ce qui a provoqué au sein de la doctrine des réactions⁷¹⁷ contre toute tentative de suppression du compromis. Ainsi, pour la doctrine, la suppression de cette mention en 1982 ne vaut pas pour une interdiction du compromis d'arbitrage. Leur position est confortée par la déclaration du Ministre⁷¹⁸ du travail de l'époque, lors d'un débat parlementaire qui a précédé l'adoption de la loi de 1982. Le Ministre avait clairement précisé que « *le nouveau texte ne peut être considéré comme faisant échec au droit commun de l'arbitrage. Par conséquent [...] les salariés et les employeurs auront toujours la possibilité de soumettre leur litige à un arbitre, mais seulement le licenciement intervenu. En supprimant toute référence à un compromis d'arbitrage, le nouveau texte répond à la préoccupation du gouvernement de mettre l'accent sur le rôle primordial de la juridiction prud'homale* ».

Se basant sur ces déclarations, la doctrine estime que la suppression de la mention « à l'exception du compromis d'arbitrage postérieur au contrat de travail » n'est pas une interdiction du compromis d'arbitrage. L'intention du législateur est de maintenir la validité du compromis d'arbitrage survenant postérieurement à la rupture du contrat de travail. C'est dans

période, la validité du compromis était presque inacceptable. La tournure rendait inutile toute tentative de raisonnement sur la validité du compromis. Il a fallu attendre la loi n° 79-44 du 18 janvier 1979 portant modification des dispositions du titre 1er du livre V du Code du Travail relatif aux conseils de prud'hommes, pour combler le silence juridique afin de valider le compromis. À travers la loi dite loi Boulin, le législateur a expressément consacré la licéité du compromis d'arbitrage conclu postérieurement à la rupture du contrat de travail. La loi Boulin précise que « *toute convention dérogatoire, à l'exception du compromis d'arbitrage postérieur à l'expiration du contrat de travail, est réputée non écrite* ».

⁷¹⁶ Lors de l'examen du projet d'une nouvelle loi, la mention de l'exception était supprimée. Loi n° 82-372 du 6 mai 1982 portant modification de certaines dispositions du titre 1er du livre V du Code du Travail relatif aux conseils de prud'hommes prévoyait que les conseils étaient « *seuls compétents, quel que soit le chiffre de la demande, pour connaître des différends visés au présent article* ».

⁷¹⁷ Certains, comme COURTOIS-CHAMPENOIS, pensent que l'arbitrage des litiges du travail est presque impossible. Cependant, « *il n'est envisageable que suite à un compromis conclu après la rupture du contrat de travail dans l'hypothèse d'un litige individuel* ». (E., COURTOIS-CHAMPENOIS, « *L'arbitrage des litiges en droit du travail : à la découverte d'une institution française en disgrâce* », *Revue de l'arbitrage* 2003, 459p.; p.349). D'autres, comme DE BOISSESON, prennent une position bien plus claire et radicale. Ils estiment que l'absence de référence au compromis dans la nouvelle loi n'enlève de la validité du compromis. Autrement dit, ils pensent que « *le gouvernement n'entendait pas remettre en cause la légalité d'une telle procédure, mais seulement ne pas inciter les employeurs et les salariés à y recourir compte tenu des abus auxquels il pourrait conduire. [...] en quelque sorte, le compromis d'arbitrage est toléré [...] mais, en demandant qu'il ne soit plus évoqué dans la loi, le gouvernement espère que les intéressés oublieront d'y recourir* ». (M. DE BOISSESON, *le droit français de l'arbitrage interne et international*, GNL, Joly, Paris, 1990, 512p. ; p. 403).

⁷¹⁸Le Ministre du Travail Jean Auroux.

cette logique qu'il est parfaitement aisé de comprendre la décision de la jurisprudence⁷¹⁹. Dans cet arrêt, la Cour de cassation admet la validité du compromis d'arbitrage intervenu après la rupture du contrat en ces termes : « *mais attendu que la Cour d'appel ayant relevé que le contrat de travail avait été rompu le 31 mars 1980 (c'est-à-dire avant la date du compromis d'arbitrage), en a justement déduit que les parties étant devenues dès lors libres et capables de compromettre, elles pouvaient le faire de manière licite à la date du compromis* ». Cette position est encore renforcée par la Cour d'appel de Paris qui affirme que la compétence exclusive du conseil de prud'hommes « *ne fait pas obstacle à la conclusion, entre les parties, d'un compromis d'arbitrage après la rupture du contrat de travail*⁷²⁰ ».

2. Le malaise du compromis au sein de l'espace Ohada

Si, en droit français, le compromis est admis, tel n'est pas le cas en droit sénégalais. Le législateur sénégalais, qui s'est inspiré du droit français, a repris le principe de la prohibition de la clause compromissoire. Ainsi, aussi bien que la clause compromissoire, le compromis était interdit. Pour le législateur sénégalais, les litiges individuels de travail étant du domaine de l'ordre public, il n'est pas possible de recourir à l'arbitrage. L'article 42 du COCC interdit de déroger à des conventions qui sont particulières à l'ordre public. La compétence exclusive du tribunal de travail est une compétence d'ordre public qui ne peut être écartée par voie de contrat ou de convention. Ainsi, l'interdiction du compromis est un principe entre les employeurs et les salariés. C'est pour cette raison que TCHANTCHOU affirme que « *la prohibition quasi péremptoire de l'arbitrage pour cause d'ordre public dans les États africains membres de l'Ohada faisait obstacle à tout débat ou distinction. L'inefficacité était égale pour la clause compromissoire et pour le compromis. La règle était de mise, inflexible. L'arbitrage était ainsi tenu loin des questions individuelles de droit social*⁷²¹ ». Le décret n° 64-572 du 30 juillet 1964, portant code de procédure civile, ne prévoyait que le compromis. Le législateur sénégalais n'avait pas prévu la clause compromissoire et l'arbitrage institutionnel. Cela montre que l'arbitrage était lié à la juridiction étatique. La position sénégalaise sur la prohibition du compromis est confortée par une partie de la doctrine française. Selon Éric ROCHEBLAVE⁷²², même après la rupture du contrat de travail, les travailleurs et les employeurs ne peuvent pas se

⁷¹⁹ L'arrêt du 5 novembre 1984.

⁷²⁰ L'arrêt du 14 décembre 1990.

⁷²¹ H., TCHANTCHOU, op cit. p.9.

⁷²² É. ROCHEBLAVE, « *Méfiez-vous des « prud'hommes privés » ! L'arbitrage au travail ne vous évitera pas les prud'hommes...* » ; 49p. ; p. 25. <http://www.rocheblave.com>. Vu le 21/12/201

tourner vers le compromis en toute sécurité juridique⁷²³.

L'arbitrage des litiges individuels de travail qui est rejeté au Sénégal, est accepté en Côte d'Ivoire par le compromis, ce qui traduit un malaise au sein de l'espace Ohada. La Cour d'Appel de la Côte d'Ivoire a admis le compromis après la rupture du contrat de travail. C'est dans ce sens qu'elle estime qu'en «*présence d'une clause d'arbitrage incluse dans le Règlement d'emploi du personnel d'encadrement du personnel de l'Asecna, deux cadres partis à la retraite sans avoir perçu leur indemnité de cessation d'activité sont en droit de saisir le juge des référés pour demander la désignation d'un arbitre*⁷²⁴». L'ordre public est un obstacle à l'arbitrage. Mais, actuellement, une évolution est constatée avec l'arrêt Tissot qui pose le fait que l'inarbitrabilité résulte maintenant de la violation de l'ordre public. La Cour de Cassation française affirme que «*la nullité d'un compromis ne découle pas de ce que le litige touche à des questions d'ordre public, mais uniquement du fait que l'ordre public a été violé*⁷²⁵». Le litige ne devient *inarbitrable* que si l'opération litigieuse est frappée d'illicéité c'est-à-dire contraire à l'ordre public. Si l'arbitre constate la violation de l'ordre public, il devra se déclarer incompétent⁷²⁶. Bien qu'il y ait diverses positions sur l'arbitrage des litiges individuels dans l'espace Ohada, au Sénégal ce domaine est exclusivement réservé aux acteurs étatiques.

Section II : L'arbitrabilité : le contrôle de la disponibilité ou de l'indisponibilité des droits litigieux

Grâce à la mondialisation, l'arbitrage est favorablement admis dans beaucoup de pays. Cependant, il faudra signaler que les États délimitent les sphères de compétence de l'arbitrage. La consécration de la justice privée comme étant la principale alternative aux juridictions

⁷²³ Il affirme que «*depuis cette décision isolée de 1984 (Cass. soc., 5 Nov. 1984; JurisData n° 1984-799541; JCP G 1985, II, 20510), la Chambre Sociale de la Cour de cassation ne s'est pas prononcée récemment sur cette question. Les arrêts de la Cour d'appel de Paris invoqués sont tout aussi très anciens [...] 1990 (CA Paris, 14 déc. 1990, n° 8916.638; JurisData n° 1990-025181) et 1992 (CA Paris, 4 juin 1992); D'autre part, et surtout, des décisions beaucoup plus récentes affirment le contraire. Il en est ainsi d'un arrêt du 1er avril 2010 de la Cour d'appel de Colmar*». Dans cet arrêt, un salarié et un employeur se sont tournés vers l'arbitrage après la rupture du contrat de travail. Le salarié saisit par la suite le conseil de prud'hommes de Strasbourg qui a condamné l'employeur. Ce dernier, qui estime l'existence d'une sentence arbitrale, interjette appel. La Cour d'appel a rejeté l'idée de l'arbitrage «*qu'ainsi que l'a relevé d'office et contradictoirement la Cour, lors de l'audience des débats, l'article L 1411-4 (ancien L 511-1) du Code du Travail dispose que seul le Conseil de prud'homme est compétent, quel que soit le montant de la demande, pour statuer sur les litiges individuels de travail, toute convention contraire étant réputée non écrite. Il s'ensuit que toute procédure d'arbitrage est exclue, en la matière, la compétence de la juridiction prud'homale apparaissant, de ce fait, d'ordre public*». (C.A. de Colmar, 1er avril 2010 n° 4 A 09/00184). (ROCHEBLAVE, «*Méfiez-vous des « prud'hommes privés » ! L'arbitrage au travail ne vous évitera pas les prud'hommes...*» ; 49p. ; p. 25. <http://www.rocheblave.com>. Vu le 21/12/2011).

⁷²⁴ C.A Abidjan, n° 1435, 02-07-2003. www.Ohada.com. Ohadata J-04-177; observations de Joseph ISSA-SAYEGH.

⁷²⁵ Cass. Com., 29 Nov. 1950, Tissot.

⁷²⁶ J. BEGUIN, G. BOURDEAUX, A., COURET, B. LE BASS, D. MAINGUY, M. MENJUCQ, H. RUIZ FABRI, C. SERAGLINI, J.M. SOREL, Traité du droit du commerce international, Litec, 2005. 1029p. ; p. 906.

étatiques, n'est pas sans limite. Alors, tout litige ne peut pas être porté devant les « juges privés » c'est-à-dire les arbitres. Les États ont mis des garde-fous et des parapets pour ainsi restreindre la portée de cette consécration. Il est important de signaler que, dans toute législation nationale, il y a toujours des restrictions. À travers l'analyse des systèmes juridiques de différents États, il semble évident que le pouvoir d'écartier les juridictions étatiques dans l'arbitrage n'est ni complet, ni total. Force est de constater que dans tous les systèmes juridiques, et cela sans exception, l'État se donne toujours un droit de regard sur certaines matières plus ou moins sensibles. Ainsi, l'étendue de la compétence de l'arbitrage connaît certaines limites⁷²⁷. Le vocable « arbitrabilité⁷²⁸ » est employé par la doctrine et la jurisprudence⁷²⁹. La justice a voulu montrer que, malgré l'autonomie et l'indépendance de la convention, elle doit obligatoirement se mouvoir sous des lois impératives. Le concept d'arbitrabilité se trouve dans la Convention de New York, dans la loi-type de la C.N.U.D.C.I et en droit Ohada. Il conviendra de voir d'abord l'arbitrabilité des litiges (paragraphe I) et de voir ensuite l'absence de règles protectrices de la partie faible en droit Ohada (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'arbitrabilité des litiges

La notion d'arbitrabilité du litige est un élément très important à définir car, elle permet de mieux cerner le champ de compétence de l'arbitrage. Cependant, elle est complexe car elle fait appel à plusieurs concepts très divers sur lesquels il faut se pencher pour savoir si le recours à l'arbitrage est possible. C'est la raison pour laquelle Monsieur Athanase FOKO a affirmé que

⁷²⁷ Cette limite à l'accès à la justice arbitrale est généralement désignée par le terme « arbitrabilité ». Il est évident de comprendre que le recours à l'arbitrage est effectivement conditionné par l'arbitrabilité. Parmi les restrictions qui sont d'ordre légales se trouvent les conditions d'arbitrabilité des litiges. Donc, l'arbitrage n'est pas un moyen de faire justice pour n'importe quel litige. En d'autres termes, tout litige n'est pas arbitral. Cette limite appelée l'arbitrabilité du litige semble considérablement restreindre, d'une part, la liberté des contractants dans leur décision de se remettre à la justice privée et d'autre part, la compétence des arbitres chargés de trancher les litiges. La doctrine a énuméré deux principales raisons qui peuvent motiver la restriction de la justice arbitrale. Le constat général est que la plupart des législations étatiques ont posé des limites à l'accès à la justice arbitrale, soit à l'égard de certaines personnes, soit à l'égard de certains objets. Il est bien de préciser que l'existence de la convention d'arbitrage repose essentiellement sur l'armature d'un contrat soele.

⁷²⁸ L'arbitrabilité est un ainsi un mécanisme de contrôle sur l'arbitrage qui porte sur la licite de l'objet de la convention. C'est à partir de ce filtrage qu'il est possible de parvenir à déterminer si une question est ou non susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage. Avec la reconnaissance du principe d'autonomie de la convention, la convention d'arbitrage dispose d'une complète autonomie juridique à l'égard du contrat principal, dont l'existence ou la nullité n'ont aucun effet sur elle, et à l'égard de la loi interne applicable à cette convention, contrat principal s'entend. Cette autonomie ne fait, cependant, pas de la convention d'arbitrage un contrat sans loi. L'autonomie ne donne pas non plus à la convention d'arbitrage une existence sans dépendance.

⁷²⁹ D'ailleurs, la jurisprudence évoque ce principe dans l'arrêt Dalico en précisant qu'en « *matière internationale, le principe de validité et d'autonomie de la clause compromissoire, destiné à en assurer la pleine efficacité selon la volonté des contractants, consacre l'indépendance de la convention d'arbitrage à l'égard tant des dispositions substantielles du contrat auquel elle se rapporte que la loi interne applicable à cette convention, sous la seule réserve de l'ordre public international, notamment quant à l'arbitrabilité du litige* » (C.A. Paris, 26 mars 1991. Rev. arb, n°02.1991. p.456). Il s'agit ici d'une véritable limite à l'arbitrage.

« la possibilité de recourir à l'arbitrage renvoie à la notion d'arbitrabilité⁷³⁰ ». La complexité de la notion a fait surgir plusieurs problèmes qui sont liés à son ambiguïté⁷³¹. La difficulté de cerner cette notion peut se comprendre dans la mesure où le point de l'arbitrabilité est approché et est appréhendé de manière divergente et discordante par les grands systèmes juridiques⁷³². Chaque État a son cadre de lois impératives⁷³³ qui constitue le fondement pour d'appréciation de l'arbitrabilité. La doctrine⁷³⁴, de façon générale, a synchronisé ses recherches à ce désir d'élucider, de clarifier ce qui est obscur et de mettre de l'ordre pour surtout éviter la confusion totale. Monsieur Sadjo OUSMANOU écrit que « l'arbitrabilité est généralement définie comme l'aptitude d'un litige à être tranché par voie d'arbitrage⁷³⁵ ». Pour Monsieur Dorothé Cossi SOSSA, « l'arbitrabilité, elle s'entend de la qualité de ce qui est arbitral, c'est-à-dire, ce qui peut être soumis à l'arbitrage, qu'il s'agisse des parties ou de la matière du litige⁷³⁶ ». Pour le droit Ohada, « l'arbitrabilité concerne la question de savoir si un litige peut être tranché par des arbitres et ne doit pas, au contraire, relever des juridictions étatiques⁷³⁷ ». De ces différentes définitions⁷³⁸, il ressort qu'il est évident et sans aucune possibilité de remise en cause, ni un état

⁷³⁰ A. FOKO, La rationalisation du domaine de l'arbitrage (une étude à la lumière des droits français et de l'OHADA), Penant, vol. 124, n°889, 596p. ; p. 430.

⁷³¹ Elle est d'une abstraction et d'un bidule qui peuvent varier en fonction des circonstances. C'est dans ce sens, que d'éminents spécialistes en arbitrage ont averti sur cette notion d'arbitrabilité qui est protéiforme. Des incertitudes sur la possible maîtrise de la notion se sont toujours élevées.

⁷³² P. LEVEL, *op.cit.*, p. 213

⁷³³ C'est dans cette même logique que monsieur Charles JARROSON a tenu à préciser en pointant du doigt l'arbitrabilité que « cette notion a toujours suscité la controverse, on lui ampute notamment d'être abstraite, délicate, mal cernée, fuyante, et qu'elle suscite un certain nombre de malentendus, voire de contre sens » (C. JARROSON, *op.cit.*, p. 1). Le problème d'appréhension de cette notion devient évident, car elle est fortement liée à la notion d'ordre public. L'ordre public, bien qu'il soit difficilement cerné et maîtrisé, occupe une place prépondérante dans l'appréciation de l'arbitrabilité, ce qui montre qu'il y a un lien très étroit et évident entre la notion de l'arbitrabilité et la notion d'ordre public. Ce lien semble brouiller la vision claire pour saisir ces notions. Ces deux concepts complexes et insaisissables n'ont pas découragé la doctrine, aussi bien européenne qu'africaine, de la volonté de définir la notion d'arbitrabilité. Le désir d'élucidation l'encourage à soulever des débats, à animer les esprits et à poser plusieurs types de questions pouvant éclaircir les zones d'ombre.

⁷³⁴ C'est pour cette raison que Monsieur Henry MOTULSKY affirme que « savoir nommer les choses, c'est déjà les dominer en quelques sorte » (H. MOTULSKY, « Étude et notes sur l'arbitrabilité », *op.cit.*, p. 26). Il est possible que l'une des choses les plus importantes à méditer à travers les écrits sur l'arbitrage soit la notion d'arbitrabilité propre, car elle semble avoir des rythmes assez profonds d'une existence, des enchaînements et des répétitions. Malgré une confrontation à des difficultés de définition de l'arbitrabilité, le constat général dans la recherche d'élucidation de la notion, montre que les définitions proposées par la doctrine européenne, ne s'écartent pas sensiblement de celle proposée par la doctrine africaine. Monsieur Andreas BUCHER a précisé que le terme d'arbitrabilité désigne « l'aptitude d'une cause à constituer l'objet d'un arbitrage ». (A. BUCHER, Le nouvel arbitrage international en Suisse, Ed Helbing et Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Théorie et pratique du droit, 1988. 189p. p. 37). Dans la même lancée, monsieur Patrice LEVEL affirme que l'arbitrabilité « désigne la qualité qui s'applique à une matière, à une question ou, à un litige, d'être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres ». Pour Louis JARROSON, l'arbitrabilité peut être appréhendé comme « le fait d'être arbitral et, est arbitral ce qui est susceptible d'être arbitré ». (C. JARROSON, *op.cit.*, p. 2). Pour Jean-Baptiste RACINE, l'arbitrabilité est définie comme « l'aptitude d'une matière, d'une question litigieuse à faire l'objet d'un arbitrage ». (J. B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999. 298p. p. 201).

⁷³⁵ S. OUSMANOU, Encyclopédie du droit OHADA, 2021 ; 2191p. ; p. 226.

⁷³⁶ D. C. SOSSA, « L'extension de l'arbitrabilité objective aux accords de développement économique dans l'espace OHADA », disponible sur www.Ohada.com Ohadata D-10-50. Pour la dimension subjective de l'arbitrabilité, v. G. CONNU, Vocabulaire juridique, Paris, Puf., 2016, *op. cit.*, p. 78. Pour une définition intégrant les deux aspects de l'arbitrabilité, voir. S. A. M. LAKBIRI, Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation, Paris, LexisNexis/ Litec, 2004 ; 135p. ; p. 25.

⁷³⁷ OHADA, « Traités et Actes uniformes commentés et annotés », Juriscope, édition 2015, 359p. ; p. 148.

⁷³⁸ Ces définitions montrent que cette inarbitrabilité est due, d'une part, par une des parties au contrat n'a pas les capacités, ni les aptitudes pour compromettre ; et l'inarbitrabilité est due, d'autre part, par le fait que l'objet du litige ne soit pas de nature à être résolu par l'arbitrage. Il faut noter une difficulté dans l'appréciation du concept d'arbitrabilité car il varie d'un système à un

de l'esprit incertain de la réalité du fait que tout litige ne peut être arbitral. Il faut signaler que le droit Ohada a mis l'accent particulièrement sur la détermination de l'arbitrabilité (A). Il conviendra alors de voir en premier lieu l'appréciation de cette notion au regard du droit Ohada et de l'analyser en second lieu, à l'aune de l'ordre public (B).

A. L'arbitrabilité des litiges dans l'espace Ohada

Le développement du commerce et des activités économiques a provoqué de profondes mutations dans les systèmes juridiques du monde entier. Il est alors possible de percevoir diverses approches sur certaines questions juridiques. Alors, il devient normal de comprendre, les différentes positions doctrinales qui apparaissent à travers les systèmes juridiques sur la question de l'arbitrabilité des litiges individuels de droit du travail.

Grâce à la mondialisation, l'arbitrage est favorablement admis dans beaucoup de pays. Cependant, il faudra signaler que les États délimitent les sphères de compétence de l'arbitrage. Les limites constituent les obstacles que crée l'État, de par son droit positif, à la réalisation d'un arbitrage notamment international. Il faut signaler que le droit Ohada a mis l'accent particulièrement sur la détermination des critères généraux. Il s'agit du critère de la libre disposition des droits dans l'Acte Uniforme (1) et celui d'un différend d'ordre contractuel, au regard du Traité Ohada (2).

1. La libre disposition des droits dans l'Acte Uniforme

Au terme de l'article 2 de l'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage « *toute personne physique ou morale a le droit de recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition*⁷³⁹ ». Il résulte de ce texte qu'une personne ne peut recourir à l'arbitrage que si elle a la libre disposition des droits sur lesquels elle envisage de compromettre⁷⁴⁰. Le droit Ohada a choisi l'option de la libre disponibilité des droits comme critère positif de la matière arbitral. Toutefois, il y a lieu de constater une restriction progressive de son champ d'application. Ce critère est classique. Il se retrouve ainsi formulé avec l'expression de « *droits*

autre. Pour mieux cerner l'arbitrabilité objective, il faut d'abord évoquer l'arbitrabilité comme un moyen de contrôle de la disponibilité ou du non disponibilité des droits litigieux

⁷³⁹ L'alinéa 1 de l'article 2 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage : « Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition. »

⁷⁴⁰ Pour ainsi dire on ne peut pas tout faire arbitrer. Un droit dont on a la libre disposition est un droit qu'on peut aliéner. Aliéner un droit signifie vendre, donner, léguer, céder un droit. Il y a même une possibilité de renoncer au droit. La notion de libre disposition des droits reste très difficile à cerner. Son explication doit passer par un rapprochement avec des notions voisines telles que l'ordre public, les choses hors du commerce et le droit indisponible.

sur lesquels on peut transiger⁷⁴¹». La « libre disposition des droits » a toujours été considérée comme un important principe car elle est liée à l'état de civilisation et en assure le maintien. Sur la réserve de la disponibilité des droits, l'Acte Uniforme reprend simplement une solution prévue dans un certain nombre d'États par le code de procédure civile applicable⁷⁴². La disposition de l'Acte Uniforme semble baliser le terrain sur une probable possibilité de recourir à l'arbitrage dans les matières non commerciales dans la mesure où toutes les matières qui entrent dans le domaine d'harmonisation sont du droit des affaires⁷⁴³. Cela pousse certains auteurs comme Tagum FOMBENO à dire qu'en « *poussant à bout cette réflexion, on parvient alors à la conclusion que les litiges du travail peuvent être réglés par voie d'arbitrage grâce à une convention insérée dans le contrat de travail*⁷⁴⁴ ». En prescrivant la libre disposition du droit comme le critère principal d'*arbitrabilité*, le législateur communautaire a omis d'énumérer les droits disponibles et les droits indisponibles, ce qui fait que la notion de libre disposition du droit se trouve à tous les points de tension entre la liberté contractuelle et les conceptions fondamentales de l'ordre juridique⁷⁴⁵. Il y a aussi une diversité de disponibilités ou bien des degrés dans la disponibilité des droits⁷⁴⁶. C'est précisément pour cette raison qu'il y a des réserves sur le recours au critère de la libre disposition des droits dans une législation

⁷⁴¹ Confère : l'art.2059 du C. civ. Français, l'art. 1030 al 3 du C.P.C Néerlandais, l'art. 442 du C.P.C Algérien, l'art. 74 al 4 du Code tunisien de l'arbitrage.

⁷⁴² Article 275 pour le Togo, 576 pour le Cameroun et 755 pour le Sénégal, tous visés dans la note sous P. G. POUGOUE, J. M. TCHAKOUA, A. FENEON, op. cit., p.65.

⁷⁴³ P. G. POUGOUE, « *Encyclopédie du droit Ohada* », Lamy, 2011, pp. 571-573 ; p. 570.

⁷⁴⁴ H. J. TAGUM FOMBENO, « *Regard critique sur le droit de l'arbitrage Ohada* », 36p. ; p. 6. www.sire-Ohada.com vu le 24 /05/2014.

⁷⁴⁵ Deux motifs pourraient être avancés pour expliquer ce manquement. Le premier motif peut être lié à une raison technique. L'objectif de départ de l'Ohada était de tendre à une harmonisation des droits des États membres. Le travail a abouti à une unification. Et le stade auquel cette unification est parvenue de nos jours est un détour d'itinéraire qui a des avantages et des inconvénients. Le second motif peut être affilié à une raison politique. Le législateur Ohada est sorti du domaine du droit des affaires pour s'immiscer dans le droit civil des personnes. Les droits disponibles ou indisponibles sont envisagés dans le monde des affaires comme des droits subjectifs. Par conséquent, la définition des droits disponibles incombe aux États membres automatiquement. En réalité dans l'espace Ohada, la libre disposition est le premier critère d'exclusion de l'arbitrabilité. Elle limite explicitement et des fois implicitement la capacité de former des conventions. Selon l'article 2 de l'Acte Uniforme Ohada sur l'arbitrage, on ne peut compromettre que sur les droits dont on a la libre disposition. D'où l'exclusion de l'arbitrage lorsque les droits concernés ne sont pas disponibles. (H. KENFACK, Droit du commerce international, Dalloz, Mémentos, 2002 ; 215p. ; p. 42).

⁷⁴⁶ Il y a d'abord des droits indisponibles qui ne peuvent pas faire d'objets d'arbitrage. Ils ne sont aucunement susceptibles de disponibilité. Il est possible d'introduire trois catégories de droits par rapport à leur disponibilité. Il y a d'abord des droits indisponibles qui ne peuvent pas faire d'objets d'arbitrage. Ils ne sont aucunement susceptibles de disponibilité. Ces droits indisponibles seront étudiés plus loin. Il existe ensuite des droits partiellement disponibles ou bien encore des droits partiellement ou temporairement indisponibles, -droits indisponibles qui seront étudiés plus loin. Il existe ensuite des droits partiellement disponibles ou bien encore des droits partiellement ou temporairement indisponibles. C'est le cas des questions relatives à des domaines qui sont, par nature, indisponibles mais portant sur des aspects strictement patrimoniaux. Les droits à aliments sont indisponibles tant qu'ils ne sont pas échus. Les droits du salarié dans le cadre de son contrat de travail sont indisponibles. En revanche, une fois le contrat de travail rompu, les droits deviennent disponibles. Enfin, il y a des différends qui portent sur des droits naturellement disponibles. Ce sont les droits patrimoniaux. Pour l'appréciation de l'arbitrabilité, il faut tenir compte de la législation de chaque pays, alors que la remarque est faite qu'il y a une variabilité des droits disponibles d'un système juridique à un autre. De ce fait, il y a une divergence dans l'appréciation du concept d'arbitrabilité même au sein du système unifié comme l'Ohada. Dans certaines matières, comme le droit du travail, la concrétisation de la libre disponibilité des droits subjectifs varie considérablement d'un État membre de l'Ohada à un autre, de sorte que certains litiges seraient arbitrables dans certains États et inarbitrables dans d'autres. Il semble alors que le critère de la libre disposition des droits ne soit pas mieux adapté pour prendre en compte et harmoniser les différentes visions d'arbitrabilité dans une législation uniforme.

communautaire uniforme de l'arbitrage. Des auteurs comme MEYER affirment⁷⁴⁷ que le critère de la patrimonialité de la cause c'est-à-dire la prise en compte du caractère patrimonial du litige serait mieux adapté au contexte Ohada pour définir l'arbitrabilité du litige. Dans son commentaire sur l'arbitrabilité du litige il dit « *il n'empêche qu'on peut penser qu'il eut été préférable de recourir à une notion moins fuyante qui ne souffrirait pas d'interprétations différenciées selon les droits qui pourraient être utilisés pour la concrétiser. Le critère retenu par la loi fédérale suisse, qui retient la patrimonialité de la cause pour définir l'arbitrabilité, peut paraître, à cet égard, plus adéquat spécialement dans une législation uniforme*⁷⁴⁸ ». En Suisse, la disposition est assez simple et claire : « *toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage*⁷⁴⁹ ». Le législateur suisse a préféré la patrimonialité de la cause qui se réfère à la nature patrimoniale de la cause pour définir l'arbitrabilité du litige dans son système ; ce qui est un critère plus adapté dans l'appréciation de l'arbitrabilité car c'est un concept moins fuyant. Il faut préciser que la réserve de la libre disposition n'est pas le seul critère de l'arbitrabilité dans l'espace Ohada.

2. Le contrat, principal critère dans l'arbitrage CCJA

L'alinéa 1 de l'article 21 du traité Ohada précise que « *toute partie à un contrat [...] peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure prévue par le présent titre* ». Cet article délimite avec précision un critère principal qui est le contrat. Les litiges arbitrables doivent impérativement être d'ordre contractuel dans la mesure où le champ visé pour le développement de l'arbitrage est le droit des affaires. Le contrat est alors le principal critère dans l'arbitrage CCJA⁷⁵⁰. Indépendamment de l'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage, le Traité Ohada a mis en place un mécanisme d'arbitrage institutionnel sous l'égide de la CCJA. La maîtrise de la notion « différend contractuel » n'est pas simple dans la mesure où différentes

⁷⁴⁷ « Il me semble effectivement que le critère de la patrimonialité est un meilleur critère d'arbitrabilité dans une législation uniforme parce qu'il est moins susceptible de différences juridiques entre les systèmes de droit que le critère de la libre disposition des droits subjectifs. Les législations sur l'arbitrage retiennent souvent la libre disposition des droits (ou le critère de droits sur lesquels on peut transiger) comme critère d'arbitrabilité d'un litige. Mais ce ne sont pas des législations uniformes», Présentation du droit Ohada, Le droit de l'arbitrage Questions-réponses sur le thème : Arbitrage, op.cit. , p. 9, www.Ohada.com .vu le 05/11/2014.

⁷⁴⁸ P. MEYER, Droit de l'arbitrage OHADA, Bruylant 2002, 245p. ; p. 101.

⁷⁴⁹ Art. 177 al. 1 LDIP

⁷⁵⁰ Les droits disponibles peuvent prendre ou non leur source dans un contrat. Ainsi, peuvent être tranchés par voie d'arbitrage les litiges concernant la validité, l'exécution, l'interprétation et la fin anticipée du contrat. Sans que la liste ne soit exhaustive, il peut être cité un contrat de vente, un contrat d'entreprise, un contrat de transport, un contrat de bail, un contrat de prêt, une concession résultant d'une convention (par exemple une concession de travaux publics), une concession de plage, une concession de distribution d'énergie électrique. Ce critère exclue les rapports extra-contractuels. Un tiers au contrat qui a des rapports avec une partie contractante, ne peut pas recourir à l'arbitrage. Autrement dit, tous les litiges délictuels, les litiges quasi-délictuels et les litiges quasi-contractuels ne peuvent pas être arbitrables.

formulations existent dans les textes Ohada. Le Traité, à travers le préambule et l'article premier, parle de « *différend contractuel* »⁷⁵¹ alors que dans l'article 21⁷⁵², il parle de « *différend d'ordre contractuel* »⁷⁵³. Autrement dit, il s'agit de la classification juridique des différends : différends contractuels et différends extracontractuels. De ce fait, les deux formules peuvent être considérées comme identiques. Cependant, contrairement aux propositions faites par certains auteurs, le règlement d'arbitrage de la CCJA n'a pas pu, en son article 2.1, préciser plus clairement les matières arbitrables en tenant compte surtout de l'ordre public de chaque État membre. En définitive, le critère principal qu'est le contrat doit être accompagné d'un des critères secondaires que sont le domicile ou la résidence habituelle de l'une des parties dans un État partie et l'exécution totale ou partielle du contrat dans un ou plusieurs États parties.

La notion de contrat donne une large interprétation à l'arbitrabilité. De ce fait, une interprétation aussi large de « l'ordre contractuel » pourrait faire admettre que tout litige né d'un contrat civil ou commercial serait arbitrable. Cette interprétation aboutirait sans nul doute à un désordre qui pourrait toucher à la stabilité sociale⁷⁵⁴. Avec l'arbitrabilité objective, le droit Ohada met un accent particulier sur la détermination des critères généraux : un différend d'ordre contractuel, au regard du Traité Ohada et un droit dont on a la libre disposition au regard de l'AUA. Ainsi, le différend arbitral en droit Ohada serait « *tout différend d'ordre contractuel et qui porterait sur les droits dont on a la libre disposition* »⁷⁵⁵. Autrement dit, les dispositions des articles 1 et 21 du Traité combinées avec celles des articles 2 et 4 de l'AUA, donnent la liberté à toute partie à un contrat de soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage. Cependant, un avertissement a été donné de ne pas « *tomber dans la facilité d'une interprétation cumulative de ces deux textes* »⁷⁵⁶ car l'arbitrage Ohada a deux principaux critères

⁷⁵¹ Le « différend contractuel » est une notion qui couvre les litiges nés des difficultés d'exécution du contrat qui est déjà conclu et non des difficultés liées à sa conclusion. Le domaine des litiges arbitrables dépasse donc celui de l'unification qui se limite aux branches du droit des affaires.

⁷⁵² L'article 21 du Traité Ohada a l'apparence d'un texte « *dont les contours sont les plus flous* ». (T. F. HENRI-JOËL, op.cit. ; p. 9). Cependant, d'après NGWANZA, « *malgré son apparente clarté, le critère d'arbitrabilité objective CCJA divise la doctrine, certains estimant qu'un différend extracontractuel peut être administré par la CCJA si la convention d'arbitrage le prévoit expressément, d'autres réclamant une stricte application des textes. La CCJA a contribué à entretenir la controverse en rejetant le recours en contestation de validité d'une sentence ayant prononcé une condamnation délictuelle* ». (NGWANZA, « *L'essor de l'arbitrage international en Afrique Sub-saharienne : les apports de la CCJA* », Revue de l'ERSUMA: n°3-Septembre 2013, pp.69-96 ; p. 79 ; Doctrine. <http://revue.ersuma.org/no-3-septembre-2013/doctrine-vu> le 15/05/2015).

⁷⁵³ Ces formules n'indiquent pas que le différend doit être visé dans le contrat s'il y a une possibilité de prévoir le différend voire d'organiser l'arbitrage. Le « différend d'ordre contractuel » signifie différend catégorique contractuelle. Autrement dit, il s'agit de la classification juridique des différends: différends contractuels et différends extracontractuels. De ce fait, les deux formules peuvent être considérées comme identiques.

⁷⁵⁴ Par exemple avec le mariage, les époux pourront décider de régler les litiges par arbitrage même si la législation sénégalaise a exclu l'état et la capacité des personnes, ainsi que le divorce et la séparation de corps du champ de la compétence de l'arbitrage.

⁷⁵⁵ L'article 2 de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage.

⁷⁵⁶ J. M. TCHAKOUA, « *L'arbitrabilité des différends dans l'espace Ohada* », Penant n° 835, janvier-avril 2001, 189p. ; p. 9.

qui sont distincts⁷⁵⁷ et qu'il ne faut pas confondre.

B. L'arbitrabilité à l'aune de l'ordre public

La majeure partie des lois déterminées sur les modes alternatifs de résolution de conflits ont été formulées dans le souci de créer un équilibre⁷⁵⁸ entre le monopole conféré aux juridictions étatiques d'une part, et le besoin de la société de pouvoir accéder librement à d'autres moyens de règlement de litiges hors les juridictions étatiques, d'autre part. Il s'agissait pour les États de respecter l'autonomie de la volonté des parties au contrat. Le développement du commerce et des activités économiques a provoqué de profondes mutations dans les systèmes juridiques du monde entier. Il est possible de percevoir diverses approches sur certaines questions juridiques. Alors, il devient normal de comprendre, les différentes positions doctrinales qui apparaissent à travers les systèmes juridiques sur la question de l'arbitrabilité des litiges individuels de droit du travail. Pour mieux comprendre la notion, il convient de voir d'abord l'arbitrabilité dans sa fonction de l'ordre public (1) et de voir par la suite l'ordre public en droit du travail, qui est un obstacle au règlement du litige par l'arbitrage (2).

1. L'arbitrabilité, une fonction de l'ordre public

La consécration de la justice privée comme étant la principale alternative aux juridictions étatiques, n'est pas sans limite. Les États ont mis des garde-fous⁷⁵⁹ et des parapets pour ainsi restreindre la portée de cette consécration. Ainsi, l'étendue de la compétence de l'arbitrage connaît certaines limites⁷⁶⁰. Il faut souligner que la notion d'arbitrabilité n'a

⁷⁵⁷ L'un des plus importants avantages de l'arbitrage est la capacité et la possibilité donnée aux parties de commander le déroulement du processus d'arbitrage. Ce processus est gouverné par la volonté des parties au différend, ils peuvent choisir le lieu de l'arbitrage, la loi applicable, la langue et la composition du tribunal arbitral qui va trancher le litige en rendant une sentence arbitrale. L'autonomie de la volonté est la doctrine d'après laquelle la force obligatoire des actes juridiques dépend de la volonté des parties. L'acte juridique oblige parce qu'il a été voulu.

⁷⁵⁸ La légende troyenne est le plus souvent donnée comme exemple d'argument juridique pour rappeler à l'homme brave et fort qu'il n'est pas invincible. Cette mythologie fait remarquer qu'il y a une limite en chaque chose. Ainsi, c'est de cette même manière, il est parfaitement possible de comprendre qu'avec la consécration et le développement des modes alternatifs de résolutions de conflits, dans beaucoup de pays, différents acteurs étatiques ont aussi mis en place des mécanismes juridiques mettant des limites à certaines permissions.

⁷⁵⁹ Il est important de signaler que dans toute législation nationale, il y a toujours des restrictions. À travers l'analyse des systèmes juridiques de différents États, il semble évident que le pouvoir d'écarter les juridictions étatiques dans l'arbitrage, n'est ni complet ni total. Force est de constater que dans tous les systèmes juridiques, et cela sans exception, l'État se donne toujours, un droit de regard sur certaines matières plus ou moins sensibles.

⁷⁶⁰ Cette limite à l'accès à la justice arbitrale est généralement désignée par le terme « arbitrabilité » qui a une fonction d'ordre public. C'est la principale raison qui pousse la doctrine à préciser que « l'arbitrabilité remplit une fonction spécifique, différente des conditions imposées à l'objet d'un contrat substantiel. Elle vise l'arbitrage projeté, car elle a pour rôle unique de déterminer dans quel cas est permis le recour à ce mode de règlement des litiges ». (N. COIPEL-CORDONNIER, Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 314, Paris, LGDJ, 1999, 589p.; p. 431). De ce fait, il est permis de penser que l'arbitrabilité, comme l'ordre public, est essentiellement conservatrice parce qu'elle sert à protéger les institutions de la société et les principes établis. Ainsi, elle peut véritablement couvrir des notions générales comme la sécurité, la morale, la salubrité, la tranquillité, la paix publique. Elle devient ainsi le garant de

véritablement de signification profonde qu'en étant proche de l'effet négatif de la convention d'arbitrage. La doctrine a précisé que « *l'objectif de toute règle d'arbitrabilité est de déterminer à quelle condition l'ordre juridique acceptera de reconnaître son incompétence suite au choix de l'instance arbitrale*⁷⁶¹ ». L'arbitrabilité objective devient alors une notion par laquelle il faut impérativement faire référence pour poser les limites de l'arbitrage *ratione materiae*. La doctrine a expliqué que le champ de l'autonomie⁷⁶² de la volonté est suffisamment puissant pour engager les différentes parties au contrat à l'arbitrage. Il faut cependant signaler que cette liberté n'est pas totale. D'ailleurs, au niveau international, la Convention de New York de 1958 a donné la possibilité à ses États membres de refuser, dans certaines conditions, la reconnaissance et l'exécution de certaines sentences arbitrales. La communauté internationale a conscience que la fonction juridictionnelle étant essentiellement régaliennne, les autorités étatiques ont l'obligation de réglementer l'arbitrage. À cela s'ajoute le devoir étatique des autorités d'apporter un soutien à l'arbitrage en cas de difficultés et de blocages⁷⁶³. Ainsi, la convention prévoit la possibilité pour le tribunal d'un État contractant de refuser la reconnaissance lorsqu'elle porte sur une question « non susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage » et « contraire à l'ordre public de ce pays ». Il s'agit ici d'une véritable arbitrabilité posée par la convention.

Le contrôle de la convention arbitrale intervient aussi avec la loi-type de la C.N.U.D.C.I qui prévoit l'arbitrabilité dans deux articles. Ces deux dispositions permettent aux tribunaux étatiques de ne pas prendre en considération une sentence qui entre en contradiction avec la Loi interne ou bien qui ne peut pas être exécutée dans l'État. Si l'article 5 prévoit que « *la présente Loi ne porte atteinte à aucune autre loi du présent État en vertu de laquelle certains différends ne peuvent être soumis à l'arbitrage ou ne peuvent être qu'en application de dispositions autres que celles de la présente Loi*⁷⁶⁴ », l'article 8 précise que « *le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties*

l'expression de l'impérativité d'une règle de droit à laquelle personne ne peut déroger. Ce qui permet de comprendre l'existence des interdictions et des limites posées aux différentes parties contractantes.

⁷⁶¹ N. COIPEL-CORDONNIER, Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé, coll. « Bibliothèque de droit privé », t.3, Paris, LGDJ, 1999, 589p.; p. 431.

⁷⁶² J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, Dalloz, Paris, 2007, note 165 n° 1073, 1028p. ; p. 778.

⁷⁶³ C'est dans ce même ordre d'idées que la Convention de New York précise que « la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate: a. Que, d'après la loi de ces pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage; ou b. Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays ». (Article 5, ali. 2, de la Convention de New York de 1958). La Convention de New York énumère une liste limitative des motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution de sentences. Malgré le pouvoir d'écarter le juge dans un litige, la convention donne la possibilité à un État de ne pas être complètement dépouillé de sa juridiction et surtout de son pouvoir d'appréciation concernant l'exécution d'une décision qui peut aller à l'encontre de ses principes fondamentaux. En d'autres termes, il s'agit d'une possibilité accordée au tribunal étatique de refuser *ex officio* la demande de reconnaissance ou d'exécution de sentence.

⁷⁶⁴ Art. 5, chapitre premier, Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée⁷⁶⁵». Il faut finalement souligner l'importance de l'ordre public. Il occupe une place essentielle en la matière et joue un rôle prépondérant dans l'appréciation de l'arbitrabilité. Puisque la difficulté et l'essentiel du sujet ne vient pas de sa définition, la notion de l'arbitrabilité, la notion de la disponibilité des droits et celle de l'ordre public sont nécessairement liées les unes par rapport aux autres. Donc, un litige est arbitral, si le droit sur lequel il porte est disponible. « Ainsi présentée, on voit que l'interdiction faite aux parties faibles de s'engager dans une clause compromissoire relève de l'arbitrabilité, car est en cause la licéité de l'effet négatif de la convention d'arbitrage⁷⁶⁶».

2. L'ordre public en droit du travail : un obstacle au règlement par arbitrage

Étant conscient du profond déséquilibre qui existe entre l'employeur et l'employé, l'ordre public de protection se caractérise par une grande méfiance vis-à-vis de la liberté contractuelle. Le caractère d'ordre public social d'une règle de droit est prononcé explicitement, soit par le législateur⁷⁶⁷, soit par le juge. L'ordre public social a pour principale mission de garantir une protection⁷⁶⁸ au salarié. De ce fait, il intervient dans les relations de travail pour pouvoir adoucir et atténuer les pouvoirs exorbitants de l'employeur face à un travailleur particulièrement vulnérable. En France, il faut préciser que la Chambre sociale de la Cour de cassation, à travers deux arrêts⁷⁶⁹, a mieux renforcé la protection des travailleurs contre

⁷⁶⁵ Art. 8, chapitre deux, Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

⁷⁶⁶ É. LOQUIN, « arbitrabilité et protection des parties faibles, In: Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, 17e année », 2004-2006. 2008, pp. 135-164 ; p. 156. <https://www.persee.fr>, lu le 12/07/2019.

⁷⁶⁷ Il faut rappeler qu'au Sénégal, la détermination légale de l'ordre public peut s'autoriser avec l'article 258 du Code des Obligations civiles et commerciales (COCC) qui précise que même si « les dispositions de la deuxième partie dudit Code sont supplétives de la volonté des contractants, ces derniers ne peuvent adopter une convention contraire aux règles concernant les contrats portant sur les immeubles immatriculés et fonds de commerce, les baux à usage d'habitation ou à usage commercial, l'assurance ainsi que toute disposition particulière expressément déclarée d'ordre public ». La détermination de l'ordre public peut être l'œuvre du juge dans sa mission surtout s'il découvre des principes essentiels destinés à assurer le bon fonctionnement des institutions juridiques. Ainsi, il peut déterminer des restrictions aux droits que peuvent exiger les nécessités de l'ordre public conformément au COCC qui interdit aux parties de porter atteinte, par conventions particulières, à l'ordre public. (L'article 42 du COCC).

⁷⁶⁸ Il est important de rappeler que l'ordre public économique a toujours eu une connotation d'être un ordre public progressiste. Ce visage permet à l'ordre public de pouvoir prendre en charge des nouvelles situations liées au contexte et aux conjonctures. Ainsi, il vise à améliorer, à changer ou bien à corriger les rapports économiques et sociaux. C'est dans ce sens, il y a eu la distinction entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection. Si l'ordre public de direction a pour objectif de concourir à l'organisation de l'économie nationale, le législateur en voulant réguler les inégalités existant dans le contrat du travail, a mis en place un ordre public de protection qui est destiné à protéger le contractant présumé faible, le salarié.

⁷⁶⁹ C. Cass., Ch. Soc., du 16 février 1999, 96-40.643, Publié au bulletin. C. Cass. Ch. Soc., du 4 mai 1999, 97-41.860, Publié au bulletin.

l'arbitrage, surtout à travers la clause compromissoire. À travers ces deux affaires, la Chambre sociale a jugé dans ses décisions que « *la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi la juridiction française compétente en vertu des règles applicables, peu importe la loi régissant le contrat de travail* ». Pour la jurisprudence, il peut arriver qu'un travailleur accepte, à travers la clause compromissoire, de signer une convention arbitrale, dégageant ainsi la compétence tribunal du travail. Dans cette situation, les décisions ont précisé que le salarié n'est pas lié par la convention d'arbitrage. De ce fait, elles donnent au travailleur qui a signé la convention d'arbitrage la possibilité de se soustraire à l'obligation de constituer un tribunal arbitral. Il s'agit, ici, d'une véritable protection du salarié accordée par l'ordre public social. C'est précisément pour cette raison que la doctrine a tenu à préciser, à la lecture de ces deux décisions sur la position du travailleur, qu'il « *est certain que la solution donnée par la Chambre sociale protège efficacement le salarié qui, nonobstant la clause compromissoire, entend attirer son employeur devant la juridiction française du travail internationalement compétente. Cette jurisprudence, à la fois, neutralise le principe de validité internationale de la clause compromissoire*⁷⁷⁰ ».

Il est évident que l'arbitrage n'a pas la possibilité de se mouvoir à travers les relations individuelles de travail. Les principes d'égalité et d'équilibre qui prévalent en droit de l'arbitrage, n'ont pas de support en droit social. Il est principalement caractérisé par un grand déséquilibre des relations contractuelles. Dans ce sens, il est important de rappeler les propos de grands penseurs sur l'impossibilité de faire usage de la convention d'arbitrage en droit du travail. Si Monsieur Henri MOTULSKY et Monsieur Robert PLAISANT ont attiré l'attention en prévenant que « *l'arbitrage suppose un équilibre des forces*⁷⁷¹ », les deux penseurs abordent l'aspect selon lequel le législateur doit prendre toutes ses dispositions afin de maintenir cet équilibre. Malheureusement, « *partout où cet équilibre est rompu, l'arbitrage s'asphyxie*⁷⁷² ». Dans ce genre de situation, comme en relations individuelles de travail, « *l'arbitrage est à déconseiller dès lors que les deux parties ne se trouvent pas au même « niveau*⁷⁷³ ». Pour mieux renforcer les positions des penseurs cités précédemment, Monsieur Jean-Baptiste RACINE a attiré l'attention sur le danger de l'arbitrage en droit du travail. Pour lui, l'insertion d'une convention d'arbitrage dans le contrat de travail contribue à davantage fragiliser la situation du

⁷⁷⁰ É. LOQUIN, « *arbitrabilité et protection des parties faibles*, In : *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé* », 17e année, 2004-2006. 2008. pp.135-164 ; p.162. <https://www.persee.fr>, lu le 12/07/2019.

⁷⁷¹ R. PLAISANT et H. MOTULSKY, *L'arbitrage et les conflits du travail*, op. cit., spéc. N°1, cité par Th. CLAY, « *L'arbitrage des conflits du travail* », *Gaz. Pal.*, cah. Arb. 2017, 548p. ; p. 38.

⁷⁷² R. PLAISANT et H. MOTULSKY, *Ibid.*, p. 38.

⁷⁷³ R. PLAISANT et H. MOTULSKY, *Idem*, p. 38.

travailleur. Ainsi, il prévient que « *l'arbitrage ne doit pas être un moyen de porter atteinte aux intérêts des salariés, personnes protégées en vertu d'un ordre public social. [...] On craint que l'arbitrage soit un instrument au service de l'employeur et garantisse insuffisamment la protection du salarié*⁷⁷⁴ ». Il est alors essentiel de neutraliser⁷⁷⁵ les conventions d'arbitrage. L'ordre public social, en tant que corpus de normes impératives et un cadre juridique en dehors duquel la volonté des parties serait inopérante quant à la création d'obligations, veille à ne pas dépasser les limites. C'est en ce sens que la doctrine précise que « *finalement, l'ordre public n'est autre qu'un rappel à l'ordre adressé par l'État aux contractants s'ils veulent toucher à des règles qu'il regarde comme essentielles*⁷⁷⁶ ». Il est impératif de renforcer la protection du salarié surtout au niveau communautaire. En droit Ohada, l'inexistence des règles protectrices de la partie faible se fait de plus en plus sentir.

Paragraphe II : L'absence de règles protectrices de la partie faible en droit Ohada

En droit Ohada, la partie faible semble ne pas être protégée. Actuellement⁷⁷⁷, les règles de droit semblent être réduites à un problème de coût économique. L'innovation⁷⁷⁸ du droit de

⁷⁷⁴ J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, avant-propos de L. BOY, Préface de Ph. FOUCHARD, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t.3, 1999, spéc. N°119, 958p. ; p.156.

⁷⁷⁵ La neutralisation de l'arbitrage renforce mieux la théorie de l'impérativité qui a permis au législateur de rendre d'ordre public, la majeure partie des dispositions applicables relations contractuelles de travail. Il s'agit alors d'une véritable restriction apportée à la liberté contractuelle des parties au contrat. Cette restriction a une finalité purement sociale et permet de mieux protéger le salarié et de mieux préserver l'équilibre des relations sociales.

⁷⁷⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil : les biens, les obligations*, PUF, 2004, n°984, 2359p. ; p. 2037.

⁷⁷⁷ Il est nécessaire de préciser que depuis quelques années, surtout à travers le monde des affaires, une bonne partie de la doctrine a fait constater, « l'émergence des pouvoirs privés économiques, qui ont quelque peu supplanté les pouvoirs publics dans leurs fonctions régaliennes de production et de sanction de la norme, a entraîné l'éviction de l'État et de ses démembrements de la sanction de la violation de la règle de droit ». (J. CHEVALLIER, « La gouvernance, un nouveau paradigme ? » (2003)105-106 Rev. Française d'adm. 283p.; p. 217). Ainsi, beaucoup d'acteurs appellent au développement de l'arbitrage en droit du travail, sans que soit remis en cause les acteurs étatiques. Dans ce contexte de libération et de privatisation, il est important de faire souligner que l'adoption par l'Ohada d'une nouvelle réglementation sur le droit de l'arbitrage ne saurait surprendre. Cette norme juridique engage le droit Ohada dans la voie de la promotion des techniques d'évitement du juge étatique auxquelles participent les modes alternatifs de règlement des conflits. Cette réforme semble bien très solide parce que très bien pensée et bien construite. L'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage contribue positivement à l'instauration d'un climat des affaires, favorable à l'investissement à travers un environnement des affaires juridique et judiciaire sûr et efficace.

⁷⁷⁸ L'arbitrage Ohada, ne voulant plus se limiter aux litiges entre commerçants, donne une nouvelle image et représentation au droit de l'arbitrage. Ce qui pousse une partie de la doctrine à penser que « le nouvel environnement du droit africain de l'arbitrage offre des opportunités auxquelles l'Acte uniforme sur le droit du travail devrait s'arrimer pour donner un nouveau visage à l'arbitrage en droit du travail ». (H. TCHANTCHOU, « L'arbitrage en droit du travail (Rétrospective et perspectives à la veille de l'Acte Uniforme sur le droit du travail) », Revue Camerounaise de l'arbitrage n° 28 janvier-février- mars 2005, 89p. p. 8.). L'arbitrage émerge avec de nouveaux domaines surtout avec les relations contractuelles déséquilibrées. Il faut signaler qu'une étude comparative des systèmes juridiques fait apparaître des différences. Le constat montre un grand décalage entre le droit de l'arbitrage français et le droit de l'arbitrage Ohada.

l'arbitrage Ohada constitue sans aucun doute, la réforme⁷⁷⁹ de l'arbitrabilité objective qui passera obligatoirement par la confirmation de l'extension de la possibilité d'arbitrage aux litiges individuels⁷⁸⁰. Cependant, la doctrine a sonné l'alerte sur certaines réformes audacieuses car « déjà certains plaident pour la répudiation pure et simple du contrat individuel de travail et la solution de tous les problèmes relatifs aux relations de travail dans un cadre collectif (convention collective) ou réglementaire. [...]»⁷⁸¹. L'Ohada est dans une optique de moderniser le droit de l'arbitrage. Ainsi, le législateur Ohada est dans un élan d'adoption de règles qui sont jugées particulièrement libérales. D'ailleurs, le constat général pousse Monsieur Jean-Louis CORREA à faire remarquer que « le développement des procédés extrajudiciaires de règlement des différends d'affaires, leur actualité ne sont que l'illustration d'un monde dominé par la pensée néo-libérale et ses catégories juridiques intrinsèques »⁷⁸². Il est évident qu'il faut se réjouir de l'adoption d'un texte sur le droit de l'arbitrage car il constitue une véritable charpente de l'œuvre d'évitement du juge. Il faut signaler que, d'une part, si cette approche vise à mieux mettre dans une bonne posture les investisseurs⁷⁸³; d'autre part, cette démarche du législateur semble ne pas assez promouvoir la protection de la partie faible. Pour appréhender les choses, il s'agira de voir d'abord la conception libérale du droit de l'arbitrage (A) et de voir après l'absence de l'ordre public de référence (B).

A. La conception libérale du droit de l'arbitrage

Dans l'espace Ohada, les États-membres ont pris l'option de ne pas mettre en place des règles ni contraignantes ni rigides. Il s'agit des mécanismes juridiques élastiques et conciliants s'accommodant aux exigences économiques. Autrement dit, ces règles visent essentiellement à faciliter les échanges économiques⁷⁸⁴. D'ailleurs, le législateur a précisé que

⁷⁷⁹ La possibilité de recourir à l'arbitrage pour toute sorte de litige qui naît d'une relation contractuelle est une forte innovation. En faisant une étude comparative, des penseurs ont affirmé que, à « la différence de nombreuses lois relatives à l'arbitrage, l'Acte uniforme présente la particularité de ne pas limiter l'arbitrage aux litiges commerciaux, ni même aux litiges professionnels, et ceci quelle que soit la manière dont les parties décident du recours à l'arbitrage (par voie de compromis ou de clause compromissoire) ». (N. PILKINGTON et S. THOUVENOT « Les innovations de l'OHADA en matière d'arbitrage », JCP éd. Entreprise et Affaires, n° 5 supplément à la semaine jur. n° 44 du 28 octobre 2004, 69p. p. 28. D'ailleurs, dans cette même logique, une partie de la doctrine pense que cette innovation du droit de l'arbitrage Ohada constitue sans aucun doute, la réforme de l'arbitrabilité objective qui passera obligatoirement par la confirmation de l'extension de la possibilité d'arbitrage aux litiges individuels. (H. TCHANTCHOU, « L'arbitrage en droit du travail (Rétrospective et perspectives à la veille de l'Acte Uniforme sur le droit du travail) », Revue Camerounaise de l'arbitrage n° 28 janvier-février- mars 2005, 158p. p. 8).

⁷⁸⁰ H. TCHANTCHOU, « L'arbitrage en droit du travail (Rétrospective et perspectives à la veille de l'Acte Uniforme sur le droit du travail) », Revue Camerounaise de l'arbitrage n° 28 janvier-février- mars 2005, 158p. ; p. 8.

⁷⁸¹ G. KADIGE, « Les principes généraux en Droit Social », Bruylant, Bruxelles, 2002, 159p. ; p. 80 <https://ritachemaly.files.wordpress.com/2010/06/kadige-usj-cedroma-par-rita-chemaly-wordpress-com.pdf>, lu le 06/09/2020.

⁷⁸² J. J. CORREA, « La médiation et la conciliation en droit sénégalais : libres propos sur un texte réglementaire », Bulletin de droit économique, 30p. ; p. 2, 2017.

⁷⁸³ La disposition l'Acte Uniforme semble baliser le terrain sur la possibilité de recourir à l'arbitrage dans les matières non commerciales dans la mesure où toutes les matières entrant du domaine d'harmonisation sont du droit des affaires. P. G. POUGOUE, « Encyclopédie du droit Ohada », Lamy, 2011, pp.571-573 ; p. 571.

⁷⁸⁴ La doctrine a tenu à préciser dans ce sens que « cette approche, conforme à la protection des investisseurs, a été généralisée à toute forme de litige alors que le contentieux interne appelle habituellement moins de libéralisme ». (M. K. AKAKPO, La

« le présent Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les États Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels⁷⁸⁵ ». C'est dans cette vision que les États-membres ont pris la peine de consacrer des textes très favorables aux procédures arbitrales. Monsieur RACINE n'a pas hésité à affirmer que « le droit Ohada a été pensé pour les investisseurs étrangers. L'objectif était de créer les conditions d'une meilleure sécurité juridique en vue de favoriser l'attractivité économique des pays membres de l'Ohada. Dès lors, le droit de l'arbitrage a été voulu particulièrement libéral, selon les canons modernes. Aucune préoccupation de protection de la partie faible⁷⁸⁶ n'est entrée en ligne de compte⁷⁸⁷ ». Il s'agira de voir d'abord l'absence⁷⁸⁸ de précisions en droit Ohada (2) puis de voir la promotion de l'arbitrage international (2).

1. L'absence de précisions en droit Ohada

En adoptant une conception moniste de l'arbitrage, le législateur Ohada a perdu de vue le fait que le contentieux international était marqué par un profond libéralisme⁷⁸⁸. De ce fait les opérateurs nationaux familiers des échanges nationaux ou communautaires internes sont laissés

protection de la partie faible dans l'arbitrage OHADA, Collection Logiques Juridiques, L'Harmattan, 2018 ; 462p. ; p. 1). Monsieur Barthélemy MERCADAL disait du droit Ohada qu'il « est un droit moderne. Pas seulement, parce qu'il est récent, [...] Mais surtout parce qu'il est au fait des besoins actuels des affaires. Les investisseurs étrangers y trouveront les techniques les plus affirmées et les plus sophistiquées, telles que celles relatives à l'informatisation du registre du commerce et du crédit mobilier. Et les opérateurs économiques locaux auront à leur portée des règles classiques, éprouvées partout ailleurs dans le monde. Nul n'est en effet obligé d'user des moyens juridiques que la loi prévoit ». (J-B. RACINE, Préface du livre, *La protection de la partie faible dans l'arbitrage OHADA, L'Harmattan, 2018 ; 359p. ; p. 3.*) S'agissant des questions de l'attractivité économique, Monsieur Paul-Gérard POUGOUÉ a sonné l'alarme en précisant que « dans l'espace Ohada, un double danger doit être évité. L'attractivité économique ne doit pas signifier l'asservissement du droit à l'économie. Le risque serait alors « l'instrumentalisation » ou la « matérialisation » du droit, orienté uniquement vers des intérêts matériels et subordonné aux demandes du secteur économique. Le droit, tout en étant attentif au marché, doit garder son autonomie dominée par l'idéal de justice. Cette ambivalence doit être au cœur de la sécurité des échanges recherchée ». (P. G. POUGOUÉ, Présentation de l'Encyclopédie du livre « Encyclopédie du droit OHADA », op.cit. p. XVI).

⁷⁸⁵ L'art. 1 du Traité OHADA.

⁷⁸⁶ La doctrine a tenu à préciser dans ce sens que « cette approche, conforme à la protection des investisseurs, a été généralisée à toute forme de litige alors que le contentieux interne appelle habituellement moins de libéralisme ». (M. K. AKAKPO, *La protection de la partie faible dans l'arbitrage OHADA, Collection Logiques Juridiques, L'Harmattan, 2018 ; 462p. ; p. 1*). Monsieur Barthélemy MERCADAL disait du droit Ohada qu'il « est un droit moderne. Pas seulement, parce qu'il est récent, [...] Mais surtout parce qu'il est au fait des besoins actuels des affaires. Les investisseurs étrangers y trouveront les techniques les plus affirmées et les plus sophistiquées, telles que celles relatives à l'informatisation du registre du commerce et du crédit mobilier. Et les opérateurs économiques locaux auront à leur portée des règles classiques, éprouvées partout ailleurs dans le monde. Nul n'est en effet obligé d'user des moyens juridiques que la loi prévoit ». (J-B. RACINE, Préface du livre, *La protection de la partie faible dans l'arbitrage OHADA, L'Harmattan, 2018 ; 359p. ; p. 3.*) S'agissant des questions de l'attractivité économique, Monsieur Paul-Gérard POUGOUÉ a sonné l'alarme en précisant que « dans l'espace Ohada, un double danger doit être évité. L'attractivité économique ne doit pas signifier l'asservissement du droit à l'économie. Le risque serait alors « l'instrumentalisation » ou la « matérialisation » du droit, orienté uniquement vers des intérêts matériels et subordonné aux demandes du secteur économique. Le droit, tout en étant attentif au marché, doit garder son autonomie dominée par l'idéal de justice. Cette ambivalence doit être au cœur de la sécurité des échanges recherchée ». (P. G. POUGOUÉ, Présentation de l'Encyclopédie du livre « Encyclopédie du droit OHADA », op.cit., p. XVI).

⁷⁸⁷ B. MERCADAL, Préface du livre « Encyclopédie du droit OHADA op.cit., p. X.

⁷⁸⁸ P. MEYER, op. cit. p. 110.

en rade⁷⁸⁹. Le droit Ohada semble ne pas avoir pris en compte qu'en Afrique, les ressources financières ne sont pas à la portée de tous⁷⁹⁰. D'ailleurs, le principe d'égalité posé par le législateur ignore parfaitement la protection de la partie faible en droit Ohada. Il précise que « *les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits*⁷⁹¹ ». L'arbitrage étant, par excellence, très coûteux, il peut arriver qu'une partie n'ait pas les moyens de financer l'action qu'elle souhaite engager. Il est bien de rappeler que « *la notion de partie faible en droit de l'arbitrage est considérée comme celle qui se trouve dans une situation inégale par rapport à son adversaire. Cette inégalité est le plus souvent associée au manque d'expérience de la partie supposée faible, soit dans la négociation d'un contrat d'affaires, au moment d'envisager des clauses relatives aux litiges éventuels, soit dans la mise en œuvre d'une procédure arbitrale une fois le litige apparu. Elle est également associée à l'hypothèse de la difficulté de financement d'un arbitrage*⁷⁹² ».

En faisant une étude comparative sur le droit Ohada de façon générale, il est ressorti qu'il y a une absence de prise en compte de la situation de la partie faible en droit communautaire africain. C'est le cas de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif où le législateur semble ignorer la partie faible en oubliant de lui consacrer des dispositions spécifiques. Il a disposé à cet effet que « *la décision d'ouverture suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à faire reconnaître des droits et des créances ainsi que toutes les voies d'exécution tendant à en obtenir le paiement, exercées*

⁷⁸⁹ En prenant comme principal objectif le désir de promouvoir l'arbitrage, le législateur Ohada semble ne pas avoir pris en compte la réalité africaine. La doctrine a relevé que « le législateur africain n'a pas tenu compte de l'environnement socio-économique des États-membres de l'Ohada en matière d'arbitrage. Dans d'autres disciplines telles que le droit des suretés, ou le droit commercial général, il a eu une autre attitude. En plus le législateur a perdu de vue que la justice arbitrale comporte des risques pour les personnes démunies. Ce faisant, témoins certificateurs pour la validité du consentement des cautions analphabètes, le concept d'entrepreneur a été consacré afin de ramener les opérateurs du secteur informel dans le giron de l'économie formelle. Au regard du faible taux d'alphabétisation, et par ricochet de culture juridique des populations de l'espace Ohada, l'approche aurait dû être différente ». (M. K. AKAKPO, Martial Koffi, op.cit. ; p. 21).

⁷⁹⁰ « *Le droit Ohada n'a qu'une faible considération pour les parties faibles. Concrètement, cela se traduit en premier lieu par une définition ambiguë de l'arbitrabilité objective, la nature des litiges échappant aux arbitres, aux fins de protection du faible, étant déterminée de manière imprécise [...]. En second lieu, la généralisation de la capacité compromissive et l'ignorance des contractants protégés sont la preuve d'une approche libérale qui accorde peu d'intérêt à la précarité des parties faibles en arbitrage* ». (M. K. AKAKPO, *La protection de la partie faible dans l'arbitrage OHADA*, Collection Logiques Juridiques, L'Harmattan, 2018 ; 462p. ; p. 1). Cette situation ne protège pas les parties faibles à certains contrats comme celui du droit du travail et du droit de la consommation. D'ailleurs, c'est ce qui a motivé certains penseurs de la doctrine à dire qu'en « *poussant à bout cette réflexion, on parvient alors à la conclusion que les litiges du travail peuvent être réglés par voie d'arbitrage grâce à une convention insérée dans le contrat de travail* ». Aussi, le fait d'oublier de lister les droits disponibles et les droits indisponibles, le législateur a provoqué des points de tension entre la liberté contractuelle et les conceptions fondamentales de l'ordre juridique. L'ambiguïté ontologique de la libre disponibilité ne donne pas une bonne maîtrise de la notion. Les États-membres s'obligent alors à prendre en charge la définition des droits disponibles. La doctrine précise qu'il s'agit de véritable insécurité surtout pour les parties faibles car « *il faut la confronter aux notions qui forment son environnement juridique* » (J.-M. TCHAKOUA, op.cit., p. 15). De ce fait, dans l'espace Ohada, il y a une diversité d'interprétation de la même notion. D'ailleurs, qu'il s'agisse de la libre disposition pour les arbitrages régis par l'AUA, ou bien qu'il s'agit de la notion de différends contractuels pour les arbitrages CCJA, il est assez difficile de pouvoir de déterminer avec précision l'étendue des litiges arbitrales.

⁷⁹¹ Art. 9 de l'AUA.

⁷⁹² D. MAINGUY, « *PME et partie faible* », JDI 2017-1, 79p. ; p. 11.

*par les créanciers composant la masse sur les meubles et immeubles du débiteur*⁷⁹³». En droit Ohada, la conception de l'arbitrabilité objective est assez large et imprécise. En se limitant à indiquer que « *toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition*⁷⁹⁴», le législateur n'a pas été très précis et a manqué de clarté. C'est d'ailleurs, pour cette raison que la doctrine a beaucoup émis de réserves sur cette notion de disponibilité du droit étant donné que cette notion, et plus particulièrement le degré de disponibilité⁷⁹⁵ des droits, est réglementée par les législations nationales. Il faut signaler que ces précisions, en droit Ohada, ne militent pas pour la protection de la partie faible, favorisent mieux la promotion de l'arbitrage international.

2. La promotion de l'arbitrage international

Le droit africain semble potentiellement s'ouvrir à l'extérieur en élargissant son domaine d'investigation dans la recherche d'une solution. Cette option renferme véritablement les législations nationales. Le droit Ohada se caractérise fortement par son libéralisme. Le législateur s'est démarqué d'une distinction traditionnellement faite en la matière par les législations africaines antérieures. « *Les arbitres tranchent le fond du litige conformément aux règles de droit désignées par les parties ou à défaut choisies par eux comme les plus appropriées compte tenu le cas échéant des usages du commerce international*⁷⁹⁶». Autrement dit, en droit Ohada, le législateur ignore l'arbitrage national. Il n'a fait aucune distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international.

Cette approche peut se comprendre car la distinction semble ne pas avoir d'intérêts car le droit Ohada est un droit uniforme (interne et international) et l'AU/DA s'applique aux deux types d'arbitrage. Une partie de la doctrine estime que « *cette absence*⁷⁹⁷ *de distinction se justifie [...] nous a dès lors paru inutile et dangereux. Pourtant, une telle distinction s'avère nécessaire dans la mesure où dans l'espace Ohada, on peut retrouver aussi bien l'arbitrage interne*

⁷⁹³ Art. 75 alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

⁷⁹⁴ Art. 2 de l'AUA, alinéa 1.

⁷⁹⁵ La « *libre disposition des droits* » a toujours été considérée comme un important principe car elle est liée à la notion même de civilisation et en assure le maintien. Sur la réserve de la disponibilité des droits, l'Acte Uniforme reprend simplement une solution prévue dans un certain nombre d'États par le code de procédure civile applicable. Article 275 pour le Togo, 576 pour le Cameroun et 755 pour le Sénégal, tous visés dans la note sous P. G. POUGOUE, J. M. TCHAKOUA, A. FENEON, N°68, op.cit., p. 65.

⁷⁹⁶ Art.15, al.1, AUA.

⁷⁹⁷ En ne jugeant pas utile de faire cette distinction, le droit Ohada est allé plus loin que le droit français qui est la principale source d'inspiration du droit harmonisé des affaires africaines. En faisant le choix de consacrer l'arbitrage comme mode de règlement des différends contractuels, le législateur Ohada a clairement indiqué l'esprit qui anime ses textes.

*qu'international*⁷⁹⁸». L'arbitrage est interne lorsqu'il soumet et met en cause des intérêts purement internes qui se déroulent sur un territoire déterminé⁷⁹⁹.

En matière d'arbitrage, au-delà de la modernité relevée par une doctrine abondante, le droit Ohada s'illustre par son libéralisme⁸⁰⁰. Il est important de préciser que l'arbitrage interne se définit comme étant celui qui ne présente aucun élément d'extranéité, tant en ce qui concerne les parties en présence que le contrat principal objet du différend. L'arbitrage international⁸⁰¹ « désigne celui qui met en présence des sujets de droit international. Il s'agit donc de l'arbitrage de droit international public⁸⁰²».

L'arbitrage international est plus libéral qu'en matière interne ; les litiges pouvant être portés devant les arbitres sont vastes. C'est d'ailleurs dans ce sens que la doctrine a précisé que le droit Ohada de l'arbitrage « est conforme à la tendance économique mondiale et à la liberté individuelle. Elle est totalement en phase avec le libéralisme ambiant⁸⁰³ ». Il faut préciser que le danger dû à la non distinction en droit Ohada de l'arbitrage interne et de l'arbitrage international réside au fait que la partie faible au contrat peut être déroutée et perdue dans la recherche à la solution de son problème.

L'impasse est accentuée car l'arbitrage international n'est rattaché à aucun droit étatique⁸⁰⁴. La doctrine précise dans ce sens que « l'arbitrage « anational » ou « délocalisé » est celui qui est détaché de tout système juridique national, d'une part, et, d'autre part, qui ne relève pas du droit international public. Il a été créé par la pratique des institutions

⁷⁹⁸ H. J. TAGUM FOMBENO, op. cit. p. 116. <https://www.tagumjoel.com>, lu le 24/06/2019.

⁷⁹⁹ C'est le cas du Sénégal qui régit par différentes lois. Il s'agit de la loi n° 98-30 du 14 avril 1998 sur l'arbitrage ajoute un Livre VII à la deuxième partie du Code des obligations civiles et commerciales et des décrets n° 98-492 du 5 juin 1998 relatif à l'arbitrage interne et international et n° 98-493 du 5 juin 1998 relatif à la création d'institutions d'arbitrage. Il faut préciser à ce point que d'une part les articles 795 à 820 du Code de procédure civile sénégalais s'inspirent très largement des articles 1442 à 1491 du nouveau Code de procédure civile français. Et d'autre part, les nouvelles dispositions sont principalement calquées sur le Code de procédure civile français et sur la loi CNUDCI.

⁸⁰⁰ M. KAMTO, « La participation des personnes morales de droit public à l'arbitrage OHADA », in Ph. Fouchard (dir), L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Bruylant, 2000, 125p. ; p. 89.

⁸⁰¹ Il est international si une des parties n'a pas la nationalité d'un État membre de l'Ohada ou si les parties sont totalement étrangères aux États-parties, à la condition que le siège du tribunal se trouve dans l'un des pays membres de l'Ohada. L'idée première d'une réglementation de l'arbitrage international consiste à le considérer comme étant la justice normale du droit du commerce international, et à lui accorder un régime très favorable qui permet avant tout de lui assurer une pleine efficacité, de manière plus ou moins autonome par rapport aux ordres juridiques étatiques. Ph. FOUCHARD, « Quand un arbitrage est international ? », RA 1970, 136p ; p. 59, reproduit dans Ph. Fouchard, Écrits, Droit de l'arbitrage, Droit du commerce international, CFA, 2007, 178p ; p. 251.

⁸⁰² P. MEYER, op. cit; p. 10.

⁸⁰³ A. SAKHO, op. cit; p. 3.

⁸⁰⁴ Autrement dit, la partie faible est perdue dans la mesure où il n'existe pas de for pour un arbitre international. L'arbitrage international est entièrement autonome par rapport à tous droits étatiques. Dans ces genres de situations, le travailleur ne maîtrisant pas les contours de l'arbitrage, se sentira dans une situation très difficile. Il est perdu car il est dans l'arbitrage ayant aucun for appelé arbitrage anational.

*permanentes d'arbitrage à caractère privé (cas de la CCI) ; il relève du droit forgé par ces personnes privées*⁸⁰⁵».

La seule exception concerne les arbitrages qui intéressent l'ordre public, qui sont inarbitrables, ainsi que les matières concernant le droit extra patrimonial et le droit du travail. À titre illustratif, les textes du droit communautaire ont admis l'arbitrabilité en matière civile et commerciale tandis que la majorité des États ne l'admettent pas pour les matières concernant l'état et la capacité des personnes⁸⁰⁶.

L'absence d'autorité signifie très certainement la diminution des règles de droit à caractère impératif et, corrélativement, le règne de l'autonomie de la volonté et de la liberté individuelle. Ce qui est totalement l'opposé du droit national ou interne qui met en exergue un ordre public de référence qui semble inexistant en droit Ohada.

B. L'absence de l'ordre public de référence

La particularité de l'ordre public consacrée par le législateur Ohada est mal cernée. Au niveau de la doctrine, peu sont des penseurs qui peuvent expliquer de façon exacte sans hésitation le caractère propre de la conception ohadienne de l'ordre public⁸⁰⁷. Dans la pratique, au sein de l'Ohada, une remarque sur l'existence de plusieurs ordres publics internationaux coexistant⁸⁰⁸.

Ce fait pousse certains à parler des ordres publics en désordre avec l'existence de plusieurs dénominations : « l'ordre public international », « l'ordre public international des États signataires du Traité » ou « l'ordre public international des États-parties ». Il s'agit d'une absence totale d'un ordre public de référence qui pourra protéger les parties faibles à l'arbitrage.

⁸⁰⁵ A. MOULOUL, « *L'arbitrage dans l'espace Ohada* », Conférence Internationale sur le Droit des Affaires de l'Ohada, Maison du Droit Vietnamo-Française Hanoï (Vietnam), le 28 janvier 2010. <https://www.ohada.com>, lu le 23/09/2019, 178p. ; p. 13.

⁸⁰⁶ Pour preuve, le droit interne sénégalais, à travers l'article 826-2 du code des obligations civiles et commerciales maintient le champ classique de l'arbitrage. Il précise sans réserve qu'il est impossible de compromettre « *sur les dons et legs d'aliments, logements et vêtements, sur les séparations d'entre mari et femme, divorcés, questions d'état, et plus généralement sur les matières qui intéressent l'ordre public* ». En arbitrage international, il s'agit essentiellement du recul de l'interventionnisme économique de la puissance publique.

⁸⁰⁷ J. ISSA-SAYEGH, « *Le caractère d'ordre public des dispositions de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique* » : Penant 2009, n° 869, 561p. ; p. 393.
P. NGUIHE KANTE, « *Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique* », in AKAM (dir.), *Les mutations juridiques dans le système Ohada*, l'Harmattan, 2009, 298p ; p. 181.

⁸⁰⁸ Il faut rappeler que conformément à la volonté du législateur communautaire de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels, le système Ohada a mis en place distingue entre l'arbitrage de droit commun régi par l'Acte uniforme et l'arbitrage institutionnel de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) organisé par le Traité et le Règlement d'arbitrage. Ce choix d'un régime dualiste qui consacre un droit uniforme de l'arbitrage dans les États membres, et institutionnalise un centre autonome d'arbitrage, comporte des conséquences qu'il convient d'apprécier tant au niveau de la cohérence interne au sein de l'Ohada que du point de vue de la compatibilité avec les standards internationaux en la matière.

La conception ohadienne de l'ordre public « international des États signataires du Traité ou des États-parties » fait refléter deux interprétations : si la première évoque le fait que l'ordre public international en cause soit celui de chacun des États-parties, précisément celui de l'État concerné par l'examen de la sentence arbitrale, la deuxième viserait l'ordre public international des États dans leur ensemble, autrement dit, un ordre public communautaire Ohada.

Il se trouve que les deux notions n'ont pas le même contenu. Il s'agira ainsi de voir dans un premier temps, l'ordre public selon qu'il s'agit du Traité Ohada et du Règlement d'arbitrage de la CCJA (1) et de voir dans un second temps, l'ordre public selon l'Acte Uniforme relatif à l'arbitrage (2).

1. L'ordre public selon du Traité Ohada et du Règlement d'arbitrage de la CCJA

Le droit Ohada, étant conscient de l'importance de l'ordre public⁸⁰⁹ dans les relations commerciales et la sécurisation des liens sociaux, prend en charge cet aspect dans son arsenal juridique⁸¹⁰. La notion d'ordre public est évoquée dans ces différents textes juridiques organisant ainsi le droit de l'arbitrage africain : le Traité⁸¹¹ et le Règlement d'arbitrage de la CCJA⁸¹². À travers ces deux dispositions, le législateur communautaire évoque avec précision la notion d'ordre public⁸¹³. En droit communautaire a mis en exergue la notion d'ordre public

⁸⁰⁹ L'ordre public peut être perçu comme un mécanisme qui intervient après le jeu de la règle de conflit. Son intervention permet purement d'écarter une loi étrangère dont l'application produirait un résultat assurément inquiétant en face de la conception de la théorie du for. Ainsi, une probable possibilité d'écarter une loi étrangère existe et cela depuis des années. Ce mécanisme semble très important dans l'application d'une norme n'appartenant pas à l'ordre juridique du for. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle une partie de la doctrine avait jugé important de mettre en exergue la possibilité donnée au juge, dans le cadre du droit privé international, de pouvoir juger appliquer sa propre loi ou une loi étrangère, selon les indications données par sa règle de conflit.

⁸¹⁰ F.-C. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Recht*, Tome VIII, Berlin, 1849, 349p. ; p. 128 (*System des heutigen römischen Recht* équivaut à *Systeme des droits romains actuels*).

⁸¹¹ L'article 25 du Traité Ohada dispose que « les sentences arbitrales rendues conformément aux stipulations du présent titre ont l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque État Partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'État. Elles peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision d'exequatur.

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage a seule compétence pour rendre une telle décision. L'exequatur ne peut être refusé que dans les cas suivants :

1° si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ;

2° si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;

3° lorsque le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté ;

4° si la sentence est contraire à l'ordre public international ».

⁸¹² Au niveau du Règlement d'arbitrage de la CCJA, l'article 30, alinéa 6 a précisé que « l'exequatur ne peut être refusé et l'opposition à exequatur n'est ouverte que dans les cas suivants :

1°) si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ;

2°) si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;

3°) lorsque le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté ;

4°) si la sentence est contraire à l'ordre public international ».

⁸¹³ L'évocation de cette notion dans ces deux cadres juridiques, laisse apparaître pour le législateur, un souci, en cas d'inégalité de force économique entre contractants, de pouvoir prendre en charge la protection aux intérêts des plus faibles. L'autre tendance, à la lecture de ces dispositions laisse présager la protection des intérêts généraux de la collectivité, permettant ainsi

international dans différentes situations selon le Traité Ohada et selon le Règlement d'arbitrage de la CCJA. Il s'agit d'une part, au niveau du contrôle de la sentence arbitrale par le juge étatique, et cela à l'occasion de l'examen de la demande d'exequatur de la sentence, et dans le cadre d'un recours en annulation introduit contre la sentence arbitrale. Il en va d'autre part, dans le cadre de la contestation de validité de la sentence. La doctrine a tenu à préciser en ce sens que « *la notion d'ordre public doit être appréhendée d'un point de vue communautaire, il s'agit donc de l'ordre public régional. Cette acception se justifie par les termes de l'AU/DA, d'une part, et, d'autre part, par le fait que le pourvoi en cassation est de la compétence de la CCJA*⁸¹⁴ ».

L'évocation d'un autre public communautaire est assez intéressante dans la mesure où l'ordre public est parvenu au fil des temps à avoir la posture de référence nécessaire et indispensable dont l'arbitre international n'a plus le droit d'ignorer le sens et le contenu afin de pouvoir bien déterminer le droit applicable. L'existence d'un ordre public communautaire clair, précis et bien cerné de tous, permettrait d'avoir des règles impératives sans équivoques qui seraient applicables à l'image des lois de police. Ainsi, une partie de la doctrine précise que ces lois de police peuvent parfaitement traduire une intervention de l'ordre public de protection qui doit être bien distinguée de celle traduisant une intervention de l'ordre public de direction⁸¹⁵. Il faut préciser à ce point que l'imprécision de la notion de l'ordre public ne passe pas inaperçue. L'effort de rechercher l'élucidation de la notion de l'ordre public en droit africain, ayant un lien très étroit avec des dispositions à vocation communautaires et surtout en relation étroite avec celles de natures économiques, n'est pas aisée dans un contexte de conflit avec le droit international. De ce fait, des inquiétudes liées à des incompréhensions ou bien des zones floues peuvent être soulevées avec ce *caractère communautaire de l'ordre public ohadien*. Il faut signaler qu'il existe une deuxième référence de l'ordre public en droit communautaire africain.

2. L'ordre public selon l'Acte Uniforme relatif à l'arbitrage

La perception qui reflète dans la notion de « l'ordre public international des États signataires du Traité » est apparemment très distinctive. La notion ne passant pas inaperçue a été qualifiée très vague et très imprécise par une partie de la doctrine. Elle précise que « *la difficulté avec la notion d'ordre public international des États signataires du Traité est qu'elle*

aux contractants d'éviter de s'accorder allant dans un sens contraire à l'intérêt général. Mais, le législateur fait plus précisément cas de « l'ordre public international » qui intervient dans différentes phases de l'arbitrage.

⁸¹⁴ A. MOULOUL, *op.cit.* ; p. 26.

⁸¹⁵ N. NORD, « *Ordre public et lois de police en droit international privé* », <https://cdpf.unistra.fr>, 2003. 559p. p. 141.

*prendra beaucoup de temps pour se préciser. En effet, la notion ne peut se préciser que par des applications judiciaires*⁸¹⁶». La notion « d'ordre public international des États-parties » n'est donc pas comprise de façon identique par les auteurs. De façon générale, la notion de « l'ordre public international des États-parties » semble être appréhendée comme l'ordre public national d'un pays signataire du Traité. Cette lecture est compréhensive dans la mesure où, tous les États membres de l'espace communautaire font partie de la même zone géographique et forcément, ils sont aussi de la même communauté juridique. Cette lecture est évidente puisque les États membres appliquent chacun dans son territoire national les mêmes règles juridiques qui traduisent leur appartenance à vivre les mêmes idéaux et principes⁸¹⁷. Il est vrai que certains de la doctrine africaine perçoivent dans cette différence de formulation de l'ordre public international, une « nuance [qui] semble plutôt de rédaction »⁸¹⁸.

En prenant comme support les objectifs de l'Ohada combinés avec la mission de la CCJA qui est essentiellement de se rédiger en juge de cassation dans le contentieux relatif à l'interprétation et l'application des actes uniformes, il est alors compréhensible que d'accepter le fait que la CCJA puisse, pour mieux remplir son rôle, se substituer aux juridictions nationales de cassation. Cette mission d'interprétation du droit communautaire appuiera certainement la mise en place d'un ordre public commun aux États membres de l'Ohada. C'est d'ailleurs, cette principale raison qui pousse la doctrine à dire que l'ordre public devrait s'apprécier de façon communautaire et, de cette manière, être commun aux États de l'Ohada⁸¹⁹. Il s'agira essentiellement d'exclure de l'ordre public d'un État-partie pris isolément⁸²⁰. Bien que difficile à cerner avec exactitude, l'ordre public transnational est perçu comme un mécanisme qui prend en charge tout en les défendant des valeurs, non pas propres à un ordre juridique national, mais adoptées par « la communauté internationale »⁸²¹. Autrement dit, il s'agit de la transposition à

⁸¹⁶ P.-G. POUGOUE, J.-M. TCHAKOUA, A. FENEON, *op. cit.*, p. 260 ; Ph. LÉBOULANGER, *op. cit.* ; p. 571.

⁸¹⁷ Il faut rappeler dans ce sens qu'historiquement, l'expression « l'ordre public », a une vocation nationale étant donné qu'il est celui du for. Autrement, avec le système juridique du juge que le jugé est amené à se prononcer. Pour freiner certains États-parties au Traité Ohada qui font exception à cette appartenance commune, la doctrine, dans un élan de cohésion et d'harmonie, soutient le fait que cet ordre public international des États parties, en réalité un ordre public communautaire ou régional, doit être défini par la CCJA. La diversité d'interprétations doctrinales à travers cette différence ces différences de formules indiquait des conceptions très différentes et très divergentes de l'ordre public international. Dans les productions de pensées, les adverbes « véritablement » ou encore « réellement » international comme le désigne souvent la doctrine. CCJA, Arrêt 045/2008 du 17 juillet 2008.

⁸¹⁸ P.-G. POUGOUE, « *Le système d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage* », in L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Travaux du Centre René Jean Dupuy pour le droit et le développement, vol. 1, sous la direction de Philippe Fouchard, Bruylant, Bruxelles, 2000, 489p. ; p.147.

⁸¹⁹ P. MEYER, *op. cit.* ; p. 39.

⁸²⁰ Autrement dit, le législateur communautaire semble prôner à mettre sur place une véritablement identité de communauté juridique par une affirmation d'un ordre public régional au niveau de la zone. Il faut cependant noter qu'il existe un réel risque dans l'affirmation d'un ordre public régional. Des inquiétudes sont soulevées à propos de la construction de cet ordre public international. Il se trouve que la CCJA pourrait être dans une optique de l'interprétation de l'ordre public international la notion d'ordre public transnational dans l'arbitrage international.

⁸²¹ N. NORD, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, thèse pour le doctorat en droit, 2003. 398p. ; p. 146.

l'arbitrage international de l'ordre public connu en droit international privé étatique⁸²². L'ordre public transnational tient une place importante dans le domaine du commerce international parce qu'il est à la fois supérieur à la volonté des parties et aux droits étatiques⁸²³. Le critère retenu doit être pris comme instituant un ordre public communautaire qui doit, ici, être perçu comme un ordre public interne commun aux États de l'Ohada et cet ordre public est un ordre public international⁸²⁴. Il s'agira alors d'assurer la protection du salarié contre les abus de l'autonomie de sa volonté. C'est dans cette logique que s'est inscrit le législateur sénégalais qui a accordé une exclusivité de compétences des acteurs étatiques en matière de litiges individuels de travail.

⁸²² Dans ces genres de situations, l'arbitre n'est rattaché à aucun for. Et il n'évince ou écarte une loi que si les résultats de son application portent atteinte à l'ordre public transnational. Cela se traduirait par l'exclusion de toute référence à des principes ou à des valeurs communément admis par l'ensemble des nations.

⁸²³ Il est bien de signaler aussi que l'expression « ordre public international des États-parties » met en exergue une autre difficulté liée à l'utilisation d'une réserve d'ordre public interne. Il faut signaler par rapport aux droits étatiques, L'ordre public transnational peut porter atteinte a priori à la souveraineté de l'État qui a édicté la loi évincée par cet ordre à vocation internationale. Cela veut dire que les sentences arbitrales internes échappent à tout contrôle de conformité à l'ordre public interne de l'État dans lequel elles ont été rendues.

⁸²⁴ Il s'agit alors de la disparition de l'ordre public interne au profit de l'ordre public international. Ces différentes interprétations liées à l'arbitrabilité, à l'ordre public interne et à l'ordre public international sont beaucoup de facteurs de fragilisation du statut du salarié dans l'espace Ohada. Dans l'arbitrage, le salarié se retrouverait abandonné, seul entre les mains d'un système juridique qui est inconciliable avec son statut de subordonné. Dans l'avant-projet d'acte uniforme Ohada portant droit du travail, le législateur communautaire semble être dans une vision de garantir à ce dernier une sécurité juridique.

CHAPITRE II : L'EXCLUSIVITÉ DE COMPÉTENCES DES ACTEURS ÉTATIQUES EN MATIÈRE DE LITIGES INDIVIDUELS DE TRAVAIL

Étant un attribut de souveraineté, il n'est pas étonnant de constater que les litiges individuels de travail échappent à la compétence de l'arbitre pour être sous le contrôle exclusif du juge étatique. Autrement dit, les litiges individuels de travail sont plus aptes à un règlement opéré par les juridictions. Des États-Membres de l'Ohada sont réticents à confier à des personnes privées, telles que les arbitres, ces litiges touchant à leur souveraineté. La protection des salariés est liée au système judiciaire qui constitue l'un des piliers de la protection de l'emploi, et son rôle dans les litiges de travail commencent à émerger. La prise en charge des conflits est une source de stabilité de l'environnement de travail. Les inspecteurs du travail ont aussi la vocation à prendre en main les litiges individuels de travail⁸²⁵. L'exclusivité de compétence des juridictions étatiques est un principe bien établi. Au Sénégal, il n'y a qu'une seule juridiction qui est compétente pour connaître aussi bien du contentieux du travail que celui de la sécurité sociale : c'est le tribunal du travail. Ainsi, pour mieux gérer la stabilité de l'entreprise, le système judiciaire sénégalais fait d'abord intervenir les acteurs non juridictionnels en matière de litiges individuels de travail (Section I) avant que n'interviennent les acteurs juridictionnels en matière de litiges individuels de travail (Section II).

Section I : L'intervention des acteurs administratifs dans les litiges individuels de travail

Les acteurs non juridictionnels sont des institutions ou organes administratifs et non judiciaires qui ont des agents professionnels (fonctionnaires). Ils peuvent être perçus comme des instances de surveillance qui ne délivrent pas de jugements, mais seulement des recommandations juridiquement non contraignantes. Ils peuvent participer quotidiennement au fonctionnement de la « justice ». Aux termes des dispositions de la Convention 81 de l'OIT⁸²⁶

⁸²⁵ Les inspecteurs du travail ont aussi la vocation à prendre en main les litiges individuels de travail. D'ailleurs, les statistiques ont révélé que « la situation en 2019 fait apparaître, en termes de conflits individuels que le nombre de travailleurs qui ont saisi d'une plainte les ITSS, s'élève à 2787. Sous l'angle de l'analyse genre, le nombre de travailleurs hommes impliqués dans ces conflits est largement supérieur à celui des femmes avec 2158 (soit 77,43%) contre 629 (soit 22,57%) [...]. Les conflits individuels de travail traités au niveau des Inspections ont fait l'objet de 1698 PV et ont concerné 2787 travailleurs. Ils n'ont pas connu le même sort et pour preuve sur l'ensemble des PV enregistrés, la conciliation totale est intervenue à hauteur de 57,77%, la non-conciliation à 40,51% » Rapport annuel des statistiques du travail 2019, p. 86, <https://travail.sec.gouv.sn>, lu le 19/03/2023.

⁸²⁶ C081 - Convention (n° 81) sur l'inspection du travail, 1947. Convention concernant l'inspection du travail dans l'industrie et le commerce (Entrée en vigueur : 07 avr. 1950) Adoption: Genève, 30ème session CIT (11 juil. 1947) - Statut: Instrument à jour (Conventions De gouvernance (prioritaires))

en son article premier fait obligation à chaque État-Membre d'avoir « *un système d'inspection du travail dans les établissements industriels* ». Au niveau international, il s'agit essentiellement de veiller à la protection des salariés⁸²⁷. C'est une institution qui permet de garantir et de privilégier des mécanismes d'interventions pouvant assurer la stabilité et la sérénité au sein des entreprises⁸²⁸ et de la société. Le système d'inspection du travail aura pour mission « *d'assurer l'application des dispositions légales relatives aux conditions de travail et à la protection des travailleurs dans l'exercice de leur profession*⁸²⁹ ». Il faut rappeler que l'Inspection du Travail a une présence⁸³⁰ effective au Sénégal depuis la période coloniale⁸³¹. Les « *autorités administratives ordinaires*⁸³² » étaient compétentes sur ce plan⁸³³, selon les termes de l'arrêté général du 29 mars 1926⁸³⁴. Ainsi, dans cette partie, il s'agira de voir le passage devant l'inspecteur en droit interne sénégalais qui est un principe facultatif concernant les litiges individuels de travail (paragraphe I) et la conciliation extra-judiciaire (paragraphe II).

⁸²⁷ Le système d'inspection du travail a principalement pour mission de charger « (a) d'assurer l'application des dispositions légales relatives aux conditions de travail et à la protection des travailleurs dans l'exercice de leur profession, telles que les dispositions relatives à la durée du travail, aux salaires, à la sécurité, à l'hygiène et au bien-être, à l'emploi des enfants et des adolescents, et à d'autres matières connexes, dans la mesure où les inspecteurs du travail sont chargés d'assurer l'application desdites dispositions; (b) de fournir des informations et des conseils techniques aux employeurs et aux travailleurs sur les moyens les plus efficaces d'observer les dispositions légales; (c) de porter à l'attention de l'autorité compétente les déficiences ou les abus qui ne sont pas spécifiquement couverts par les dispositions légales existantes. Art.3, C081 - Convention (n° 81) sur l'inspection du travail, 1947.

⁸²⁸ Le plus souvent, ses solutions se distinguant par la souplesse ne tombent pas à l'édiction de décisions juridictionnelles revêtues de l'autorité de chose jugée. Elles laissent, au contraire, aux différentes parties au litige, la liberté de s'y conformer.

⁸²⁹ Article 3 al. C, C081 - Convention (n° 81) sur l'inspection du travail, 1947.

⁸³⁰ D'ailleurs, la Direction des Statistiques du Travail et des Études a précisé qu'un « *total de 94 inspecteurs et contrôleurs du travail et de la sécurité sociale se sont déployés durant l'année 2019 dans tout le territoire national pour effectuer des actions de contrôle, soit 44 inspecteurs et 50 contrôleurs. Les opérations réalisées quant à elles ont été renforcées par rapport à 2018 et atteint 4759 contrôles, avec une diversité de plus d'une trentaine de branches d'activités touchées et une population de 91036 travailleurs impactés.* Rapport annuel des statistiques du travail 2019, op.cit. ; p.18, <https://travail.sec.gouv.sn>, lu le 28/03/2023.

⁸³¹ La doctrine africaine a tenu à préciser que « *le travail aux colonies est conçu et organisé comme un vecteur de progrès économique des institutions, donc plus centré sur l'essor budgétaire de la colonie, du commerce métropolitain ou la rentabilité des entreprises coloniales que sur la condition même du travailleur africain. Celui-ci passe pour le moindre des maillons d'un édifice transatlantique dont l'obsession demeure les questions de projet et de compétitivité des produits coloniaux* ». (N. G. BANGALI, « L'évolution typologique du travail au XXème siècle en Afrique occidentale francophone, du travail forcé au travail décent », Rev iv hist. 2017 ; 561p. ; p. 19).

⁸³² Journal officiel de l'AOF n°1124 en date du 3 avril 1926 et Arrêté du 29 mars 1928 portant promulgation du décret du 22 octobre 1925 réglementant le travail indigène en AOF, p. 301.

⁸³³ Ainsi, au niveau de l'Afrique Occidentale Française (AOF), c'étaient l'administration coloniale qui prenait en charge l'inspection du travail conformément au décret du 22 octobre 1925 qui réglementait pour la première fois le travail indigène. Cette réglementation visait essentiellement à garantir certaines normes d'emploi, de santé et d'hygiène, et de contrôle aux travailleurs recrutés par les entreprises privées.

⁸³⁴ Pour une prise normale de la situation de travail, l'État a organisé l'Inspection du Travail et de la Sécurité sociale qui doit avoir des bureaux au niveau national. Les Inspections du Travail sont réparties sur l'ensemble du territoire national, à raison d'une Inspection par circonscription régionale administrative à l'exception de Dakar, qui compte en plus de l'Inspection de la région de Dakar, l'Inspection du Travail de la Zone Franche Industrielle. La répartition des services de l'inspection du travail au niveau de chaque région permet de rapprocher l'administration des citoyens. De ce fait, les salariés ont la possibilité de se rapprocher de l'institution quand, il se sent exploité par son employeur. La présence des agents de l'administration du travail permet de pouvoir contrôler l'application de la législation au niveau des entreprises.

Paragraphe I : L'inspecteur du travail dans les litiges individuels de travail

L'inspecteur du travail est un élément très important dans le dispositif juridique du droit du travail. En témoignent, au niveau national, le développement des inspections du travail qui présentent la particularité d'être régies par des textes d'origine internationale⁸³⁵ et des textes d'origine nationale⁸³⁶ qui en constituent le référentiel juridique⁸³⁷. La doctrine, de façon générale, perçoit que « *cette administration assure également, de façon très significative, un suivi des relations professionnelles, au travers parfois du règlement amiable des litiges individuels*⁸³⁸ ». Suivant diverses stratégies juridiques posées par les autorités étatiques⁸³⁹, les méthodes d'approches dans la résolution des litiges individuels de travail peuvent varier en fonction du système politique adapté⁸⁴⁰ par les puissances publiques locales. Le rapport annuel

⁸³⁵ Le Sénégal a ratifié 37 conventions dont 33 seulement sont en vigueur, parmi lesquelles on peut retenir essentiellement : la Convention 81 sur l'Inspection du Travail dans l'Industrie et le Commerce de 1947 ratifiée le 22/10/1962 ; la Convention 102 sur la Sécurité sociale (concernant la norme minimum) de 1952 ratifiée le 22/10/1962 ; Huit Conventions fondamentales de la Déclaration de 1998 de l'OIT sur les Principes et Droits fondamentaux que sont : • la c 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical de 1948 ratifiée le 04/11/1960 ; • la c 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective de 1949 ratifiée le 28/07/1961 ; • la c 100 sur l'égalité de rémunération de 1951 ratifiée le 22/10/1962 ; • la c 111 sur la discrimination en matière d'emploi et de profession de 1958 ratifiée le 13/11/1967 ; • la c 29 sur le travail forcé de 1930 ratifiée le 04/11/1960 ; • la c 105 sur l'abolition du travail forcé de 1957 ratifiée le 28/07/1961 ; • la c 138 sur l'âge minimum d'admission à l'emploi de 1973, ratifiée le 15/12/1999 ; • la c 182 sur les pires formes de travail des enfants de 1999, ratifiée le 01/01/2000 ; A côté des Conventions, les Recommandations occupent aussi une place importante. Les Recommandations sont actuellement au nombre de cent quatre-vingt-dix-huit (198) dont il conviendra de retenir essentiellement : celles qui portent sur l'Administration du Travail et l'Inspection du Travail, notamment : • R 158 sur l'Administration du Travail, 1978 ; • R 81 sur l'Inspection du Travail (Industrie et Commerce), 1947 ; • R 82 sur l'Inspection du Travail (Mine et Transport), 1947 ; • R 133 sur l'Inspection du Travail (Agriculture), 1969 ; celles qui contiennent des principes fondamentaux, notamment : • R 163 sur la négociation collective, 1981 ; • R 35 sur la contrainte indirecte au travail, 1930 ; • R 36 sur la réglementation du travail forcé, 1960 ; • R 90 sur l'égalité de rémunération, 1951 ; • R 111 sur la discrimination (l'emploi et profession), 1958 ; • R 146 sur l'âge minimum d'admission à l'emploi, 1973 ; • R 190 sur les Pires formes de Travail des enfants, 1999 ; • R 198 sur la relation de travail, 2006.

⁸³⁶ Au niveau interne, c'est la Loi 97-17 du 1er décembre 1997 portant Code du Travail et d'autres textes qui fixent les missions, l'organisation, le fonctionnement de l'Inspection du Travail ainsi que le statut de ses agents.

⁸³⁷ Il faut préciser que la mise sur pied des structures d'inspection du travail par chaque État membre était une obligation prévue par le traité de Versailles de 1919. Étant une fonction importante, l'inspection du travail est apparue à la suite des requêtes à l'intervention de l'État pour mieux restructurer les relations du travail entre les acteurs sociaux. La finalité première était de protéger le travailleur contre l'exploitation et surtout d'améliorer les conditions du travail. Les agents de l'administration sont de véritables agents de terrains pour contrôler la bonne exécution des règles du droit du travail. « Au titre des mesures prises à l'occasion des contrôles afin d'engager les entreprises et établissements à procéder à une mise en conformité, on a enregistré 1889 convocations, 1609 lettres d'observations, 889 observations orales, 80 mises en demeure et 5 procès-verbaux d'infraction. À côté des contrôles, les consultations constituent aussi un autre moyen d'assurer la garantie des droits des acteurs du monde du travail. Dans ce domaine, 9754 consultations ont été répertoriées, essentiellement sous le format de « consultations orales » (96,42%) avec certes une prédominance du nombre de travailleurs requérants (5765), mais une occurrence non négligeable des employeurs (3829). Les six objets de consultations les plus récurrentes sont le « contrat de travail et la classification », les « salaires et accessoires de salaire », la « rupture de contrat », les « cotisations sociales et prestations », les « congés » et les « déclarations réglementaires ». La finalité de l'Inspection du Travail et de la Sécurité sociale est d'assurer l'application de la législation sociale. Et parmi ses tâches, les missions de régulation sociales occupent une place très importante. Il faut signaler à ce niveau que les missions de régulation de l'Inspection du Travail sont essentiellement la prévention et le règlement des différends de travail. Rapport annuel des statistiques du travail 2019, p. 18, <https://travail.sec.gouv.sn>, lu le 19/03/2020.

⁸³⁸ Ph. AUVERGNON, S. LAVIOLETTE et M. OUMAROU, « *Des fonctions et limites des administrations du travail en Afrique subsaharienne : actualité de la convention no 150 de l'OIT* », Revue internationale du Travail, vol. 150 (2011), no 1-2, 369p. ; p. 105

⁸³⁹ Les structures d'inspection du travail participent énormément à l'apaisement des tensions sociales au sein des entreprises et contribuent à l'amélioration des relations professionnelles. Les compétences attribuées aux inspecteurs du travail pour régler des différends du travail leur permettent d'intervenir pour faciliter la résolution amiable des litiges individuels.

⁸⁴⁰ Les interventions peuvent être facultatives comme c'est le cas en Burundi (Art. 180 du Code du Travail, République centrafricaine (Art. 190 du Code du Travail), Côte d'Ivoire Art. 81-1 du Code du Travail, Mali (Art. L. 190 du Code du Travail)

du travail permet d'avoir une idée sur la précarisation de l'emploi au Sénégal avec un taux assez élevé de contrats précaires⁸⁴¹. Ces statistiques permettent alors de comprendre le rôle important de l'Administration du travail dans le contrôle des règles établies en droit du travail⁸⁴². L'objectif est également d'une part, de mettre à la disposition des entreprises, des ressources humaines compétentes et qualifiées pouvant contribuer à leur productivité et à leur compétitivité, d'autre part de protéger les stagiaires contre les abus et la précarité⁸⁴³. La sensibilité du milieu des entreprises et les conséquences sociales néfastes⁸⁴⁴ de la mauvaise gestion des conflits sur la société pour les inspecteurs du travail à certaines réserves dans leur profession. Il s'agira ainsi, de voir dans un premier temps les obligations internationales de l'inspecteur du travail (A), puis de voir par la suite les obligations déontologiques de l'inspecteur du travail (B). Le législateur a encadré le travail de l'inspecteur du travail pour pouvoir sécuriser l'efficacité de leurs missions.

A. Les obligations internationales de l'inspecteur du travail

L'inspecteur du travail a une importance capitale et décisive pour le bon déroulement de la résolution de conflits. Le principal objectif de la déontologie, c'est de contribuer à une meilleure compréhension des devoirs du corps de contrôle. Les règles de déontologie se sont

et Sénégal (Art. L. 241 et L. 242 du Code du Travail). Ces pays ont alors opté pour laisser à la discrétion des différentes parties du contrat de saisir ou non les inspections du travail. D'autres pays comme le Bénin (Art. 238 et suivants du Code du Travail), Gabon (Art. 314 et suivants du Code du Travail), Rwanda (Art. 182 du Code du Travail) et le Tchad (Art. 420 du Code du Travail) ont choisi la stratégie de constituer un préalable obligatoire à toute saisine du tribunal compétent en matière de travail.

⁸⁴¹ L'étude « révèle qu'en 2019, 65 404 contrats de travail ont été visés dans les Inspections du Travail et de la sécurité sociale (ITSS). La distribution de ces contrats par type montre que les contrats à durée déterminée (CDD) représentent 56,11% du total, soit 36 701 CDD, les contrats à durée indéterminée (CDI) 25,02%, soit 16 367 CDI ». Rapport annuel des statistiques du travail 2019, op.cit. ; p. 18, <https://travail.sec.gouv.sn>, lu le 29/03/2024.

⁸⁴² Cette précarisation de l'emploi est accentuée par le chômage des diplômés. Il s'agit des jeunes qui sont en âge de travail. Cependant, leur manque de qualification et d'expérience professionnelle sont des obstacles au marché du travail. Cette situation a poussé les autorités étatiques à mettre sur pied la loi n° 2015-04 du 12 février 2015 a apporté des modifications au Code du Travail en introduisant le contrat de stage aux articles L 49 et L 76 bis du Code du Travail afin d'améliorer l'employabilité des jeunes diplômés de l'enseignement général ou technique et professionnel et de favoriser leur insertion professionnelle.

⁸⁴³ À cet effet, quatre types de contrats de stage sont prévus par la réglementation. L'article 2 précise: « - le contrat de stage d'incubation est celui par lequel, par le biais de l'encadrement, de l'assistance et du parrainage, l'entreprise d'accueil prépare le stagiaire à mener une activité professionnelle comme entrepreneur ; - le contrat de stage d'adaptation est celui par lequel l'entreprise d'accueil assure au stagiaire l'acquisition d'une expérience pratique en rapport avec sa formation ; - le contrat de stage pré-embauche est celui par lequel l'entreprise accueille le stagiaire en vue d'une embauche définitive à l'issue du stage ; - le contrat de stage de requalification est celui par lequel l'entreprise d'accueil assure à un jeune diplômé formé pour un métier donné, une qualification supplémentaire lui permettant d'exercer un autre métier ». *Le contrat de stage, régi par le décret n° 2015-777 du 02 juin 2015, constitue un mécanisme d'amélioration de l'employabilité des jeunes à même de favoriser leur insertion professionnelle. Il faut constater qu'il y'a une augmentation des contrats de stage par rapport à l'année 2018, soit 4172 contre 3359.*

⁸⁴⁴ Ce bilan montre une très nette lisibilité de la typologie des contrats de travail formés en 2020. « En effet, 45656 contrats ont été octroyés aux hommes, soit 69,81% du total et 19748 contrats pour les femmes, soit 30,19%. En moyenne, les contrats octroyés aux hommes font plus du double de ceux octroyés aux femmes ; cette tendance est confirmée pour tous les types de contrat à l'exception des contrats de stage pour lesquels le rapport des contrats octroyés aux hommes (2276) sur ceux des femmes (1896) est inférieur à 2 et des contrats saisonniers qui sont 5 fois plus importants chez les hommes (2694) que chez les femmes (534). En outre, Les CDD représentent 56,48% des contrats octroyés aux hommes et 56,11% de ceux octroyés aux femmes ; de même, les CDI représentent 25,22% des contrats octroyés aux hommes et 24,58% de ceux octroyés aux femmes. La tendance reste la même pour les autres types de contrats octroyés aux femmes. Par contre, pour les contrats octroyés aux hommes, ceux concernant les saisonniers, avec 2694 contrats, sont en nombre plus importants que ceux concernant les temporaires (2456 contrats) qui à leur tour sont supérieurs au nombre de contrats de stage (2276 contrats) ».

inspirées des principes de décence, d'intégrité et d'honnêteté. Autrement, elles permettent aux inspecteurs de tout mettre en œuvre pour que les procédures de résolution de conflits soient conduites de manière diligente et efficace. Il s'agit essentiellement de voir dans cette partie l'obligation d'impartialité de l'inspecteur du travail (1) et de l'obligation de se consacrer exclusivement à ses fonctions (2).

1. L'obligation d'impartialité de l'inspecteur du travail

La doctrine a montré que la notion de l'impartialité⁸⁴⁵ a tout temps été considérée comme l'élément essentiellement indissociable à la qualité de la personne qui doit trouver une solution à un litige⁸⁴⁶. Ainsi, il peut être affirmé sans réserve que les conventions internationales⁸⁴⁷ ont en exergue une qualité dont il doit faire montre pour pouvoir résoudre un différend. C'est d'ailleurs l'un des piliers du bon fonctionnement de la justice sociale. Sous ce rapport, l'inspecteur du travail, autorité administrative, investi du pouvoir de résoudre des litiges individuels de travail et de départager sans parti pris, est appelé à prononcer pour appliquer les règles du droit du travail. En matière de règlement de litiges individuels de travail, l'impartialité concerne la relation de l'inspecteur avec les parties. À ce niveau, l'impartialité implique de la part de l'inspecteur une attitude de distanciation⁸⁴⁸. L'impartialité est ainsi un postulat de non-discrimination. Il doit accomplir sa mission avec impartialité et indépendance, sans favoritisme envers les parties. Aucun tiers ne devra alors participer ni n'exercera aucune influence sur ses prises de décisions. Il faut signaler à ce niveau, que dans sa dimension externe, l'impartialité de l'inspecteur du travail a traditionnellement été conçue pour rendre une solution

⁸⁴⁵ C'est d'ailleurs, dans ce même sens, que certains penseurs ont pu affirmer, dans le souci de mieux expliciter la notion, que « l'évidence de cette idée naturelle et simple qu'on ne conçoit pas qu'un juge puisse être légitimement partial ». (R. CHAPUS, « droit du contentieux administratif », n° 1138, 12ème éd, Montchrestien, collection Domat, 452p. ; p. 188). En d'autres termes, l'impartialité peut être appréhendée comme l'absence « de parti pris, de préjugé, de préférence, d'idée préconçue, exigence consubstantielle à la fonction juridictionnelle dont le propre est de départager des adversaires en toute justice et équité ». (G. CORNU, op. cit., p. 458).

⁸⁴⁶H. MOTULSKY, Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile, in Écrits, Dalloz, 1973, n°21, op.cit., p. 75.

⁸⁴⁷ Le législateur sénégalais en matière de réglementation du travail, attribue une fonction de conciliation des conflits du travail à l'Inspection du travail. Le Code du Travail recommande aux employeurs et aux employés de soumettre leurs conflits à la conciliation préalable de l'Inspection du travail, qu'il s'agisse de conflits individuels. L'inspecteur peut intervenir pour le règlement des différends individuels pour promouvoir et maintenir la paix sociale au sein de l'entreprise car la perturbation de celle-ci pouvant avoir des conséquences néfastes sur les performances de l'entreprise. Cette exigence sénégalaise est renforcée par les orientations internationales de l'Organisation Internationale du Travail (OIT). Ainsi, la mission de l'inspecteur est de résoudre les litiges, tout en rappelant les règles de droit. La C081 - Convention (n° 81) sur l'inspection du travail, 1947, en son article 3 et la C129 - Convention (n° 129) sur l'inspection du travail (agriculture), 1969, en son article 6, mettent à la charge de l'inspecteur du travail une obligation d'impartialité. Les conventions disposent que les inspecteurs devront éviter de porter préjudice d'une manière quelconque « à l'impartialité nécessaires aux inspecteurs dans leurs relations avec les employeurs et les travailleurs ».

⁸⁴⁸ Il doit être extrêmement distant aux sentiments qu'il pourra éprouver à l'égard d'une partie, par les phénomènes naturels de sympathie ou d'antipathie. Il faut rappeler que l'impartialité est la règle selon laquelle il convient que les inspecteurs du travail soient indépendants et neutres à l'égard des parties. Cette exigence d'impartialité est imposée par les conventions internationales de l'OIT a pour but essentiel de sauvegarder des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

acceptable par toutes les différentes parties. Sur la base d'entretiens qualitatifs et dans le contexte spécifique de corruption, cette obligation internationale est un véritable bouclier contre les pressions externes à leur liberté décisionnelle.

L'objectif de ces obligations internationales est d'offrir une perspective à la fois plus contemporaine et élargie des conditions susceptibles de favoriser la pleine protection de la zone de liberté décisionnelle que l'indépendance des autorités administratives exige. C'est d'ailleurs, une des raisons qui pousse la doctrine à définir l'impartialité comme un principe conduisant « à éviter que le juge succombe aux pressions ou invitations des tiers, d'une part, qu'il ne fasse pas intervenir ses préjugés, convictions ou pressions, d'autre part⁸⁴⁹ ». L'obligation est faite aux inspecteurs d'exercer leurs fonctions de manière impartiale. Ils ne doivent pas manifester leurs paroles ou comportements. Ils doivent respecter une égalité de traitement envers les employeurs placés dans une situation identique. Les exigences d'indépendance et d'impartialité génèrent pour l'inspecteur une obligation d'information. Comme l'arbitre, l'inspecteur du travail a une obligation d'information qui pèse sur lui, et ce, en vue d'établir et de maintenir un lien de confiance à l'égard des parties différentes parties. Étant un homme de terrain, l'inspecteur du travail possède une bonne connaissance de l'environnement humain et matériel de sa zone d'intervention et aussi des entreprises. Il est, de ce fait, un interlocuteur naturel des partenaires sociaux qui font souvent appel à lui en cas de litige, notamment en cas de difficultés de fonctionnement des institutions représentatives du personnel ou à l'occasion d'un conflit collectif du travail ou d'un conflit individuel de travail. L'obligation d'impartialité donne la possibilité à l'inspecteur du travail d'avoir la personnalité qu'il faut pour exercer son influence face à un blocage des négociations entre employeur et salariés. D'ailleurs, pour pallier à tout risque pouvant compromettre leur crédibilité dans l'exercice de leurs missions, les activités de « conciliation privée et d'arbitrage » ne sont pas confiées par les conventions internationales à l'inspection du travail.

2. L'obligation de se consacrer exclusivement à ses fonctions

Les deux conventions, 81 et 129, ne semblent pas encourager les activités parallèles des inspecteurs du travail. L'inquiétude d'une possible entrave est soulevée pour qu'il n'ait pas d'obstacles à l'exercice des fonctions principales des inspecteurs. L'inquiétude du manque d'effectif d'inspecteurs ne pourra pas être alliée d'une dispersion des forces. D'ailleurs, c'est pour cette raison que l'article 8 de la recommandation n° 81 a précisé que « les fonctions des

⁸⁴⁹ J. PRADEL, Procédure pénale, Paris, CUJAS, 2006, 158p. ; p. 41.

inspecteurs du travail ne devraient pas comprendre la fonction d'agir en qualité de conciliateurs ou d'arbitres dans des différends du travail ».

La recommandation écarte expressément la possibilité de mener des activités privées, car les inspecteurs du travail risqueraient, en les exerçant, de mettre en jeu leur indépendance et leur impartialité. D'ailleurs, la doctrine a prévenu que *« deux dangers se présentent lorsque l'inspection du travail, en vertu de la loi ou par tradition, grâce au crédit acquis auprès des salariés et des employeurs, assume un rôle de conciliation dans les conflits déclarés. Le premier tient au temps requis par cette fonction, temps qui peut être, en effet, considérable, au détriment de celui qui devrait être consacré au contrôle ou à l'information et au conseil. La chose est d'autant plus grave que, ce sont les travailleurs des petites et moyennes entreprises, déjà moins fréquemment visitées, qui en souffrent surtout, puisque les conflits collectifs importants se produisent le plus souvent dans les grandes entreprises. Le second danger est plus insidieux: il tient à la confusion qui risque de s'établir, dans l'esprit des inspecteurs, entre le rôle de conciliateur, cherchant avant tout l'accord et le compromis, et celui de garant de l'application de la législation, où toute idée de compromis devrait être exclue car il n'y a pas alors à transiger, la loi s'imposant de façon impérative⁸⁵⁰ ».* Au niveau des États, beaucoup d'autorités ont, de ce fait, mis en place des mécanismes juridiques pour pousser les inspecteurs du travail à respecter des codes déontologiques.

Les recommandations de l'OIT n'interdisent pas de façon expresse à l'inspecteur du travail d'exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit. Mais, la Convention 81, en son article, précise que *« si d'autres fonctions sont confiées aux inspecteurs du travail, celles-ci ne devront pas faire obstacle à l'exercice de leurs fonctions principales ni porter préjudice d'une manière quelconque à l'autorité ou à l'impartialité nécessaires aux inspecteurs dans leurs relations avec les employeurs et les travailleurs ».* Le cumul d'activités publiques et privées visé à travers cette disposition semble ne pas être interdit mais est très encadré. La convention priorise les activités professionnelles avant les activités privées. De ce fait, l'intégralité de l'activité professionnelle⁸⁵¹ de l'inspecteur du travail doit

⁸⁵⁰M. LAFOUGERE et Ch. LEFEVRE, L'inspection du travail, Première édition 1986, 235p. ; p. 20.

⁸⁵¹Au niveau international, il est évident que les administrations du travail constituent un élément fondamental de tout système du travail. Également, elles contribuent efficacement à l'application des politiques sociales au niveau national. Elles permettent aussi, dans d'autres circonstances, d'apporter un retour d'expérience et de pouvoir réajuster les politiques étatiques pour une prise en charge efficace de la protection des salariées. L'Organisation Internationale du Travail (OIT) intervient fréquemment à travers ses outils juridiques pour renforcer les systèmes d'inspection du travail, et cela en vue de garantir le respect du droit du travail, et aussi promouvoir de pertinentes normes internationales du travail pour mieux assurer une bonne organisation d travail. Les conventions internationales sur l'Inspection du travail mettent en relief des dimensions et des qualités personnelles qui peuvent mieux aider l'inspecteur du travail dans ces fonctions. De ce fait, l'impératif d'intégrité consacrée vaut pour tous les aspects de la conduite d'un inspecteur du travail. Ainsi, cela implique des qualités fondamentales telles que l'honnêteté, la bonne foi, l'impartialité et l'incorruptibilité.

consister à exercer les tâches de son emploi. Les textes réglementant le cumul doivent impérativement prévoir le cumul d'emplois publics que sur autorisation de ses chefs de service pour seulement l'exercice de certains emplois à titre secondaire. Ces autorisations de cumul d'emploi ne devront, en aucun cas, entraver le bon déroulement des activités professionnelles de l'inspecteur du travail, qui a conscience de ses obligations déontologiques.

B. L'inspecteur, un acteur de la déontologie

L'État a mis en place une structure chargée de veiller au respect de la réglementation du travail au niveau des entreprises. Il a aussi recruté et a formé un personnel pour mener à bien la mission. Les agents de contrôle de l'ITSS sont régis par des textes⁸⁵² qui définissent leurs statuts et fixent un certain nombre de règles de déontologie. L'inspecteur du travail et de la Sécurité sociale est un agent assermenté⁸⁵³. De ce fait, dans l'exercice de ses fonctions, il doit impérativement respecter une certaine déontologie⁸⁵⁴. Au niveau de la fonction publique, cette notion⁸⁵⁵ met en exergue la valorisation des valeurs humaines dans un métier. La lex loci est la loi de l'inspecteur parce qu'elle est la loi de l'État⁸⁵⁶, dont il tient ses pouvoirs judiciaires. Comme l'arbitre, qui est un juge privé désigné par ceux dont il doit trancher le litige, l'inspecteur du travail, désigné par l'État, intervient dans les litiges entre employeurs et employés pour trouver des solutions⁸⁵⁷. Dans l'accomplissement⁸⁵⁸ de son travail, l'inspecteur

⁸⁵² Comme tous les fonctionnaires du Sénégal, les inspecteurs du Travail et de la Sécurité sociales ont régis par la loi n° 61-33 du 15 juin 1961 portant Statut général des Fonctionnaires. Ils sont aussi régis par le texte spécifique qui est le Décret 77-884 du 10 Octobre 1977 fixant le Statut particulier du Cadre des Fonctionnaires du Travail et de la Sécurité sociale. Il faut signaler la particularité de ce décret qui précise et détermine les trois corps du cadre des fonctionnaires des services du Travail et de la Sécurité sociale. Il s'agit de l'inspecteur, de l'inspecteur Adjoint et du Contrôleur, tous à la hiérarchie à laquelle ils sont rattachés, les modalités de leur recrutement, leur classement indiciaire et leur avancement. Pour bien mener en charge leur mission et accéder à cet emploi les inspecteurs du Travail et de la Sécurité sociale, ils reçoivent une formation au cycle A de l'École Nationale d'Administration (ENA).

⁸⁵³ Art. L 191 du Code du Travail.

⁸⁵⁴ « La déontologie est l'ensemble des règles qui régissent la conduite des membres d'une profession. Elle se limite aujourd'hui à un ensemble de règles et devoirs qu'impose l'exercice d'un métier aux professionnels ». Pris au niveau professionnel, il faut retenir que « le terme déontologie professionnelle fait référence à l'ensemble de principes et règles éthiques (code de déontologie, charte de déontologie) qui gèrent et guident une activité professionnelle. Ces normes sont celles qui déterminent les devoirs minimums exigibles professionnels dans l'accomplissement de leur activité <https://fr.wikipedia.org>.

⁸⁵⁵ Dans le corps des inspecteurs du travail, la déontologie fait référence aux notions d'éthique et de déontologie républicaines qui s'appuient sur un corpus de valeurs, de règles et de principes qui doivent guider à tout moment et en tout lieu l'action du fonctionnaire. La déontologie demeure le code de conduite du fonctionnaire exerçant sa profession. Il peut être alors appréhendé comme étant l'ensemble des devoirs de l'inspecteur du travail. Autrement dit, ce sont les obligations morales ou les règles morales qui doivent servir de référence à ce dernier, un travailleur, dans l'unique finalité de l'aider à réussir dignement dans sa fonction et afin de l'aider aussi à atteindre un rayonnement social.

⁸⁵⁶ En arbitrage, il est reconnu que l'arbitre n'a ni for ni lex fori. Autrement dit, l'arbitre n'a ni pays d'attache, ni droit d'attache, en dehors de celui prévu par les parties.

⁸⁵⁷ Il faut signaler à ce niveau qu'au début de sa création, l'inspecteur avait une fonction originelle de « policier et de gendarme ». Son intervention était axée principalement dans la lutte contre les maux sociaux très néfastes de la première révolution industrielle en Europe.

⁸⁵⁸ Au fur des années, les missions et les responsabilités de l'inspecteur du travail se sont développées au même rythme que mutations sociales, politiques, scientifiques, technologiques et économiques. Ayant comme principale mission de contrôler

du travail est tenu, sous peine de sanctions pénales ou de mesures disciplinaires appropriées, à des obligations de réserve⁸⁵⁹ et de discrétion professionnelle même après avoir quitté le service. L'inspecteur du travail ne doit accepter ni rémunération, ni cadeau, ni avantage particulier et encore moins les solliciter⁸⁶⁰. En dehors de ses missions administratives, juridiques, de contrôle et économique, l'inspecteur du travail a une mission de régulation sociale. Il s'agit principalement de la prévention des différends de travail et du règlement des différends de travail. Il s'agira de voir ici les obligations de service (1) et les obligations morales de l'inspecteur du travail (2).

1. Les obligations de service de l'inspecteur du travail

Le Petit Larousse précise que la déontologie est « *l'ensemble des règles et des devoirs qui régissent une profession, la conduite de ceux qui l'exercent, les rapports entre ceux-ci et leurs clients ou le public* ». L'inspecteur du travail a un service hebdomadaire à effectuer. Il est tenu au respect des horaires, de son cahier de charges et à la ponctualité. Il est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées⁸⁶¹. Il est responsable à l'égard de ses supérieurs de l'autorité qui lui a été confiée pour cet objet et de l'exécution des ordres qu'il a donnés. Il n'est dégagé d'aucune des responsabilités qui lui incombent par la responsabilité propre de ses subordonnés⁸⁶². L'inspecteur du travail doit assurer la marche du service⁸⁶³. Il doit exécuter des ordres donnés. Il doit veiller au respect de l'obligation de respect de la voie hiérarchique. L'inspecteur du travail est lié par le principe de l'obéissance hiérarchique qui est indissociable de celle dite de contrôle hiérarchique attachée aux fonctions de responsabilité.

Les fonctions d'administration générale consistent à la gestion quotidienne de certains documents. L'inspecteur vérifie la conformité des contrats par rapport à la réglementation⁸⁶⁴,

l'application de l'ensemble de la réglementation du travail, l'inspecteur du travail est devenu un véritable levier de progrès social. Dans cette optique, il intervient fréquemment peuvent concilier les parties en cas de conflits.

⁸⁵⁹ Article 15 b C 81 et l'article L 191 du Code du Travail.

⁸⁶⁰ Article 10, Statut général des Fonctionnaires.

⁸⁶¹ Article 12, alinéa 2, Statut général des Fonctionnaires.

⁸⁶² Article 13, Statut général des Fonctionnaires.

⁸⁶³ Au Sénégal, la prise en compte des valeurs d'éthique et de morale est devenue une exigence dans la gestion des affaires publiques. Les puissances publiques, pour mieux servir les intérêts de la société, sont conscientes de l'obligation d'avoir des agents clairvoyants, lucides et perspicace de leurs obligations. L'accomplissement de ses missions se fonde principalement sur un respect scrupuleux des éléments de déontologie qui ont pour source principale la Convention 81 de l'OIT, le Code du Travail et le Statut général des Fonctionnaires.

Étant les garants d'un service public répondant aux besoins des usagers, les fonctionnaires de l'État doivent avoir des compétences, des motivations, des valeurs qui constituent les meilleurs gages d'une action publique performante.

⁸⁶⁴ L'une des principales activités menées à l'effet d'assurer le respect des droits respectifs des employeurs et des travailleurs est le contrôle des entreprises et établissements couverts par la législation du travail. Sous ce rapport, un total de 94 inspecteurs et contrôleurs du travail et de la sécurité sociale se sont déployés durant l'année 2019 dans tout le territoire national pour effectuer des actions de contrôle, soit 44 inspecteurs et 50 contrôleurs. Les opérations réalisées quant à elles ont été renforcées par rapport à 2018 et atteint 4759 contrôles, avec une diversité de plus d'une trentaine de branches d'activités touchées et une population de 91036 travailleurs impactés. Au titre des mesures prises à l'occasion des contrôles afin d'engager les entreprises

surtout en ce qui concerne notamment les classifications, les salaires, les conditions de travail, les clauses spécifiques. Il est chargé de vérifier la conformité à la réglementation du travail, des règlements intérieurs qui lui sont soumis. Il fait des observations sur ces documents et exige le retrait des dispositions contraires aux lois et règlements en vigueur. Il établit des documents administratifs tels que les attestations de chômage, les attestations de service, les attestations de régularité pour attester que l'entreprise est en règle vis-à-vis de la législation sociale après avoir vérifié tous les documents relatifs à la gestion du personnel. Le rapport de 2020 a montré qu'il y a « *dans ce volet relatif à la garantie des droits, le service public fourni à travers les attestations délivrées et les opérations d'immatriculation. En somme, 7639 attestations ont été délivrées, constituées d'attestations de non travail (4250), d'attestations de régularité (2077) et d'attestations de service (1312). S'agissant des immatriculations, elles ont porté sur un nombre de 13547 travailleurs*⁸⁶⁵ ». L'obligation de se consacrer exclusivement à ses fonctions est imposée à l'inspecteur. Il est interdit à l'inspecteur du travail d'exercer, à titre professionnel, une activité privée de quelque nature⁸⁶⁶ que ce soit ou d'avoir des intérêts dans une entreprise privée. Autrement dit, il ne peut pas et ne doit pas donner des services personnels pendant les horaires réglementaires de leur service ou dans les locaux publics. La probité doit être incarnée. L'inspecteur du travail n'a pas le droit d'avoir un intérêt quelconque direct ou indirect dans les entreprises placées sous son autorité⁸⁶⁷. Dans le même sens, l'inspecteur ne doit accepter ni rémunération, ni cadeau, ni avantage particulier et encore moins les solliciter⁸⁶⁸. Il doit obligatoirement faire preuve de responsabilité et surtout d'autorité pour échapper à toute forme de concussion ou de corruption. L'indépendance⁸⁶⁹ est garantie à l'inspecteur du travail dans l'exercice de ses missions⁸⁷⁰.

et établissements à procéder à une mise en conformité, on a enregistré 1889 convocations, 1609 lettres d'observations, 889 observations orales, 80 mises en demeure et 5 procès-verbaux d'infraction. À côté des contrôles, les consultations constituent aussi un autre moyen d'assurer la garantie des droits des acteurs du monde du travail. Dans ce domaine, 9754 consultations ont été répertoriées, essentiellement sous le format de « consultations orales » (96,42%) avec certes une prédominance du nombre de travailleurs requérants (5765), mais une occurrence non négligeable des employeurs (3829).

⁸⁶⁵ Rapport annuel des statistiques du travail 2019, p. 18, <https://travail.sec.gouv.sn>, lu le 19/03/2020.

⁸⁶⁶ L'article 4 de la loi n° 62-47 du 13 juin 1962 portant interdiction du travail au noir et cumul d'emplois. Ce texte énonce que « dans les conditions prévues par la législation et la réglementation applicables aux cumuls en matière de traitement, au cumul d'une fonction publique et d'un emploi privé, au cumul de retraite, de rémunération et de fonction, il demeure interdit à tout fonctionnaire civil ou militaire en activité ou en service détaché, et à tout agent des services publics et de tous les organismes même privés assurant la gestion d'un service public ou constituant le complément d'un tel service, d'occuper un emploi privé rétribué ou d'effectuer à titre privé un travail quelconque moyennant rémunération. ».

⁸⁶⁷ Article 15 a, C 81 et article. L193 du CT.

⁸⁶⁸ Article 10 Statut général des Fonctionnaires.

⁸⁶⁹ Art. 6, C81.

⁸⁷⁰ Son statut et les conditions de service doivent lui assurer la stabilité dans son emploi et le rendre indépendant de tout changement de gouvernement et de toute influence extérieure induite. Il est laissé à la libre appréciation de l'inspecteur du Travail de décider, de donner des conseils ou des avertissements, d'adresser des lettres d'observation aux employeurs, de signifier des mises en demeure, de dresser des procès-verbaux d'infraction. Dans ses décisions, il apprécie librement s'il doit autoriser ou refuser le licenciement des délégués du personnel ou de faire effectuer des heures supplémentaires.

2. Les obligations morales de l'inspecteur du travail

L'obligation de réserve est donc une des principales exigences qui s'imposent à l'inspecteur du travail. Quel que soit le secteur d'activités dans lequel il évolue, le professionnalisme de l'individu sera toujours indissociable de son comportement éthique⁸⁷¹. Ce dernier doit s'abstenir de faire état de leurs opinions personnelles sur des questions relatives à leur activité ou d'avoir des comportements incompatibles avec la dignité, l'impartialité ou la sérénité de leurs fonctions⁸⁷². Cette fonction est loin d'être une simple fonction administrative. C'est un sacerdoce et une fonction sociale. Ainsi, pour bien faire son travail l'inspecteur est soumis à certaines obligations qu'il doit respecter. Il s'agit pour l'État de vouloir garantir la neutralité et l'impartialité de l'administration. L'obligation de réserve est une limitation traditionnelle à la liberté d'expression. Elle a été mise en place pour éviter des prises de position de nature à donner une image négative de l'administration. Les obligations de discrétion professionnelle incombent aussi à l'inspecteur du travail⁸⁷³. Le secret professionnel est un levier très important pour la sécurisation du travail. De ce fait, l'inspecteur du travail et de la sécurité sociale est tenu, sous peine de sanctions pénales ou de mesures disciplinaires appropriées, de ne point révéler, même après avoir quitté le service, les secrets de fabrication ou de commerce ou les procédés d'exploitation dont il pourrait prendre connaissance dans l'exercice de ses fonctions⁸⁷⁴. Il a l'obligation de discrétion professionnelle pour tout ce qui concerne les documents, les faits et informations dont il a connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions⁸⁷⁵. Cette réserve va de pair avec la confidentialité des documents de service et surtout des plaintes. L'inspecteur du travail doit tenir pour confidentielle toute plainte lui signalant un défaut dans l'installation ou une infraction aux dispositions légales et réglementaires⁸⁷⁶. Pour sécuriser le travail au niveau de l'administration, le législateur n'hésite

⁸⁷¹ L'article 14 du statut général de la Fonction publique dispose que « *indépendamment des règles instituées dans le code pénal en matière de secret professionnel, tout fonctionnaire est lié par l'obligation de discrétion professionnelle pour tout ce qui concerne les documents, les faits et informations dont il a connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions* ». En d'autres termes, ils sont tenus par un devoir de réserve ».

⁸⁷² En d'autres termes, les inspecteurs du travail participent considérablement au service public. Ils doivent s'attacher à transmettre par leurs comportements et leurs discours les valeurs de la République, notamment l'idéal laïc qui exclut toute discrimination de sexe, de culture, ou de religion. Être inspecteur du travail c'est accepter la mission de restaurer la paix sociale dans l'environnement de travail, de contribuer à la protection du salarié et de veiller à l'application correcte de la réglementation sociale.

⁸⁷³ L'article 10 précise qu'il « *est interdit à tout fonctionnaire, quelle que soit sa position, d'avoir soit par lui-même, soit par personne interposée, et sous quelque dénomination que ce soit, dans une entreprise soumise au contrôle de son administration ou service, ou en relation avec son administration ou service, des intérêts de nature à compromettre son indépendance. De même, il est interdit, à tout fonctionnaire, de solliciter ou d'accepter, en échange de l'exécution du service, soit directement, soit indirectement, soit par personne interposée, des usagers du service public, des dons ou prêts, en nature ou en espèce, des services gratuits ou à tarif minoré, ou quelque avantage que ce soit* ».

⁸⁷⁴ Article 15 b C 81 et l'article L 191 du Code du Travail.

⁸⁷⁵ Art. 14 loi 61-33, Statut général des fonctionnaires.

⁸⁷⁶ Art. 15c C 81 et article L192 CT.

pas à stipuler, au niveau de l'article 15 que « *toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire, sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale. Dans le cas où un fonctionnaire est poursuivi par un tiers pour faute de service, la collectivité publique doit couvrir le fonctionnaire des condamnations civiles prononcées contre lui* ». Ces précédentes dispositions permettent d'avoir une vision d'ensemble des prérogatives de l'inspecteur du travail au niveau de l'entreprise⁸⁷⁷. Comme l'arbitre, il a une obligation d'impartialité, d'indépendance et doit obligatoirement travailler en toute discrétion et gérer en toute confidentialité les plaintes. Étant, accessible, les salariés et les employeurs pourront aisément s'approcher de lui pour régler pacifiquement leurs litiges individuels de travail.

Paragraphe II : La conciliation extra-judiciaire

Le contrat de travail draine des intérêts considérables. L'inspecteur dans cette mission ne doit nullement éveiller l'idée d'un jugement dans les tribunaux. Son pouvoir de contrôle lui permet d'être un bon conciliateur⁸⁷⁸. L'employeur protège ses intérêts en agissant de telle sorte que la rentabilité financière de l'entreprise soit croissante et constante. Le salarié, quant à lui, veut être dans les meilleures conditions de travail pour être en mesure d'exécuter aisément ses obligations contractuelles. Chacune des parties au contrat doit respecter ses engagements et exécuter ses obligations contractuelles en respectant les termes du contrat. Ces obligations consécutives à la manifestation de volonté de chacune des parties vont avoir des conséquences manifestes quant à l'inexécution des termes du contrat par l'une des parties. Les décisions des juridictions qui se prononceraient favorablement sur des chefs de demande non soumis à la tentative de conciliation pourraient encourir cassation. Cet article stipule que les conditions de

⁸⁷⁷ Les six objets de consultations les plus récurrents sont le « contrat de travail et la classification », les « salaires et accessoires de salaire », la « rupture de contrat », les « cotisations sociales et prestations », les « congés » et les « déclarations réglementaires ». Les huit branches d'activités dans lesquelles les conflits individuels ont été le plus recensés sont les branches commerce de gros et de détail, réparations de véhicules automobiles et de motocycles (1 110), Construction (248), Transport et entreposage (214), Activités des ménages privés employant du personnel domestique; activités non différenciées de production de biens et de services des ménages privés pour usage propre (195), Activités d'hébergement et de restauration (185), Boulangeries (183), Gardiennage (160) et Activités de fabrication (132). Les travailleurs délégués du personnel étant, pour leur part, sous une protection particulière, les conflits individuels les concernant ont donné lieu à 26 demandes d'autorisation de licenciement dont les 69,23% cas s'avèrent être le fait de motifs non disciplinaires. On peut noter, au passage, que les demandes introduites ont été accordées pour les 65,85% cas concernés en 2019. On relèvera par ailleurs que, pour ce qui est des licenciements décidés à l'encontre des travailleurs non titulaires d'une protection particulière, 298 cas ont été portés à la connaissance des ITSS dont les 121 visent expressément des motifs disciplinaires et les 71 des motifs non disciplinaires.

⁸⁷⁸ L'inspecteur du travail est ainsi amené à pénétrer dans les lieux de travail pour effectuer des contrôles. À l'occasion de cette visite, l'inspecteur devra informer de sa présence l'employeur ou son représentant, à moins qu'il n'estime qu'une telle formalité risque de porter préjudice à l'efficacité du contrôle. Ayant un regard assez critique sur les conditions de travail des employés, l'inspecteur du travail donc les moyens de convaincre et de faire coopérer les partenaires sociaux dans le but d'assurer la paix sociale et surtout de promouvoir une meilleure application de la loi.

travail et la protection des travailleurs doivent constituer l'essentiel des domaines de compétence de l'inspecteur du travail dans les entreprises. À côté de l'inspecteur du travail, il faut préciser qu'il y a des acteurs juridictionnels compétents en matière des litiges individuels de travail. Il s'agira ici de voir les principes de la phase administrative en contentieux social (A) et de voir les principes de la procédure de conciliation (B).

A. Les principes de la phase administrative en contentieux social

Au Sénégal, le principal acteur non étatique qui intervient dans les relations individuelles de travail est l'inspection du travail et de la sécurité sociale dirigée par un inspecteur⁸⁷⁹. Il⁸⁸⁰ a pour ambition de moderniser les relations sociales, de promouvoir le dialogue social entre les partenaires sociaux, de poser les jalons de l'épanouissement de l'entreprise sans déprotéger les travailleurs. Il est un agent assermenté⁸⁸¹. Dans l'accomplissement de son travail, l'inspecteur du travail est tenu, sous peine de sanctions pénales ou de mesures disciplinaires appropriées, à des obligations de réserve⁸⁸² et de discrétion professionnelle même après avoir quitté le service. Contrairement à l'arbitre qui doit recevoir des honoraires, l'inspecteur du travail ne doit accepter ni rémunération, ni cadeau, ni avantage particulier⁸⁸³ et encore moins les solliciter⁸⁸⁴. Il s'agira d'étudier d'abord le principe de la conciliation devant l'inspecteur du travail en droit sénégalais (1) avant de voir le principe impératif pour les conflits individuels de travail en droit Ohada (2).

⁸⁷⁹ Le Décret 77-884 du 10 Octobre 1977 fixe le Statut Particulier du Cadre des Fonctionnaires du Travail et de la Sécurité sociale. Ce décret détermine les trois corps du Cadre des Fonctionnaires des services du Travail et de la Sécurité sociale (inspecteur, inspecteur Adjoint, et Contrôleur).

⁸⁸⁰ C'est la Loi 97-17 du 1er décembre 1997 portant Code du Travail et d'autres textes qui fixent les missions et le statut des inspecteurs.

⁸⁸¹ Article L 191 du Code du Travail.

⁸⁸² Article 15 b C 81 et l'article L 191 du Code du Travail.

⁸⁸³ En dehors de ses missions administratives, juridiques, de contrôle et économique, l'inspecteur du Travail a une mission de régulation sociale. « *Les huit branches d'activités dans lesquelles les conflits individuels ont été le plus recensés sont les branches Commerce de gros et de détail, réparations de véhicules automobiles et de motocycles (1 110), Construction (248), Transport et entreposage (214), Activités des ménages privés employant du personnel domestique; activités non différenciées de production de biens et de services des ménages privés pour usage propre (195), Activités d'hébergement et de restauration (185), Boulangeries (183), Gardiennage (160) et Activités de fabrication (132)* ». Rapport annuel des statistiques du travail 2019, p.18, <https://travail.sec.gouv.sn>, lu le 29/03/2023.

⁸⁸⁴ Article 10 Statut général des Fonctionnaires.

1. Le principe de la conciliation devant l'inspecteur du travail en droit sénégalais

En tant que service public déconcentré, l'inspection du travail a une organisation et un fonctionnement⁸⁸⁵. L'inspecteur est un élément important dans la stabilité de l'entreprise⁸⁸⁶. Il agit principalement dans la prévention⁸⁸⁷ des différends de travail et du règlement des différends de travail. «*Tout travailleur ou employeur pourra demander à l'inspecteur du travail et des lois sociales [...] de régler le différend à l'amiable*⁸⁸⁸». Ce caractère facultatif a été repris dans la plupart des codes du travail des États-africains au sortir des indépendances. Le Code du Travail 1997 a introduit une nouveauté en matière de saisine. Jusqu'à l'avènement de ce texte, l'ancien article 211 du Code du Travail posait comme préalable obligatoire à la saisine du Tribunal du Travail, la tentative de conciliation devant l'inspecteur du travail. L'article L. 241 du Code du Travail pose une simple faculté pour la tentative de conciliation devant l'inspecteur du travail. La conciliation a toujours été le soubassement de la vie en harmonie dans la société africaine. Il faut rappeler qu'avant l'arrivée du colon, la société sénégalaise avait la procédure amiable comme principale façon de régler les litiges même s'il existait une organisation judiciaire.

Les pourparlers et négociations sous « l'arbre à palabre » renvoient à l'idée de concertation dont le but est de trouver une solution avant l'intervention du juge étatique. Concernant les différends individuels du travail, le Code du Travail précise que « *tout travailleur ou tout employeur pourra demander à l'inspecteur du travail et de la sécurité sociale, à son délégué ou à son suppléant de régler le différend à l'amiable* »⁸⁸⁹. Le L. 241 du Code du Travail pose une simple faculté pour la tentative de conciliation devant l'inspecteur du travail.

⁸⁸⁵ Arrêté n° 7435/MTFP/DTSS du 2 septembre 1991.

⁸⁸⁶ L'Inspection du Travail est un service extérieur de la Direction du Travail et de la Sécurité sociale rattachée au Ministère chargé du Travail. À ce niveau, il faut préciser que les missions du Ministère sont énoncées dans le décret n°2019-1859 du 07 novembre 2019 relatif aux attributions du Ministre du Travail, du Dialogue social et des Relations avec les Institutions (MTDSRI). Ce Ministère a les prérogatives et les compétences explicites de promouvoir le dialogue social et le travail décent en milieu du travail. La Direction générale du Travail et de la Sécurité sociale (DGTSS) est chargée d'élaborer les projets de lois et de règlements dans le domaine du travail, de la main d'œuvre et de la Sécurité sociale, de suivre l'exécution de ces lois et règlements tant à l'endroit des employeurs privés ou publics, et des travailleurs qu'à l'endroit des institutions et organismes de Sécurité sociale, d'éclairer de ses conseils et de ses recommandations les employeurs et les travailleurs, de documenter, conseiller, coordonner et contrôler les services et organismes concourant à l'application de la législation sociale, de procéder à toutes études et enquêtes ayant trait aux divers problèmes relatifs au travail, à la main d'œuvre, à la sécurité sociale et à leur contexte économique.

⁸⁸⁷ La prévention a pour but d'éviter les différends de travail, promouvoir et maintenir la paix sociale au sein de l'entreprise, la perturbation de celle-ci pouvant avoir des conséquences néfastes sur les performances de l'entreprise. Il est bien de rappeler que la plupart des législations africaines accordent une place de choix à cette phase du règlement à l'amiable du conflit. La conciliation préalable était facultative dans les codes du travail d'avant et après les indépendances.

⁸⁸⁸ Article 190 du Code du Travail des territoires d'outre-mer (CTTOM).

⁸⁸⁹ Article L 241 alinéa 1er du Code du Travail.

Le passage devant l'inspecteur du travail n'est pas obligatoire. Tout travailleur ou employeur peut directement saisir le Tribunal du Travail par requête écrite adressée au Président de cette juridiction. Il s'agit ici d'une faculté pour la saisine de l'inspecteur du travail dans les litiges individuels. Une fois saisie avec une demande de règlement à l'amiable du différend individuel, l'inspecteur du travail est obligé de procéder à une tentative de conciliation. La conciliation du l'inspecteur du travail est une conciliation extra-judiciaire.

La conciliation consiste dans l'intervention d'un tiers qui, après avoir écouté, les parties et raisonné leur point de vue, leur propose une solution pour régler leur différend. La conciliation est un mode de gestion consensuelle de litige qui met l'accent sur la recherche d'une entente, d'un accord à l'amiable entre les parties avec la facilitation de l'inspecteur du travail. C'est un procédé de règlement des litiges, facultatif ou obligatoire, dans lequel les parties font appel à un conciliateur, dont le rôle est de faire une proposition pour trancher les conflits que les parties sont libres d'accepter ou non⁸⁹⁰. La particularité de la conciliation c'est l'intervention d'un tiers, extérieur aux cocontractants, autorité individuelle, spécialement chargé d'examiner les termes du litige et de rechercher les voies d'un accord entre les parties.

2. Le principe impératif pour les conflits individuels de travail en droit Ohada

La faculté de conciliation s'est en pratique présentée « *comme alourdissant, la procédure apparaissait comme une entrave à la justice sociale*⁸⁹¹ ». En chantier depuis plusieurs années⁸⁹², l'Acte uniforme sur le droit du travail n'est pas encore adopté. Cette durée peut se comprendre dans la mesure où le droit du travail est à la fois un code nature économique, social et politique. L'établissement du projet de l'Acte Uniforme sur le droit du travail s'est révélé beaucoup plus complexe et périlleux que celui des autres Actes⁸⁹³. L'originalité de ce

⁸⁹⁰ J. M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux Administratif*, tome 1, Paris : LGDJ, 1984, 189p. ; p. 29.

⁸⁹¹ H. TCHANTCHOU, op cit. ; p. 3.

⁸⁹² Le recul de l'interventionnisme économique de la puissance publique signifie très souvent la diminution des règles de droit à caractère impératif et, corrélativement, le règne de l'autonomie de la volonté et de la liberté individuelle. Cependant malgré le règne de l'autonomie de la volonté dans les rapports contractuels, il y a des impératifs aux quels le droit Ohada accorde une importance capitale. C'est le cas du passage devant l'inspecteur du Travail dans l'avant-projet de l'Acte uniforme sur le droit du travail.

⁸⁹³ À la lumière des dispositions nationales des États-Membres de l'Ohada, des conventions et des recommandations de l'OIT, l'une des charges importantes de l'Inspection du Travail est d'assurer l'application des lois, règlements et conventions relatifs aux conditions de travail. Elle a, surtout, essayé d'assurer la protection des travailleurs dans l'exercice de leurs activités professionnelles car « *la précarisation du travail avec la généralisation des contrats à durée déterminée, la flexibilisation des horaires de travail et des procédures de licenciement ont entraîné une certaine insécurité, de telle sorte que le salarié est plus préoccupé par le maintien de son emploi que par l'aspiration à de meilleures conditions de travail* ». (V. M. SAMB, « Réformes et réception des droits fondamentaux du travail au Sénégal », Revue Afrilex ; janvier 2000 ; 178p. ; p. 98).

projet sur le fait de la protection du salarié n'est pas le principal but recherché par Ohada. Il y a aussi la protection de l'entreprise qui est une exigence pour garantir l'emploi du salarié. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'avant-projet priorise la négociation pour le règlement des litiges individuels. Contrairement à une partie de la doctrine qui confère « *un caractère facultatif à la tentative de conciliation devant l'inspecteur du travail*⁸⁹⁴ », tout litige individuel doit obligatoirement passer auprès de l'inspecteur du travail pour être soumis à une tentative de conciliation avant saisine du juge du travail⁸⁹⁵. Le principe sur la saisine de l'inspecteur du travail est donc impératif dans l'espace Ohada. Ce principe impératif est une règle à laquelle nul ne peut déroger car elle s'impose aux différentes parties du litige. Ainsi, toute demande en justice qui n'aurait pas été soumise à ce préalable pourrait être déclarée irrecevable. Ohada fait de ce principe une priorité dans la mesure où la procédure de conciliation a pour principal objectif le rapprochement des différentes positions et points de vue antagonistes.

La « *partie la plus diligente*⁸⁹⁶ » pourra saisir l'inspecteur du travail dans le ressort territorial d'une inspection de travail ou le directeur du travail dans le ressort territorial de plusieurs inspections de travail qui convoquent les parties et procèdent à une tentative de conciliation préalable. L'inspecteur du travail a comme mission de tenter la conciliation jusqu'à l'acceptation d'une solution de type transactionnel, c'est-à-dire une solution contractuelle. En cas de litiges entre partenaires sociaux, « *tout travailleur ou tout employeur doit demander à l'inspecteur du travail de régler à l'amiable un différend individuel du travail*⁸⁹⁷ ». La conciliation entre le salarié et l'employeur est une source de sécurité juridique au même titre que l'efficacité, pour assurer une bonne régulation sociale. Tel est le sens de l'équilibre entre les intérêts des différentes parties au contrat du travail. Il est plus aisé pour les l'employeur et son employé d'accepter l'existence d'un règlement transactionnel qu'un règlement normatif, créateur d'une convention arbitrale⁸⁹⁸. Le contrôle est alors la mission première de l'inspecteur du travail. Une fois saisie, l'inspecteur devrait s'atteler à convoquer les partenaires sociaux. « *Les parties sont tenues de se présenter ou de se faire représenter à l'inspection du travail aux jour et heure fixés par la convocation*⁸⁹⁹ ». L'inspecteur, « *après avoir entendu*

⁸⁹⁴ H. TCHANTCHOU, Idem. p. 5.

⁸⁹⁵ Art.2 Avant-Projet de l'Acte Uniforme sur le Droit du Travail (APAUDT).

⁸⁹⁶ Article 228 Avant-Projet de l'Acte Uniforme sur le Droit du Travail (APAUDT).

⁸⁹⁷ Article 227 al. 1. (APAUDT).

⁸⁹⁸ Le législateur Ohada, à travers le passage obligatoire devant l'inspecteur, a un souci de garantir au salarié une sécurité juridique. La convention n°81 de l'O.I.T sur l'inspection du travail prévoit que « *l'inspection du travail sera chargée d'assurer l'application des dispositions légales relatives aux conditions de travail et à la protection des travailleurs dans l'exercice de leur profession, telles que les dispositions relatives à la durée du travail, aux salaires, à la sécurité, à l'hygiène et au bien-être, à l'emploi des enfants et des adolescents, et à d'autres matières connexes, dans la mesure où les inspecteurs du travail sont chargés d'assurer l'application desdites dispositions* ». (Article 3, paragraphe a).

⁸⁹⁹ Article 227 al. 2. (APAUDT).

contradictoirement les parties », tentera de les réconcilier dans une atmosphère calme et sereine.

B. Les principes de la procédure de conciliation

En cas de conflits au niveau de l'entreprise, le législateur sénégalais a précisé que *« tout travailleur ou tout employeur pourra demander à l'inspecteur du travail et de la Sécurité sociale, à son délégué ou à son suppléant de régler le différend à l'amiable⁹⁰⁰»*. Il s'agit ici du déclenchement de la phase administrative du contentieux social. Cette phase commence par la saisine de l'inspecteur du travail, ne se poursuit pas sans tentatives de conciliations et peut connaître un dénouement sans saisir le tribunal du travail. Le terme de *« règlement à l'amiable du différend individuel⁹⁰¹»* est très déterminant dans la procédure. La conciliation devant l'inspecteur est un véritable mode alternatif de règlement de conflit. Cette demande symbolise alors, une volonté par laquelle les parties au différend peuvent s'engager à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend. La saisine de l'inspecteur du travail permettra de pouvoir aider à trouver une solution pour mettre d'accord les parties d'un conflit sans passer par la case juridique. D'ailleurs, il faut signaler à ce niveau que *« les ruptures de contrats de travail opérées suivant une approche beaucoup plus consensuelle, communément désignés sous les vocables de « règlement à l'amiable » ou de « protocole d'accord », ont quant à elles débouché sur un règlement financier d'un montant de 5 218 723 514 francs CFA et concerné un effectif de 1855 travailleurs⁹⁰² »*. Il s'agira d'étudier d'abord l'allègement de la procédure de saisine de l'inspecteur du travail (1) puis de voir les obligations de l'inspecteur du travail dans la phase administrative (2).

1. L'allègement de la procédure de saisine de l'inspecteur du travail

L'originalité de cette procédure réside sur le souci du législateur sénégalais de vouloir simplifier la saisine de l'inspecteur du travail. Le processus devant l'inspecteur du travail est gratuit. La faible situation économique du salarié ne constitue pas un obstacle pour réclamer justice. La saisine est faite par écrit. Le Code du Travail précise de façon très claire que *« la demande de règlement à l'amiable du différend individuel du travail doit être faite par écrit⁹⁰³ »*.

⁹⁰⁰ Art.L.241 du Code du Travail.

⁹⁰¹ Art.L.241, al.2, du Code du Travail.

⁹⁰² Rapport annuel des statistiques du travail 2019, op. cit. ; p. 18, <https://travail.sec.gouv.sn>, lu le 19/03/2020.

⁹⁰³ Art.L.241, al.2, du Code du Travail.

À ce niveau, la loi n'impose aucune forme particulière pour la saisine. La partie diligente a le choix sur la forme de la demande. Elle peut être une demande manuscrite ou bien une demande dactylographiée. Le législateur exige du demandeur le respect de certaines conditions qui sont plutôt liées à la compétence territoriale car l'inspecteur qui est saisi doit être celui qui est compétent⁹⁰⁴. Une fois déposée, la demande⁹⁰⁵ produit ses effets juridiques. Le législateur précise à ce niveau que la « *demande suspend, à sa date de réception par l'inspecteur du travail et de la sécurité sociale, le délai de prescription prévu à l'article L. 126. Cette suspension court jusqu'à la date du procès-verbal qui clôt la tentative de conciliation à l'Inspection du Travail et de la sécurité sociale* ». Il faut signaler à ce niveau que le législateur a précisé un délai de 5ans pour la prescription⁹⁰⁶. En termes plus simples, la demande de règlement à l'amiable suspend d'une part, le délai de prescription de l'action à compter de sa réception par l'inspecteur du travail jusqu'à la date de la clôture de la tentative de conciliation, et d'autre part, c'est à l'inspecteur du travail de lancer la procédure de conciliation.

Avant de rechercher une conciliation, il devra diagnostiquer la nature exacte du litige, rechercher les violations de la législation, afin d'avoir une vision claire du litige, des risques de contentieux et des enjeux financiers. Il est tenu de faire connaître aux parties quels sont, d'après les informations qui lui sont fournies et sous réserve de l'appréciation des tribunaux, les droits que le travailleur tient de la loi, de la réglementation ou des conventions collectives et du contrat individuel. L'intervention de l'inspecteur du travail peut être considérée comme une justice de nature préventive. Elle permet de régler les litiges individuels sans l'intervention du juge. Il vérifie si les parties sont décidées à se concilier immédiatement sur ces bases. Dans la pratique, l'intervention des inspecteurs du travail dans les conflits entre salariés et employeurs est très courante. Les études ont d'ailleurs révélé que « *la situation en 2019 fait apparaître, en termes de conflits individuels que le nombre de travailleurs qui ont saisi d'une plainte les ITSS, s'élève à 2787⁹⁰⁷* ». Ces statistiques permettent d'avoir conscience de l'impact de l'intervention de

⁹⁰⁴ Il faut se référer à l'arrêté n° 024726/MTDSOPRI/DGTSS du 15 novembre 2018 fixant les ressorts et les sièges des Inspections du Travail et de la Sécurité sociale et définissant leur organisation et leurs règles de fonctionnement.

⁹⁰⁵ La demande est adressée par écrit, peu importe qu'elle soit manuscrite, dactylographiée ou électronique. Les mentions qui doivent figurer dans la requête sont laissées à l'appréciation du demandeur. Cependant, pour l'essentiel, il doit être le plus précis possible sur les faits, ses prétentions et ses réclamations. Pour plus de clarté, la requête peut être accompagnée des pièces justificatives pour permettre à l'inspecteur du Travail d'avoir une bonne situation du problème. Le demandeur doit ainsi mentionner ses prénoms, nom, son adresse, son numéro de téléphone, la date, l'objet de la demande consistant à solliciter une tentative de conciliation, sa signature et la qualité du destinataire à savoir l'inspecteur du travail.

⁹⁰⁶ Le Code du Travail, en son article L.126 précise que « *l'action des travailleurs en paiement de salaires, des accessoires du salaire, des primes et indemnités de toute nature, ainsi que, plus généralement, de toute somme due par l'employeur au travailleur, et celle en fourniture de prestations en nature et éventuellement de leur remboursement, se prescrivent par cinq ans. La prescription court à compter de la date à partir de laquelle le salaire est exigible. Elle est suspendue lorsqu'il y a compte arrêté, cédule ou obligation ou citation en justice non périmée, ou dans le cas prévu à l'article L. 240* ».

⁹⁰⁷ « *Sous l'angle de l'analyse genre, le nombre de travailleurs hommes impliqués dans ces conflits est largement supérieur à celui des femmes avec 2158 (soit 77,43%) contre 629 (soit 22,57%). La situation par ressort fait constater que la région de Matam a enregistré moins de conflits individuels ; ces derniers ne concernent que des travailleurs hommes avec un effectif de*

l'administration sénégalaise au niveau de l'environnement industriel pour régler des conflits. Ces études traduisent aussi que le milieu du travail est une zone de vives tensions qui peuvent à la longue impacter négativement sur la vie des entreprises. Cependant, les zones de tensions sont disproportionnées au niveau national⁹⁰⁸.

2. Les obligations de l'inspecteur du travail dans la phase administrative

La procédure relative au contentieux contractuel est celle applicable aux litiges résultant du contrat de travail ou du régime de la sécurité sociale pour les travailleurs. Elle fait intervenir l'inspecteur du travail qui, une fois saisi, est dans l'obligation de mettre toutes les conditions pour régler le conflit. L'inspecteur a une obligation de convoquer les parties⁹⁰⁹. Le législateur fait de la présence des parties à la conciliation une obligation. « *Les parties sont tenues de se présenter à l'inspection au jour et à l'heure fixés par la convocation*⁹¹⁰ ». D'ailleurs, il est prévu pour les parties qui ne se sont pas présentées à l'inspection au jour et à l'heure fixée par la convocation, une sanction pécuniaire « *d'une amende ne pouvant excéder cinq cent mille francs*⁹¹¹ ». Dans le cas où les parties comparaissent, l'inspecteur du travail conduit la tentative

5 soit 0,18%. Peu de conflits individuels sont aussi à signaler dans les ITSS de Kédougou, Fatick et Zone Franche avec respectivement 10, 9 et 8 cas recensés au cours de l'année Rapport annuel des statistiques du travail 2019, p.86, <https://travail.sec.gouv.sn>, lu le 19/03/2020

⁹⁰⁸ « Sous ce rapport, 30,64% des travailleurs concernés par les conflits individuels sont des femmes dans l'IRTSS de Dakar et 18,79% dans la région de Thiès où l'on enregistre le plus de conflits individuels avec respectivement 1570 et 511 cas. Toujours concernant le nombre de conflits individuels, des chiffres significatifs sont observés au niveau des ITSS de Rufisque, Ziguinchor, St-Louis et Diourbel avec respectivement 218, 111, 108 et 77 cas correspondant dans le même ordre à 7,82% (dont 2,75% de femmes), 3,98% (avec 10,81% de femmes), 3,88% (dont 10,19% de femmes) et 2,76% (avec 5,19% de femmes). Enfin, Il a été également noté que pour la région de Kaffrine de même que celle de Tambacounda, les conflits individuels n'ont concerné qu'un seul travailleur femme. Les conflits individuels de travail traités au niveau des Inspections ont fait l'objet de 1698 PV et ont concerné 2787 travailleurs. Ils n'ont pas connu le même sort et pour preuve sur l'ensemble des PV enregistrés, la conciliation totale est intervenue à hauteur de 57,77%, la non-conciliation à 40,51% et la conciliation partielle à 1,70%, cela équivaut en considérant les mêmes suites à 53,61% des travailleurs pour les cas de conciliation totale, 44,99% des travailleurs pour les non conciliations et 1,40% pour les conciliations partielles ». Rapport annuel des statistiques du travail 2019, p. 86, <https://travail.sec.gouv.sn>, lu le 19/03/2020.

⁹⁰⁹ La convocation doit être faite en toute confidentialité. Il est important de rappeler que le Législateur rappelle au niveau de l'article 14 du statut général de la Fonction publique que l'inspecteur du travail « est lié par l'obligation de discrétion professionnelle pour tout ce qui concerne les documents, les faits et informations dont il a connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ». La confidentialité de cette procédure est très réconfortante pour les employeurs qui évitent les risques d'une mauvaise publicité qui pourront impacter négativement sur l'image de leurs entreprises. Il faut aussi rappeler que, à l'ère des médias sociaux, rares sont les entreprises qui sont à l'abri de la mauvaise publicité qui peuvent impacter sur la qualité de leurs produits ou sur le climat de l'entreprise.

⁹¹⁰ Art. L241 du Code du Travail.

⁹¹¹ Cette sanction n'est pas encore appliquée. Dans la pratique, les parties peuvent donner une suite à leur convocation par leur comparution ou leur non comparution. Il est possible d'énumérer trois situations qui peuvent avoir lieu. La première, c'est la possibilité qu'une des parties compareisse alors que l'autre ne comparait pas. Le deuxième cas est relatif au fait que les deux parties comparaissent. La troisième situation est que toutes les parties ne comparaissent pas. Dans tous les cas, il est recommandé à l'inspecteur doit trouver une solution utile à l'affaire. Il a la possibilité de réitérer les convocations. Il a la possibilité de classer l'affaire en attendant que les parties comparaissent. Il a aussi la possibilité de renvoyer la tentative de conciliation à une date utile. Il a enfin la possibilité de constater la non conciliation.

de conciliation. Étant un conciliateur et un pacificateur, l'inspecteur est chargé de clarifier⁹¹² les problèmes afin que les parties puissent parvenir à un accord⁹¹³. S'il n'y a pas de conciliation, l'inspecteur le constate par procès-verbal où il consigne les motifs de l'échec. Si la conciliation intervient, le procès-verbal de conciliation contient, outre les mentions ordinaires nécessaires à sa validité, l'énoncé des différents chefs de réclamation, les points sur lesquels la conciliation est intervenue et, s'il y a lieu, les sommes convenues pour chaque chef de réclamation, les chefs de réclamation dont il a été fait abandon et, en cas de conciliation partielle, les demandes qui n'ont pas été comprises dans la conciliation. Il faut cependant préciser que l'inspecteur n'a qu'un pouvoir de proposition.

La conciliation peut être une réussite. Dans ce cas, l'inspecteur constate la conciliation en dressant un procès-verbal de conciliation. La partie qui le souhaite peut requérir l'apposition de la formule exécutoire pour obtenir ainsi l'exécution forcée de l'accord. La tentative de conciliation peut échouer ou bien le défendeur dûment convoqué ne comparait pas. Dans ce genre de cas, l'inspecteur du travail constate la non conciliation en dressant un procès-verbal de non conciliation. De façon générale, les parties au contrat ont montré une tendance à se rapprocher des inspections de travail pour régler les différends individuels. Il se dégage alors une tendance très positive dans la promotion de la paix sociale. Le rapport⁹¹⁴ de 2020 a révélé une augmentation de saisine des inspections de travail pour résoudre les litiges individuels de travail⁹¹⁵. Il est important de rappeler qu'un conflit individuel qui est considéré comme une

⁹¹² Il doit faire connaître aux parties, les droits du travailleur selon les informations qui lui sont données et vérifier que les parties sont disposées à se concilier sur cette base. Il doit connaître les droits que les parties tiennent de la législation, agir en conseiller attentif et refuser d'entériner un accord violant les droits incontestables du travailleur.

⁹¹³ A. BAUDOIN-MAZAND, « *La conciliation et la médiation : deux modes amiables de règlement des différends commerciaux* », PA, 6 août 1993, n° 94, 179p. ; p. 31.

⁹¹⁴ Au niveau national, les statistiques révèlent qu'il y a plus de la moitié des cas de litiges qui sont généralement réglés à l'amiable grâce aux bons offices des services de l'administration du travail. Il faut rappeler que la saisine de l'inspecteur du travail est facultative. Elle n'est pas obligatoire car les parties ont la totale liberté d'accepter de résoudre le différend devant le tribunal du travail. C'est une approche très importante dans la vie des entreprises car l'intervention des inspecteurs du travail dans les conflits individuels de travail qui permet, à coup sûr, de désengorgement du service public de la justice avec un impact qui en plus contribue à amoindrir les coûts de fonctionnement des tribunaux et impacte positivement sur d'autres aspects.

⁹¹⁵ « *Par rapport à 2018, des variations sont notées. En effet, les PV de conciliation ont connu une certaine progression passant ainsi de 880 à 981. De cette situation, il faut relever, avec intérêt, que 53,60% des travailleurs concernés par les conflits individuels de travail ont obtenu satisfaction de leurs chefs de réclamation. Sous ce registre et au niveau de toutes les ITSS, on remarque que les conciliations totales l'emportent souvent. Ainsi, seules les IRTSS de Saint-Louis (74,07%) et Dakar (54,64%) ont enregistré un taux de plus de 50% pour ce qui est des travailleurs en conflit ayant bénéficié de la conciliation. Les autres Inspections suivent avec des taux en-deçà de 50%. C'est le cas notamment de Thiès avec 49,90%, et de Rufisque avec 49,54%, de Fatick (22,22%), Matam (40%), Ziguinchor (20,72%) et de la Zone franche (37,5%). Par ailleurs, les conflits individuels qui ont fait l'objet de PV de non conciliation ont pris un certain volume avec 688 PV établis. Il faut remarquer que sur les 2787 travailleurs concernés par les conflits individuels de travail, 44,99% n'ont pas obtenu la satisfaction de leurs réclamations. Quant aux PV de conciliation partielle, on en dénombre 29 ; ces PV sont plus constatés dans les IRTSS de Dakar avec 17 cas pour 27 travailleurs, de Kaolack, Kolda et Louga qui capitalisent chacune 2 PV concernant 2 travailleurs ; l'Inspection départementale de Rufisque enregistre 3 PV pour 3 travailleurs, les IRTSS de Thiès, Saint-Louis et Fatick ont chacune enregistré 1 PV de conciliation partielle pour un travailleur concerné. Les autres inspections n'ont pas enregistré de PV de conciliation partielle à leur bilan. Le tableau 31 donne la distribution selon le genre des travailleurs concernés par les conflits individuels de travail en 2019. Il renseigne que, les tentatives de conciliations suite aux conflits individuels ont concerné 2787 travailleurs, dont 77.43% d'hommes et 22.57% de femmes. À la suite de ces tentatives de conciliation, 1494 travailleurs (53.61% du total) ont eu une conciliation totale, dont 71,69% d'hommes et 28.31% de femmes, 39 travailleurs (1.4%) une*

rupture de l'harmonie sociale, un désaccord entre le travailleur et l'employeur porté devant l'inspecteur du travail, génère, le plus souvent, des transactions financières en cas de conciliation totale ou partielle⁹¹⁶. Quand, il y a échec dans la tentative de conciliation, l'inspecteur du travail doit transmettre le dossier de l'affaire (requête du demandeur et pièces à l'appui éventuellement, procès-verbal de non conciliation et bordereau de transmission) au Président du tribunal du travail pour l'ouverture de la phase judiciaire. Le plus souvent, la majeure partie des conflits individuels de travail transmis au tribunal ont divers motifs. Il y a l'absence de l'employeur ou du travailleur, la contestation des chefs de réclamation, le refus de l'employeur de lever les sanctions, le refus de conciliation, le désaccord sur les sommes à payer, les difficultés financières de l'employeur⁹¹⁷. La posture du juge est très importante dans la résolution des litiges individuels du travail.

Section II : Le juge des litiges individuels de travail

Les règles gouvernant les relations de travail ont toujours eu un caractère d'ordre public qui constitue un obstacle à l'arbitrage des litiges individuels. Le souci de protection des salariés fait établir l'exclusivité des acteurs juridictionnels dans les litiges individuels de travail. Ces derniers ont la possibilité de régler les litiges en ayant recours à la conciliation. Dans la

conciliation partielle parmi lesquels 34 hommes (soit 87.18%) et 5 femmes (soit 12.82%) et enfin, 1254 travailleurs (44.99%) ont connu une non conciliation avec 1053 hommes, soit 83.97% et 201 femmes, soit 16.03%. Pour l'année 2019, on dénombre 2 787 demandes de tentative de conciliation soumis aux ITSS » Rapport annuel des statistiques du travail 2019, p. 88, <https://travail.sec.gouv.sn>, lu le 19/03/2020

⁹¹⁶ Il faut retenir, pour « l'année 2019, un montant de 628 221 473 F CFA a été distribué entre 1533 travailleurs avec une moyenne de 409 799 F CFA par travailleur. L'essentiel des transactions financières sont faites par l'IRTSS de Dakar avec un montant de 359 278 374 F CFA pour 885 travailleurs, soit 57,19% du total avec une moyenne par travailleur de 405 964 F CFA. Il s'ensuit les ITSS de Thiès (18,29%), Rufisque (11,99%) et Saint Louis (5,56%) avec respectivement des transactions financières de 114 917 202 F CFA, 75 325 903 F CFA et 34 900 328 F CFA. Les autres ITSS enregistrent des montants inférieurs à 1%, il s'agit de Ziguinchor (0,95%), Tambacounda (0,52%), Kaffrine (0,47%), Louga (0,42%), Kédougou (0,29%), Zone franche (0,19%), Matam (0,10%) et Fatick (0,08%), soit un cumul de 95 travailleurs qui ont pu se voir répartir un montant de 24 811 205 F CFA (soit 0,95%) du montant total des transactions financières opérées dans le cadre des conciliations partielles et totales ». Rapport annuel des statistiques du travail 2019, op. cit. ; p. 92, <https://travail.sec.gouv.sn>, lu le 19/03/2020.

⁹¹⁷ Le rapport a précisé « si en 2018, ce motif concernait 166 affaires avec un taux de 28,2%, il est passé à 212 affaires pour un taux de 31,13%. Les 95 conflits individuels transmis pour « désaccord sur les sommes à payer » représentent aussi un volume important comparé aux 61 conflits de l'année 2018. C'est le cas également des 77 conflits individuels transmis pour « contestations liées à la situation juridique du travailleur » contre les 46 dossiers de l'année précédente. Les conflits individuels transmis pour « refus de l'employeur de lever la sanction » ont augmenté dans la même veine en passant de 02 dossiers pour un taux de transmission de 0,3% à 31 dossiers pour un taux de 4,55%. Au regard du seul dossier concerné en 2018, une nette progression a été constatée en 2019 avec 10 conflits individuels transmis pour « absence du travailleur », soit un taux de transmission de 1,47% » « Une précision de taille est la comptabilité des dossiers déférés devant les juridictions du travail suite aux échecs des tentatives de conciliations au niveau des ITSS, dossiers qui s'élèvent à 681 cas. L'IRTSS de Dakar capitalise le plus grand nombre de PV de non conciliation transmis au tribunal avec 415 PV. Elle est suivie par l'IRTSS de Thiès avec 139 dossiers. Les autres Inspections ont chacune enregistré un taux de dossiers transmis au tribunal de moins de 5%. Comparativement aux données de 2018, les conflits individuels de travail transmis au tribunal sont passés de 588 à 681 d'où une augmentation de l'ordre de 93 dossiers. Les IRTSS de Dakar et de Thiès ont été déterminantes dans cette situation au regard des taux de dossiers transmis qui sont respectivement de 60,94% et 20,41% ». Rapport annuel des statistiques du travail 2019, op.cit. ; p. 18, <https://travail.sec.gouv.sn>, lu le 19/03/2020 .

phase contentieuse, des règles matérielles et des principes organisent la procédure et le jugement, ce qui confère au juge la possibilité extraordinaire de pouvoir solutionner les litiges individuels de travail tout en tenant compte de la situation des différentes parties et surtout de l'intérêt de l'entreprise. Le juge peut avoir différentes postures dans la recherche de solutions. Il peut être un conciliateur (paragraphe 1) ou bien un trancheur (2).

Paragraphe I : Le juge-conciliateur dans les litiges individuels de travail

Dans le cadre des contentieux, le juge a pour fonction principale de garantir le respect de la règle de droit. Il a l'obligation de sanctionner toute violation de la législation. Cependant, il faut signaler qu'en sus de sa fonction initiale de sanctionner toute violation des règles, le juge sénégalais a une autre très importante : celle d'un régulateur social. La conciliation du juge est une conciliation judiciaire. Le tribunal du travail est saisi sur la base du procès-verbal de non conciliation dressé par l'inspecteur du travail ou bien par une simple requête écrite du fait du principe de la gratuité. Ce principe permet d'assurer l'égalité des salariés et des employeurs devant le tribunal du travail. Il permet aussi de mieux assurer la protection sociale de l'employé contre les risques sociaux et les abus de son employeur. La gratuité de la procédure permet de mieux agir contre les abus des employeurs. Elle apporte davantage de souplesse aux entreprises et cela permet aux employeurs de sauvegarder les activités des entreprises. Contrairement à l'arbitrage, le législateur sénégalais a écarté les contraintes financières qui pourront surement décourager les employés qui n'ont pas de moyens à ester en justice en cas de violation de leurs droits par les employeurs qui peuvent user des stratégies d'intimidation en cas d'échec de la tentative de conciliation devant l'inspecteur du travail et de la sécurité sociale, ou en son absence. Ainsi, il s'agira de voir les exigences de la conciliation (A) dans un premier temps puis de voir l'équité : un principe fondamental dans la conciliation (B) dans un second temps.

A. Les exigences de la conciliation devant le juge

En contentieux social, théoriquement, la conciliation repose sur des arguments techniques. Il s'agit, par exemple, des incertitudes concernant l'issue d'un procès. Cependant, pour prendre en charge la dimension sensible du droit du travail, qui peut impacter négativement sur l'environnement de l'entreprise et de la famille, le juge et les parties peuvent faire appel à des considérations d'ordre éthique, économique, social ou financier pour résoudre le contentieux. La particularité du contentieux social réside sur le fait de parvenir à une conciliation tout en sauvegardant les droits des parties, spécialement ceux du travailleur. Le

succès d'une conciliation dépend de facteurs difficiles à maîtriser : présence des conseils qui n'ont souvent pas intérêt à la conciliation, état d'esprit des parties. Il s'agira de voir, d'abord, la confidentialité de la conciliation (1) puis de voir le règlement de litige à l'amiable (2).

1. La confidentialité de la conciliation

Dans la phase précontentieuse, le tribunal du travail a pour mission essentielle de résoudre et de régler les litiges par voie de conciliation. De ce fait, la conciliation paraît être l'antichambre du tribunal du travail. La principale finalité de cette tentative de conciliation est liée au souci de protéger les intérêts du salarié et de l'entreprise. Lorsqu'un litige est porté devant le tribunal du travail, le juge se voit l'obligation de tenter la conciliation dans son bureau ou dans la salle de conciliation entend les parties⁹¹⁸. La particularité de cette tentative de conciliation, qui est une procédure amiable de résolution des conflits individuels du travail, réside essentiellement sur la confidentialité. Le législateur sénégalais a mis en exergue le caractère confidentiel de la conciliation. Il a précisé que « *l'audience est publique, sauf au stade de la conciliation*⁹¹⁹ ». En droit social, il est très fréquent qu'un employeur, ou un salarié, dans certaines situations, désire voir leur différend solutionné confidentiellement. Dans ce sens, il est important de signaler que la doctrine a fait remarquer que « *la confidentialité permet une meilleure protection et préservation de la réputation et de l'image de personnes particulièrement exposées d'une part, et offre davantage de sérénité parfois nécessaire dans des situations de crise aiguë, d'autre part*⁹²⁰ ».

Dans le bureau du juge conciliateur, loin des exigences légales de publicité des débats, la conciliation met en exergue l'obligation de confidentialité. Cette confidentialité est un des fondements principaux de la tentative de conciliation devant le juge. La confidentialité est une exigence non négociable pour la sécurité des entreprises⁹²¹ dans le monde des affaires. Cette

⁹¹⁸ La tentative préalable de conciliation est une étape essentielle du règlement du litige individuel de travail car tout jugement rendu sur une demande qui n'aurait pas été soumise au bureau de conciliation serait entaché d'une nullité d'ordre public. L'effort du juge de vouloir résoudre le problème en conciliant les parties est une obligation de moyens. La conciliation devant le juge du travail semble ainsi apparaître comme un instrument privilégié par le législateur sénégalais. Elle permet aux parties de s'engager dans un processus d'écoute et de compréhension mutuelle. Ainsi, le juge pourra les aider à dégager une solution commune. De ce fait, il est évident que l'accord de conciliation peut, certaines fois, mieux qu'une décision de justice, répondre à la contribution du jugement à la paix publique.

⁹¹⁹ Article L.248, du Code du Travail.

⁹²⁰ B. GIRARDIN, « *L'arbitrage en droit du travail : l'avenir du contentieux social* », 2017 ; n° 79-44 35p. ; p. 15, <https://www.magazine-decideurs.com>, 2016, lu le 23/04/2019.

⁹²¹ La confidentialité recouvre des secrets commerciaux, des procédés techniques ou des méthodes, des projets de fusion ou d'acquisition, des litiges individuels de travail ou toutes autres informations sensibles qui ne doivent pas être dévoilés à des concurrents, des médias ou, d'ailleurs, à quiconque à l'extérieur de l'entreprise. Il faut préciser que l'objectif poursuivi par le Législateur est de pouvoir améliorer le fonctionnement de la juridiction du travail de façon à minimiser les coûts de résolution des conflits individuels du travail. Les réponses apportées consistent essentiellement à favoriser les modes alternatifs de résolution des litiges. L'obligation de procéder à une tentative préalable de conciliation demeure la règle dans le traitement des litiges individuels de travail. Dans un milieu professionnel, le rétablissement d'un environnement paisible devient une priorité.

confidentialité concerne des informations internes qui ne peuvent être partagées avec certains collaborateurs de l'entreprise ou des externes. Le sauvetage de l'entreprise est d'un enjeu capital car il faut impérativement intervenir avant que le litige ne porte atteinte à l'image et à l'économie de la société. Il doit réagir pour sauver l'emploi du salarié et la stabilité de toute une famille. L'intervention en conciliation peut être perçue comme une phase préventive du jugement. « *La prévention des difficultés consiste à intervenir avant qu'il ne soit trop tard [...]. Il s'agit de s'attaquer aux racines du mal, sans en attendre les manifestations, de prévenir plutôt que guérir*⁹²² ». Avec la mondialisation, le monde des entreprises est un environnement épris d'une concurrence capable de broyer les plus fébriles et une mauvaise publicité peut, de façon considérable, impacter négativement sur l'image de la société⁹²³. La confidentialité permet de mieux renforcer le caractère préliminaire et obligatoire de la conciliation⁹²⁴. Il est important de rappeler à ce niveau que le rapport du Ministère de la Justice du Sénégal a montré l'importance des du règlement de conflits à travers la conciliation⁹²⁵. Les différentes parties à la conciliation sont soumises à l'obligation de confidentialité. Cette confidentialité met aussi les différentes parties au litige dans une bonne posture de pouvoir gérer le litige à l'amiable devant le tribunal du travail en phase précontentieuse.

2. Le règlement de litige à l'amiable

Le juge remplit une fonction particulière de conciliation. Tout litige porté devant un tribunal du travail est obligatoirement soumis à la phase précontentieuse qui est une tentative de conciliation. Le juge du travail garantit la protection des droits du salarié et de l'intérêt de l'entreprise⁹²⁶. Il assure aussi l'existence et le maintien de relations de travail. Étant un passage obligatoire avant la phase contentieuse, l'audience de conciliation permet de s'entendre avec

⁹²² C. S-A- HOUIN, Droit des entreprises en difficultés, Ed. Montchrestien, EJA Paris 1995, 258p. ; p. 51.

⁹²³ Face à cette situation, la prévention à travers la conciliation apparaît comme primordiale. Il s'agit d'éviter, à tout prix, que les litiges individuels de travail deviennent publics. Il s'agit alors d'éviter d'exposer certaines informations liées à la vie de l'entreprise. La conciliation devant le juge, et cela en toute confidentialité, loin du public, pourra permettre de résoudre le litige et de sauvegarder l'image de l'entreprise sans léser le salarié.

⁹²⁴ Elle relève de la volonté de résoudre les conflits individuels du travail essentiellement par le mécanisme de la conciliation. L'obligation de confidentialité qui pèse sur les acteurs appelés à la procédure de conciliation confère à cette procédure un avantage certain sur les procédures faisant l'objet d'une mesure de publicité. Cette procédure permettra alors de bien pouvoir gérer la protection des documents utilisés lors d'une procédure de conciliation.

⁹²⁵ . « *Durant l'année 2017, les dix-huit (18) maisons de justice installées à travers le territoire national ont traité douze mille soixante-six (12.066) dossiers de médiation dont six mille huit cent quarante-huit (6.848) réussies soit 56,8% de taux de réussite. Alors qu'en 2016, ces mêmes structures ont traité environ 12 879 dossiers de médiations avec 8293 conciliations réussies (64,4%), 5% non réussies et le reste (30,6%) constitué d'instances, de radiations, de désistements, etc. Donc, il est constaté une baisse de performance de 7,4 points par rapport à 2016, des MDJ, dans le règlement des différends. Les prévisions tablaient sur 75% ».* Rapport d'activités 2017 Ministère de la Justice, <https://justice.sec.gouv.sn>, p. 52, publié en 2018. Lu le 23/09/2019.

⁹²⁶ Il a une mission de paix et de sécurité. De ce fait, il ne peut pas être insensible aux différentes tensions professionnelles qui peuvent ralentir la vie de l'entreprise.

l'employeur pour négocier⁹²⁷. Le juge, qui est ici un conciliateur, a un rôle plus directif en ce sens qu'il propose des solutions aux parties sans les y contraindre. Cependant, à la différence du médiateur, qui se limite à faire émerger les solutions par les parties, le juge-conciliateur fait des propositions. Sa conciliation vise « à rétablir la bonne entente entre des personnes, dont les opinions, ou les intérêts s'opposent⁹²⁸ ». Le juge-conciliateur n'exerce pas de juridiction quand il siège en cette qualité.

Dans la plupart des conciliations des litiges individuels de travail, les différentes parties sont entendues par un juge qui siège sans jury. La conciliation devant le juge n'est pas publique. Il convient de faciliter le règlement amiable des litiges par la conciliation, qui présente l'avantage d'être rapide et plus souple que l'arbitrage. Ceci suppose non seulement un traitement adapté mais aussi efficace des litiges individuels⁹²⁹. Il faut signaler que toute partie, qui ne comprend pas les termes d'une règle de droit, a l'obligation de demander des explications au juge-conciliateur. La Cour de cassation française a précisé que les parties devaient, au cours d'une audience de conciliation⁹³⁰, avoir « été informées de leurs droits respectifs » par les Juges. Ainsi, toute conciliation intervenue avec un tel vice de consentement peut être annulée⁹³¹. La conciliation suppose que l'employeur reconnaisse le préjudice qu'il a occasionné au salarié et que le salarié ait quantifié son préjudice de telle sorte que l'on arrive à un accord de l'employeur et du salarié sur l'indemnisation de ce préjudice. Le processus de la conciliation est volontaire car elle ne peut jamais être imposée aux parties. Ce sont les parties qui choisissent ou non d'y participer et elles peuvent décider d'y mettre fin à tout moment. Lorsque les parties comparaissent devant le président du tribunal du travail, il est procédé à la tentative de conciliation, en cas de conciliation c'est-à-dire d'accord un procès-verbal rédigé en séance tenante sur le registre de délibération du tribunal consacre le règlement amiable du différend. Un extrait du procès-verbal de conciliation signé du président et du greffier vaut titre exécutoire.

⁹²⁷ Le législateur sénégalais cherche avant tout à trouver une solution amiable aux litiges nés entre employeurs et salariés. Le Code du Travail accorde une possibilité d'action au juge-conciliateur pour qu'il réussisse de trouver un compromis afin que le litige n'aille pas jusqu'au jugement public. Soucieux de la paix sociale, de garantir un climat de travail apaisé dans les entreprises, le législateur sénégalais a très tôt défini reconnu et développé une compétence spéciale du juge en matière de litiges individuels. C'est pour cette raison qu'il lui est attribué un rôle évident de conciliateur.

⁹²⁸ Dictionnaire Larousse en ligne www.larousse.fr/dictionnaires/francais. Vu le 07/10/2015.

⁹²⁹ Son rôle premier consiste à écouter les observations des différentes parties et à calmer leurs irritations et nervosités. Dans le second temps le juge tentera d'expliquer en équité où se situent les droits et obligations de chaque partie au regard de la loi, puis il suggérera aux différentes parties une base raisonnable de transaction tout en leur présentant les avantages. Mais la conciliation ne comporte ni instruction, ni jugement. Le juge ne peut imposer aux parties ses propositions de solutions. Comme dans l'arbitrage, la discrétion et la confidentialité sont deux éléments essentiels dans la conciliation dans la période précontentieuse devant le juge. Elles permettent aux salariés et employeurs d'être en sécurité eu égard à diverses informations. Elles assurent une meilleure protection des secrets de l'entreprise.

⁹³⁰ Le juge-conciliateur a pour mission de rapprocher les points de vue des parties et d'aboutir à un accord transactionnel matérialisé par une ordonnance de conciliation qui peut être partielle ou totale. Rien n'interdit de parvenir à un accord portant sur certains points du litige surtout lorsque les explications ne sont pas claires.

⁹³¹ 24 mai 2006 N° de pourvoi : 04-45877. <http://www.legifrance.gouv.fr> vu le 11 /10/2015.

Pour un souci de régler le plus rapidement les litiges pour préserver l'intérêt de l'entreprise et des relations sociales, le législateur impose un délai pour que le juge tente une conciliation. Dans les cinq jours à dater de la réception de la demande⁹³², dimanche et jours fériés non compris, le Président cite les parties à comparaître devant lui en conciliation. La tentative de conciliation ne peut excéder un délai de douze jours. En plus des délais courts, le juge doit traiter la tentative de conciliation dans la plus grande discrétion. En réalité, « *l'audience est publique, sauf au stade de la conciliation* »⁹³³. En cas de non succès de la tentative de conciliation du juge, celui-ci procédera alors au jugement du litige pour dire le droit.

B. L'équité, un principe fondamental dans la conciliation

La particularité du contentieux social réside dans l'intervention⁹³⁴ du juge pour trouver une solution au problème. Le sauvetage des relations de travail au niveau de l'entreprise est d'un enjeu capital, le juge intervient en mettant les règles de droit à côté dans un premier temps. C'est pour cette raison que la doctrine précise que « *la volonté de favoriser l'accès au juge dans le contentieux de la protection sociale a conduit à créer des juridictions spécifiques, présumées plus proches des justiciables, où le recours à un avocat n'est jamais obligatoire* »⁹³⁵. Le juge⁹³⁶ du travail garantit la protection des droits du salarié et de l'intérêt de l'entreprise. Il a une mission de paix et de sécurité. De ce fait, il ne peut pas être insensible aux différentes tensions professionnelles qui peuvent ralentir la vie de l'entreprise. Le juge⁹³⁷ assure aussi l'existence et le maintien de relations de travail. Le législateur précise sur la saisine⁹³⁸ que « *l'action est introduite par déclaration écrite faite au greffier du tribunal du travail* »⁹³⁹. La requête peut être

⁹³² Article L. 243 du Code du Travail.

⁹³³ Article L. 248 du Code du Travail.

⁹³⁴ L'audience de conciliation est une phase essentielle de la procédure contentieuse. Elle va permettre d'organiser la vie au niveau de l'entreprise. Il est important de rappeler que le juge en contentieux social est conscient que la règle de droit n'est pas la seule règle de conduite sociale. Il sait qu'il y a des normes qui ont aussi pour finalité d'assurer le fonctionnement harmonieux des relations humaines, sans pour autant sortir du domaine juridique.

⁹³⁵ I. SAYN, « *Accès au juge et accès au droit dans le contentieux de la protection sociale* », Dans Revue française des affaires sociales, 2004/3, 259 p., p. 113.

⁹³⁶ Il faut signaler que l'intervention du juge social n'est plus perçue comme s'il s'érigait peu à peu un face-à-face entre des juges qui interprètent le droit social dans une logique plutôt soucieuse de la réalité et les différentes parties pour lesquelles la règle de droit renvoie d'abord à des impératifs de gestion. En droit sénégalais, il est évident que le juge, prenant en compte le contexte, est dans une logique de concilier les deux parties. Le juge remplit une fonction particulière de conciliation. Tout litige porté devant un tribunal du travail est obligatoirement soumis à la phase précontentieuse qui est une tentative de conciliation.

⁹³⁷ Le juge a une obligation d'intervenir en amont pour tenter une conciliation avant qu'il ne soit trop tard. La finalité de l'intervention du juge est de prévenir les difficultés pour l'entreprise et, surtout, d'éviter la survenance de la rupture des relations contractuelles. La simplicité de saisine du juge est l'un des éléments qui prend en compte la dimension sociale du contentieux. Le Législateur n'a pas imposé une forme particulière de saisine. Dans la pratique, le demandeur adresse une requête écrite au Président du Tribunal qui procède alors au règlement comme en cas de transmission du dossier par l'inspecteur du Travail.

⁹³⁸ La forme de la saisine est directe : il s'agit d'une déclaration écrite. La particularité de la simplicité réside aussi sur la possibilité d'admettre que l'action soit introduite par une requête collective ou commune au même titre que la requête individuelle. En présence de plusieurs actions individuelles intentées par voie de requête, l'action permettrait de recevoir certaines d'entre elles et de rejeter d'autres, s'il y a lieu.

⁹³⁹ Art.L.242 du Code du Travail.

déposée par le demandeur (salarié ou employeur⁹⁴⁰) ou bien par son Conseil (mandataire ou avocat) ou bien le dossier émanant de l'inspecteur du travail (requête⁹⁴¹, procès-verbal de l'inspecteur du travail, bordereau de transmission). En droit du travail, le législateur a mis en exergue la notion de délai raisonnable, l'obligation de diligence⁹⁴² et de célérité fait partie des devoirs du magistrat⁹⁴³. Cette tentative de conciliation donne au contentieux social un double visage qui permet de mettre en pratique l'équité (2) alors qu'elle est interdite⁹⁴⁴ en droit (1).

1. L'interdiction de statuer en équité

Pour l'essentiel, chaque système judiciaire construit au fil du temps sa philosophie du procès, sa dogmatique et ses principes fondamentaux. Dans sa mission, une interdiction est faite au juge de statuer en équité. Le juge a l'obligation de juger en droit. Cela est valable dans tous les domaines du droit. Le législateur a précisé, dans ce sens, que « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables*⁹⁴⁵ ». Ses décisions de justice doivent être obligatoirement soutenues par des motifs de droit. D'ailleurs, la doctrine évoque le fait que

⁹⁴⁰ L'employeur peut, en plus, être représenté par un directeur ou un employé de l'entreprise ou de l'établissement, sauf en ce qui concerne les avocats, le mandataire des parties doit pour chaque affaire être constitué par écrit et agréé par le président du tribunal. Le mandat est donné sans réserve pour un différend déterminé, s'il n'est révoqué, de même que l'agrément s'il n'est retiré, demeure valable pour l'exercice des voies de recours ordinaires devant la cour d'appel ainsi que pour l'exécution des décisions à l'exclusion de la perception du montant de la condamnation. Par conséquent, lorsqu'un mandataire est constitué au cours d'une procédure, il doit être agréé par le président du tribunal saisi. Par ailleurs, l'irrégularité de la représentation en justice résultant du défaut de signature de l'écrit par le travailleur représenté, est sanctionnée d'une nullité d'ordre public. Il appartiendra alors au juge de relever d'office cette nullité. Il peut la soulever à tous les stades de la procédure. Au niveau de la conciliation, il est important de rappeler que le juge en contentieux social est conscient que la règle de droit n'est pas la seule règle de conduite sociale. Il sait qu'il y a des normes qui ont aussi pour finalité d'assurer le fonctionnement harmonieux des relations humaines, sans pour autant sortir du domaine juridique.

⁹⁴¹ Elle est reçue au Secrétariat du Tribunal pour enregistrement avec sa transmission au Président du Tribunal. Le législateur impose, d'une part, au niveau du tribunal de travail, l'inscription des demandes de saisine soit « faite sur un registre tenu spécialement à cet effet » (Art.L.242, al. 2 du Code du Travail). Il insiste, d'autre part, sur l'élément de preuve que le tribunal du travail doit donner au demandeur. En Obligation, « un extrait de cette inscription est délivré à la partie ayant introduit l'action » (Art.L.242, al. 2 du Code du Travail).

⁹⁴² Cette obligation de diligence fait partie des valeurs énumérées par le manuel de déontologie des magistrats du Sénégal. Il faut préciser que la modernisation de la justice ne peut occulter non seulement les facilitations d'accès à la justice, mais aussi la célérité dans le traitement des dossiers. (Article 1er de la loi n° 2014-26 du 3 novembre 2014 abrogeant et remplaçant la loi n° 84-19 du 2 février 1984 fixant l'organisation judiciaire). C'est dans cette logique que le législateur met la pression sur le juge pour une prise en charge effective du dossier de crise. « Dans les cinq jours à dater de la réception de la demande, dimanche et jours fériés non compris, le Président cite les parties à comparaître devant lui, en conciliation, dans un délai qui ne peut excéder douze jours, majoré s'il y a lieu, des délais de distance fixés dans les conditions prévues à l'article L. 230 ». (Art.L.243 du Code du Travail). Le demandeur et le défendeur sont convoqués par voie de citation à comparaître, ou par lettre recommandée avec accusé de réception. En droit, la citation est l'œuvre du Président du Tribunal qui doit l'effectuer par l'intermédiaire d'un agent spécialement commis à cet effet. Le défendeur est cité en conciliation dans un délai qui ne peut excéder douze jours, majoré s'il y a lieu des délais de distance.

⁹⁴³ Le législateur a précisé que « la citation est faite à personne ou domicile par voie d'agent administratif spécialement commis à cet effet. Elle peut valablement être faite par lettre recommandée avec accusé de réception » (Art.L.243 du Code du Travail). La citation a pour but de faire venir les parties à l'audience de la tentative de conciliation. Les parties sont tenues de se rendre au jour et à l'heure fixés par le Président du tribunal. Le législateur leur donne la possibilité de se faire assister ou de se faire représenter soit par un travailleur ou un employeur appartenant à la même branche d'activité, soit par un avocat, soit encore par un représentant des centrales syndicales aux quelles sont affiliées les syndicats professionnels dont sont membres lesdites parties.

⁹⁴⁴ Cass. 2ème civ. 19 janvier 1983, Bull. II, n° 10.

⁹⁴⁵ Article 12 du code de procédure civile.

« le droit est "l'apanage du juge", comme les faits appartiennent aux parties⁹⁴⁶ ». Le principe qui consiste à juger uniquement au regard de la règle de droit possède de très solides fondements juridiques et pratiques. Cela permet de pouvoir éviter de dévier vers l'arbitraire et de compromettre la sécurité juridique du justiciable. Il ne faut pas oublier que les sentiments, les intuitions, les désirs d'être bon et équitable sont subjectifs et inévitablement changeants au gré de la diversité des caractères, des opinions, de l'état d'esprit des juges et des plaideurs. De ce fait, l'utilisation du principe d'équité tel quel conduirait à une forte insécurité juridique⁹⁴⁷.

L'inquiétude réside sur le risque d'aménager une possibilité récurrente pour certains juges de vouloir intentionnellement substituer leurs appréciations et leurs intentions à celles du législateur. La lecture de l'équité est de faire appel à la morale et aux sentiments, les décisions de justice seront très diverses et variées en fonction des interprétations des juges. La conséquence serait, alors, d'avoir une justice arbitraire, d'insécurité juridique. Le juge ne peut généralement pas juger en équité. Cette position a été largement appuyée par la jurisprudence. Il faut rappeler que la Cour de Cassation rappelait fréquemment ce principe. En matière sociale, elle n'hésitait pas à censurer des décisions jugées « arbitrairement⁹⁴⁸ » parce qu'elles ne sont pas conformes aux règles de droit applicables. C'est aussi le cas d'une décision cassée d'un juge du travail qui, se fondant sur l'équité, a condamné un employeur à payer un complément de rémunération à un salarié⁹⁴⁹. Cependant, le législateur, tout en contraignant le juge de se limiter de dire le droit, lui fait savoir qu'il « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposé⁹⁵⁰ ». La qualification est définie comme une technique générale de la réalisation du droit. Il semble qu'il s'agisse, à ce niveau, d'une atténuation reconnue par la jurisprudence⁹⁵¹. En Afrique, l'alerte a été donnée pour réconcilier les usagers et la justice⁹⁵².

⁹⁴⁶ J. MIGUET, « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit », Mélanges HEBRAUD, 689p. ; p. 567.

⁹⁴⁷ En témoignent ces propos édifiants tenus par des magistrats congolais : « Il faut dire [...] que nos décisions sont, certes, des décisions de justice, mais elles sont souvent injustes. Faisant fi de toutes les règles juridiques, nous avons jugé quelque fois selon nos sentiments, selon notre sens d'équité. Cette façon de faire est d'autant plus dangereuse qu'elle nous conduirait inévitablement à l'absence de règles, et pour peu que nous manquions de bon sens et de la sagesse de Salomon, on peut imaginer un peu ce que serait la justice: tout simplement l'arbitraire ou le bon plaisir des hommes [...] il faut que nos décisions soient solidement fondées en droit. C'est alors qu'elles seront acceptées et seront utiles ». (M. R. MOUTEKE et I. LOCKO, « Protection des droits et des magistrats au Congo. Pathologie d'une justice exsangue »; in *droits de l'homme en Afrique centrale, colloque de Yaoundé, 9-11 novembre 1994*, ed. Ucac-Karthala, 1996,259p. ; p. 171).

⁹⁴⁸ Cass. 2ème civ. 19 janvier 1983, Bull. II, n° 10.

⁹⁴⁹ Cass. Soc. 21 février 1980, Bull. V, 170.

⁹⁵⁰ Article 12, al.2, du code de procédure civile.

⁹⁵¹ Cass. Ire civ. 19 avril 1988, Bull. I, n° 104.

⁹⁵² La doctrine pense que la discussion est un levier efficace pour régler les différends et trouver des solutions « aux besoins de justice et d'équité là où le droit strict n'offre plus de réponse, soit parce que les magistrats sont impuissants à faire exécuter leurs décisions, soit parce que la norme exogène est inadaptée aux situations conflictuelles et aux représentants qu'ont les justiciables de la bonne société ». (E. LEROY, « Le justiciable et la redécouverte d'une voie négociée de règlement des conflits », *Afrique contemporaine, n° spécial, Documentation française, 1990, 265p. p. 113*).

2. La pratique de l'équité en contentieux social

La doctrine⁹⁵³ a beaucoup insisté sur l'importance de la conciliation et le rôle qu'elle jouait au sein des sociétés africaines⁹⁵⁴. L'équité est la forme de la justice naturelle et du bon sens. Elle est perçue comme « *une vertu morale qui qualifie, tempère et réforme la rigueur, la sévérité et le tranchant de la loi. Elle prête assistance à la loi là où cette dernière est faible et défectueuse, et la défend contre les subterfuges, les erreurs et les subtilités qui servent souvent à priver de remède ceux qui ont des droits incontestables*⁹⁵⁵ ».

En contentieux social, le juge sénégalais prend en compte, exceptionnellement, l'équité dans l'application de la règle de droit. « *Le Président cite les parties à comparaître devant lui, en conciliation*⁹⁵⁶ ». Il s'agit d'une voie d'un règlement amiable. Le juge est dans une obligation préalable de tenter la conciliation. Le législateur, dans cette situation, met le juge du travail dans une position d'écoute et de négociation entre les parties. L'équité devient alors un moyen et une stratégie pour la concrétisation de la finalité de la justice. D'ailleurs, c'est la raison pour laquelle la doctrine définit l'équité, comme étant « *une opposition à la rigidité du droit général et abstrait, au droit strict [...] donc un droit affranchi de règles, un droit qui cherche une solution individuelle pour chaque homme*⁹⁵⁷ ». Il s'agit, dans cette situation, de concilier la notion de justice et une règle de droit générale, souvent absconde, mais qui grâce à sa prévisibilité, garantit une certaine sécurité juridique et une égalité des citoyens devant la loi. Cette logique a été suivie par le Conseil des prud'hommes qui a fait remarquer la nécessité de se fonder sur l'équité en l'absence de règles spécifiques pour trancher le litige⁹⁵⁸. Le juge, dans

⁹⁵³ V. G.A. KOUASSIGAN, *L'homme et la terre*, ed. Berger-Levrault, 1966, 145p. ; p. 80 ; M. MICHEL, « Les modes de régulation des conflits urbains », Paris, Descartes et Cie, p. 297 ; J. Y. TOE, « Les modes informels de régulation des conflits dans les quartiers pauvres de Ouagadougou », 412p. ; p. 317 ; R. D. Ségui, « Modes informels de régulation dans les quartiers pauvres : l'exemple d'Abidjan », *Revue d'Économie Régionale & Urbaine*, 399p. ; p. 353 ; J. Maquet, *Pouvoir et société en Afrique*, ed. Hachette, Paris, 1970 ; 198p. ; p. 123.

⁹⁵⁴ Il faut reconnaître que l'avènement du juge occidental durant la période de colonisation n'a pas entièrement fait disparaître la pratique coutumière de « l'arbre à palabre » aux origines lointaines. Cette pratique permettait aux différentes parties de discuter, de négocier et de trouver un compromis entre les différentes tendances. Ce mode de justice rappelle, à bien des égards, cet adage populaire qui veut « *qu'un bon arrangement vaut mieux qu'un mauvais procès* ». La citation normale est : « *Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès* ». (Honoré de Balzac, *Illusions perdues*, édition de Jacques Noiray, Gallimard, « Folio classique », 2013, 1023p. p. 956). L'auteur soulignait une préférence presque aveugle pour un accord consenti plutôt qu'un jugement contraint. Cette justice-coutumière cherchera avant tout à apaiser et à concilier les esprits. Elle n'a pas une fonction de « juris dictio. Autrement dit, elle n'a pas vocation à dire le droit, cependant, elle réussit à concilier les intérêts et à pacifier l'environnement social. D'ailleurs, « *la Loi elle-même, aussi peu infaillible que l'homme dont elle est l'ouvrage, peut être incomplète et insuffisante. C'est à l'équité, à la loi naturelle de la compléter. Le bon sens est alors législateur et juge [...]. Mais il faut remarquer qu'on ne doit recourir à l'équité et à l'usage que dans le silence absolu de la loi* ». (M. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, 1885, 423p. p. 383). Cette position de la doctrine fait appel à une forte motivation de changement d'approche des juges qui doivent nécessairement faire des efforts d'abstraction des lois pour être « équitables » et avoir « bonne conscience ».

⁹⁵⁵ M-L. BEAULIEU, « *Législation du travail* », *Revue du Barreau*, février 1948, tome 8, no 2, 142p. ; p. 61.

⁹⁵⁶ Art.L.243 du Code du Travail.

⁹⁵⁷ J. CARBONNIER, *Droit Civil, Introduction Les Personnes Tome 1* n°4, Thémis Droit édition 1982 ; 312p. ; p. 152.

⁹⁵⁸ Le Tribunal a précisé que « *pour admettre l'existence d'une créance de salaires, de congés payés et de dommages-intérêts pour chacun des salariés concernés, le conseil de prud'hommes a énoncé que si ni la loi ni la convention collective ne précisent rien sur la rémunération particulière, en dehors du 1er mai, elles ne comportent pas pour autant l'interdiction de paiement*

la phase de la conciliation, doit d'abord s'assurer de l'existence d'une volonté commune des parties de tenter de trouver un règlement amiable au litige. Cette volonté est essentielle pour éviter de tomber sur les possibles risques « *d'acharnement conciliatoire*⁹⁵⁹ ». Le juge dans la phase de conciliation doit prendre en compte un facteur essentiel : en l'absence d'une Loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. C'est pour cette raison que le législateur a précisé qu'en « *l'absence de volonté exprimée, le contrat oblige à toutes les suites que la loi, les usages, la bonne foi ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature*⁹⁶⁰ ». En cas d'accord, un PV est rédigé séance tenante sur le registre des délibérations du tribunal consacré au règlement à l'amiable du litige. L'extrait du PV de conciliation signé du président et du greffier vaut titre exécutoire. Le désir de régler les différends dans la phase précontentieuse est une obligation pour le juge qui doit tenter une conciliation pour sauvegarder les relations contractuelles de travail. Son rôle de conciliateur permet de mettre les parties dans une posture de règlement à l'amiable du litige. Cependant, si la tentative de conciliation n'aboutit pas, le juge est obligé de convoquer les parties en audience.

Paragraphe II : Le juge-trancheur des litiges individuels de travail

En cas d'échec de la conciliation du juge, l'affaire est examinée au fond devant le tribunal du travail. Pour une bonne gestion du contentieux social, le législateur sénégalais a fixé une compétence matérielle qui permet au regard de l'objet du litige de déterminer la juridiction compétente⁹⁶¹. En matière de contentieux social⁹⁶², le tribunal compétent est celui du travail (A). De ce fait, le travailleur, dont la résidence habituelle est située au Sénégal, aura le choix entre le tribunal de cette résidence et celui du lieu de travail. La territorialité⁹⁶³ donne non

particulier ; qu'il convient alors au juge, devant l'imprécision de la loi du 19 janvier 1978 ne légalisant que le statut minimum dans le cadre du chômage du jour férié, d'examiner les demandes en équité, sur la base en particulier de l'article 1135 du Code civil ; que si en cas de non-travail d'un jour férié, il y a maintien du salaire, il serait inéquitable en cas de travail effectif de n'en rester qu'à l'attribution d'un salaire identique». Cour de Cassation, Chambre sociale, du 4 décembre 1996, 94-40.693 94-40.701, Publié au bulletin.

⁹⁵⁹ J. CARBONNIER : « *Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile, in le N.C.P.C., 20 ans après* », la Documentation Française 1998, 142p. ; p. 15.

⁹⁶⁰ Article 103 du code des obligations civiles et commerciales.

⁹⁶¹ Il s'agit du principe de la spécialisation qui est la limitation à un domaine précis. Avec ce principe, les juridictions sont habilitées à connaître des matières pour lesquelles compétence leur est spécialement donnée. Ainsi, le tribunal du travail est compétent pour un conflit social.

⁹⁶² Article L. 231 du Code du Travail.

⁹⁶³ Il faut préciser que la territorialité est une conséquence des principes de décentralisation et de sédentarisation. Le principe de décentralisation a pour vocation de rapprocher la justice du justiciable. Elle a entraîné la création par la loi d'un tribunal départemental au chef-lieu de chaque département et un tribunal régional au chef-lieu de chaque région. Alors que le principe de sédentarisation a permis que les juridictions siègent en un endroit unique, sauf les audiences foraines qui peuvent se tenir hors des juridictions. Elle donne aussi au juge un domaine territorial ou géographique à l'intérieur duquel il a compétence. Selon l'article L.232 du Code du Travail, « *les tribunaux du travail siègent au chef-lieu de chaque région, leur ressort est le territoire de la région* ».

seulement un caractère national de l'organisation judiciaire sénégalaise qui implique que seuls les tribunaux sénégalais ont compétence sur tout le territoire national. Contrairement à l'arbitrage qui est très coûteux, « *la procédure devant les tribunaux du travail est gratuite*⁹⁶⁴ ». Ce principe permet d'assurer l'égalité des salariés et des employeurs devant le tribunal du travail. Il permet aussi de mieux assurer la protection sociale de l'employé contre les risques sociaux et les abus de son employeur. La particularité du contentieux social réside aussi sur la possibilité d'une transaction en droit du travail (B).

A. Le contentieux devant le tribunal

Pour le cas de l'arbitrage, une étude⁹⁶⁵ a révélé que le souci de trouver des solutions à l'amiable lors des contentieux sociaux pousse certains arbitres à penser qu'il est possible pour le tribunal arbitral d'encourager les parties à trouver une solution amiable à leur litige. Il s'agira d'investir l'arbitre du « *devoir d'aider les parties à trouver un règlement amiable avant la fin de la procédure arbitrale*⁹⁶⁶ ». Cette démarche assez particulière est déjà solidement enracinée dans la culture juridique suisse, à Singapour et en Allemagne⁹⁶⁷. Mais la doctrine française est majoritairement peu favorable à ce que l'arbitre se mue en conciliateur en cours de procédure. À propos la possibilité du cumul des fonctions de conciliateur et d'arbitre⁹⁶⁸. Cette tendance à vouloir résoudre le conflit à l'amiable a une forte pondération en contentieux social. Le législateur sénégalais a réservé une place importante à la conciliation dans le bureau du juge. La disponibilité de ce dernier, qui est renforcée par la gratuité et la permanence du service, lui donne la possibilité de vouloir concilier les différentes parties. Cependant, il faut reconnaître que, en face de l'échec de sa tentative de conciliation, le juge change de posture pour vider le contentieux (1) et même en cas d'urgence (2), il est obligé d'agir pour résoudre le problème.

⁹⁶⁴ Article L. 240 du Code du Travail.

⁹⁶⁵ Une enquête faite en 2002 par trois auteurs allemands sur la base d'un questionnaire envoyé à la communauté de l'arbitrage international montre même que 86% des 53 praticiens affirment que faciliter une résolution amiable du litige est une des fonctions de l'arbitrage. V. Ch. BÜHRING-UHLE, G. SCHERER et L. KIRCHHOFF, « The Arbitrator as Mediator – Some Recent Empirical Insights », *Journal of International Arbitration* Vol. 20 n°1 (2003), 298p. ; p. 82.

⁹⁶⁶R. H. KREINDLER, « *Transaction et Arbitrage dans le cadre du Règlement d'Arbitrage de la CCI* », *Bulletin de la CCI* Vol. 9, n° 2 (1998), 236p. ; p. 22.

⁹⁶⁷G. KAUFMANN-KOHLER, V. BONNIN, « *L'arbitre-conciliateur : approche statistique de la corrélation rôle de l'arbitre et sa culture juridique* », *Bulletin CCI* Vol. 18, n° 2, 369p. ; p. 81.

⁹⁶⁸ La doctrine affirme que « *l'intervention des mêmes personnes pour conduire ces deux missions dans un même litige, peut donc atténuer la qualité de la conciliation et, en cas d'échec de celle-ci, affecter la régularité de la phase d'arbitrage qui la suit. En pratique, l'expectative de la seconde phase suffit à nuire à l'efficacité de la conciliation, où les parties seront tentées de limiter leurs confidences. D'un point de vue juridique, les confidences reçues dans la phase de conciliation des solutions peuvent affecter le jugement de l'arbitre, et la formulation des solutions qu'il préconise à cette occasion, constitué un préjugé. Mais surtout parce que le principe du contradictoire est un fondement essentiel de l'arbitrage, son absence est au contraire un atout central de la conciliation qui le précède, et l'arbitre qui agit comme conciliateur ne saurait en principe s'en affranchir* ». T. CLAY, « *L'arbitre peut-il avoir été précédemment conciliateur ?* », *D.* 2004, Sommaire ; 3245p. ; p. 3180.

1. La posture du juge

Le juge joue un rôle très important dans le contentieux social. Étant un acteur public, il a une posture particulière. L'accessibilité à la justice a aussi pour conséquence le fait que les audiences soient publiques⁹⁶⁹. Dans cette étape, le juge n'a plus l'obligation de rapprocher les parties pour un règlement à l'amiable des litiges. Il va procéder à la mise en état pour le jugement. Le juge veille à la loyauté, à la ponctualité de l'échange des conclusions et de la communication des pièces et surtout au respect du contradictoire. Le législateur a précisé le rôle important du juge dans l'organisation de l'audience et son fonctionnement. Le juge « *interroge et confronte les parties, fait comparaître les témoins*⁹⁷⁰ ». Ainsi, contrairement à l'arbitre, le juge pour mieux apprécier le litige a la possibilité d'ordonner des enquêtes et d'accomplir des actes pour la manifestation de la vérité. Vu la sensibilité des contentieux sociaux, le juge a, à sa disposition, un contrôle de légalité qui constitue un instrument efficace pour lutter contre l'employeur qui abuserait de sa supériorité économique pour imposer ses volontés au salarié. Il a la possibilité d'ordonner d'office toute expertise dans le terrain pour avoir une lecture du litige⁹⁷¹.

Pour le bon fonctionnement de l'audience, le juge doit veiller à ce que chaque partie au procès joue normalement son rôle. Le demandeur doit d'abord conclure et communiquer ses conclusions au défendeur et au Tribunal⁹⁷². Le principe du contradictoire constitue, sans nul doute, l'un des principaux principes de la procédure contentieuse sociale. C'est un principe qui permet de garantir aux parties qu'elles ne seront pas jugées sans avoir été sinon entendues. Il permet à chaque partie au procès de prendre connaissance des arguments de fait, de droit et de preuve à partir desquels elle sera jugée. Le juge doit veiller au droit de réplique de chaque partie. Elles doivent donc se montrer loyales et diligentes dans la communication de leurs pièces et conclusions. Les différentes parties peuvent déposer et communiquer les pièces qu'elles invoquent soit en même temps que leurs conclusions, soit juste avant la mise en délibéré c'est-à-dire à la fin de la mise en état. L'échange des conclusions est essentiel à cause de la théorie

⁹⁶⁹ Article L. 248 du Code du Travail.

⁹⁷⁰ Article L. 248 al.2 du Code du Travail.

⁹⁷¹ Il a la possibilité d'ordonner d'office toute expertise dans le terrain pour avoir une lecture du litige. Il appartient aux juges, « *au titre de leur pouvoir souverain d'appréciation, de qualifier la situation de fait qui leur est soumise et plus particulièrement ici la qualification du contrat, source du litige. Après avoir procédé à une vue d'ensemble de l'acte litigieux, les juges sont alors à même d'en déduire une qualification juridique en accord ou non avec celle proposée par les parties* ». N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, 495p. ; p. 176. <https://theses.hal.science>. Vu le 19/10/2015.

⁹⁷² Il est dans l'obligation de disposer de deux exemplaires de conclusions au moins : un pour le défendeur et un autre pour le Tribunal. Pour sa part, le défendeur réplique par des conclusions appelées répliques. Il est aussi dans l'obligation de disposer de deux exemplaires de conclusions au moins : un pour le demandeur et un autre pour le Tribunal. Le demandeur peut répliquer.

des faits constants et des conséquences du défaut de conclure⁹⁷³. Il faudra signaler une particularité très importante dans le traitement du contentieux social sénégalais. Il est donné aux différentes parties au litige la possibilité de demander au tribunal d'interrompre le procès et de leur donner la possibilité de trouver un accord en amiable.

2. L'interdiction du juge en cas d'urgence lors du contentieux social

La particularité des relations de travail est dans la prise en compte des facteurs économiques et sociaux. Des crises entre employeur et employé peuvent négativement influencer sur l'économie et sur la famille. L'essor de la procédure de référé est perceptible dans tous les secteurs du droit privé, cette tendance est particulièrement affirmée en droit du travail, car le traitement du social suppose une intervention immédiate. Le législateur a permis de mettre en place un mécanisme assez spécial pour régler les différends. En droit sénégalais, il existe différents types de référés qui sont le référé suspension⁹⁷⁴, le référé-liberté⁹⁷⁵, le référé-mesures utiles⁹⁷⁶, le référé-constat⁹⁷⁷, la suspension du contrat par la Cour suprême⁹⁷⁸ et le référé-filtre⁹⁷⁹. « *Le "référé" ou, plus complètement, la "procédure de référé", est une procédure orale et simplifiée attribuée, en principe, à la compétence du Président de la juridiction saisie qui statue " à juge unique". Il peut ordonner des mesures provisoires, principalement la consignation de sommes contestées, une expertise ou le paiement d'une provision. Il peut prononcer des astreintes. Mais, la demande en désignation d'un nouvel expert, motivée par l'insuffisance des diligences accomplies par l'expert précédemment commis en référé, relève de la seule appréciation du juge du fond*⁹⁸⁰ ». Autrement dit, c'est une procédure d'urgence⁹⁸¹

⁹⁷³ Le juge lui-même est tenu de respecter le principe du contradictoire, par exemple lorsqu'il envisage de soulever d'office un argument de droit : il doit, dans ce cas, mettre les parties en mesure de s'expliquer sur ce point, sous peine de ne pouvoir l'utiliser dans sa décision. Il peut adresser des injonctions aux parties, prendre toute mesure d'administration comme la jonction ou la disjonction d'instance ou d'information utile. Il est à souligner que la prescription d'une mesure d'instruction ne constitue par conséquent nullement obligation pour le juge. L'enquête n'est pas de droit, il peut refuser de l'ordonner lorsqu'il trouve dans le dossier, et dans les débats, des éléments de nature à fonder leur conviction.

⁹⁷⁴ Les articles 80 et 84 de la loi organique n°2017-09 du 17 janvier 2017 relatif au recours pour excès de pouvoir des actes administratifs et pour les recours dirigés contre les actes visés par les articles 243 et 244 du Code général des Collectivités locales.

⁹⁷⁵ L'article 85 de la loi organique n°2017-09 du 17 janvier 2017. Il permet au juge de rendre son ordonnance dans les 48 h.

⁹⁷⁶ L'article 86 de la loi organique.

⁹⁷⁷ L'article 86 de la loi organique.

⁹⁷⁸ L'article 80, al 4 précise simplement que la Cour suprême peut, sur sa propre initiative, en l'absence de toute urgence, prononcer la suspension de tout marché public que lui transmet le Représentant de l'Etat aux fins d'annulation.

⁹⁷⁹ L'article 90 vise à accélérer le jugement des affaires portées devant la Cour suprême voir article 13 loi organique. Pour ce type de référé, le juge saisi n'est pas forcément le juge des référés et qu'il ne prend pas de décision à caractère provisoire.

⁹⁸⁰ C. Cass., Ch. Civ. 2, 02 juillet 2020, 19-16501.

Art.L.234 du Code du Travail.

⁹⁸¹ « Dans tous les cas d'urgence la formation de référé peut dans la limite de la compétence des tribunaux du travail ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. La formation de référé peut toujours même en présence d'une contestation sérieuse prescrire des mesures conservatoires ou de remise en État qui s'impose soit pour prévenir un dommage imminent soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite, dans le cas où

qui permet au juge de prendre des mesures provisoires. Pour la prise en cas des situations d'urgence, le législateur précise que « *chaque tribunal du travail comporte une formation de référé, commune à toutes les éventuelles sections*⁹⁸² ». Par requête, le demandeur saisit le juge des référés qui l'autorise à aller à l'audience des référés par l'ordonnance au pied de la même requête. Le référé⁹⁸³ est une procédure qui permet de demander au juge qu'il ordonne des mesures provisoires rapides tendant à préserver les droits du demandeur.

Le défendeur est convoqué par citation du Tribunal. Si le demandeur comparaît seul, le juge des référés constate le défaut du défendeur. Cela n'est pas toujours le cas, car certains juges hésitent à faire le constat du fait que l'opposition n'est pas possible en matière de référé. En réalité, si l'opposition n'est pas possible, c'est tout simplement parce que le législateur, souverain, a fermé cette voie pour rendre efficace le référé⁹⁸⁴. Cela n'empêche pas le juge de constater les faits qui s'imposent à lui et même de tirer les conséquences de ses propres constatations selon la formule des juges de cassation. Une chose est de constater le défaut, l'ouverture de l'opposition est une autre. Si le défendeur comparaît seul, la solution normale n'est pas la radiation mais plutôt une ordonnance sur l'affaire car la radiation n'est prévue que dans le cadre de la mise en état, en cas de défaut de diligence des parties. Or, le défendeur qui comparaît peut requérir une décision sur l'affaire.

A. La possibilité d'une transaction en droit du travail

Pour une bonne gestion des litiges, au Sénégal, la transaction est souvent utilisée. Elle est un procédé peu utilisé par les différents acteurs du contrat de travail. Du latin « *transactio*⁹⁸⁵ » qui veut dire « action de transiger », la transaction intervention généralement dans les activités commerciales⁹⁸⁶. La transaction est bien prévue dans l'acte uniforme de l'Ohada portant sur le droit du travail. L'avant-projet d'acte uniforme précise en son article 61436 que « *les parties ont la faculté, après le licenciement ou la démission, de conclure une*

l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable elle peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire » (Art. L.234 et 257 du CT)

⁹⁸² Art.L.234 du Code du Travail.

⁹⁸³ Une fois la demande en référé introduite, le législateur a tenu à préciser que « *les délais prévus à l'article L. 243 peuvent être abrégés* » (Art.L.258 du Code du Travail). Ayant pour finalité d'obtenir une solution rapide à un litige, l'ordonnance de référé acquiert une autorité définitive dans les faits : soit que la mesure prescrite s'inscrive définitivement dans le temps, soit que les plaideurs souscrivent à la solution adoptée en référé. Cependant, il faut préciser qu'un référé est très souvent introduit dans l'attente d'un jugement sur le fond. La formation de jugement peut être composée d'un juge unique. Le législateur précise que « *la formation de référé est composée du président du tribunal et d'un greffier* » (Art.L.234 du Code du Travail). En principe, le demandeur n'a pas besoin d'être convoqué puisqu'il a été avisé de l'audience par l'ordonnance à pied de requête. Toutefois, si sa convocation est nécessaire notamment en cas rupture de la communication avec le juge des référés, il est cité selon la forme habituelle des citations du Tribunal.

⁹⁸⁴ L'article 83, al 3 de la loi organique susvisée précise qu'il n'est pas enfermé dans des délais, mais, en raison de l'urgence, il doit rendre sa décision dans les meilleurs délais.

⁹⁸⁵ <https://fr.wiktionary.org>, lu le 12/02/2022.

⁹⁸⁶ Art. 756, Code des obligations civiles et commerciales.

transaction ». C'est alors un procédé qui a pour finalité de mettre un terme à une contestation ou un litige. Le plus souvent, elle porte en principe sur les points de désaccord à régler comme le paiement des heures supplémentaires et la rupture du contrat de travail. La doctrine a précisé que « *la conclusion d'une transaction pour mettre fin à un litige peut permettre de maintenir des relations pacifiques entre les parties*⁹⁸⁷ ». Pour appréhender la possibilité de régler le litige en pleine audience, il convient de voir en premier lieu la notion de transaction (1) et de voir en second lieu les conditions de la transaction en droit du travail (2).

1. La transaction

La transaction est un contrat qui est perçu comme le moyen pour mettre fin aux différends. L'originalité de la transaction réside sur le fait qu'elle se situe aux confins du droit des contrats et du droit judiciaire privé. C'est un contrat civil, régi par le code des obligations civiles et commerciales⁹⁸⁸. Le législateur sénégalais définit la transaction comme étant « *un contrat par lequel les parties mettent fin à une contestation par les concessions mutuelles*⁹⁸⁹ ». Dans la transaction, les deux parties, l'employeur et l'employé, décident de mettre un terme à leurs relations professionnelles. En d'autres termes plus précis, pour mieux comprendre la transaction, il s'agit d'un contrat conclu entre des personnes qui sont déjà liées par un contrat⁹⁹⁰. L'utilisation de la transaction comporte de nombreux avantages en droit social. Si, d'une part, elle présente principalement l'intérêt d'éviter les longueurs d'une procédure judiciaire, d'autre part elle permet d'obtenir une indemnisation plus rapide. Il faut signaler que, dans la transaction, il peut y avoir d'énormes stratégies mal intentionnées, détournées de leurs objectifs initiaux et qui masquent des ruptures abusives ou sans cause ou bien qui servent à sous indemniser le salarié. Cette situation pousse le législateur à mettre à la charge du juge pour contrôler toutes les conditions de validité de la transaction. Ce qui donne à la transaction une physionomie particulière, étant donné qu'elle obéit, au-delà des conditions générales de validité des conventions, à des conditions spécifiques. Le législateur a tenu à préciser « *quelle que soit l'importance du litige la transaction ne peut être prouvée que par écrit*⁹⁹¹ ». Cependant, la

⁹⁸⁷ L. POULET, Transaction et protection des parties, Bibliothèque de droit privée, Tome 452, LDGJ 2005, 456p. ; p. 6.

⁹⁸⁸ Voir les articles 756, 757, 758, 759 et 760.

⁹⁸⁹ Article 756 du Code des Obligations Civiles et Commerciales (C.O.C.C.).

⁹⁹⁰ Donc, cela signifie que la transaction est un contrat qui vient pour apporter une solution à un litige, né sous l'empire d'un contrat de travail. Il faut préciser une chose importante, c'est que la transaction n'est pas un mode de rupture du contrat, mais il est un mode de règlement des suites d'une rupture du contrat. La transaction est une notion spécifique et il a un régime juridique qui lui est propre.

⁹⁹¹ Article 758, du Code des Obligations Civiles et Commerciales (C.O.C.C.).

jurisprudence a diminué la teneur de cette obligation en faisant de l'écrit⁹⁹² une condition preuve et non une valeur de validité⁹⁹³.

Pour être valable, la transaction doit résoudre un différend entre les deux parties. La mention essentielle dans une transaction concerne les concessions réciproques de ces dernières. L'existence de concession réciproque est un élément important qui est soumis à l'appréciation du juge. La concession doit obligatoirement être réelle, appréciable et non symbolique, procurant un avantage réel. Les concessions réciproques supposent que chaque partie renonce à certaines de ses prétentions. La concession est basée sur une évaluation subjective ; ce sont les parties qui "pesant", mettant en équilibre les avantages et inconvénients des propositions, vont renoncer à un droit ou à une demande⁹⁹⁴. Il faut préciser que, à ce niveau, la jurisprudence⁹⁹⁵ précise que l'existence de concessions réciproques n'implique pas que ces dernières soient d'importance égale. La disproportion des concessions n'est pas très importante. Cependant, même si les concessions peuvent ne pas être d'importance égale, il ne faut surtout pas qu'elles soient sans valeurs. Autrement dit, il ne faut pas que ça soit des concessions dérisoires⁹⁹⁶. Les différentes parties à la transaction doivent avoir des intérêts. Ainsi, les concessions réciproques supposent un bénéfice réel et chiffrable pour chaque partie⁹⁹⁷. Chaque partie a droit de se prononcer sur l'appréciabilité de la concession⁹⁹⁸. Il appartient alors au juge de se prononcer sur la validité de la transaction et de contrôler très strictement la réalité de ces concessions. Il peut même exiger que les concessions soient parfaitement équilibrées et strictement proportionnelles⁹⁹⁹. La Cour de cassation¹⁰⁰⁰ a estimé que la disproportion de ces concessions était une cause de nullité de la transaction.

⁹⁹² Il faut rappeler que la transaction est un contrat et, comme dans tout contrat, le consentement demeure la condition primordiale. « Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction » (article 757, du C.O.C.C.). Le législateur a tenu à préciser qu'il « n'y a point de contrat sans consentement de l'une ou l'autre partie » (article 58, du C.O.C.C.). Le consentement est une manifestation de volonté de chacune des parties, le concours des deux volontés libres. Pour être un acte valable, « le consentement doit émaner d'une personne jouissant de ses facultés intellectuelles » (article 69, du C.O.C.C.). Les parties doivent obligatoirement consentir de manière libre et éclairée. Il faut tout d'abord avoir la capacité à transiger. Cette capacité peut être définie comme l'aptitude à avoir des droits et à pouvoir les exercer. Le législateur précise qu'il « n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été que par erreur, s'il a été surpris par dol ou extorqué par violence » (article 61, du C.O.C.C.).

⁹⁹³ Cass. soc. 9 avr. 1996, Dr. Soc. 1996. 740, obs. H. Blaise, Cah. prud'h. 1997, no 1, p. 6; CA Paris, 5 mai 1989, RJS 7/1989, no 578).

⁹⁹⁴ Ph. Loyer, La notion de transaction : contribution à l'étude concepts de cause et d'acte déclaratif, Paris : Sirey, 1947, p. 55.

⁹⁹⁵ Cass. soc. 13 mai 1992, no 89-40.844, Bull. civ. V, no 307, Cah. prud'h. 1993, no 3, p. 45, D. 1992, IR 171; 17 mars 1982, Bull. civ. V, no 180, JS UIMM 1993.

⁹⁹⁶ C.A Paris, 5 mai 1989, RJS 7/1989, no 578 ; Cass. Soc. 6 juin 1975, BS Lefebvre 1985. 481, no 1273).

⁹⁹⁷ CA Paris, 11 juin 1975, Cah. prud'h. 1977, no 9, p. 183; Cass. soc. 19 juin 1958, ibid. 1958, no 8, p. 195.

⁹⁹⁸ Cass. soc. 19 févr. 1997, Bull. civ. V, no 74.

⁹⁹⁹ À titre d'illustration, un salarié sollicitait une indemnité de licenciement de 485 124,30 F alors que son employeur proposait 205 700 F. Les parties avaient finalement transigé à 250 000 F, montant nettement plus proche des propositions de l'employeur que de celles du salarié.

¹⁰⁰⁰ Cass. Soc., 17 mars 1982 : Bull. civ. 1982, V, n° 180. - Cass. Soc., 5 janv. 1994 : JCP G 1994, II, 22259. - Cass. Soc., 6 mars 1996 : Juris-Data n° 1996-000942.

2. La possibilité d'accord entre parties en plein contentieux

La particularité du droit du travail réside aussi dans la possibilité de trouver une solution en plein contentieux. La transaction en est une parfaite illustration¹⁰⁰¹. Lorsque le litige opposant l'employeur et le salarié est porté devant la juridiction du travail, une transaction peut néanmoins intervenir : il s'agit alors d'une transaction judiciaire¹⁰⁰². De façon générale, la transaction judiciaire¹⁰⁰³ est une pratique courante au niveau du tribunal du travail. En tant que mode de résolution de conflit, elle a pour finalité de permettre la résolution définitive d'un litige. À ce niveau, il faut préciser que ses effets sont aussi importants qu'un jugement officiel. Une fois que la transaction est valide, elle se voit conférer l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. De ce fait, il est interdit toute action ou instance aux parties pour les différends qui se trouvent compris dans la transaction. Il est bien de noter que la transaction met fin à la contestation actuelle ou future, l'employeur et le salarié. Une fois validée, les parties ne peuvent plus avoir la possibilité de dénoncer lorsqu'elles l'ont signée. Ils ne peuvent non plus la remettre en cause lorsqu'elle est valable.

Cette tentative de trouver une solution peut intervenir à n'importe quelle étape du procès même après la décision de justice. La particularité de la transaction en contentieux social réside dans le fait qu'elle peut intervenir à tout moment. La possibilité d'accord entre parties après l'intervention d'une décision définitive La Cour Suprême¹⁰⁰⁴ a dû se prononcer sur une transaction intervenue après une décision de justice sur la même affaire. La Cour précise que « *les parties sont libres de signer un accord pour mettre fin à leur litige quelle que soit l'instance qui connaît du dossier ou même après l'intervention d'une décision définitive* ». Le législateur sénégalais étant conscient de l'importance d'un climat serein dans les lieux de travail considère très essentielle « *la conclusion d'une transaction pour mettre fin à un litige peut permettre de maintenir des relations pacifiques entre les parties*¹⁰⁰⁵ ».

¹⁰⁰¹ « *La transaction est une convention passée entre l'employeur et un salarié ayant quitté l'entreprise, conformément à des dispositions légales particulières. Destinée à mettre fin, généralement par le versement au salarié de compensations financières, à un litige existant ou à naître entre les parties, relatif aux circonstances de la rupture du contrat de travail, la transaction n'est pas une rupture négociée ou amiable du contrat* ». <https://www.editions-tissot.fr>; vu le 15/08/2019.

¹⁰⁰² P. CLEMENT, A. JEAMMAUD, E. SEVERIN et F. VENNIN, Les règlements non juridictionnels des litiges prud'homaux : Dr. soc. 1987, 356p. ; p. 55.

¹⁰⁰³ Cette transaction peut intervenir devant le bureau de conciliation du juge ou bien en pleine l'audience de jugement. La particularité de cette procédure réside sur le fait que les positions du salarié et de l'employeur ne sont pas figées sur leurs offres. Il est donné aux différentes parties de formuler de nouvelles propositions durant toute la procédure. Cette transaction judiciaire aussi la possibilité d'être conclue directement par l'employeur et le salarié ou bien par leurs mandataires judiciaires. La personne investie d'un mandat de représentation en justice est réputée, à l'égard du juge et de la partie adverse, avoir reçu pouvoir spécial de faire ou accepter un désistement, d'acquiescer, de faire accepter ou donner des offres, un aveu ou un consentement. En conséquence, le représentant d'un salarié ou d'un employeur, dûment mandaté, est habilité à transiger en cours de procédure devant le tribunal du travail sans pouvoir se retrancher derrière l'étendue de son mandat pour ne pas prendre parti sur une proposition de transaction.

¹⁰⁰⁴ Cour suprême, arrêt 11 décembre 2013, 53. <http://www.coursupreme.sn>. Vu le 15/09/2015.

¹⁰⁰⁵ L. POULET, *Transaction et protection des parties*, Bibliothèque de droit privée, Tome 452, LDGJ 2005, p.6.

D'ailleurs, pour le cas de l'arbitrage, une étude¹⁰⁰⁶ a révélé que le souci de trouver des solutions à l'amiable lors des contentieux sociaux pousse certains arbitres à penser qu'il est possible pour le tribunal arbitral d'encourager les parties à trouver une solution amiable à leur litige. Il faut aussi soulever une situation particulière sur le moment de la conclusion de la transaction. La Cour de cassation française n'a pas hésité à casser et d'annuler une décision « *au motif que la transaction ayant pour objet de mettre fin au litige résultant d'un licenciement, elle ne peut être valablement conclue qu'une fois la rupture intervenue et définitive. Est nulle la transaction qui a pour objet de déterminer les conditions et modalités de rupture amiable du contrat de travail et de régler les conséquences de cette rupture*¹⁰⁰⁷ ». Dans le domaine social, l'accord transactionnel est généralement négocié à la suite d'un licenciement. Le but est d'éteindre un litige relatif à la rupture du contrat de travail.

Conclusion partielle

Au cours de cette étude, il est apparu que l'arbitrabilité des litiges individuels de travail suscite d'intenses controverses aussi bien qu'en droit Ohada et en droit français. Face aux lenteurs de procédure, de la corruption du système judiciaire et des problèmes de l'exécution des décisions de justice, les modes alternatifs de règlement des conflits sont de plus en plus jugés intéressants tant pour les justiciables que pour le système judiciaire.

Ohada a opté de se tourner vers l'arbitrage. Le fait d'introduire, par le biais du Traité, le droit du travail dans le registre du droit des affaires constitue le premier pas pour le sortir du domaine des droits indisponibles. Cependant, l'arbitrage et le droit du travail en matière de litiges individuels sont deux territoires juridiques « inconciliables ».

L'opposition de principes des fondements juridiques et des finalités font du droit du travail et du droit de l'arbitrage, deux disciplines antinomiques. Raison pour laquelle une grande partie de la doctrine et des praticiens ont longtemps soutenu que la pratique de l'arbitrage en droit du travail est impossible. Concilier un droit disponible et un droit indisponible, semble laisser toutes seules deux parties à force inégale, la possibilité de trouver une solution à leur différend. Le droit du travail est non seulement un domaine de prédilection de l'ordre public, mais aussi un droit protecteur du salarié. C'est un droit providentiel du salarié. L'infériorité économique entre l'employé et l'employeur, traduit parfaitement la notion de la partie faible en

¹⁰⁰⁶ Une enquête faite en 2002 par trois auteurs allemands sur la base d'un questionnaire envoyé à la communauté de l'arbitrage international montre même que 86% des 53 praticiens affirment que faciliter une résolution amiable du litige est une des fonctions de l'arbitrage. V. Ch. BÜHRING-UHLE, G. SCHERER et L. KIRCHHOFF, « The Arbitrator as Mediator – Some Recent Empirical Insights », *Journal of International Arbitration* Vol. 20 n°1 (2003), 568 p.; p. 82.

¹⁰⁰⁷ Cass. Soc. 2-10-2019 n° 18-17.429 F-D.

droit du travail. La finalité du droit du travail est d'empêcher le patron de l'entreprise de pouvoir abuser de sa situation économique pour imposer des conditions de travail difficiles aux salariés. Les salariés et les Chefs d'entreprises disposent d'une grande liberté contractuelle. Cependant, cette liberté contractuelle n'est pas totale puisque la loi prohibe l'existence de certaines clauses. De plus, elles doivent être proportionnées au but recherché et mises en œuvre loyalement. La doctrine attire l'attention sur le danger lié aux clauses qui déséquilibrent les droits et obligations des parties surtout du salarié.

Dans le domaine du droit du travail, une clause compromissaire est considérée comme un phénomène d'inconstance et d'instabilité pour les droits sociaux. C'est l'une des principales raisons de son invalidité. Elle est alors une véritable convention qui entraîne le dessaisissement des juridictions étatiques. C'est pour cette raison que la doctrine affirme que l'intérêt des litiges relevant du droit du travail est en général incompatible avec le coût de l'arbitrage. Dès cet instant, la clause compromissaire peut être l'instrument d'un déni de justice économique en dissuadant la partie faible d'exercer son droit d'ester en justice. L'arbitrage est un droit disponible et est fondamentalement contractuel en ce sens qu'il tire sa raison d'être de la convention d'arbitrage. Il y a une divergence dans l'appréciation du concept d'arbitrabilité même au sein du système unifié. Il faut faire remarquer que le législateur Ohada est sorti du domaine du droit des affaires pour s'immiscer dans le droit civil des personnes. Les deux critères choisis par le législateur communautaire sont loin d'harmoniser les différentes positions au niveau des États-Membres. En droit du travail, la concrétisation de la libre disponibilité des droits qui est le premier critère, varie considérablement d'un État-Membre de l'Ohada à un autre, de sorte que certains litiges seraient arbitrables dans certains États et inarbitrables dans d'autres. Concernant le second critère principal qui est le contrat, les litiges arbitrables doivent impérativement être d'ordre contractuel dans la mesure où le champ visé pour le développement de l'arbitrage est le droit des affaires. Ce critère exclut les rapports extra-contractuels. Il relie des parties qui ont presque les mêmes capacités financières. Le droit du travail étant du domaine de l'ordre public, donc cette clause est interdite dans les relations individuelles entre employeur et employé. Le salarié ne peut pas être privé de son droit de recours au tribunal du travail. Toute clause incluse dans le contrat de travail ayant pour effet d'attribuer compétence à une juridiction autre que le tribunal du travail pour un litige relatif à l'exécution d'un contrat opposant un employeur et un salarié est nulle.

Ces différentes positions doctrines au sein d'un espace comme Ohada aboutissent sans nul doute à un désordre qui pourra toucher à la stabilité sociale. D'ailleurs, c'est la raison pour laquelle l'Acte Uniforme sur le droit du travail n'a pas encore vu le jour car l'arbitrage des

litiges individuels de travail remet en cause la protection des intérêts fondamentaux du travailleur. Par conséquent, pour trancher ce débat, Ohada devra éclaircir les imprécisions conceptuelles. Il paraît évident qu'une juridiction privée comme l'arbitrage, n'est pas aussi appropriée pour trancher les litiges découlant de l'imperium de l'État. La compétence impérative des juridictions étatiques en matière de litiges individuels de travail disqualifie d'office toute dérogation contractuelle entre parties pouvant permettre l'insertion dans le contrat de travail des clauses d'attribution de compétences à une autre juridiction autre le tribunal du travail. Le législateur sénégalais a opté pour la prohibition des clauses contractuelles attributives de compétence en matière de litiges individuels de travail. Les acteurs agissant dans les litiges individuels aussi bien l'inspecteur du travail que le juge, ont comme mission d'éviter les différends de travail, promouvoir et maintenir la paix sociale au sein de l'entreprise car la perturbation de celle-ci peut avoir des conséquences néfastes sur les performances de l'économie.

**DEUXIÈME PARTIE : L'ARBITRABILITE
SOUHAITABLE DES LITIGES INDIVIDUELS
DE TRAVAIL**

« Il n’y a pas de raison de penser a priori qu’un juge d’État sera plus attentif aux intérêts du salarié qu’un arbitre¹⁰⁰⁸ »

L’arbitrage a une mauvaise réputation auprès de tous ceux qui sont considérés comme des contractants faibles¹⁰⁰⁹ en l’occurrence les salariés, cependant, il est sans doute permis pour d’autres auteurs¹⁰¹⁰ de penser qu’une imbrication harmonieuse entre le droit du travail et l’arbitrage est possible. Les partisans¹⁰¹¹ de l’arbitrage pensent que le droit du travail doit faire preuve de plasticité et surtout s’adapter aux transformations profondes qui le traversent¹⁰¹². Il faut signaler qu’actuellement, le droit du travail est partagé entre deux tendances. Il y a une branche libérale qui est prônée par les « commercialistes ». C’est une branche, qui consiste à s’en remettre le plus possible aux intéressés eux-mêmes du soin de régler leurs rapports et qui continue à voir dans le droit du travail une branche du droit privé. Elle prône la refondation du droit social avec trois grandes orientations envisagées : la libéralisation qui consiste à réduire le droit réglementaire, l’encouragement au développement d’un droit plus conventionnel, et la réduction du droit réglementaire par le développement du droit conventionnel¹⁰¹³. Cette branche est essentiellement composée par les législations dites « libérales », dont celle des États-Unis, du Canada, des Pays-Bas, de la Belgique, de l’Allemagne, de la Suède, de la Suisse, de la Côte d’Ivoire où l’arbitrabilité est énoncée comme principe, ne connaissant que de rares exceptions.

Il faut rappeler que le droit du travail est un domaine de prédilection de l’ordre public. La lutte contre la domination et l’exploitation des travailleurs, rôle prioritaire de l’État, devient une priorité vitale. Il faut impérativement protéger les parties faibles du contrat de travail en rendant indisponible le droit du travail. C’est une des raisons qui fait que « *le sacré a une*

¹⁰⁰⁸ J. DEPRez : « Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international », RDAI 1990.833, spéc. N° 12. op. cit, p. 58.

¹⁰⁰⁹ E., LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », conférence au Comité Fr. DIP, 25 nov. 2005, Trav. Comité Fr. DIP 2004-2006, p. 135.

¹⁰¹⁰ Th. CLAY : « L’arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXIe siècle », JCP 2016.1295 ; « Les articles relatifs aux conventions d’arbitrage », Paris Journ. Intern. Arb. 2017.17 ; « La réforme des articles du Code civil sur l’arbitrage en France », v Bull. Assoc. Suisse d’arbitrage 2017.40 ; « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits », D. 2016, Panor. 2589 ; Ch. Jarrosson et J.-B. RACINE : « Les dispositions relatives à l’arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle », Rev. Arb. 2017.1007 ; J. PELLERIN : « Commentaire de l’article 11 de la loi Justice du XXIe siècle : les nouvelles dispositions sur l’arbitrage », Gaz. Pal. 31 janv. 2017, p. 54 ; L. WEILLER : « L’arbitrage du XXI e siècle », Procédures, févr. 2017, étude n° 9 ; M. RUBINO-SAMMARTANO : « Un dernier pas vers un libre accès au grand potentiel de l’arbitrage ? », PA 2017, n° 27, p. 6 ; D. MOURALIS : « Promulgation de la loi Justice XXI : quelle incidence sur l’arbitrage ? », Newsletter du CMAP, 28 nov. 2016. Adde P. BERLIOZ : « La clause compromissoire dans les contrats immobiliers après la réforme de l’article 2061 du Code civil », in Liber Amicorum. Hommage en l’honneur du Professeur Joël Monéger, LexisNexis, 2017, p. 3.

¹⁰¹¹ Cass. Soc., 30 janv. 1991, Bull. civ. V, n° 41 ; RJS 1991/11, p. 618 (2e esp.), note J. DÉPREZ ; Les grands arrêts de droit du travail, op. cit, p. 25, obs. J. Péliissier, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS. Sur la question, cf. P. MAYER : « Les clauses relatives à la compétence internationale, insérées dans les contrats de travail », in Mélanges dédiés à Dominique HOLLEAUX. Litec, 1990, op. cit., p. 263 ; J. DÉPREZ : « Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international », op. cit , p. 98.

¹⁰¹² J. BARTHÉLEMY et G. CETTE, Rapport, refondation du droit social : concilier protection, op.cit., p. 10.

¹⁰¹³ J. BARTHÉLEMY et G. CETTE, loc.cit, p. 10.

*fonction stabilisatrice en ce qu'il permet d'accéder à des valeurs non contingentes et donc inébranlable*¹⁰¹⁴». C'est cela qui rend les relations de travail et les critères du contrat de travail indisponibles. Il est courant aujourd'hui de voir des positions qui rapprochent le droit du travail et le droit de l'arbitrage en matière de litiges individuels¹⁰¹⁵. Les partisans de l'arbitrage estiment que le droit du social doit faire preuve de souplesse et surtout s'adapter aux transformations profondes qui le traversent. Ainsi, ces partisans pensent qu'en droit social, et particulièrement dans les relations individuelles du travail, qu'il devrait avoir une profonde redéfinition du rôle de l'État dans la relation contractuelle entre le travailleur et l'employeur. La concrétisation de cette idée se manifeste par un mouvement de repli de l'ordre public. Il s'agira de voir dans une première partie l'imbrication entre le droit de l'arbitrage et le droit du travail (titre I) puis de voir dans une seconde partie que l'arbitrage des litiges individuels de travail est une réalité (titre 2).

¹⁰¹⁴ J. LECLAIR, Le droit et le sacré ou la recherche d'un point d'appui absolu, <https://papyrus.bib.umontreal.ca>, lu le 04 octobre 2020.

¹⁰¹⁵ L'État sénégalais a pris l'option d'un système de pensée sociale qui prône la valorisation et l'épanouissement de l'Homme. L'adhésion à ses principes rend le droit du travail indisponible. L'indisponibilité est une notion assez chargée juridiquement. Elle est dogme et un fondement figé, invariable et permanent. Cependant, il est bien vite apparu que cette liberté et cette égalité étaient rendues illusoires par la situation d'infériorité économique et psychologique où se trouve normalement le salarié face à son employeur. C'est donc justement pour compenser cette situation et rétablir une sorte d'équilibre que le besoin s'est fait sentir d'avoir un droit du travail, protecteur du salarié.

TITRE I : L'ARTICULATION ENTRE LE DROIT DE L'ARBITRAGE ET LE DROIT DU TRAVAIL

Dans un souci de résoudre plus rapidement les litiges individuels entre employeurs et salariés, des acteurs de droit¹⁰¹⁶ appellent au développement de l'arbitrage en droit du travail, sans que soit remis en cause les juridictions sociales. Monsieur Thomas CLAY estime qu'il « *n'y a aucune difficulté juridique à l'arbitrage en droit positif du travail*¹⁰¹⁷ ». C'est bien la position du droit Ohada qui a su substantiellement changer la donne, de sorte qu'aujourd'hui de nombreux penseurs soutiennent, sans hésitation, l'idée selon laquelle les litiges individuels de travail sont bien arbitrables. Actuellement, les règles de droit semblent être réduites à un problème de coût économique. L'arbitrage constitue une dérogation partielle du principe selon lequel la justice est le monopole de l'Etat, vu que, par la désignation du tribunal arbitral, la compétence des juridictions étatiques est exclue. Le caractère essentiel de l'arbitrage se retrouve dans le fait qu'il soit une institution privée et que les arbitres soient saisis par la volonté des parties. Il paraît évident qu'une telle juridiction privée n'est pas appropriée pour trancher les litiges découlant de l'imperium de l'État. Il est reconnu que, par principe, l'arbitrage est essentiellement régi par le commerce. Cependant, pour certains auteurs, « *l'arbitrage ne veut plus se limiter aux litiges commerciaux, ni même professionnels, [...]. La matière refuse désormais tout confinement aux litiges internationaux et se prédispose pour le règlement différend d'ordre contractuel*¹⁰¹⁸ ». L'arbitrage ne semble plus être perçu comme un appareillage inégal de dénouement des litiges. Dans un premier temps, il s'agira de voir l'imbrication entre le droit commercial et le droit civil (chapitre 1). Dans un second temps, il s'agira de voir l'office de l'arbitre en droit de l'arbitrage (chapitre 2).

¹⁰¹⁶ La création du Centre d'Arbitrage du Travail annoncée par Maître Hubert FLICHY est une des réponses proposées par les professionnels du droit social face à l'allongement démesuré des procédures devant certains conseils de prud'hommes et au sentiment des justiciables qu'un temps insuffisant leur est consacré.

¹⁰¹⁷ A. GRUYELLE, *L'arbitrage en droit du travail : vers une justice à deux vitesses* ; www.alternatives-economiques.fr. Vu le 12/09/2014.

¹⁰¹⁸ H. TCHANTCHOU, *L'arbitrage en droit du travail (Rétrospective et perspectives à la veille de l'Acte Uniforme sur le droit du travail)*, Revue Camerounaise de l'arbitrage n° 28 janvier-février- mars 2005, 16p. ; p. 4.

CHAPITRE I : L'IMBRICATION ENTRE LE DROIT COMMERCIAL ET LE DROIT CIVIL

L'arbitrabilité des litiges individuels de travail dans l'espace communautaire Ohada passe par la fusion entre le droit commercial et le droit civil. Avec le développement des activités économiques, le droit Ohada aspire à travers son espace, à promouvoir des règles souples et adaptées aux besoins économiques¹⁰¹⁹. Le droit africain opte pour s'inscrire dans un dynamisme de renouvellement d'une philosophie unitaire du domaine civil et commercial. Il faut rappeler que le droit social a toujours été qualifié comme étant un secteur de haut niveau de rigidités qui est très préjudiciable à la performance économique pour chaque pays. C'est pour cette raison que des penseurs comme Monsieur Christian DE BOISSIEU défendait cette thèse en argumentant que « *cette refondation passe par la réduction du droit réglementaire au profit du droit conventionnel et de la pratique des contrats*¹⁰²⁰ ». Autrement, le déclin de l'ordre public social devrait permettre aux principaux acteurs du contrat de travail d'utiliser une convention arbitrale pour mieux gérer les relations individuelles.

L'imbrication harmonieuse entre ces deux sciences juridiques semble poser de sérieux problèmes. Il a une grande difficulté juridique à l'arbitrage en droit du travail. L'arbitrage a toujours eu une mauvaise réputation auprès de tous ceux qui sont considérés comme des contractants faibles¹⁰²¹ en l'occurrence les salariés. Il faut rappeler que, dans tous les États africains, il y avait l'interdiction de l'arbitrage en droit social. L'ordre public faisait obstacle à l'arbitrage¹⁰²². Cependant, c'est la position du droit Ohada qui a su substantiellement changer la donne, de sorte qu'aujourd'hui, de nombreux penseurs soutiennent sans hésitation l'idée selon laquelle les litiges individuels de travail sont bien arbitrables. Il convient de voir d'abord la philosophie unitaire du domaine civil et commercial (section 1) puis de voir par la suite la conciliation du droit civil et du droit commercial en droit des affaires (section 2).

¹⁰¹⁹ Contrairement au droit français qui opère une distinction entre le droit civil et le droit commercial, le droit Ohada semble assouplir la rigidité de la distinction entre ces deux droits. Le souci d'efficacité et du renforcement de la sécurité économique a poussé le législateur Ohada à combiner et à unir des domaines du droit privé. Il s'agit des constats qui mettent en exergue l'effritement des bases distinguant le droit civil et le droit commercial.

¹⁰²⁰ C. DE BOISSIEU, Mot introductif de « Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique » de Jacques Barthélémy et Gilbert Cette, <https://www.cae-eco.fr/staticfiles/pdf/088.pdf>, 2010, 199p.; p. 8.

¹⁰²¹ E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », conférence au Comité Fr. DIP, 25 nov. 2005, Trav. Comité Fr. DIP 2004-2006, p. 135.

¹⁰²² C'est comme un principe propre que rien ne peut fléchir ni émouvoir. En d'autres termes, il s'agit d'une ligne directrice de conduite qui résiste à toutes les influences.

De ce fait, en ce qui concerne des litiges individuels de travail, la majeure partie des États africains ont écarté d'office le droit de l'arbitrage. L'arbitrage est alors isolé, écarté et confiné quand il est question de trouver des solutions aux problèmes touchant les relations individuelles du droit travail.

Section I : La philosophie unitaire du domaine civil et commercial

Il est bien de préciser que « nombreux sont les pays qui ont une pratique très développée de l'arbitrage en droit du travail tant dans les pays de Common Law que dans ceux de Civil Law¹⁰²³ ». Les partisans de l'arbitrage pensent que le droit du travail doit faire preuve d'élasticité et surtout s'adapter aux transformations profondes qui le traversent. Ils estiment qu'en droit social, et particulièrement dans les relations individuelles du travail, qu'il devrait y avoir une profonde redéfinition du rôle de l'État dans la relation contractuelle entre le salarié et l'employeur. La concrétisation de cette idée se manifeste par un mouvement de repli de l'ordre public. En d'autres termes, cela signifie que l'État doit obligatoirement être neutre dans les relations contractuelles de travail. Il doit s'abstenir de se comporter en acteur dans le droit social. La puissance publique devra faire des efforts pour s'immiscer le moins possible dans la vie des entreprises. L'intervention de l'État, en principe, ne devrait être qu'exceptionnelle, voire justifiée par des considérations particulières. Il s'agit d'une série de contributions qui met en exergue l'impératif de réformer le droit social au profit de l'efficacité économique. Ainsi, il s'agit de voir l'idée d'une unification en matière contractuelle du droit civil et du droit commercial (paragraphe I) puis de voir l'absence de distinction entre droit civil et droit commercial en droit Ohada (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'idée d'une unification en matière contractuelle du droit civil et du droit commercial

L'unification en matière contractuelle du droit civil et du droit commercial est une priorité pour le droit communautaire. Le décroisement des droits semble être un des objectifs du droit Ohada. La possibilité de recourir à l'arbitrage pour toute sorte de litige naît d'une relation contractuelle est une forte innovation. En faisant une étude comparative, certains penseurs ont affirmé qu'à « la différence de nombreuses lois relatives à l'arbitrage, l'Acte uniforme présente la particularité de ne pas limiter l'arbitrage aux litiges commerciaux, ni même aux litiges professionnels, et ceci quelle que soit la manière dont les parties décident du recours à l'arbitrage (par voie de compromis ou de clause compromissoire)¹⁰²⁴ ». Dans ce

¹⁰²³ T. CLAY, op. cit, p.3.

¹⁰²⁴ N. PILKINGTON et S. THOUVENOT, « Les innovations de l'OHADA en matière d'arbitrage », JCP éd. Entreprise et Affaires, n° 5 supplément à la semaine jur. n° 44 du 28 octobre 2004, pp.128-143 ; p. 128.

contexte¹⁰²⁵ de libération et de privatisation, l'adoption par l'Ohada d'une nouvelle réglementation sur le droit de l'arbitrage ne saurait surprendre. Cette norme juridique engage le droit Ohada dans la voie de la promotion des techniques d'évitement du juge étatique auxquelles participent les modes alternatifs de règlement des conflits. Il sera alors nécessaire de voir d'abord l'intérêt de l'harmonisation du domaine du droit des affaires (A) avant de voir par la suite l'extension du domaine de l'arbitrage (B).

A. L'intérêt de l'harmonisation du domaine du droit des affaires

Le cloisonnement des droits a rendu extrêmement difficile la détermination du domaine du droit commercial et du droit civil¹⁰²⁶. Cette distinction semble avoir perdu de sa pertinence et que le besoin d'une réforme s'est fait sentir. Justement, hormis les outrecuidances liées à la séparation, le droit commercial et le droit civil ne semblent pas répondre efficacement à la réalité socio-économique de ses acteurs économiques¹⁰²⁷. La doctrine¹⁰²⁸ avait précisé que la notion même de droit commercial constitue une barrière à toute évolution adaptatrice de cette discipline. D'ailleurs, la clameur publique a émis l'idée que « *c'est au commerce de s'adapter à l'art, et non pas à l'art de s'adapter au commerce*¹⁰²⁹ ». Des voix critiques se sont fait entendre sur la pertinence de la distinction entre le droit civil et le droit commercial. Ces critiques ont pointé du doigt cette différence qui nuit à la prévisibilité du droit unifié et à l'efficacité des activités économiques¹⁰³⁰. La restructuration¹⁰³¹ des perceptions juridiques semble actuellement

¹⁰²⁵ D'ailleurs, dans cette même logique, une partie de la doctrine pense que cette innovation du droit de l'arbitrage Ohada constitue, sans aucun doute, la réforme de l'arbitrabilité objective qui passera obligatoirement par la confirmation de l'extension de la possibilité d'arbitrage aux litiges individuels. Il est nécessaire de préciser que, depuis quelques années, surtout à travers le monde des affaires, une bonne partie de la doctrine a fait constater, « *l'émergence des pouvoirs privés économiques, qui ont quelque peu supplanté les pouvoirs publics dans leurs fonctions régaliennes de production et de sanction de la norme, a entraîné l'éviction de l'État et de ses démembrements de la sanction de la règle de droit* » (J. CHEVALLIER, « La gouvernance, un nouveau paradigme ? » (2003)105-106 Rev. Française d'adm.pub. 203-2).

¹⁰²⁶ Depuis plusieurs années, il y a de grands changements au niveau du monde des affaires. Il faut noter qu'actuellement qu'une nouvelle réalité économique est apparue, au sein de laquelle le droit du travail et le droit de l'arbitrage ne peuvent plus être des droits exclusifs qui régissent les rapports économiques particuliers dans la vie des affaires.

¹⁰²⁷ L'Afrique, à travers le droit Ohada, n'a pas échappé aux innovations concernant les règles régissant les affaires. Il faut signaler que les principes classiques du droit commercial semblent être dépassés face à l'activité économique moderne. Le droit commercial classique, qui était conçu pour des petits commerces et qui se justifiait par l'existence des différences entre les commerçants, les agriculteurs, les artisans, les industriels, semble actuellement insuffisant en tant que technique juridique d'organisation des rapports économiques surtout avec les particularismes professionnels.

¹⁰²⁸ C. CHAMPAUD, *Le droit des affaires, Que sais-je ?*, PUF, 5e éd., Paris, 1994, 256p. ; p. 16.

¹⁰²⁹ Citation anonyme tirée du site <https://citation-celebre.leparisien.fr>, vu le 23/10/2020

¹⁰³⁰ Si d'une part, au Canada et en Belgique, il y a substitution avec le droit commercial qui est remplacé par le droit de l'entreprise, d'autre part, en France, dans l'espace Ohada l'opportunité de son maintien est à l'ordre des discussions. Il est bien de préciser qu'en droit Ohada, l'adaptation et l'évolution des textes ont toujours été des facteurs d'innovation pour l'efficacité des règles juridiques. Le droit communautaire a pour ambition d'organiser de nouveaux aspects de la vie économique. Les raisons sociales liées à l'inadéquation des instruments formels de droit aux réalités sociales sont pratiquement prises en compte en droit africain. Il faut préciser que le discours juridique moderne subit une mutation. Le triomphe de l'idéologie libérale et capitaliste, sous l'ère de la deuxième moitié du XXe siècle, a progressivement poussé vers l'élimination des barrières frontalières au plan économique. Les principes de libre-échange, de liberté d'industrie et d'entreprendre ont entraîné le passage d'une économie autarcique vers une économie mondialisée.

¹⁰³¹ La combinaison des éléments socio-économiques sous l'égide des lois du marché a toujours engendré des enjeux assez considérables pour un État. Cependant, il faut signaler que l'effort de reconstruction de l'environnement juridique nouveau s'oriente vers une vision communautaire. C'est pour cette raison que « *l'Ohada est un outil juridique imaginé et réalisé par*

être à l'ordre du jour dans le monde des affaires. Pour le législateur communautaire, l'intégration qui est élevée comme palier fondamental, doit, au-delà des soucis de rationalisation du système juridique africain, impérativement s'inscrire dans un vaste mouvement de réforme. Cela doit passer par l'unification du droit privé (1) et la bonne compréhension de la philosophie de la dualité du droit privé (2).

1. L'unification du droit privé

Le droit Ohada en optant pour l'unification du droit privé semble se muer vers une adaptation au monde de l'économie et des affaires. À l'image de ce qu'est la famille pour la société, l'arbitrage¹⁰³² est le principal agent de l'extension économique du droit commercial au-delà de ses frontières voire de son dépassement. Il faut rappeler déjà, au 20^{ème} siècle, certains auteurs comme Cesare VIVANTE et Victor YSEUX¹⁰³³ avaient déjà commencé à mettre en évidence l'idée d'une unification en matière contractuelle du droit civil et du droit commercial. Il est bien de signaler, à ce niveau, que, pour certains pays, il n'y a pas de différenciation entre droit civil et droit commercial. Bien évidemment, le droit commercial n'a pas de raison d'être dans les États qui écartent l'économie de marché. Toutefois, même des systèmes juridiques libéraux ont opté pour l'unification du droit privé. Le cas le plus typique est celui de la Grande-Bretagne, des États-Unis, du Québec¹⁰³⁴, de la Suisse¹⁰³⁵ et de l'Italie¹⁰³⁶. Pour tous ces pays, les sources du droit commercial sont dans le Code civil. En revanche, l'Allemagne, l'Espagne et la Belgique connaissent un régime dualiste, comparable à celui du droit français. Le droit civil est défini comme étant le droit commun d'un État¹⁰³⁷. C'est pour cette raison qu'il est

l'Afrique pour servir l'intégration économique et la croissance ». (K. MBAYE, « Avant-propos sur l'OHADA », Numéro spécial sur l'OHADA, Recueil Penant, n°827, 1998, 247p. p. 126).

¹⁰³² Le contexte du dépassement du critère de commerciale est lié à l'imprécision de la notion de commerce qui est différemment appréhendée dans le langage usuel, économique ou juridique. Le monde du commerce est caractérisé par les actions d'acheter ou de revendre ou de mettre l'industrie ou les services à disposition dans un but lucratif. Le droit commercial est régi par des impératifs du commerce qui justifient l'application de règles dérogatoires du droit civil. Il s'agit essentiellement des exigences de rapidité, de crédit, de réalisme, de sécurité. Il faut rappeler que la notion de commerce fait échos de l'accomplissement d'opérations spécifiques guidées par des impératifs qui paraissent être inconciliables avec le droit civil. Actuellement, le droit du commerce devrait requérir un corps de règles approprié et susceptible d'évolution aux rythmes scandés par l'évolution des échanges, des techniques et de l'économie. C'est d'ailleurs tout le sens des propos du penseur MONTESQUIEU qui affirmait que « les affaires du commerce sont très peu susceptibles de formalité. Ce sont des actions de chaque jour, que d'autres de même nature doivent suivre chaque jour. Il faut donc qu'elles puissent être décidées chaque jour ». (Montesquieu, De l'esprit des lois, 1748, XX, 18.). Dans la même lancée, certains penseurs estiment que « le véritable point de départ de l'évolution se situe au XIIIe siècle. Le terme de commerce n'existe pas encore ; il n'apparaîtra qu'à la fin du XVIIe siècle. Jusqu'à la fin du XVIIIe siècle, on dira faire la marchandise à la place de faire le commerce. L'expression « droit commercial » n'apparaît qu'au début du XIXe » (J-B BLAISE et R. DESGORCES, Droit des affaires. Commerçant-Concurrence-Distribution, LGDJ, 8e éd., 2017, 359p. ; p. 27).

¹⁰³³ C. VIVANTE et V. YSEUX, « Un code unique des obligations, histoire et polémique », ADC, 1893,33p. ; p. 1.

¹⁰³⁴ CCQ-1991 - Code civil du Québec.

¹⁰³⁵ Code civil suisse du 10 décembre 1907.

¹⁰³⁶ Décret royal n° 262 du 16 mars 1942 portant approbation du texte du Code civil italien.

¹⁰³⁷ Autrement dit, c'est le droit applicable à tous les habitants d'un pays. D'ailleurs, le vocable « civil » « vient du latin *civilis*, de *citoyen*, *civil*, qui concerne l'ensemble des citoyens, la vie politique, l'État, lui-même issu du latin *civis*, *citoyen* »

défini comme les lois « *dans le rapport que tous les citoyens ont entre eux* ¹⁰³⁸ ». Le droit civil est la matière fondamentale du droit privé. Il est le noyau du droit, autrement dit, le garant des principales lois. Ainsi, il est le droit commun qui s'applique en cas d'inexistence d'une règle spéciale. C'est le cas, par exemple, du droit commercial.

Le droit commercial fait partie de la branche du droit privé. Étant un droit de dérogation au droit civil, il organise spécifiquement les activités de production, de distribution et de services des commerçants. Il régit l'exercice de la profession de commerçant et définit le régime juridique applicable aux actes de commerce. C'est un droit spécifique du droit des affaires. Cependant, il ne régit pas tous les domaines de la vie économique. Par exemple, les artisans et les professionnels libéraux sont soumis au droit civil, bien que leur statut tende soit plus proche de celui des commerçants. Il faut préciser qu'à ce niveau, il existe une différence et une distinction traditionnelle du droit civil et du droit commercial qui sera remplacée par celle du droit des activités économiques ou professionnelles, d'une part, et du droit des relations personnelles et de la consommation, d'autre part. Le droit commercial a pour acteurs des personnes physiques, les commerçants, mais aussi des sociétés, notamment les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes. Ces deux catégories sont parfois désignées sous le vocable d'entreprises commerciales, mais il ne s'agit que d'une commodité de langage, sans aucune valeur juridique. Le droit commercial ne régit pas les entreprises, mais seulement les personnes. La doctrine civiliste se matérialise par des pensées théoriques qui gravitent autour d'un principe fondamental ancré à travers la codification de l'ensemble des Lois écrites dans une structure cohérente. Cette doctrine inspire les systèmes romano germaniques qui comportent certains droits comme les droits allemand, français et italien.

2. La philosophie de la dualité du droit privé

Le régime dualiste permet de mieux cerner les orientations du droit civil et du droit commercial. Leur codification tend à réaliser une approche imbue d'une simplicité et d'une clarté permettant d'avoir une logique et un esprit systématique des deux domaines. Il faut cependant signaler que les États-Unis qui sont l'exemple d'une législation unitaire et qui se sont fondamentalement inspirés de la Common Law britannique, semblent s'orienter vers la dualité

(https://www.toupie.org/Dictionnaire/Droit_civil.htm, lu le 23/06/2021). Il est l'ensemble des règles de droit applicables au statut de la personne et de ses rapports avec les autres personnes privées. Il est alors le droit des identités et le droit qui règle les relations entre les citoyens.

¹⁰³⁸ Ch. MONTESQUIEU, « L'Esprit des lois », 1758, tome 1, chapitre 3, Paris, Éditions Gallimard, 1995, 560p. ; p. 24.

avec la mise en vigueur d'un Code de commerce uniforme¹⁰³⁹ (Uniform Commercial Code). Ce Code a pour finalité de réglementer la plupart des activités économiques des entreprises. À l'exception de la Louisiane, ce code¹⁰⁴⁰ a été adopté par la totalité des États américains. Il faut retenir que, durant cette période, la loi de 1893 qui établissait le caractère commercial des sociétés par la forme malgré leur objet civil marque l'influence du droit commercial sur le droit civil. D'ailleurs, c'est pour cette raison que la doctrine faisait remarquer que « *les différences qui subsistent entre le droit civil et le droit commercial n'ont rien d'essentiel [...] ; il ne faut, par suite, pas s'étonner que beaucoup de ces différences aient disparu ou se soient, tout au moins, atténuées*¹⁰⁴¹ ». C'est aussi pour cette raison que le droit Ohada a inscrit le droit du travail sur le registre du droit des affaires. Avec le droit africain, le droit du travail est plus proche du droit commercial que du droit civil. Le législateur Ohada semble promouvoir l'extension du domaine de l'arbitrage surtout avec l'élargissement de l'office de l'arbitre.

Il est bien de préciser que la dualité est une notion qui est connue en droit africain. Le droit Ohada a préféré adopter une conception dualiste de la commercialité par exemple. Ce choix du droit communautaire africain a pour finalité de créer un fossé entre l'activité commerciale et sa réalité effective dans les États membres de l'espace communautaire. L'objectif premier de cette option est de pouvoir supprimer les divergences législatives entre les États membres qui résultaient de la balkanisation du droit africain, de promouvoir le développement économique. Il faut aussi signaler que tout juste après les indépendances, les législations des pays africains en droit des affaires ne favorisaient pas l'essor économique. Elles étaient caractérisées par une disparité, une dissemblance et une diversité assez manifestes.

Le tableau législatif des pays africains était quelque peu hétéroclite et composite. La description montrait une législation désuète et inadaptée au contexte social. Il était évident que les lois des pays africains n'étaient pas adaptées aux évolutions économiques récentes. Le tableau des pays africains reflétait un ensemble de législations des affaires à « *géométrie*

¹⁰³⁹ A. FARNSWORTH, « Le droit commercial aux États-Unis », cette Revue, 1962, pp.309-320, p. 309 ; « Le Code de commerce uniforme des États-Unis d'Amérique », cette Revue, 1963, pp.509-790 ; p. 733.

¹⁰⁴⁰ Avec ce code, il paraît évident que les États unis semblent s'orienter vers une codification de leur droit privé comme en France. Dans cette même lancée, la doctrine a tenu à préciser qu'il « *convient tout d'abord de dissiper les équivoques qui pourraient être engendrées par son titre et de préciser tout d'abord ce qu'il n'est pas, avant de dire ce qu'il est, ce qu'il apporte à la science juridique. Sans trop forcer le paradoxe, on peut dire que le Code de commerce uniforme des États-Unis n'est pas un code, encore moins un code de commerce. Il n'est pas un code, si on estime qu'une codification suppose une refonte systématique de toute une branche du droit. Or, en la forme, le C.C.U. se présente beaucoup plus comme la mise bout à bout d'une série de matières qui avaient déjà fait l'objet de lois uniformes (effets de commerce, récépissés de magasins généraux, vente mobilière, connaissance, transferts de titres, vente avec réserve de propriété, récépissés de trusts) auxquelles ont été ajoutées quelques matières connexes. Certes, l'esprit de réforme qui doit présider à la confection d'un code au sens plein du terme est présent, mais ce n'est pas ce large dessein qui caractérisait les grandes codifications européennes* ». (D. TALLON, Le Code de commerce uniforme des États-Unis, Revue internationale de droit comparé, Année 1971, 233pp. 617). Ce code américain se penche sur la réalisation d'un besoin de simplification et de systématisation.

¹⁰⁴¹ Ch. LYON-CAEN, « De l'influence du droit commercial sur le droit civil depuis 1804 », in: Livre du centenaire : Code civil, 1804-1904, Dalloz, Paris (2004), pp. 309-320 ; p. 208.

*variable*¹⁰⁴²». Cette situation¹⁰⁴³ ne favorisait pas l'attraction des acteurs économiques. Les hommes d'affaires se heurtaient dans chaque pays à « *un droit disparate, confus et suranné*¹⁰⁴⁴ ». Cette insécurité juridique et judiciaire constituait un « *sérieux handicap pour l'investissement*¹⁰⁴⁵ ». Il faut signaler dans ce sens l'effet obligatoire de la convention d'arbitrage. Avec l'arbitrage, les acteurs économiques ont la possibilité de soustraire les contrats conclus de l'impérialisme des juridictions étatiques.

B. L'extension du domaine de l'arbitrage

L'arbitrage, perçu comme un appareillage inégal de dénouement des différends, refuse de se confiner au domaine commercial. Son extension, dans l'espace communautaire Ohada, passe par la fusion entre le droit commercial et le droit civil. L'arbitrage Ohada, ne voulant plus se limiter aux litiges entre commerçants, donne une nouvelle image et représentation au droit de l'arbitrage, ce qui pousse une partie de la doctrine à penser que « *le nouvel environnement du droit africain de l'arbitrage offre des opportunités auxquelles l'Acte uniforme sur le droit du travail devrait s'arrimer pour donner un nouveau visage à l'arbitrage en droit du travail*¹⁰⁴⁶ ». L'arbitrage émerge dans de nouveaux domaines surtout avec les relations contractuelles déséquilibrées. La doctrine a toujours pensé que l'obstacle à l'arbitrage « *traduit une défiance probablement exagérée envers la justice des arbitres, ceux-ci étant a priori présumés moins portés à protéger les intérêts des salariés. Il y a là un procès d'intention. L'arbitre n'est pas insensible aux données du litige et peut appliquer des lois qui satisfassent le souci de protection du salarié. [...] Il n'y a pas de raison de penser a priori qu'un juge d'État sera plus attentif aux intérêts du salarié qu'un arbitre. [...] On ne saurait, sur un plan général, poser la supériorité en soi des juridictions étatiques*¹⁰⁴⁷ ». Le droit communautaire africain a

¹⁰⁴² G. TATY, « Quelques réflexions à propos de l'entrée en vigueur d'une réglementation commune du droit des affaires des États membres de la zone franc », *Penant* n° 830, 1999, p. 228.

¹⁰⁴³ Cette situation poussa le magistrat Kéba MBAYE à affirmer que « *le droit se présente dans les quatorze pays de la zone franc en habit d'arlequin fait de pièces et de morceaux* ». Autrement dit, il faisait savoir que « *l'émission de notre droit commun est un facteur négatif de notre progrès qui ne peut être que commun* ». Plus particulièrement, il fit remarquer qu'au « *au plan national, des textes sont promulgués alors que d'autres, dans le même domaine, ne sont pas abrogés* ». Conséquence logique, il en résultait « *des chevauchements et les opérateurs économiques restent dans l'incertitude de la règle de droit applicable* ». (K. MBAYE, « *Avant-propos sur l'OHADA* », *Numéro spécial sur l'OHADA, Recueil Penant*, n°827, 1998, p. 126).

¹⁰⁴⁴ B. MARTOR, et S. THOUVENOT, « L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA », *La Semaine juridique* n° 44 du 28 oct. 2004, suppl. n° 5, 325p. ; p. 5.

¹⁰⁴⁵ K. KAGISYE, *Environnement institutionnel des affaires en Afrique : Contexte et structure d'harmonisation du droit Ohada*. 2017, <https://hal-auf.archives-ouvertes.fr/hal-01495556>, lu le 13/05/ 2020.

¹⁰⁴⁶ H. TCHANTCHOU, *L'arbitrage en droit du travail (Rétrospective et perspectives à la veille de l'Acte Uniforme sur le droit du travail)*, *Revue Camerounaise de l'arbitrage* n° 28 janvier-février- mars 2005, op.cit., p. 8.

¹⁰⁴⁷ J. DEPREZ : « Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international », *RDAI* 1990.833, spéc. N° 12, 356p. ; p. 125.

pris l'option d'intégrer le droit du travail dans le registre du droit des affaires (1). Ainsi, le droit Ohada a mis l'accent sur sa propre philosophie de l'arbitrabilité (2).

1. Le droit du travail dans le registre du droit des affaires Ohada

L'arbitrabilité des litiges individuels de travail est réconfortée par le Traité¹⁰⁴⁸ de 1993 qui inscrit le droit du travail sur le registre du droit des affaires. Le droit du travail paraît maintenant être plus proche du droit commercial que du droit civil. Le législateur Ohada semble promouvoir des règles adaptées aux besoins économiques de ses États-Membres. « *L'érosion des bases séparatrices du droit civil et du droit commercial coïncide avec le renouvellement de notions plutôt fédératrices des deux disciplines*¹⁰⁴⁹ ». C'est d'ailleurs la raison pour laquelle Monsieur Mayatta Mbaye NDIAYE affirme que « *toutes les branches constituant le domaine de l'unification peuvent faire l'objet d'une convention d'arbitrage car étant considérées comme faisant partie du droit des affaires*¹⁰⁵⁰ ». C'est le cas des litiges individuels de travail qui pourront être réglés par voie d'arbitrage grâce à une convention d'arbitrage, ce qui est une innovation car depuis longtemps le droit du travail a intéressé l'ordre public et que l'arbitrage a toujours été « malmené » dans les relations individuelles de travail. Bien qu'ayant reconnu que le contrat d'arbitrage n'est pas un contrat facile¹⁰⁵¹, certains auteurs pensent que l'Ohada a positivement créé la rupture car « *le nouvel environnement du droit africain de l'arbitrage offre des opportunités auxquels l'acte uniforme sur le droit du travail devrait s'arrimer pour donner un nouveau visage à l'arbitrage en droit du travail. L'amélioration se traduirait aussi bien par confirmation de l'extension de la possibilité d'arbitrage aux litiges individuels que par l'ouverture expressive à tous les partenaires sociaux du droit de compromettre*¹⁰⁵² ». Par rapport au contexte actuel dominé par le libéralisme et malgré le fait que l'essence civiliste du droit du travail ne fait aucun doute, d'autres auteurs affirment que même « *si les modes alternatifs de résolution des conflits, notamment l'arbitrage, sont classiquement destinés au règlement des litiges nés des échanges à caractère commercial, cette vue ne reflète plus l'évolution contemporaine du droit de l'arbitrage*¹⁰⁵³ ». Ces idées remettent en cause la protection des

¹⁰⁴⁸ Article 2 du Traité Ohada: « entrent dans le domaine du droit des affaires de l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports... »

¹⁰⁴⁹ J. D. TCHUNKAM, *La distinction droit- civil - droit commercial à l'épreuve de l'OHADA : une prospective de droit matériel uniforme*, Revue UNIDROIT, NS Vol. XIV/2009, pp. 32-70 p. 57.

¹⁰⁵⁰ N. M. MBAYE, *L'arbitrage OHADA : réflexions critiques*, Mémoire, DEA de Droit Privé, Année académique 2000-2001.

¹⁰⁵¹ H. TCHANTCHOU, op.cit., p. 10.

¹⁰⁵² H. TCHANTCHOU, (H.), loc. cit., p. 9.

¹⁰⁵³ J. D. TCHUNKAM, loc. cit., p. 66.

intérêts fondamentaux du travailleur. Il est bien de préciser que pour qu'un litige soit arbitral, il est important de déterminer si son objet peut être soumis à un arbitrage. Depuis fort longtemps, le droit du travail et l'arbitrage sont perçus comme deux domaines incompatibles¹⁰⁵⁴. Cette incompatibilité peut se comprendre en analysant à fond les différentes philosophies de ces deux disciplines. Il s'agit, ici, de prendre en évidence les principes d'autonomie des parties au contrat et la protection du salarié considéré comme la partie faible. Actuellement, de plus en plus, l'idée de voir l'arbitrage comme un efficace dispositif de règlement de conflits individuels du travail semble être partagée par beaucoup de penseurs. D'ailleurs, la doctrine a précisé qu'il « *semble assez sévère pour un particulier [...] comme celui qui est en cause en l'espèce d'être ainsi distrait de son juge naturel pour connaître les délices de la procédure arbitrale Outre-Atlantique*¹⁰⁵⁵ ». Autrement dit, elle encourage les travailleurs à exploiter d'autres horizons pour résoudre les litiges individuels évitant les tribunaux du travail¹⁰⁵⁶.

2. La philosophie Ohada sur l'arbitrabilité

Le droit Ohada a une conception large de l'arbitrabilité. La « *libre disposition des droits* » a toujours été considérée comme un important principe car elle est liée à l'état de civilisation et en assure le maintien. La disposition de l'Acte uniforme semble baliser le terrain sur une probable possibilité de recourir à l'arbitrage dans les matières non commerciales dans la mesure où toutes les matières entrant dans le domaine de l'harmonisation sont du droit des affaires¹⁰⁵⁷. Cela pousse certains penseurs à dire qu'en « *poussant à bout cette réflexion, on parvient alors à la conclusion que les litiges du travail peuvent être réglés par voie d'arbitrage grâce à une convention insérée dans le contrat de travail*¹⁰⁵⁸ ». Le législateur Ohada est sorti du domaine du droit des affaires pour s'immiscer dans le droit civil des personnes. Les droits disponibles ou indisponibles sont envisagés dans le monde des affaires comme des droits

¹⁰⁵⁴ Il est vrai que l'arbitrage intervient dans le domaine du droit du travail. Il est utilisé à travers les conflits collectifs du travail pour apaiser les relations professionnelles entre salariés et employeurs.

¹⁰⁵⁵Th. CLAY, Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges : panorama 2005, D. 2005, panorama, 3159p. ; p. 3051.

¹⁰⁵⁶ Cela veut dire qu'une partie de la doctrine est en faveur d'une combinaison harmonieuse des domaines de l'arbitrage et du droit du travail pour résoudre les litiges individuels de travail. Elle pense que l'utilisation de la procédure d'arbitrage d'un litige individuel de travail peut être possible si celui-ci est d'arbitral. La lenteur de la justice oblige actuellement beaucoup d'acteurs économiques à s'orienter vers l'arbitrage.

¹⁰⁵⁷ Il y a aussi une diversité de disponibilités ou bien des degrés dans la disponibilité des droits. En prescrivant la libre disposition du droit comme le critère principal d'arbitrabilité, le législateur communautaire a omis d'énumérer les droits disponibles et les droits indisponibles, ce qui fait que la notion de libre disposition du droit se trouve à tous les points de tension entre la liberté contractuelle et les conceptions fondamentales de l'ordre juridique. Deux motifs pourraient être avancés pour expliquer ce manquement : le premier motif peut être une raison technique. Il ne faut pas perdre de vue que l'objectif du départ de l'Ohada était de tendre à une harmonisation des droits des États membres. Au stade auquel cette unification est parvenue, c'est un détour d'itinéraire qui a des avantages et des inconvénients ; Le second motif peut être une raison politique

¹⁰⁵⁸ T. F. HENRI-JOËL, *Regard critique sur le droit de l'arbitrage Ohada*, 15p. ; p. 6. www.sire-ohada.com vu le 24 /05/2014.

subjectifs. Par conséquent, la définition des droits disponibles incombe automatiquement aux États membres. En réalité, dans l'espace Ohada, la libre disposition est le premier critère d'exclusion de l'arbitrabilité. Elle limite, explicitement, et des fois implicitement, la capacité de former des conventions. Selon l'article 2 de l'Acte uniforme Ohada sur l'arbitrage, on ne peut compromettre que sur les droits dont on a la libre disposition, d'où l'exclusion de l'arbitrage lorsque les droits concernés ne sont pas disponibles¹⁰⁵⁹. Il est possible d'introduire trois catégories de droits par rapport à leur disponibilité. Il y a d'abord des droits indisponibles qui ne peuvent pas faire d'objets d'arbitrage. Ils ne sont aucunement susceptibles de disponibilité. Il existe ensuite des droits partiellement disponibles ou bien encore des droits partiellement ou temporairement indisponibles. C'est le cas des questions relatives à des domaines qui sont, par nature, indisponibles mais portant sur des aspects strictement patrimoniaux. Les droits du salarié dans le cadre de son contrat de travail sont indisponibles. En revanche, une fois le contrat de travail rompu, les droits deviennent disponibles. Enfin, il y a des différends qui portent sur des droits naturellement disponibles. Ce sont les droits patrimoniaux qui sont disponibles. Pour l'appréciation de l'arbitrabilité, il faut tenir compte de la législation de chaque pays, alors que la remarque est faite qu'il y a une variabilité des droits disponibles d'un système juridique à un autre. De ce fait, il y a une divergence dans l'appréciation du concept d'arbitrabilité, même au sein d'un système unifié comme l'Ohada¹⁰⁶⁰. Des penseurs, comme monsieur Pierre MEYER, affirment¹⁰⁶¹ que le critère de la patrimonialité de la cause c'est-à-dire la prise en compte du caractère patrimonial¹⁰⁶² du litige serait mieux adapté au contexte Ohada pour définir l'arbitrabilité du litige. Il faut préciser que la réserve de la libre disposition¹⁰⁶³ n'est pas le seul critère de l'arbitrabilité dans l'espace Ohada. De ce fait,

¹⁰⁵⁹H., KENFACK, *Droit du commerce international*, Dalloz, Mémentos, 2002. 236p. p. 42

¹⁰⁶⁰ Dans certaines matières, comme dans le droit du travail, la concrétisation de la libre disponibilité des droits subjectifs varie considérablement d'un État membre de l'Ohada à un autre, de sorte que certains litiges seraient arbitrables dans certains États et inarbitrables dans d'autres. Il semble alors que le critère de la libre disposition des droits ne soit pas mieux adapté pour prendre en compte et harmoniser les différentes visions d'arbitrabilité dans une législation uniforme. C'est précisément pour cette raison qu'il y a des réserves sur l'utilisation du critère de la libre disposition des droits dans une législation communautaire uniforme de l'arbitrage.

¹⁰⁶¹ « Il me semble effectivement que le critère de la patrimonialité est un meilleur critère d'arbitrabilité dans une législation uniforme parce qu'il est moins susceptible de différences juridiques entre les systèmes de droit que le critère de la libre disposition des droits subjectifs. Les législations sur l'arbitrage retiennent souvent la libre disposition des droits (ou le critère de droits sur lesquels on peut transiger) comme critère d'arbitrabilité d'un litige. Mais ce ne sont pas des législations uniformes», Présentation du droit Ohada, Le droit de l'arbitrage Questions-réponses sur le thème : Arbitrage, p.9, www.ohada.com .vu le 05/11/2014.

¹⁰⁶² En droit suisse, l'article 177 al. 1 LDIP précise que « toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage ». Le législateur suisse a préféré la patrimonialité de la cause qui se réfère à la nature patrimoniale de la cause pour définir l'arbitrabilité du litige dans son système, ce qui est un critère plus adapté dans l'appréciation de l'arbitrabilité car c'est un concept moins flou.

¹⁰⁶³ Prenant en compte la notion d'indisponibilité d'un droit qui renvoie à une chose prohibée, donc une limite à l'arbitrage, la doctrine a précisé que « l'indisponibilité d'un droit est une exception à l'autonomie de la volonté et, partant, à la liberté contractuelle ». (Ch. JARROSSON, L'arbitrabilité, RJC, spé 3, n°9, 1996, 156p. ; p. 1.). L'indisponibilité a alors une conception qui encadre de manière drastique la liberté des parties au contrat car elle a comme pilier l'ordre public. Il faut, cependant, souligner que la doctrine, pour contourner cette limite liée à la notion d'indisponibilité, a pris la peine de mettre en place une

la doctrine fait savoir que le recours à l'arbitrage en droit du travail est possible car il n'y a plus de distinction entre droit civil et droit commercial.

Paragraphe II : L'absence de distinction entre droit civil et droit commercial en droit Ohada

Le domaine d'ordre public est en train de subir un vaste processus de réformes dans le monde de droit des affaires. Cela est considérablement visible en droit Ohada avec l'absence de distinction entre droit civil et commercial. De nombreux États, à travers des organisations d'intégration, semblent maintenant concentrer leurs efforts sur une restructuration des systèmes juridiques¹⁰⁶⁴. Parmi ces efforts de réforme, l'imbrication entre le droit civil et le droit commercial est une cible privilégiée des acteurs économiques en droit des affaires. En droit Ohada, la distinction¹⁰⁶⁵ entre droit civil et droit commercial est perçue comme une tradition inefficace pour booster le secteur de l'économie. La distinction de ces deux branches du droit privé s'est vue reprocher de reproduire une vision dépassée et obsolète. De nouvelles visions des systèmes juridiques ont émergé. Le discours Ohada du droit des affaires a entraîné des conceptions interdisciplinaires du droit rapprochant du coup les différentes branches juridiques. À l'émergence de la docilité de certaines matières juridiques, le monde des affaires, il est constamment fréquent de voir l'irruption du droit commercial en droit civil (A) mais aussi de remarquer l'influence du droit civil sur le droit commercial (B).

A. L'irruption du droit commercial en droit civil

Le droit communautaire semble avoir une vision relativiste de l'importance de la *summa divisio* du droit privé. Cette vision est confirmée par une partie de la doctrine qui pense que les règles juridiques ne doivent pas être dogmatiques. C'est dans ce sens qu'elle affirme que « *toute norme juridique est un défi au temps, une tentative de stabilisation des rapports sociaux en perpétuel devenir*¹⁰⁶⁶ ». Il faut admettre qu'actuellement, les différentes branches

catégorisation d'indisponibilités de droits. C'est pour cette raison qu'il est précisé que « *tandis que le critère de l'ordre public vise les règles de droits, celui de la libre disponibilité vise les droits qui naissent d'une situation juridique* » (B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, op.cit., 615p. ; p. 55.).

¹⁰⁶⁴ A. A. DIOUF, « Repenser le droit civil en Afrique noire francophone », *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 2, 2022, pp. 369-388 ; p. 388.

¹⁰⁶⁵ De ce fait, « *l'avènement du droit matériel uniforme issu de l'Ohada a profondément transformé la configuration du droit privé africain. Dans ce contexte, si la distinction droit civil / droit commercial a longtemps été considérée comme essentielle et consacrée par la doctrine civiliste notamment, tel ne serait plus le cas de nos jours. Au rythme de l'évolution des activités économiques, le législateur communautaire entend promouvoir des règles adaptées aux besoins économiques des États. Le souci d'une plus grande sécurité économique au service de l'efficacité juridique débouche sur une relative fusion de certains domaines du droit privé, mettant à mal les distinctions classiques. L'érosion des bases séparatrices du droit civil et du droit commercial coïncide avec le renouvellement de notions plutôt fédératrices des deux disciplines* ».

¹⁰⁶⁶ J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris (1985), 356p. ; p. 24.

juridiques ont la même vision et la même orientation de l'économie. C'est dans ce contexte, dominé par une économie dynamique, que le droit commercial et le droit civil partagent certainement la même conception libérale de l'économie et les principes civilistes de protection. Pour mieux appréhender cette phase, il s'agira, dans un premier temps, d'aborder la commercialité des activités civiles (1) puis dans un second temps de voir le déploiement des mécanismes économiques du droit civil (2).

1. La commercialité des activités civiles

Une nouvelle réalité économique est apparue au sein de laquelle le droit commercial ne peut plus être le droit exclusif qui régit les rapports économiques¹⁰⁶⁷. Ainsi, le droit de l'arbitrage connaît une progression dans la vie économique au point que l'on s'interroge sur son avenir existentiel, sur le renouvellement du critère de commercialité¹⁰⁶⁸. En droit Ohada, le législateur communautaire a pris l'option de mettre en exergue une intégration juridique à but économique. Ce choix a pour but essentiel d'attirer les investissements internationaux afin de pouvoir booster la croissance économique des différents États membres de la zone¹⁰⁶⁹. La philosophie libérale du droit Ohada permet au législateur de mettre au-devant le droit commercial en étendant son domaine d'activité jusqu'à toucher des espaces réservés au droit civil. Le but de l'harmonisation¹⁰⁷⁰ dans l'espace Ohada est de pouvoir mettre à la disposition des États membres un cadre juridique solide dans le contexte d'une économie mondialisée. Dans cette perspective, la vie commerciale semble prendre le pas au droit civil. Ce choix politique sur l'économie avait poussé une partie de la doctrine à dire que « *la législation [...] tend à développer le domaine du droit commercial, fut-ce au détriment du droit civil*¹⁰⁷¹ ». Le droit Ohada a pris l'option d'élargir la commercialité qui implique l'application des règles du droit commercial à des opérations ou à des activités qui traditionnellement relevaient du droit civil. Il s'agit du principe de progression du droit commercial par l'extension de la

¹⁰⁶⁷ Les acteurs économiques comme les commerçants ne peuvent plus être considérés comme les piliers majeurs de la vie des affaires. Le droit de l'arbitrage semble n'être qu'une branche du droit de la vie économique, celle qui régit les relations de la vie commerciale, laissant de côté tous les domaines de l'économie qui échappent au cadre commercial.

¹⁰⁶⁸ D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, Dalloz, 13e éd., Paris, 2000, 259p. ; p. 3.

¹⁰⁶⁹ Art. 1er du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

¹⁰⁷⁰ Il faudra rappeler qu'en droit Ohada, « *la philosophie économique dominante aujourd'hui balance en faveur du libéralisme et place la prise en compte des exigences du marché comme indicateur de la performance d'un ordre juridique donné. De cette relation entre le droit et le marché, il est ressorti des techniques de réforme des droits nationaux échappant de plus en plus à l'emprise de l'État. De telles préoccupations se retrouvent logiquement transférées au plan régional avec un surcroît d'intérêts relevant des enjeux nationaux d'une reformulation de leurs attributions classiques en matière de législation* ». (A. CISSE, *L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : L'expérience de l'Ohada à l'épreuve de sa première décennie*, *Revue internationale de droit économique*, 2004, t. XVIII, 1548p. ; p. 199).

¹⁰⁷¹ J. HAMEL, "Droit civil et droit commercial en 1950", *Le Droit privé français au milieu du XXe siècle*, Mélanges offerts à Georges Ripert, t. 2, 589p. ; p. 262.

commercialité. En guise d'illustration, il peut être cité la vente d'immeubles qui, en droit sénégalais, en droit français¹⁰⁷² et en droit ivoirien¹⁰⁷³, était du ressort de la loi civile, semble être du domaine du droit commercial. La propriété immobilière se base sur les dispositions du code civil.

Pour les raisons de cette exclusion en droit commercial, il faut citer des arguments qui ont des soubassements dans la sociologie économique et de la psychologie sociale. « *Les droits attachés au domaine sont toujours plus sacrés et plus inviolables que dans la propriété mobilière*¹⁰⁷⁴ ». Dans cette idée, il faut rappeler que la terre a toujours été sacrée en Afrique. Elle exprimait une référence identitaire pour le groupe, la famille ou les habitants. De ce fait, la commercialisation de l'immeuble symbolisait la malédiction¹⁰⁷⁵. Cependant, le droit communautaire africain Ohada dans sa politique d'extension progressive, il a pris le soin de commercialiser les opérations immobilières¹⁰⁷⁶. Le droit Ohada a cependant précisé qu'en dehors de l'usage à l'habitation, l'opération de location a un caractère commercial pour l'intermédiaire¹⁰⁷⁷ ayant permis aux parties de se rencontrer. L'usage de l'immeuble à fin purement économique donne alors à l'acte une opération qui a un caractère commercial¹⁰⁷⁸. Cette commercialisation de certaines matières est enlevée du domaine qui est retiré du droit civil pour être régie par le droit commercial. En droit civil, il y a aussi l'émergence des techniques utilisées en droit commercial.

2. Le déploiement des mécanismes économiques du droit civil

Le flou et la variabilité des normes juridiques¹⁰⁷⁹ semblent des fois toucher à la stabilité du système juridique surtout entre le droit commercial et le droit civil. Malgré une séparation entre ces deux branches du droit, il existe une imbrication¹⁰⁸⁰. D'ailleurs, il a été constaté, même

¹⁰⁷² La loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixe le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

¹⁰⁷³ Le décret du 26 juillet 1932, portant réorganisation du régime de la propriété foncière.

¹⁰⁷⁴ J. L., MESTRE, « La déclaration des droits de 1789 et la propriété immobilière », RFDC n° 26, 1996, 356p. ; p. 233.

¹⁰⁷⁵ T., OLAWALE ELIAS, La nature du droit coutumier africain, Présence africaine, Paris, 1988, 259p. ; p. 56.

¹⁰⁷⁶ Autrement dit, le législateur Ohada la décision d'appliquer les règles du droit commercial une opération et des professionnels qui se rapportent traditionnellement au droit civil. Il est bien de signaler que c'étaient seulement les opérations de location de meubles qui étaient commercialisées, donc régies par le droit commercial. De l'autre côté, il faut préciser qu'en principe, la location d'immeubles était exclusivement réservée aux actes civils.

¹⁰⁷⁷ Art. 3 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général.

¹⁰⁷⁸ CCJA, arrêt n° 004/2006, 9 mars 2006, Aka Béline c. /Société ivoirienne de promotion de supermarchés dite PROSUMA, in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada.

¹⁰⁷⁹ D'ailleurs, la doctrine a précisé, dans ce sens, le constat « *à diverses reprises les modifications qu'ont subi, sous la poussée des phénomènes économiques et sociaux, les divers domaines du droit. La codification de 1866 n'a pas empêché l'évolution du droit privé. Celle du droit commercial, incorporé dans le Code civil, mérite d'être examinée* » (L. LILKOFF, « *Le civil et l'autonomie du droit commercial* », la revue du barreau canadien, vo.44, 1966, 659p. ; p. 444.).

¹⁰⁸⁰ Il est devenu constant de voir, en droit civil, l'utilisation de certaines règles et méthodes dédiées spécialement en droit commercial. L'infiltration des méthodes commerciales en droit civil remet en cause des idées séparatrices entretenues depuis

dans les législations qui ont opté la dualité des textes, que « *par un phénomène d'osmose, le rapprochement du droit civil et du droit commercial. Et cela à une époque où, on le croyait, les récentes codifications devaient ralentir l'évolution du droit*¹⁰⁸¹ ». Il s'agit alors essentiellement « *de l'attraction exercée par le code civil et ses méthodes sur le droit commercial*¹⁰⁸² ». La doctrine avait énoncé que « *les habitudes du commerce tendent à devenir des habitudes générales et ses besoins deviennent ceux de tout le monde*¹⁰⁸³ ». Il s'agit ici de la commercialisation du droit civil. La doctrine parle de « *l'influence du droit commercial sur le droit civil*¹⁰⁸⁴ ». Il est vrai que, d'ores et déjà, le droit civil avait réceptionné bien des techniques du droit commercial pour en étendre le champ d'application. La généralisation de certaines règles commerciales en droit civil ne s'impose pas automatiquement. Il s'agit tout simplement d'élargir une méthode connue et utilisée en droit commercial et de l'appliquer en droit civil¹⁰⁸⁵. La doctrine a tenu à faire savoir que d'une part « *les impératifs du commerce que sont la rapidité, la simplicité, la sécurité et le crédit seraient devenus ceux de la vie civile*¹⁰⁸⁶ ». Dans la même lancée¹⁰⁸⁷, il est aussi possible de signaler, en guise d'illustration, que le chèque et le crédit, la lettre de change, le billet à ordre ou le warrant, qui sont des instruments de paiement, étaient habituellement utilisés par les commerçants. Actuellement, il est évident que les acteurs non commerçants comme les salariés ou les artisans les utilisent. Il s'agit d'une véritable influence des techniques du droit commercial appropriées par le droit civil. De façon générale, il a été remarqué que différents secteurs ont été considérablement bien inspirés par le droit civil. Il s'agit d'abord du fonds de commerce, ensuite des faillites et enfin des cessions de créance. Ainsi, il devient évident comme l'a bien précisé la doctrine que « *la pénétration des techniques*

une longue période entre les différentes branches du droit privé que sont le droit civil et le droit commercial. Il semble qu'il y a eu un changement de perception qui a amené une évolution des esprits et l'interdépendance de ces deux branches du droit privé.

¹⁰⁸¹ Ch. LYON-CAEN, De l'influence du droit commercial sur le Code civil depuis 1804, Le Code civil 1804-1904, t. 1, 598p. ; p. 207.

¹⁰⁸² E. THALLER, "De l'attraction exercée par le Code civil et par ses méthodes sur le droit commercial", Le code civil, Livre du centenaire, 1904, 359p. ; p. 224.

¹⁰⁸³ C. LYON-CAEN, Iblid, p. 207.

¹⁰⁸⁴ C. LYON-CAEN, "De l'influence du droit commercial sur le droit civil depuis 1804", Le code civil, Livre du centenaire, 1904, 257p. ; p. 208.

¹⁰⁸⁵ Autrement dit, c'est une inspiration qui vise comme finalité à avoir les mêmes effets. L'utilisation des méthodes prévues en droit commercial dans le domaine du droit civil est, pour une grande partie de la doctrine, le premier élément qui prouve l'imbrication entre ces deux disciplines.

¹⁰⁸⁶ Ph. LE TOURNEAU, "Les critères de la qualité de professionnel", LPA, 12 sept. 2005, 189p. ; p. 4

¹⁰⁸⁷ D'autre part, il « *s'agit de l'action en responsabilité engagée contre les dirigeants de société in bonis. En effet, bien que les textes prévoyant cette responsabilité (articles 52 et 244 de la loi de 1966) ne sont dans leur formulation pas dérogoatoires au droit commun, force est d'admettre qu'en matière de droit des affaires, les efforts conjugués du législateur et de la jurisprudence ont conféré à la responsabilité civile des dirigeants sociaux des particularités dont la source peut sans doute être découverte dans la notion si commerciale et tellement peu civiliste de "mandat social" qui s'est largement autonomisée de celle de mandat* » (L. LILKOFF, « *Le civil et l'autonomie du droit commercial* », la revue du barreau canadien, vo.44, 1966, p. 444).

*du droit commercial engendre un recul du droit civil et de ses propres concepts*¹⁰⁸⁸». Il faut aussi signaler que le droit commercial a un lien fort avec le droit civil.

B. L'emprise du droit commercial par le droit civil

Par rapport aux exigences de rapidité dans le monde des affaires, le droit commercial semble répondre mieux que le droit civil. Il est alors possible de dire qu'il existe une influence de plus en plus forte du droit commercial sur le droit civil. Le droit commercial, malgré son autonomie, garde un lien très étroit avec le droit civil. Il faut attirer l'attention sur le fait que les concepts du droit commercial sont essentiellement du droit civil. Il peut être cité les concepts de contrat, de solidarité, de prescription, d'intérêt, d'acte et de fait juridiques. D'autres principes très importants d'origine civiliste influencent le droit commercial et reposent sur la loyauté, la liberté, la fidélité, la cohérence ainsi que la promotion de la sécurité et de la justice contractuelle pour l'interprétation des règles. Dans la même situation, se trouvent les règles et principes quant à sa formation, son exécution, son extinction, ses sources et ses méthodes d'interprétation qui sont celles du droit civil. Il s'agira de voir d'abord la dépendance du droit commercial en droit civil (1), puis de voir par la suite l'influence du droit civil sur le droit commercial (2).

1. La dépendance du droit commercial au droit civil

Les relations existantes entre le code civil et le code de commerce sont assez particulières. Dès l'origine, le lien a été conçu comme une relation de soumission. Le code civil constitue le droit commun¹⁰⁸⁹ et le code de commerce énonce un droit d'exception¹⁰⁹⁰. Perçu

¹⁰⁸⁸ M. POUMAREDE, La pénétration en droit civil des techniques du droit commercial, Travaux de l'IFR, Qu'en est-il du code du commerce 200 ans après ? Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2007, 200p. ; p. 115.

¹⁰⁸⁹ « *Le droit civil ne se définit pas seulement par son objet. Il traite de toutes les relations privées (famille, contrats, propriété...) dans la mesure où elles ne relèvent pas du monde du travail, du commerce... mais surtout il demeure le socle commun sur lequel s'élève presque tout l'édifice juridique* ». « *Le droit n'est pas une création arbitraire du législateur. Il est le produit du milieu social. Il s'adapte aux conditions économiques, sociales, morales de chaque société. Il se modifie incessamment sous leur poussée. Il évolue [...]* ». (H. CAPITANT, « *Introduction à l'étude du droit civil* », Pedone, Paris (1904), 358p. ; p. 7.)

¹⁰⁹⁰ Dans cette relation particulière, la doctrine a tenu à attirer l'attention sur le fait que « *dans certains pays par exemple la GB et l'Italie la dualité du droit civil et du droit commercial a disparu au profit d'une unification à donner lieu à l'existence d'un seul droit civil. Dans d'autres pays au contraire par exemple la République de CI, cette dualité demeure en ce sens que le droit commercial est considéré comme autonome c'est-à-dire spécifiquement bien même il emprunterait certaines règles au droit civil. D'autres pays ont opté pour une réunion des règles civiles et commerciales en un seul code. Ainsi, dès le début du XXe siècle, le livre Ve du Code civil suisse régit les obligations civiles comme commerciales. Le Code civil italien de 1942 a également renoncé à cette dualité de codes, englobant le droit commercial, tout comme récemment le Code civil brésilien de 2002, certains pays, comme l'Argentine ou la Hongrie, envisageant de suivre cette voie* ». (R. CABRILLAC, La codification du droit des affaires au XXe siècle : les occasions manquées, Travaux de l'IFR, Qu'en est-il du code du commerce 200 ans après ? Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2007, 2008, 359p. ; p. 105). En France même, la question de la suppression du code du commerce par absorption dans le Code civil a hanté les débats sur une recodification commerciale. Lors de la nomination de deux commissions de révisions, l'une du Code civil et l'autre du Code de commerce au lendemain de la Libération, cette dualité n'a pas empêché les membres des deux commissions de se réunir pour décider le 25 octobre 1949 d'affirmer « *qu'il n'y aura pas un Code civil et un Code de commerce, mais un Code de droit privé, comprenant notamment un*

comme étant l'ensemble des règles de droit, le droit commercial¹⁰⁹¹ met en exergue la charpente et les mécanismes de l'activité économique dans un espace territorial bien déterminé. Il faut rappeler que l'essor des règles commerciales de cette branche ne s'est pas fait soudainement¹⁰⁹². Depuis de longues périodes, le droit commercial a toujours entretenu des relations assez particulières avec le droit civil¹⁰⁹³. D'ailleurs, c'est pour cette raison que la doctrine a reconnu que « *le droit civil est le droit commun, tandis que le droit commercial serait un droit particulier applicable à certaines personnes privées et à leurs relations*¹⁰⁹⁴ ». Les principales sources du droit commercial se réfèrent « *aux principes du droit commun appliqués autant que la nature des choses le permet*¹⁰⁹⁵ ». Le droit civil est perçu comme le droit commun des relations entre particuliers¹⁰⁹⁶. À ce titre, il sert donc de référence au droit commercial. L'Afrique aussi a eu la même tendance entre le droit civil et le droit commercial. Le continent africain a toujours été au carrefour des activités commerciales. Vers le 16^{ème} siècle, il a été au cœur des préoccupations commerciales des européens¹⁰⁹⁷. À travers les comptoirs, les ports sur les côtes africaines et les loulous, les acteurs économiques du commerce avaient véritablement mis en place des réseaux qui permettaient d'aller aux sources des produits désirés et cela permettait aussi de maintenir les activités commerciales fructueuses¹⁰⁹⁸. Il faut cependant reconnaître qu'en Afrique, il n'existait pas assez de législations spécifiques consacrées au droit commercial. Cette branche du droit relevait essentiellement d'une réglementation générale et

Livre sur les obligations, commun aux obligations civiles et commerciales» (L. LEVENEUR, "Code civil, Code de commerce et code de la consommation", Livre du bicentenaire, Dalloz, 2007, 258p. ; p. 86.).

¹⁰⁹¹ C'est une branche juridique qui occupe, d'une part, une posture médiane entre le droit public et le droit privé. D'autre part, le droit commercial a un domaine qui empiète le plus souvent à certains domaines comme le droit social, le droit pénal, le droit administratif et le droit de la procédure.

¹⁰⁹² C'est à travers une période assez longue que les acteurs économiques ont réussi à mettre sur place un encadrement assez judicieux grâce aux usages, aux coutumes et aux règles écrites adoptées. Il faut préciser qu'à la période antique, le droit commercial a toujours été une discipline complètement différenciée du droit civil. Cette différence était due au fait que les différents acteurs économiques avaient recours à travers les contrats à des instruments comme le crédit, pour finaliser leurs transactions. Des usages propres à ces domaines ont été créés. Ce fut au moyen-âge que le droit commercial s'est considérablement développé grâce à l'organisation de grandes foires commerciales.

¹⁰⁹³ L'expression « droit civil » découle du latin « *jus civile* ». Il « *concerne l'ensemble des citoyens, la vie politique, l'État, lui-même issu du latin *civis, citoyen** » (https://www.toupie.org/Dictionnaire/Droit_civil.htm, lu le 25/05/2019). Autrement dit, le droit civil est une branche juridique qui prend en charge l'ensemble des règles relatives aux personnes, aux biens, à la famille, aux obligations, aux sûretés, aux successions etc. Ainsi, il peut être résumé comme étant le code du peuple ou le code des citoyens.

¹⁰⁹⁴ V. D. BUREAU et N. MOLFESSIS, "Le bicentenaire d'un fantôme", Le code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire, No 12, Dalloz, 2007, 356p., p. 61.

¹⁰⁹⁵ P. NELIDOFF, La naissance de la doctrine commercialiste au XIXe siècle, Travaux de l'IFR, Qu'en est-il du code du commerce 200 ans après ? Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2007, 2008, 259p. ; p. 40.

¹⁰⁹⁶ Ayant pour finalité de bien régir le droit des affaires à travers des activités économiques, autrement dit, l'ensemble des règles applicables aux acteurs économiques qui ont pris l'option de l'activité commerciale leur profession, le droit commercial entretient des rapports filiaux avec le droit civil. Bien qu'il existe des frontières entre ces deux branches juridiques, elles ont des points communs. Ainsi, son autonomie paraît être remise en cause car le droit commercial n'est pas complètement autonome.

¹⁰⁹⁷ J. Cl. PENARD, « Commerce et religion : Expansion et configuration de l'islam en Afrique orientale », cahier des recherches africaines, 1960, 326p. ; p. 184.

¹⁰⁹⁸ L. G. CASTELLANI, « Assurer l'harmonisation du droit des contrats aux niveaux régional et mondial : la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et le rôle de la CNUDCI », Rev. De droit Uniforme.2008, 289p. ; p. 101.

assez vétuste qui était contenue dans les différents codes civils¹⁰⁹⁹. Il faut souligner que la doctrine a tenu à préciser que très peu d'États africains avaient mis en place une législation sur les contrats ou les obligations¹¹⁰⁰. Les rares États comme le Sénégal¹¹⁰¹, la Guinée-Conakry¹¹⁰², et le Mali¹¹⁰³ qui se sont dotés de règles commerciales ont une législation commerciale très influencée par le droit civil. C'est pour cette raison que la doctrine a toujours précisé que l'application de règles spécifiques en matière commerciale apparaît comme une dérogation aux règles du droit civil. Étant un droit d'exception qui déroge au droit civil commun, le droit commercial devrait avoir un domaine d'application strictement délimité. « *Le droit commercial n'est que la réunion des exceptions apportées aux règles du droit civil dans l'intérêt du commerce*¹¹⁰⁴ ».

2. L'influence du droit civil sur le droit commercial

La complexité des règles qui forment le droit commercial peut rendre assez difficile la maîtrise de cette discipline juridique car l'esprit du droit commercial est très étroitement lié à celui du commerce. Étant une discipline fortement influencée par la finalité des activités commerciales qui est exclusivement réservée à la recherche du profit, le droit commercial est une branche qui est inspirée par les principes¹¹⁰⁵ du droit civil. Les principes directeurs fixent « *les règles générales qui régissent la conclusion, la validité, l'efficacité, l'interprétation, l'exécution et la rupture des relations contractuelles*¹¹⁰⁶ ». Pour mieux illustrer l'influence du droit civil sur le droit commercial, il s'agira de citer la liberté contractuelle dans le monde des affaires¹¹⁰⁷. Dans le monde des affaires, collationner sur la portée de l'autonomie de la volonté¹¹⁰⁸ paraît très important car le principe de l'autonomie de la volonté conduit

¹⁰⁹⁹ A. FENEON, « L'influence de la CVIM sur le nouveau droit africain de la vente commerciale », *Penant*, 2006, 589p. ; p. 465.

¹¹⁰⁰ M. FONTAINE, *Revue de droit uniforme*, mai 2006, 54p. ; p. 7.

¹¹⁰¹ La loi du 10 juillet 1963 relative à la partie générale du code des obligations civiles et commerciales.

¹¹⁰² Le code civil de 1983.

¹¹⁰³ La loi du 29 août 1987 fixant régime général des obligations.

¹¹⁰⁴ G. RIPBRT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1948, n° 13, 259p. ; p. 116.

¹¹⁰⁵ Le vocable « principe » se définit comme « *une règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure* » (*Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, *Quadrige*, 10ème édition, janvier 2014). « *L'émergence de tels principes offre un pendant cohérent au code de procédure civile qui traite des principes directeurs* ». (Y.-M. LAITHIER, « *Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé* », *Actes du colloque de la journée franco/italienne organisé à Bologne les 19 et 20 octobre 2012*, *RDC* 2013/1 ; 256p. p. 148).

¹¹⁰⁶ Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription du 15 juin 2007 ; <http://courdecassation.fr>, (rubrique « archives », 2007), lu le 24/06/2020.

¹¹⁰⁷ Le droit commercial est essentiellement contractuel. Il tire son existence de la convention. À travers l'arbitrage, les différentes parties ont la possibilité de résoudre leur imminence selon leur désir, leur dessein ou leur souhait et leur vœu. Il faut insister sur le fait que dans l'arbitrage l'intention des parties a une prédominance importante. Cette intention qui reflète la volonté des parties contractuelles se concrétise à travers la convention d'arbitrage.

¹¹⁰⁸ L'explication de la théorie de l'autonomie de la volonté est à rechercher dans les idées de la philosophie des Lumières. Cette conception trouve sa justification dans l'existence de droits naturels de l'Homme, selon lesquels l'Homme à l'état de nature est libre. Le principe de l'autonomie de la volonté repose essentiellement sur l'idée d'une valeur universelle de la liberté

principalement sur le principe de liberté¹¹⁰⁹ contractuelle. Le droit Ohada a mis en exergue l'autonomie de la volonté en précisant la place de choix. Le recours à l'arbitrage est conditionné par le consentement sans équivoque des parties en conflit. Le support des règlements de litiges par la voie arbitrale est essentiellement dans la volonté des parties litigantes. C'est d'ailleurs, la principale raison qui a poussé le législateur à préciser, en son article 4, que la convention d'arbitrage « *est appréciée d'après la commune volonté des parties*¹¹¹⁰ ». C'est dans cet ordre d'idées que la doctrine affirme que « *non seulement il serait inconcevable d'engager une personne en dehors de sa volonté puisqu'on violerait sa liberté, mais de plus les résultats pratiques auxquels aboutit l'action de la volonté sont nécessairement équitables*¹¹¹¹ ». La convention d'arbitrage revêt alors une importance capitale. La doctrine a toujours affirmé que la convention d'arbitrage constitue « *l'élément fondateur du processus arbitral*¹¹¹² ». D'une manière claire, la jurisprudence a précisé que l'arbitrage, en tant que justice privée, « *est, par essence, un mode contractuel de règlement des litiges. En tant que tel, il est largement gouverné par la volonté des parties*¹¹¹³ ». La volonté des parties est prééminente dans l'arbitrage. La convention¹¹¹⁴ d'arbitrage est tellement importante que, sans elle, l'arbitrage institutionnel de

humaine. L'Homme est libre. Il s'agit de l'exaltation de la liberté individuelle. C'est ce qui poussa Portalis à déclarer que « *la volonté de l'homme, aidé de la puissance de la foi, franchit toutes les distances, surmonte tous les obstacles, et devient présente partout comme la loi même* » (J. E. PORTALIS, *Présentation au corps législatif et exposé des motifs*, in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1836, vol. 14, 259p. ; p. 113). D'ailleurs, la doctrine ne cesse de rappeler que « *c'est la volonté individuelle qui peut être la source essentielle de toute obligation* » (J. L. CORREA, *Contribution à l'étude de l'obligation de donner en droit sénégalais des obligations*, Paru à la Revue Annales africaines, Déc. 2014, vol. 2, 250p. p. 13). Seule la volonté est source d'obligation. Personne ne peut obliger quelqu'un contre sa volonté car « *le contrat repose sur la volonté de ceux qui s'engagent* » (E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, op.cit., p. 73). La volonté des parties confère au contrat une force obligatoire. Elle est l'élément essentiel qui permet d'impulser la liberté contractuelle. Il est impératif de signaler que le droit des contrats repose sur l'autonomie de la volonté qui est un principe selon lequel seule la volonté est créatrice de droits et d'obligations. Sur les finalités ensuite, l'objectif poursuivi par les principes directeurs du procès civil a été précisé par MOTULSKY « *tracer en présence d'une doctrine divisée et surtout d'une jurisprudence hésitante, voire contradictoire, l'essentiel des contours de l'office du juge et de la répartition des fonctions processuelles entre celui-ci et les parties* » (H. MOTULSKY, in « *Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971* », D. 1972, *Chronique*, 235p. : p. 91).

¹¹⁰⁹ Le vocable « liberté » vient du latin « libertas » (<http://www.toupie.org/Dictionnaire/Liberte.htm#>, lu le 15 novembre 2020)

. C'est l'état d'une personne qui n'est pas soumise à la servitude. Autrement dit, c'est la possibilité de se mouvoir sans entraves selon sa propre volonté. Intrinsèquement, l'arbitrage a un fondement contractuel. Cette situation est simple à comprendre dans la mesure où l'arbitrage prend son existence de la convention d'arbitrage. Le fondement contractuel est un principe essentiel de l'arbitrage.

¹¹¹⁰ Art. 4, Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, adopté le 11 mars 1999, JO OHADA n°08 du 15 mai 1999.

¹¹¹¹ A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en Droit Civil Français et Allemand*, Paris, 1961 ; 259p. ; p. 2

¹¹¹² Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien Lextenso éditions, 2013, 568p. ; p. 479.

¹¹¹³ Tr. Azzi, note sous CA Paris, 1re ch. C, 17 juin 2004, Rev. Arb. 2006, 258p. ; p. 178.

¹¹¹⁴ « *Une convention d'arbitrage est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel* ». (La loi-type de CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 (révisée en 2006), L'article 7, Option II, intitulé « Définition de la convention d'arbitrage »). Autrement, comme l'a si bien défini Monsieur Pierre MEYER, « *la convention d'arbitrage désigne l'accord par lequel les parties décident de soumettre un litige qui les oppose à des arbitres* » (P. MEYER, « *Droit de l'arbitrage* », doc. ERSUMA, Octobre 2009, 69p. ; p. 16). Elle est alors un instrument juridique qui permet aux parties contractuelles de ne pas recourir à la justice étatique lors de la survenance de litiges.

la CCJA ne peut pas être déclenché¹¹¹⁵. Sans une convention d'arbitrage, il n'y a pas d'arbitrage. Il faut préciser ici que, « *même s'il n'existe pas de convention d'arbitrage ou lorsque celle-ci ne comporte pas d'indication d'un centre d'arbitrage, et que la partie défenderesse accepte l'arbitrage de la CCJA, les parties sont réputées avoir ainsi conclu un compromis d'arbitrage et l'arbitrage la CCJA peut être déclenché*¹¹¹⁶ ». Dans l'arbitrage, il est important de retenir que la personne qui passe une convention d'arbitrage doit avoir la capacité de contracter et aussi la libre disposition du droit visé.

Section II : La flexibilité des règles impératives

Au Sénégal, il n'est pas possible de tout faire arbitrer. Le législateur a pris le soin d'énumérer les deux domaines de l'arbitrabilité. D'un côté, l'article 796 du code de procédure civile a pris le soin d'énumérer les domaines dans lesquels tout arbitrage est exclu¹¹¹⁷. D'un autre côté, il y a aussi l'article 57 du Code de Procédure civile qui énumère toutes les contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public¹¹¹⁸. La détermination¹¹¹⁹ légale de l'ordre public peut s'autoriser à travers le Code des Obligations civiles et commerciales (COCC)¹¹²⁰. Il faut cependant faire remarquer que la flexibilité des règles impératives se fait de plus en plus sentir. La concrétisation de cette idée se manifeste par un mouvement de repli de l'ordre public. La doctrine¹¹²¹ estime que l'intervention de l'État, en principe, ne devrait être qu'exceptionnelle et justifiée par des considérations particulières. Le

¹¹¹⁵ D'ailleurs, l'arbitrage CCJA a tenu à préciser « *lorsque prima facie il n'existe pas entre les parties de convention d'arbitrage visant l'application du présent règlement, si la défenderesse décline l'arbitrage de la Cour, ou ne répond pas dans le délai de 45 jours [...] la partie demanderesse est informée par le Secrétaire Général qu'il se propose de saisir la Cour en vue de la voir décider que l'arbitrage ne peut avoir lieu* » (L'article 9 du Règlement d'arbitrage de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada, adopté le 11 mars 1999).

¹¹¹⁶ A. MOULOUL, l'arbitrage dans l'espace Ohada, *Conférence Internationale sur le Droit des Affaires de l'OHADA, Maison du Droit Vietnamo-Française, Hanoï (Vietnam), le 28 janvier 2010 ; 356p. ; p. 98.* <http://www.ohada.com/doctrine>

¹¹¹⁷ Il peut être cité: les dons et legs d'aliments, logement et vêtements, les séparations d'entre mari et femme, les divorces, les questions d'état de la personne.

¹¹¹⁸ Notamment les causes qui concernent l'ordre public, l'État, les communes, les Établissements publics, les incidents sur la compétence, les causes intéressant les majeurs incapables.

¹¹¹⁹ La détermination de l'ordre public peut être l'œuvre du juge dans sa mission surtout s'il découvre des principes essentiels destinés à assurer le bon fonctionnement des institutions juridiques. Ainsi, il peut déterminer des restrictions aux droits que peuvent exiger les nécessités de l'ordre public conformément au COCC qui interdit aux parties de porter atteinte, par conventions particulières, à l'ordre public. En fait, « *libres de contracter ou de ne pas contracter, d'adopter toute espèce de clauses de modalités, les parties ne peuvent cependant porter atteinte par conventions particulières à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* » (L'article 42 du COCC).

¹¹²⁰ Qui précise que même si « Les dispositions de la deuxième partie dudit Code sont supplétives de la volonté des contractants, ces derniers ne peuvent adopter une convention contraire aux règles concernant les contrats portant sur les immeubles immatriculés et fonds de commerce, les baux à usage d'habitation ou à usage commercial, l'assurance ainsi que toute disposition particulière expressément déclarée d'ordre public » L'article 258 du Code des Obligations civiles et commerciales (C.O.C.C.).

¹¹²¹ En d'autres termes, cela signifie que l'État doit obligatoirement être neutre dans les relations contractuelles de travail. Il doit s'abstenir de se comporter en acteur dans le droit social. La puissance publique devra faire des efforts pour s'immiscer le moins possible dans la vie des entreprises.

droit social a toujours été qualifié comme étant un secteur de haut niveau de rigidités¹¹²² qui est très préjudiciable à la performance économique pour chaque pays. Pour mieux renforcer, cette thèse une partie de la doctrine estime que « *cette situation nuit au dynamisme économique et contribue à un chômage structurellement élevé et souvent de longue durée, ainsi qu'aux difficultés d'insertion sur le marché du travail qui frappent en particulier les jeunes*¹¹²³ ». C'est pour cette raison que la doctrine défendait cette thèse en argumentant que « *cette refondation passe par la réduction du droit réglementaire au profit du droit conventionnel et de la pratique des contrats*¹¹²⁴ ». Autrement, le déclin de l'ordre public social devrait permettre aux principaux acteurs du contrat de travail d'utiliser une convention arbitrale pour mieux gérer les relations individuelles. Il convient alors de voir d'abord le recul de l'ordre public par la classification (paragraphe 1) puis de voir le recul de l'arbitrabilité par la classification (Paragraphe 2).

Paragraphe I : Le recul de l'ordre public par la classification

L'imbrication harmonieuse entre ces deux sciences juridiques semble poser de sérieux problèmes. Il y a une grande difficulté juridique à l'arbitrage en droit du travail. L'arbitrage a toujours eu une mauvaise réputation auprès de tous ceux qui sont considérés comme des contractants faibles¹¹²⁵ en l'occurrence les salariés. Il faut rappeler que, dans tous les États africains, il y avait l'interdiction de l'arbitrage en droit social. L'ordre public faisait obstacle à l'arbitrage¹¹²⁶. Cependant, c'est la position du droit Ohada qui a su, substantiellement, changer la donne, de sorte que, aujourd'hui, de nombreux penseurs soutiennent, sans hésitation, l'idée selon laquelle les litiges individuels de travail sont bien arbitrables. La doctrine a tenu à préciser l'importance de la tentative de délimitation du concept d'ordre public car « *n'est d'ordre public proprement dit que la loi qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité ou qui fixe dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société*¹¹²⁷ ». L'importance de la classification de l'ordre public permet de prendre en

¹¹²² C'est pour cette raison que messieurs BADINTER et LYON-CAEN ont affirmé que « *la vision d'un droit du travail, perçu comme une forêt trop obscure et hostile pour qu'on s'y aventure, joue contre le recrutement des salariés complémentaires dans les petites et moyennes entreprises. Il ne parvient pas à concilier efficacité économique et protection des travailleurs* » (R. BADINTER, et A. LYON-CAEN, « *Le travail et la loi* », Paris, Fayard, 2015, 458p. ; p. 1).

¹¹²³ G. CETTE, et B. BARTHELEMY, « Réformer le droit du travail » ; Éditions Odile Jacob ce jeudi 3 septembre 2015. <https://tnova.fr/rapports/reformer-le-droit-du-travail>, lu le 05/09/2020.

¹¹²⁴ C. DE BOISSIEU, Mot introductif de « Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique » de Jacques Barthélémy et Gilbert Cette, po. Cit., p. 12.

¹¹²⁵ E. LOQUIN, « *Arbitrabilité et protection des parties faibles* », op.cit., p. 135.

¹¹²⁶ C'est comme un principe propre que rien ne peut fléchir ni émouvoir. En d'autres termes, il s'agit d'une ligne directrice de conduite qui résiste à toutes les influences.

De ce fait, en ce qui concerne des litiges individuels de travail, la majeure partie des États africains ont écarté d'office le droit de l'arbitrage. L'arbitrage est alors isolé, écarté et confiné quand il est question de trouver des solutions aux problèmes touchant les relations individuelles du droit travail.

¹¹²⁷ M. GREGOIRE, « Géométrie de l'instance », note sous Cass., 24 mars 2006, R.C.J.B., 2008, 79p. ; p 21.

considération certaines souplesses. D'ailleurs, la doctrine précise qu'en réalité, « *il faut chaque fois pour déterminer la disposition d'ordre public analyser l'esprit de l'institution et rechercher en quoi elle est en rapport avec les exigences essentielles de la collectivité ou du droit privé. Il en découle que ce sont les tribunaux qui, dans chaque cas particulier, ont pour mission de qualifier une disposition comme étant ou non d'ordre public*¹¹²⁸ ». Il s'agit d'étudier dans un premier temps l'ordre public absolu (A) puis d'étudier dans un second temps l'ordre public relatif (B).

A. L'ordre public absolu

Monsieur CORREA a toujours rappelé que « *le droit du travail est un lieu de tensions entre plusieurs intérêts que sont ceux des employés et ceux des employeurs*¹¹²⁹ ». L'entreprise est un espace qui est en perpétuelle mutation. Étant sous l'autorité de l'employeur, elle peut être le lieu de l'imprévu, et des menaces qui peuvent aboutir à la désacralisation de l'idée de rationalité. Il devient alors un environnement où le « *processus contradictoire et hétérogène qui se met vraiment en marche quand l'entreprise rencontre des zones de tension et trouve ressources et outils de gestion pour y faire face*¹¹³⁰ ». Devant ce genre de situation, en droit du travail, l'ordre public est alors perçu comme un bouclier ou bien une forteresse pour pallier aux abus des employeurs et aussi aux dérives conventionnelles. Afin d'éviter l'implosion sociale qui est à l'origine du droit du travail, il est bien de préciser que certaines normes relèvent de l'ordre public absolu. L'ordre public absolu fait sortir l'impossibilité de déroger, dans quelque sens que ce soit, aux normes qui touchent à l'intérêt général, aux droits fondamentaux de l'homme et à ses libertés individuelles et collectives. Aucune loi ou convention ne peut déroger à la norme, qu'elle soit plus ou moins favorable. L'État, garant et protecteur du respect de la dignité et des droits humains, doit utiliser ses prérogatives de puissance publique pour davantage protéger la situation sociale des salariés. La protection sociale est assurée avec l'intervention de l'État qui définit la politique nationale, assure le contrôle, le soutien et la création d'organismes de gestion des régimes. Il s'agira ici de voir l'ordre public classique (1) et de voir l'ordre public économique (2).

1. L'ordre public classique

¹¹²⁸ P. LEFEBVRE, M. SERVAIS, « Vers une conception large de l'ordre public à l'instar de la portée qui lui est conférée dans le cadre de l'annulation de sentences arbitrales », b-arbitra 2014/2, pp.301-322 ; p. 312.

¹¹²⁹ J. L. CORREA, « *L'éclairage sur un acte uniforme toujours attendu : L'acte uniforme relatif au droit du travail* » ; Nouvelles annales africaines, 2013, 40p. ; p.5.

¹¹³⁰ P. FRIDENSON, Les apports de l'histoire des entreprises, in Pouchet A. (sous la coordination de), Sociologies du travail, 40 ans après, Paris : Elsevier, 2001, 369p ; p. 283.

L'ordre public classique est essentiellement conservateur car il défend les institutions de la société et les principes établis. Il couvre des notions générales comme la sécurité, la morale, la salubrité, la tranquillité, la paix publique¹¹³¹. Il est l'expression de l'impérativité d'une règle de droit à laquelle on ne peut déroger, ce qui traduit le fait qu'il pose des interdictions aux différentes parties contractantes. Cependant, il faut signaler *qu'il « n'empêchait que de manière marginale l'expression de l'autonomie contractuelle ; tout ce qui n'était pas expressément prohibé était permis*¹¹³²». Il est bien de préciser que toutes les mesures relevant de l'ordre public absolu sont sacrées. C'est pour cette raison que le législateur sénégalais, en abordant dans ce sens a tenu à préciser que *« le droit au travail est reconnu à chaque citoyen comme un droit sacré*¹¹³³». L'indisponibilité du droit du travail surgit lorsque le législateur a pris la décision de sacrifier le travail. Cette sacralisation du droit du travail par le législateur peut être motivée par son désir de protéger l'Homme, à travers lui la société. L'ordre public classique¹¹³⁴ fait sortir l'impossibilité de déroger dans quelque sens que ce soit aux normes qui touchent à l'intérêt général, aux droits fondamentaux de l'homme et à ses libertés individuelles et collectives.

Dans les entreprises, reconnues comme des espaces de conflits, des employeurs sont souvent tentés d'inclure des conventions arbitrales dans le contrat pour que les litiges individuels de travail soient gérés confidentiellement par des arbitres. Le contrat de travail est un contrat particulier différent des autres contrats. Sa particularité réside du fait que le travailleur, pour exécuter ses obligations, doit obligatoirement se mettre sous les ordres et sous le contrôle de l'employeur. Autrement dit, comme l'a bien souligné la doctrine, *« c'est la personne humaine qui est en réalité l'objet du contrat en même temps qu'elle en est le sujet*¹¹³⁵». La protection apportée aux salariés a pour but de mettre fin aux clauses abusives tout en équilibrant le contrat du travail. Étant forgé sur la base de la position d'infériorité du salarié, le droit du travail s'est vu offert par l'État, la possibilité de mettre en place un mécanisme

¹¹³¹ La notion d'ordre public a été définie par la loi du 5 avril 1884, dont les termes ont été repris dans le Code Général des Collectivités Territoriales à l'article L. 2212-2 : « La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publique ».

¹¹³² F. CANUT, op. cit., p. 96.

¹¹³³ Article L.1, Code du Travail.

¹¹³⁴ Aucune loi ou convention ne peut déroger à la norme, qu'elle soit plus ou moins favorable. Au cours du 19^{ème} siècle, tout en continuant à veiller à la défense des valeurs de la société, l'ordre public s'est orienté au plan économique. Cette évolution provient de la *« croyance que l'État peut orienter la vie contractuelle dans une direction favorable à l'utilité sociale et qu'il devait intervenir dans les rapports contractuels mettant aux prises des parties de puissance économique inégale afin de protéger la partie faible »*. (F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, (1996), Droit Civil, Les obligations, Paris, Dalloz, Précis droit privé, p. 300, n° 357).

¹¹³⁵ A. SUPIOT, Critique du droit du travail, PUF, Quadrige, 2002, 336p. ; p.51.

régulation par l'intervention du juge¹¹³⁶. Cette conquête d'équilibre en droit du travail permet d'améliorer les conditions de travail. C'est la principale raison qui pousse la doctrine à préciser que « *l'ordre public a été fortement sollicité, mais avec des succès inégaux. Le plus souvent l'ordre public impératif vise à éviter que l'un des deux contractants n'utilise le contrat comme instrument de domination en insérant en son sein des clauses à son seul profit*¹¹³⁷ ». La réalisation de ce classement est une obligation pour assurer la rigueur du système juridique. Ainsi, il est important de signaler l'apparition d'un ordre public économique.

2. L'ordre public économique

La plus grande force de l'ordre public est dans sa conception négative. Mais, au cours du 19^{ème} siècle, est apparu un ordre public économique qui est défini comme étant l'ensemble « [...] des règles obligatoires dans les rapports contractuels, relatives à l'organisation économique, aux rapports sociaux et à l'économie interne du contrat¹¹³⁸ ». Contrairement à l'ordre public classique qui est prohibitif, il s'agit ici d'un ordre public dispositif dans la mesure où il oriente le contenu de certains contrats. L'État intervient dans la vie économique pour protéger les faibles contre les forts ; et le législateur a la possibilité d'interdire certaines clauses dans des contrats. L'ordre public économique est un ordre public progressiste parce qu'il vise à réformer les rapports économiques et sociaux. Il réagit rapidement face aux changements profonds liés à l'environnement économique. Il faut noter qu'avec l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce¹¹³⁹, le développement des échanges commerciaux a considérablement influencé les systèmes économiques¹¹⁴⁰. La flexibilité¹¹⁴¹ aide dans ce sens à résister aux

¹¹³⁶ Cette situation aboutit au fait que malgré l'irrégularité du contrat de travail, le juge maintient sa validité tout en le renforçant par le changement de nature. Afin de lutter contre l'ineffectivité persistante des limitations légales des contrats précaires, le juge use des techniques de qualification, de requalification ou de conversion par majoration pour sanctionner une nullité.

¹¹³⁷ A. POUSSON, *La dissymétrie des sanctions contractuelles en droit français du travail*, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2021, 455p ; p. 140.

¹¹³⁸ F. GERARD, *L'ordre public économique*, Revue internationale de droit comparé, Vol.19 n°2 Avril-Juin,689p. ; p. 520.

¹¹³⁹ Le General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) est signé le 30 octobre 1947 par 23 pays, pour harmoniser les politiques douanières des parties signataires. Le traité entre en vigueur en janvier 1948. Cet accord est destiné à faire baisser les prix pour les consommateurs, mieux utiliser les facteurs de production et favoriser l'emploi dans les secteurs où chaque pays détient un avantage comparatif. <https://fr.wikipedia.org>, lu le 22/10/2019.

¹¹⁴⁰ La mondialisation de l'économie semble poser les jalons d'une nouvelle conception des relations de travail. Le désir de vouloir isoler les autorités étatiques dans le domaine des affaires, constitue un grand désir pour les employeurs. Dans les économies agricoles ou artisanales, il n'y avait pas de dépendance économique entre les hommes. Il y a actuellement une grande évolution car « depuis la révolution industrielle, avec la disparition progressive de l'économie agricole et son remplacement par une économie industrielle, avec l'avènement d'une économie du marché et la division du travail, chacun est dépendant des autres. L'homme, pour sa subsistance, son développement et son emploi, dépend non plus seulement de ses propres efforts, de sa bonne volonté, mais aussi d'un ensemble d'autres facteurs dont le contrôle lui échappe plus ou moins totalement ». (G. DION, *Le droit au travail*, revue Relations industrielles, volume 15, numéro 4, octobre 1960, 458p. ; p. 398).

¹¹⁴¹ Il faut signaler que cinq types de flexibilité du travail sont à citer :

-la flexibilité externe quantitative qui permet « de faire fluctuer les effectifs de l'entreprise en fonction des besoins, en utilisant des contrats de travail de courte durée et en licenciant en tant que besoin » (B. BRUNHES, « *La flexibilité du travail : Réflexions sur les modèles européens* », Paris : Droit Social, n° 3, 1989, 369p. ; p. 252.). Elle est liée à la dénonciation par

changements brusques et permet aussi de procéder aux ajustements nécessaires. Autrement dit la flexibilité désigne la faculté d'une entreprise à s'adapter rapidement et à moindre coût à l'évolution de l'environnement. Pour faire face aux problèmes conjoncturels économiques, l'employeur peut potentiellement s'appuyer sur quelques éléments de flexibilisation comme l'emploi des salariés et le temps de travail. Il a la possibilité de réduire ou d'aménager et d'organiser ses employés. Il est difficile de donner une définition claire et univoque de la flexibilité. Ce qui est évident est qu'il s'oppose à la rigidité.

Face à cette situation, les travailleurs sont exposés aux abus d'autorité et la domination de leurs employeurs. Il fallait impérativement une régularisation du déséquilibre pour éviter d'aboutir à l'exploitation. L'État, devant la présence de deux forces inégales, doit garantir le respect des normes de sécurité au travail et surtout protéger la partie vulnérable. La doctrine a distingué l'ordre public de direction et l'ordre public de protection. L'ordre public de direction a pour objectif de concourir à l'organisation de l'économie nationale. Le législateur a voulu corriger les inégalités qui existent dans les contrats tout en identifiant un certain nombre de contrats dans lesquels les parties n'étaient pas à égalité. L'ordre public de direction a pour finalité de mettre en œuvre une politique économique déterminée. Il est destiné à protéger le contractant présumé faible. Il se caractérise par une certaine méfiance vis-à-vis de la liberté contractuelle. Ayant conscience du profond déséquilibre qui existe entre contractants, dans certains contrats, l'ordre public de protection ne permet qu'un aménagement orienté des obligations contractuelles. Le caractère d'ordre public d'une règle de droit est prononcé explicitement, soit par le législateur, soit par le juge. Donc, l'ordre public prend source de deux façons selon qu'elle est l'œuvre de la loi ou celle du juge. L'ordre public est législatif ou textuel lorsqu'elle résulte expressément de la loi.

certaines des contraintes juridiques régissant le contrat de travail, notamment les modalités de licenciement (délais de préavis, montants des indemnités, prééminence de la règle d'ancienneté, accords préalables d'organes divers, etc.).

-l'externalisation qui consiste « à déplacer sur une autre entreprise le lien contractuel avec le travailleur » (B. BRUNHES, loc. cit.). Cette forme de flexibilité consiste à transférer certaines tâches à des entreprises extérieures.

- la flexibilité quantitative interne qui consiste à varier le temps de travail du personnel selon les besoins d'activité. L'employeur a recours au travail à temps partiel et aux heures supplémentaires. Il procède aussi à l'annualisation du temps de travail qui n'est plus défini sur la semaine (x heures/semaine), mais répartie sur l'année (x heures/année) en fonction de la charge du travail prévisible.

- la flexibilité fonctionnelle « consiste, à une quantité de travail donnée, à employer les travailleurs à des fonctions variables en fonction des besoins de la chaîne de production ou des fluctuations de la production ». (B. BRUNHES, loc. cit., p. 259.) Elle regroupe des formes diverses de mobilisation des ressources humaines à des tâches variées, à des rotations des postes, etc.

-la flexibilité salariale est conçue « comme un moyen de répercuter sur les salaires les évolutions des chiffres d'affaires et de coûts de revient de l'entreprise en fonction des mouvements conjoncturels » (B. BRUNHES, loc. cit. p. 256).

B. L'ordre public relatif

La disparition de l'État providence peut permettre de mieux comprendre le repli de l'ordre public dans les secteurs économiques¹¹⁴². L'État, avec la mise en place du cadre juridique, régleme l'environnement du travail¹¹⁴³ en orientant la politique industrielle. L'État, pour attirer les entreprises, doit créer un environnement propice à la croissance et au développement des entreprises¹¹⁴⁴. Dans cette situation, l'existence de l'ordre public relatif peut être d'un grand apport pour les entreprises. L'ordre public relatif¹¹⁴⁵ « *concerne les rapports entre le contrat et les autres lois et, d'une manière plus générale, les rapports entre les différentes sources au travers de la règle de l'avantage le plus favorable*¹¹⁴⁶ ». Contrairement à l'ordre public absolu, l'ordre public relatif concerne les normes ou les dispositions qui peuvent être modifiées. Il désigne les dispositions légales qui sont susceptibles d'être améliorées en droit du travail. Puisque les parties peuvent déroger aux normes légales, alors il s'agit d'un ordre public relatif. Il s'agit de voir d'abord l'ordre public social (1) puis de voir la particularité de l'ordre public social : la renonciation (2).

1. L'ordre public social

L'expression « ordre public social » sert à désigner la notion d'ordre public en droit du travail. Cependant « ordre public social » n'est donc pas synonyme « *d'ordre public en droit du travail*¹¹⁴⁷ ». Il s'agit par ce libellé « *de désigner la catégorie des dispositions impératives qui, en droit du travail, tolèrent, ou mieux, encouragent, la liberté contractuelle, mais seulement dans le sens de l'amélioration de la situation des salariés*¹¹⁴⁸ ». L'ordre public social

¹¹⁴² Le développement économique est à rechercher dans l'encouragement de l'investissement et l'accroissement de la sécurité juridique. Le monde des affaires étant un cadre de compétitions, de conflits et de concurrences, l'État joue un grand rôle dans la stabilisation des relations économiques. En tant que gardien de l'intérêt général, il doit assurer l'équilibre entre des intérêts particuliers souvent antagonistes. Il assure alors les contrôles nécessaires pour éviter les dérapages. Le droit du travail est obligatoirement confronté aux discours des sciences économiques.

¹¹⁴³ Le droit du travail est présent au niveau de tous les secteurs d'activités économiques, de branches professionnelles ou économiques, de filières économiques et de pôles de compétitivités qui possèdent impérativement de main d'œuvre dérouler leurs activités. L'importance des moyens de subsistance qui sont en cause dans la vie des travailleurs, fait du droit du travail un vecteur de développement économique. Il s'agira alors pour l'État de régir des règles dans différents domaines de l'économie.

¹¹⁴⁴ Le droit du travail organisé dans un cadre offre la possibilité aux investisseurs nationaux et internationaux des garanties d'ordre normatif. Il est un cadre qui donne une lisibilité quant au droit applicable pour les entreprises. Ces nombres règles qui régissent le droit du travail, non seulement permettent d'attirer les investisseurs, mais aussi se prévalent d'une grande utilité pour l'économie.

¹¹⁴⁵ L'ordre public social est aussi appelé l'ordre public relatif ou spécial.

¹¹⁴⁶ Lamy protection sociale - Edition 2004, <https://www2.liaisons-sociales.fr>, lu le 15/02/2021.

¹¹⁴⁷ « L'ordre public en droit du travail est donc caractérisé, d'un côté, par des dispositions légales d'ordre public absolu, auxquelles on ne peut déroger dans quelque sens que ce soit parce que touchant à l'intérêt général ou aux droits fondamentaux de l'Homme et de ses libertés individuelles et collectives. Et, d'un autre côté, il y a l'ordre public relatif, qui concerne les rapports entre le contrat et les autres lois et, d'une manière plus générale, les rapports entre les différentes sources au travers de la règle de l'avantage le plus favorable ». Lamy protection sociale - Edition 2004, <https://www2.liaisons-sociales.fr>, lu le 15/02/2021.

¹¹⁴⁸ F. CANUT, *L'ordre public en droit du travail*, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, LGDJ, 2007, n° 32, 256p.; p. 158.

reconnaît les règles issues non seulement de la loi, mais aussi de la négociation collective ou individuelle. Il constitue « *la clé de voûte du droit du travail* ¹¹⁴⁹ ». Il s'agit, en droit du travail, des normes qui sont dites « dynamiques ¹¹⁵⁰ ». Il faut faire remarquer que le droit du travail est un droit de progrès social. De ce fait, il est compréhensif d'admettre qu'une norme inférieure déroge à une norme supérieure, lorsqu'elle est plus favorable aux salariés que celle-ci ¹¹⁵¹. Il s'agit ici d'appliquer que ce principe commande, en cas de conflits de normes, d'appliquer non pas la norme hiérarchiquement plus élevée, conformément à la hiérarchie des normes, mais celle qui est plus avantageuse pour le salarié. La particularité de cette théorie ne met pas en exergue l'impérativité des normes légales. La philosophie des normes en droit du travail est basée sur la teneur ou sur le contenu des normes et non en fonction de leur nature. Au Sénégal, le législateur ¹¹⁵² apporte un intérêt considérable aux avantages des salariés. La jurisprudence française a qualifié cette théorie comme étant « *un principe fondamental en droit du travail* ¹¹⁵³ ».

Il faut retenir que l'hétérogénéité des sources du travail a soulevé un problème de hiérarchie dans leur domaine et surtout de leur interdépendance. Il y a conflit de normes lorsqu'un même objet est traité différemment par deux normes différentes. Il est important de souligner que l'interrogation de la hiérarchie des sources peut survenir entre les normes internationales et les normes nationales. Le conflit peut aussi avoir lieu entre les normes étatiques surtout dans leur réciprocité et enfin entre les normes étatiques et les normes autonomes. Il est aussi très courant qu'il existe, dans certaines situations, des normes juridiques qui régissent une même situation. Dans ce genre de cas, il est le plus souvent utilisé le principe de faveur pour trouver une solution. Ce principe est d'appliquer au salarié la règle la plus favorable appelée principe de faveur. Les dispositions moins favorables, contenues dans une convention ou dans le contrat individuel de travail, sont nulles. La clause conventionnelle ou contractuelle plus favorable que la règle étatique ne porte nullement atteinte à l'impérativité ¹¹⁵⁴ de cette dernière, dans la mesure où le minimum prévu par la loi ou le règlement est bien respecté. Dans cette perspective, il devient possible, par exemple, d'accorder aux travailleurs

¹¹⁴⁹ A. SUPIOT, Critique du droit du travail, op. cit., p. 139.

¹¹⁵⁰ G. LYON-CAEN, « Le droit du travail, une technique réversible », coll. « Connaissance du droit. Droit privé », Paris, Dalloz, 1995, Dalloz, 99p. ; p. 8.

¹¹⁵¹ A. JEAMMAUD, « Le principe de faveur, enquête sur une règle émergente », Droit social, 1999, 369p ; p. 115

¹¹⁵² Art.L.80.-al. 2 « *La convention peut mentionner des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements en vigueur. Elle ne peut déroger aux dispositions d'ordre public définies par ces lois et règlements* ». Art.L.92.-al. 4 « *Ces accords peuvent prévoir des dispositions nouvelles et des clauses plus favorables aux travailleurs, notamment une participation aux fruits de l'entreprise ou de l'établissement* ».

¹¹⁵³ Cass. Soc. 7 Avril 1976, Dr. Soc. 1977.

¹¹⁵⁴ A. SUPIOT, op. cit., p. 139.

une rémunération salariale plus importante que celle qui serait prévue par la grille salariale d'une convention collective.

2. La particularité de l'ordre public social: la renonciation

Le système sénégalais accorde une protection aux travailleurs¹¹⁵⁵. Le législateur met en place des restrictions. L'article 42 du COCC précise que « *les parties ne peuvent cependant porter atteinte par conventions particulières à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ». Il faut cependant signaler le recul de l'ordre public. L'article 1128 du code civil français a précisé qu'il « *n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui peuvent être l'objet des conventions* ». La cour française a jugé que les tombeaux et les concessions funéraires sont hors du commerce juridique. Mais par la suite, elle juge qu'ils pouvaient néanmoins faire l'objet de conventions par lesquels le titulaire d'une concession accorde à une ou plusieurs le droit de s'y faire inhumer. Il est certain que la tendance actuelle est le refoulement de la catégorie des choses qui sont hors commerce. La renonciation à un droit relevant de l'ordre public social comme il a déjà été indiqué, l'ordre public social vise à garantir au salarié un minimum de droits : il s'agit donc d'un ordre public érigé dans l'intérêt d'une partie, présumée faible ou dans une situation d'infériorité. « *La renonciation se trouve aujourd'hui assez largement admise en droit du travail [...]. Le raisonnement qui a conduit à admettre largement la renonciation en droit du travail prend la forme d'un syllogisme en apparence parfait : la renonciation n'est admise que dans le domaine de l'ordre public de protection, le droit du travail est tout entier tourné vers la protection du salarié, donc la renonciation doit être largement admise en droit du travail*¹¹⁵⁶ ». Pourtant, le droit du travail admet la renonciation à la condition que les droits en cause soient effectivement entrés dans le patrimoine du salarié. Seul le salarié, partie protégée par l'ordre public social, peut renoncer aux droits érigés en sa faveur. Ainsi, le principe est celui selon lequel tout salarié peut renoncer à ses droits relevant de l'ordre public social, avec toutefois une borne temporelle. La renonciation n'est possible qu'à la disparition du motif ayant justifié l'impérativité. La protection de la partie faible finit, en d'autres termes, lorsqu'a cessé l'état de subordination du salarié. La renonciation par le salarié n'est possible qu'à l'issue du contrat de travail: la renonciation anticipée est prohibée. Cette borne temporelle peut

¹¹⁵⁵ Le système sénégalais de sécurité sociale est caractérisé par la pluralité des institutions qui ont en charge la gestion des différentes branches. Il y a la Caisse de Sécurité Sociale est chargée du service des prestations, du recouvrement des cotisations et de l'immatriculation des travailleurs et des employeurs. Il est bien de rappeler qu'elle a pris le relais de la Caisse de Compensation des Prestations et des Accidents du Travail créée par arrêté n° 7632 du 29 décembre 1955. Il y a par la suite l'Institution de Prévoyance Maladie encadrée par la loi n° 75-50 du 03 avril 1975 relative aux Institutions de Prévoyance Maladie.

¹¹⁵⁶ Bulletin d'information, Publication bimensuelle 15 avril 2011. N° 740, www.courdecassation.fr. Vu le 15/09/2014.

s'expliquer par une analyse de la cause de la protection conférée au salarié : l'interdiction de renoncer trouve sa source dans la situation de subordination juridique dans laquelle se trouve ce dernier, c'est-à-dire dans l'inégalité des parties inhérente au contrat de travail ; dès lors que le lien contractuel est rompu et que le salarié est soustrait à l'emprise de son employeur, il peut disposer de ses droits.

Paragraphe II : Le recul de l'arbitrabilité par la classification

Actuellement, de plus en plus, l'idée de voir l'arbitrage comme un efficace dispositif de règlement de conflits individuels du travail semble être partagée par beaucoup de penseurs¹¹⁵⁷. D'ailleurs, la doctrine a précisé qu'il « *semble assez sévère pour un particulier [...] d'être ainsi distrait de son juge naturel pour connaître les délits, car de la procédure arbitrale*¹¹⁵⁸ ». Prenant en compte la notion d'indisponibilité d'un droit qui renvoie à une chose prohibée, donc une limite à l'arbitrage, la doctrine a précisé que « *l'indisponibilité d'un droit est une exception à l'autonomie de la volonté et, partant, à la liberté contractuelle*¹¹⁵⁹ ». L'indisponibilité a alors une conception qui encadre de manière drastique la liberté des parties au contrat, car elle a comme pilier l'ordre public. Il faut cependant souligner que la doctrine, pour contourner cette limite liée à la notion d'indisponibilité, a pris la peine de mettre en place une catégorisation d'indisponibilités de droits. C'est pour cette raison qu'il est précisé « *tandis que le critère de l'ordre public vise les règles de droits, celui de la libre disponibilité vise les droits qui naissent d'une situation juridique*¹¹⁶⁰ ». De ce fait, une partie de la doctrine fait savoir que le recours à l'arbitrage en droit du travail est possible. La caractérisation de l'indisponibilité s'établit en fonction de la question litigieuse. Certains penseurs ont montré que l'interdiction de l'arbitrage des domaines de l'ordre public ne traduit pas forcément l'interdiction de compromettre sur toutes les questions qui sont fortement liées à cette zone réservée aux entités étatiques. Il a été mis en évidence des degrés de disponibilités des droits. Il s'agira de voir d'abord l'indisponibilité totale des droits (1) puis de voir l'indisponibilité partielle des droits (2).

¹¹⁵⁷ Autrement dit, elle encourage les travailleurs d'exploiter d'autres horizons pour résoudre les litiges individuels évitant les tribunaux du travail. Cela veut dire qu'une partie de la doctrine est en faveur d'une combinaison harmonieuse des domaines de l'arbitrage et du droit du travail pour résoudre les litiges individuels de travail. Elle pense que l'utilisation de la procédure d'arbitrage d'un litige individuel de travail peut être possible si celui-ci est d'arbitrable.

¹¹⁵⁸ Th. CLAY, Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges : panorama 2005, D. 2005, panorama, 3568p. ; p. 3051.

¹¹⁵⁹ Ch. JARROSSON, L'arbitrabilité, RJC 1996, spé 3, n°9, 154 ; p. 1.

¹¹⁶⁰ B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de lois, In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 50 N°1, Janvier-mars 1998. pp. 266-269, n°92; p155.

A. Le recul de l'ordre public à travers les degrés de disponibilités

Certains penseurs ont montré que l'interdiction de l'arbitrage des domaines de l'ordre public ne traduit pas forcément l'interdiction de compromettre sur toutes les questions qui sont fortement liées à cette zone réservée aux entités étatiques. Il a été mis en évidence des degrés de disponibilités des droits. Il s'agira de voir d'abord l'indisponibilité totale des droits (1) puis de voir l'indisponibilité partielle des droits (2).

1. L'indisponibilité totale des droits

L'indisponibilité totale¹¹⁶¹ des droits fait état des droits qui ne sont aucunement susceptibles de disponibilité. Ce sont des droits indisponibles par nature. L'indisponibilité totale reflète une interdiction de principe de toute convention « *droits qui sont totalement et définitivement indisponibles*¹¹⁶² ». Dans cette situation, il est évident que la protection de l'intérêt public interdit par principe toute convention. L'indisponibilité totale correspond en premier lieu à l'ordre public politique¹¹⁶³ qui vise à assurer la défense des institutions essentielles de la société¹¹⁶⁴. C'est pour cette raison qu'une partie de la doctrine a précisé que l'indisponibilité totale a ainsi vocation à protéger « *l'État, la famille et la morale*¹¹⁶⁵ ». Le législateur sénégalais¹¹⁶⁶ a pris le soin de délimiter l'arbitrage. Son pouvoir de limitation intervient, à travers des obstacles qu'il crée par son droit positif, à la réalisation de l'arbitrage. Le législateur a mis en place une situation qui prévoit l'impossibilité de recourir à l'arbitrage pour un domaine déterminé. Comme au Sénégal, le législateur français¹¹⁶⁷ a bien délimité la zone d'inarbitrabilité totale. Ainsi, tout conflit portant sur des droits indisponibles est déclaré inarbitrable. La doctrine a précisé que « *la notion de libre disposition des droits et son antonyme, la notion d'indisponibilité, sont les traits d'union qui relient l'arbitrabilité à l'ordre*

¹¹⁶¹ Autrement dit, des droits qui portent sur l'état et la capacité des personnes. L'indisponibilité de ces droits ne fait pas de doute et il n'y a pas de nuance à leur propos.

¹¹⁶² P. LEVEL, L'arbitrabilité, Rev. Arb. 1992 ; 259p. ; p. 222.

¹¹⁶³ L'indisponibilité totale se rapproche de l'ordre public classique. Ces deux notions sont essentiellement conservatrices car elles prennent en compte la défense des institutions de la société et les principes établis. Elles recouvrent et enveloppent des concepts généraux comme la sécurité, la morale, la salubrité, la tranquillité, la paix publique.

¹¹⁶⁴ La notion d'ordre public a été définie par la loi du 5 avril 1884, dont les termes ont été repris dans le Code Général des Collectivités Territoriales à l'article L. 2212-2 : « *La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publique* ».

¹¹⁶⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil - Les obligations, op. cit., p. 383.

¹¹⁶⁶ Au Sénégal, il n'est pas possible tout faire arbitrer. Le législateur a pris le soin d'énumérer les deux domaines de l'arbitrabilité. D'un côté, l'article 796 du code de procédure civile a pris le soin d'énumérer les domaines dans lesquels tout arbitrage est exclu. Il peut être cité : les dons et legs d'aliments, logement et vêtements, les séparations d'entre mari et femme, les divorces, les questions d'état de la personne. À ce premier groupe, le législateur sénégalais a ajouté d'autres domaines comme étant du ressort exclusif des juges étatiques. Il s'agit de l'article 57 du Code de Procédure civile qui énumère toutes les contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public, notamment les causes qui concernent l'ordre public, l'État, les communes, les Établissements publics, les incidents sur la compétence, les causes intéressant les majeurs incapables.

¹¹⁶⁷ En France, le législateur, à travers l'article 2059 du Code civil précise avec force que « *toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* »

*public*¹¹⁶⁸». Dans cette situation, il est évident de bien comprendre que cette disposition est liée étroitement à l'ordre public de protection. Il s'agit dans ce genre de situation de garantir par le biais d'une forte réglementation impérative des intérêts privés ou bien des « droits subjectifs ». Cela peut se comprendre aisément car le travailleur, titulaire de ces droits, qui est la partie faible du contrat n'est pas suffisamment doté d'informations pour se protéger contre les abus de son employeur. Pour préserver l'intérêt général, l'indisponibilité totale, revêtue de son caractère impérieux, reste insensible et imperméable à toute tentative d'immixtion de volonté des différentes parties contractuelles. L'indisponibilité totale impose unilatéralement les différentes parties au contrat de recourir exclusivement aux juridictions étatiques en cas de litiges. Cependant, il faut signaler que tout ce qui n'était pas expressément prohibé était permis¹¹⁶⁹. Il existe un potentiel critère de l'arbitrabilité dont la fonction ne fait toujours pas l'objet d'unanimité.

2. L'indisponibilité partielle des droits

La notion d'indisponibilité partielle désigne des droits partiellement disponibles. Ils sont aussi appelés des droits partiellement disponibles ou bien encore des droits partiellement ou temporairement indisponibles. Ce sont des droits issus d'une situation les rendant indisponibles et qui vont par la suite devenir disponibles en raison d'un critère dit de patrimonialité. En résumé, il s'agit des droits qui sont indisponibles ou indisponibles par nature mais qui deviennent disponibles dans leurs effets. Il peut être cité le cas de questions relatives à des domaines qui sont, par nature, indisponibles mais portant sur des aspects strictement patrimoniaux¹¹⁷⁰. Il est bien de préciser de façon générale, que la disponibilité de ces « *droits partiellement disponibles* » réside dans le fait que leur objet qui tient au traitement des conséquences pécuniaires. Donc, certains droits issus de situations indisponibles peuvent devenir disponibles dans quelques-uns de leurs effets¹¹⁷¹.

Il peut être cité en guise d'illustration, en matière de travail, la validité de compromis sur l'attribution et le quantum d'indemnité de licenciement conclu au moment du licenciement.

¹¹⁶⁸C. JARROSSON, L'arbitrabilité, présentation méthodologique, Rev. Juris. Com. 1996, 78p. ; p. 3.

¹¹⁶⁹F. CANUT, op. cit., p. 25.

¹¹⁷⁰P. ANCEL, « Convention d'arbitrage : conditions de fond; litiges arbitrables », (1986) J. Cl. Procédure, fasc. 1024, 158p. ; p. 9.

¹¹⁷¹C'est le cas des questions relatives à des domaines qui sont, par nature, indisponibles mais portant sur des aspects strictement patrimoniaux. Les droits à aliments sont indisponibles tant qu'ils ne sont pas échus. Aussi, à titre d'illustration, il en est ainsi des droits pécuniaires nés des droits patrimoniaux de la famille. Le droit de créancier d'aliments peut faire l'objet d'un arbitrage lorsqu'il présente un caractère acquis. De cette catégorie de disponibilité temporelle, il est possible de citer les droits devenus disponibles alors qu'ils étaient indisponibles à l'état de droit éventuel. Ces droits deviennent disponibles à l'état de droit né et actuel.

Les droits du salarié dans le cadre de son contrat de travail sont indisponibles¹¹⁷². En revanche, une fois le contrat de travail rompu, les droits deviennent disponibles. Ayant conscience du profond déséquilibre qui existe entre contractants, dans certains contrats, l'ordre public de protection ne permet qu'un aménagement orienté des obligations contractuelles. Le caractère d'ordre public d'une règle de droit est prononcé explicitement, soit par le législateur, soit par le juge. Donc, l'ordre public prend source de deux façons selon qu'elle est l'œuvre de la loi ou celle du juge. L'ordre public est législatif ou textuel lorsqu'elle résulte expressément de la loi. La doctrine¹¹⁷³ a démontré que la société est en perpétuelle mutation¹¹⁷⁴. Tenant compte de cette tendance croissante de changement, les besoins de protection par l'ordre public se modifient constamment pour s'adapter aux exigences de l'époque et du milieu. Elle attire l'attention sur le danger lié aux clauses¹¹⁷⁵. Il convient de veiller soigneusement à la rédaction de certaines clauses semées d'embûches. De ce fait, la clause d'accompagnement devient une véritable source de versatilité en litige individuel.

B. L'effritement des lois impératives

Le résultat du libéralisme est en faveur de l'effritement¹¹⁷⁶ de certaines bases juridiques. Il paraît évident qu'une juridiction privée comme l'arbitrage, n'est pas aussi appropriée pour trancher les litiges découlant de l'imperium de l'État. Cependant, les partisans de l'arbitrage pensent que le droit du travail doit faire preuve d'élasticité¹¹⁷⁷ et surtout s'adapter

¹¹⁷² Il faut rappeler que la finalité du droit du travail est d'empêcher le patron de l'entreprise de pouvoir abuser de sa situation économique pour imposer des conditions de travail difficiles aux salariés. L'État vient naturellement à travers des lois plus protectrices soutenir les travailleurs, face aux abus multiformes des employeurs afin d'assurer le maintien de l'ordre public. Le législateur sénégalais, pour garantir et sauvegarder les droits des parties faibles du contrat de travail, a mis en place des textes assez importants pour assurer la protection des salaires. L'inclinaison du contrat de travail est de régir les relations contractuelles entre employeur et l'employé. Ce contrat de travail repose essentiellement sur la liberté contractuelle qui symbolise la conséquence de l'autonomie de la volonté. Les salariés et les chefs d'entreprises disposent d'une grande liberté contractuelle. Cependant, cette liberté contractuelle n'est pas totale puisque la loi prohibe l'existence de certaines clauses. De plus, elles doivent être proportionnées au but recherché et mises en œuvre loyalement.

¹¹⁷³ Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, Éditions Matot-Braine, Reims, 1953, préface Esmein P.-E. ; Sous la direction de Revet Th., *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1996 ; 589p. ; p. 356.

¹¹⁷⁴ L'ordre public a toujours été une notion difficilement saisissable car il a une caractéristique évolutive. De cette évolution semble de plus en plus se voir une tendance d'immixtion progressive des aspirations individuelles sur des droits indisponibles.

¹¹⁷⁵ En tant que sa supériorité économique et de ses pouvoirs juridiques, l'employeur a la possibilité d'influencer unilatéralement le contrat de travail pour satisfaire ses intérêts. La protection des employés au travail contre les abus de domination des employeurs est une préoccupation ancienne pour les pouvoirs étatiques et les partenaires sociaux. Cette protection au travail est un élément de la politique de l'État, et de la politique de santé publique. Le législateur sénégalais, dans le but de protéger les salariés d'un déséquilibre dans les relations contractuelles, a prohibé l'insertion de la convention d'arbitrage dans le contrat individuel du travail. Le risque peut se porter sur des clauses qui déséquilibrent les droits et obligations des parties surtout du salarié. Le salarié, sur proposition de l'employeur, et ne maîtrisant pas tous les rouages du droit de l'arbitrage, pour faire plaisir à celui-ci ou pour conserver son emploi, peut vouloir accepter des clauses d'attributions de compétence appelées clauses d'accompagnement. Ainsi, il faut signaler que la dépendance économique à l'employeur restreint drastiquement son pouvoir de conviction et son esprit d'initiative à vouloir refuser certaines propositions.

¹¹⁷⁶ En guise d'illustration, il faut faire remarquer que la différence qui signalait la *summa divisio* des matières juridiques entre le droit et le droit privé semble devenir inexistante. C'est pour cette raison que la doctrine a fait remarquer que la *summa divisio* du droit, mais le fondement de la philosophie politique libérale, devient de plus en plus floue et poreuse.

¹¹⁷⁷ Avec le développement des activités économiques, le droit Ohada aspire à travers son espace, à promouvoir des règles souples et adaptées aux besoins économiques. Contrairement au droit français qui opère une distinction entre le droit civil et le

aux transformations profondes qui le traversent. Ohada a la vocation de permettre de recourir à des clauses permettant d'écarter les juges étatiques dans les litiges individuels de travail. Ce qui est une chose impossible en droit sénégalais. La compétence impérative des juridictions étatiques en matière de litiges individuels de travail disqualifie d'office toute dérogation contractuelle entre parties pouvant permettre l'insertion dans le contrat de travail des clauses d'attribution de compétences à une autre juridiction autre le tribunal du travail. Des réserves sont émises sur l'inclusion de l'arbitrage dans les litiges individuels de travail. Le concept de disponibilité du droit semble couvrir l'ensemble de la problématique de l'arbitrabilité objective sous réserve de la limite de l'exclusivité de compétence accordée à certaines autorités administratives ou judiciaires. D'ailleurs, cette position a été approuvée par le comité français de l'arbitrage sur les perspectives de réforme d'arbitrage¹¹⁷⁸. Il s'agira de voir dans un premier temps l'exclusion de l'arbitre en matière sociale (1) puis de voir dans un second temps la remise en cause de la compétence exclusive (2).

1. L'exclusion de l'arbitre en matière sociale

Certains penseurs rappellent que « *les règles gouvernant les relations de travail ont toujours et nécessairement, un caractère d'ordre public*¹¹⁷⁹ ». Actuellement, il est tentant¹¹⁸⁰ pour certaines entreprises d'insérer des clauses contractuelles attributives de compétence de litiges individuels de travail en l'occurrence l'arbitrage. Étant un attribut de souveraineté, il n'est pas étonnant de constater que les litiges individuels de travail échappent à la compétence de l'arbitre pour être sous le contrôle exclusif du juge étatique. Autrement dit, les litiges individuels de travail sont plus aptes à un règlement opéré par les juridictions. Le législateur sénégalais a organisé le droit du travail en écartant l'arbitre dans les litiges individuels de travail. Ainsi, « *quand la loi détermine une compétence judiciaire, elle précise simplement la division du travail qu'elle établit entre les juges mandatés par elle. Elle n'envisage pas le cas où les plaideurs préfèrent se passer de ces juge*¹¹⁸¹ ». Cette compétence écarte d'office l'arbitre pour connaître des litiges individuels de travail. La jurisprudence a rappelé que « *le caractère*

droit commercial, le droit Ohada semble assouplir la rigidité de la distinction entre ces deux droits. Le souci d'efficacité et du renforcement de la sécurité économique a poussé le législateur Ohada à combiner et à unir domaines du droit privé.

¹¹⁷⁸ A. KASSIS, Réforme du droit français d'arbitrage international, L'Harmattan, 2008, 369p. ; p. 136.

¹¹⁷⁹ Th. REVET, *ibid.*, p. 44.

¹¹⁸⁰ L'arbitrage est un droit disponible et est fondamentalement contractuel en ce sens qu'il tire sa raison d'être de la convention d'arbitrage. Il relie des parties qui ont presque les mêmes capacités financières. Cependant tel n'est pas le cas entre l'employé et l'employeur où le rapport contractuel est considérablement inégal et déséquilibré. Le système Ohada regorge de controverses au sein des États-Membres à propos de l'arbitrage des litiges individuels de travail. Il y a une divergence dans l'appréciation du concept d'arbitrabilité même au sein du système unifié. Il faut faire remarquer que le législateur Ohada est sorti du domaine du droit des affaires pour s'immiscer dans le droit civil des personnes.

¹¹⁸¹ R. SAVATIER, *op. cit.*, p. 407.

*contractuel et privé de l'arbitrage interdit à la juridiction arbitrale [...] de connaître des matières relevant, par leur nature même, de la compétence exclusive de la juridiction étatique*¹¹⁸²». La compétence exclusive donne la connaissance d'un certain contentieux réservée à une juridiction déterminée. En droit du travail, les litiges individuels sont donnés au tribunal du travail. C'est le sens que la jurisprudence a tenu à rappeler que « *l'arbitrabilité du litige en regard de l'ordre public ne doit pas s'entendre de l'interdiction faite aux arbitres d'appliquer les dispositions impératives, mais seulement de statuer dans une matière relevant par sa nature de la compétence exclusive de la juridiction étatique*¹¹⁸³ ». D'ailleurs, l'exclusivité de la compétence d'un tribunal est à distinguer de son caractère impératif¹¹⁸⁴. Seul ce dernier exclurait toute autre compétence, qu'elle soit d'une juridiction étatique ou arbitrale. Le juge, contrairement à l'arbitre, est désigné compétent en vertu d'une loi qui a ainsi établi une limite à l'arbitrage. La règle de compétence exclusive, d'au-delà des inquiétudes d'organisation pour mieux le service public de la justice, correspond à une réelle volonté d'imposer le recours à la justice étatique¹¹⁸⁵.

Il faut reconnaître que la règle de la compétence exclusive du Tribunal du travail à l'égard de tout litige né du contrat de travail fait largement échec au recours de l'arbitrage, car le tribunal du travail est une juridiction spécialisée et exclusivement compétente pour régler des différends individuels nés à l'occasion du contrat de travail. Cette exclusivité de la compétence du tribunal, le Sénégal l'a hérité de la France¹¹⁸⁶ qui a attribué cette mission aux Conseils de prud'hommes. De ce fait, dans les litiges individuels de travail, les acteurs juridictionnels peuvent agir dans un premier temps en qualité de juge-conciliateur pour rapprocher les différentes parties. Mais en cas d'échec, ils ont alors l'obligation d'agir en second temps en qualité de juge-trancheur des litiges individuels de travail. La doctrine a admis l'inexistence des dispositions législatives sur la compétence exclusive consacrée à l'arbitrabilité du litige. Elle fait savoir cependant, que l'arbitre peut connaître.

¹¹⁸² C.A Paris (1^{er} Ch. Suppl.), 20/01/1989, Rev. Arb 1989, note. Oppetit.

¹¹⁸³ Société Almira Films c Pierre lès qual, Rev.Arb.1989 p.71, note L. Idot.

¹¹⁸⁴E. LOQUIN, « Arbitrage. Compétence arbitrale, *Juris-Classer Procédure civile*, fasc. 1030, paragraphe 3,298p. ; p. 106.

¹¹⁸⁵ Sur cette distinction, que l'on doit notamment à Jean Vincent, v. Y. LEVY, Les modes alternatifs de règlement des litiges en matière de propriété littéraire et artistique : Petites affiches, 28 avr. 2003, n.84, 49p. ; p. 5.

¹¹⁸⁶ Il faut noter qu'en France, cette compétence exclusive a été progressivement reconnue. Les premiers jets furent posés en 1956 par l'Assemblée Nationale française qui a voté la loi du 18 décembre interdisant toute clause attributive de juridiction en matière de louage de services. Deux ans plus tard, l'ordonnance du 22 décembre 1958, fut prise pour réaffirmer cette restriction, cependant en des termes plus précis. De ce fait, elle a rappelé que « les conseils de prud'hommes sont seuls compétents pour connaître en premier ressort des différends visés à l'article 1er du Livre IV du Code du Travail ».

2. La remise en cause de la compétence exclusive

Le critère de compétence exclusive est largement contesté par certains penseurs de la doctrine. « *La notion de compétence exclusive ne sert jamais qu'à déterminer la compétence au sein de l'ordre des juridictions étatiques [...]. Le domaine de l'arbitrage est défini par l'article 2059 (C.civ.). Ce texte ne vise pas la compétence exclusive et je ne connais pas de texte qui vienne dire que compétence exclusive veut dire compétence nécessairement étatique*¹¹⁸⁷ ».

Ainsi, ils prônent la clarification des concepts pour mieux appréhender les limites tracées par une mauvaise interprétation des textes. Pour eux, l'exclusivité de la compétence d'un tribunal du travail est à distinguer de son caractère impératif. Donc, « *il semble nécessaire de distinguer compétence exclusive et compétence impérative : la notion de compétence exclusive implique seulement qu'un tribunal se voit confier la connaissance étendue de certaines catégories de litiges, par dérogation aux règles habituelles de compétence, et notamment au principe selon lequel le juge de l'action est le juge de l'exception. Il en résulte que le tribunal saisi d'un litige dont la solution dépend d'une décision relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction doit se dessaisir jusqu'à ce que cette autre juridiction ait statué. Ainsi conçue, la notion de compétence exclusive semble sans rapport avec la possibilité ou l'impossibilité de l'arbitrage*¹¹⁸⁸ ». La compétence exclusive n'interdit pas à l'arbitre de statuer sur un domaine d'ordre privé. Pour les penseurs, c'est plutôt la compétence impérative qui peut empêcher celui-ci de toucher à une matière qui est attribuée d'une manière impérative de compétence à une juridiction étatique. D'ailleurs, Monsieur SAVATIER avait attiré l'attention sur le fait que l'octroi d'une compétence exclusive n'opère qu'une répartition à l'intérieur de l'organisation judiciaire et ne vise pas *ipso facto* l'arbitrage qui se place en marge de cette organisation¹¹⁸⁹. C'est dans cette même logique que la jurisprudence a estimé « *lorsqu'il précise que la dissolution judiciaire de la société pour quelque cause que ce soit est de la compétence du tribunal de commerce, désigne celles des juridictions de l'ordre judiciaire qui est compétente en la matière, mais n'exclut nullement la compétence de la juridiction arbitrale en vertu d'une clause compromissoire*¹¹⁹⁰ ». La doctrine a précisé le fait que le législateur attribue une compétence exclusive à une juridiction étatique ne signifie pas automatiquement que le litige soit inarbitrable¹¹⁹¹. Ce qui veut dire que l'arbitre est compétent.

¹¹⁸⁷ D. FOUSSARD, L'arbitrage en droit administratif, Rev.Arb, 1990, 268p. ; p. 414.

¹¹⁸⁸ J.-C. LOQUIN, procédure civile, convention d'arbitrage, conditions de fond, litiges arbitrables, Fasc. 1024p. ; p. 10.

¹¹⁸⁹ Note sous Arrêt, 27/03/1953, D 1954, 407.

¹¹⁹⁰ Ch. MORIN, Sarl M. Morin et autres C. G MORIN, Rev.Arb, 1994,756p. ; p. 348, note D. COHEN.

¹¹⁹¹ Ch. JARROSSON, l'arbitrabilité..., précité, p 05.

CHAPITRE II : L'OFFICE DE L'ARBITRE

En arbitrage, il est évidemment reconnu que l'arbitre n'a ni for ni lex fori. Autrement dit, l'arbitre n'a ni pays d'attache ni droit d'attache en dehors de celui prévu par les parties¹¹⁹². Certains penseurs estiment que la résistance de l'intervention de l'arbitrage en droit social réside à la méfiance de l'arbitre. D'ailleurs, Monsieur DEPREZ écrit dans ce sens que le barrage à l'arbitrage « traduit une défiance probablement exagérée envers la justice des arbitres, ceux-ci étant a priori présumés moins portés à protéger les intérêts des salariés. Il y a là un procès d'intention. L'arbitre n'est pas insensible aux données du litige et peut appliquer des lois qui satisfassent le souci de protection du salarié. [...] Il n'y a pas de raison de penser a priori qu'un juge d'Etat sera plus attentif aux intérêts du salarié qu'un arbitre. [...] On ne saurait, sur un plan général, poser la supériorité en soi des juridictions étatiques¹¹⁹³ ». Il s'agira dans un premier temps de montrer que le juge est un juge privé (section 1) et dans un second temps de faire voir que l'arbitre est aussi un acteur de l'ordre public (section 2).

Section I : L'arbitre, un juge privé

L'arbitre, dans sa mission qui est en principe délimitée par la convention arbitrale, est investi de la juridiction dans toute sa plénitude. Cela fait de l'arbitre un véritable acteur de l'ordre public. La première chose à retenir c'est que l'arbitre est perçu comme étant « juge » car il a une mission de résoudre des litiges comme le fait le juge ordinaire. Donner une définition très claire de la notion de « l'arbitre »¹¹⁹⁴ n'est point une chose aisée car le statut juridique n'est pas très bien cerné. Face à cette situation, la doctrine a tenté d'élucider¹¹⁹⁵ la notion à travers ses aspects distinctifs. C'est dans cet élan qu'elle précise que « l'arbitre est un juge privé

¹¹⁹² « La lex loci est la loi du juge parce qu'elle est la loi de l'Etat dont il tient ses pouvoirs judiciaires. Or, si pour le juge la lex loci est celle de son « créateur » (Creator), l'arbitre a également un « créateur » : les parties en litige. Sa loi, la lex loci de l'arbitrage commercial international serait donc, en premier lieu, l'ensemble des directives contenues dans la convention arbitrale. Ces directives émanant des parties ne connaîtraient d'autres limites que les principes généraux de droit ». (F. EISEMANN, La lex fori de l'arbitrage commercial international, In : Travaux du Comité français de droit international privé, 34-36 e années, 1973-1975. 1977. pp. 18-19 ; p. 14).

¹¹⁹³ J. DEPREZ, « Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international », RDAI 1990.833, spéc. N° 12, 587p. ; p. 158.

¹¹⁹⁴ Le mot « arbitre » provient de l'expression latine « arbitrer » qui signifie « maître qui dispose à son gré, juge privé ». L'arbitre est la personne de la mission de trancher un litige déterminé. Il est investi par la convention d'arbitrage.

¹¹⁹⁵ À travers cette définition, plusieurs paramètres se voient. La première chose à retenir c'est que l'arbitre est perçu comme étant « juge » car il a une mission de résoudre des litiges comme le fait le juge ordinaire. Le mot « arbitre » provient de l'expression latine « arbitrer » qui signifie « maître qui dispose à son gré, juge privé ». (<https://fr.wiktionary.org>, lu le 28/07/2020).

désigné par ceux dont il doit trancher le litige¹¹⁹⁶».

L'arbitre¹¹⁹⁷ est la personne chargée de la mission de trancher un litige déterminé. Il est investi par la convention d'arbitrage. L'arbitre exerce ainsi un véritable pouvoir juridictionnel¹¹⁹⁸. Les parties vont désigner l'arbitre de leur choix. Il est essentiel de rappeler l'importance que ce choix réside sur le fait que *«l'arbitrage se distingue fondamentalement de la justice étatique en offrant aux parties la faculté de choisir celui à qui, elles vont confier la mission de juger leur différend¹¹⁹⁹»*. Dans la désignation de l'arbitre, deux facteurs importants interviennent chez les parties au contrat : il y a d'abord les éléments subjectifs puis les éléments objectifs. Le volet subjectif du choix des différentes parties au contrat met en évidence la connaissance. Le plus souvent, le choix des arbitres repose sur une attirance naturelle de cibler une personne connue et qui inspire entièrement une bonne impression. La connaissance n'a pas une connotation de lien entre la partie au contrat et l'arbitre. Il s'agira de voir d'abord les qualités de l'arbitre (paragraphe 1) puis de voir les responsabilités de l'arbitre (paragraphe 2).

Paragraphe I : Les qualités de l'arbitre

La gestion des conflits est très délicate. L'arbitre, dans cette situation, doit jouer un rôle très important dans la justice. Une familiarité avec l'arbitre désigné peut mettre en péril le choix sur l'arbitre. La tendance naturelle de la connaissance de l'arbitre est due par son professionnalisme dans le secteur surtout avec son indépendance et non par un lien amical, familial ou professionnel. C'est pour cette raison que la doctrine a attiré l'attention sur le fait que des dangers peuvent guetter la liberté des parties au contrat sur la désignation de l'arbitre. Ce choix est risqué s'il y a le moindre soupçon de conflit d'intérêt avec les parties ou leurs conseils. La reconnaissance permet aux différentes parties de se livrer à des enquêtes pour avoir des informations sur les qualités personnelles et professionnelles des arbitres. Il faut préciser que cette reconnaissance s'établit lorsque l'indépendance de l'arbitre est mise en valeur.

Il est fort heureux de constater que l'analyse comparée des différentes législations montre que le devoir d'indépendance de l'arbitre est consacré presque universellement aussi bien au plan national qu'international. L'indépendance de l'arbitre est une marque de reconnaissance des parties à la convention d'arbitrage. La doctrine, dans ce sens, précise que

¹¹⁹⁶ T. CLAY, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, 158p. ; p. 18.

¹¹⁹⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, 3698p. ; p. 79.

¹¹⁹⁸ T. CLAY, « Liberté, Égalité, Efficacité : la devise du nouveau droit français de l'arbitrage », *Journal du droit international* (Clunet) n°2, Avril 2012, doctrine, 258p. ; p. 68.

¹¹⁹⁹ J. P. GRANDJEAN, et C. FOUCHARD, « Le choix de l'arbitre : de la théorie à la pratique », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°4, juillet 2012 ; 589p. ; p. 485.

« la vertu cardinale de l'arbitre est son indépendance¹²⁰⁰ ». Les parties reconnaissent l'arbitre et lui confèrent le pouvoir de juger car il doit être indépendant. Cette vertu de l'indépendance fait naître une grande confiance dans l'arbitrage. Il s'agit alors de voir les obligations permanentes de l'arbitre (A) puis de voir les obligations ponctuelles de l'arbitre (B).

A. Les obligations permanentes de l'arbitre

Les différents contractants sont liés à la convention d'arbitrage. La convention s'impose aux contractants. Ils n'ont plus la possibilité d'aller saisir les juridictions étatiques. Il faut préciser que la signature de la convention des situations qui lient les parties au contrat. Ainsi, ces dernières ont une obligation de respecter la convention arbitrale signée qui devient presque irrévocable. La convention d'arbitrage devient obligatoire et les acteurs économiques sont obligatoirement obligés de saisir l'arbitre pour soumettre leurs litiges contractuels. L'arbitrage international¹²⁰¹ laisse une grande manœuvre dans la gestion des litiges. Cependant, dans le climat dégradé qu'engendrent les nouveaux litiges, les parties et leurs conseils ne sont plus d'accord pour laisser aux arbitres les très larges pouvoirs que le droit international et les droits nationaux leur ont reconnus. S'agissant du droit que les arbitres appliqueront au fond du litige, les parties se méfient de l'assouplissement de la méthode conflictualiste, qui permet de déterminer librement la loi applicable, sans avoir à se référer à un droit international privé déterminé. La recherche d'une « règle de conflit appropriée », ou la méthode « synchrétique » consistant à utiliser concurremment les règles de rattachement de plusieurs systèmes nationaux de conflits de lois, deviennent suspectes, car ces nouveaux mécanismes laissent aux arbitres une liberté qui sera jugée excessive¹²⁰². Sur ce point, sont extrêmement importantes les qualités de l'arbitre dans la gestion des conflits. La permanence provient de ce que ces obligations s'imposent à l'arbitre quelle que soit la phase de l'instance arbitrale dans laquelle l'on se situe. Plusieurs obligations peuvent être recensées ici l'obligation d'indépendance et d'impartialité (1), l'obligation de confidentialité et l'obligation de révélation (2).

1. L'obligation d'indépendance et d'impartialité

¹²⁰⁰ M. HENRY, Le devoir d'indépendance de l'arbitre, LGDJ 2001, 325p. ; p. 158.

¹²⁰¹ En droit communautaire Ohada, la définition de l'expression arbitrage international n'apparaît pas dans le Traité créateur, ni dans l'Acte Uniforme. La notion d'arbitrage international semble être mieux perçue à travers l'article 1^{er} de l'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage qui précise que « le présent Acte Uniforme à vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des États-Parties ». Pour mieux élucider la notion de siège, la doctrine a estimé que, l'internationalité « n'est pas inéluctable si l'on définit la nationalité de l'arbitrage au moyen d'un seul critère qui n'a trait ni à la convention d'arbitrage, ni aux litiges soumis aux arbitres mais en se référant exclusivement au siège de l'arbitrage ». (P. MEYER, OHADA Droit de l'arbitrage, Bruylant 2002, 254p. ; p. 44).

¹²⁰² P. FOUCHARD, Où va l'arbitrage international, Revue de droit de McGill, 1989,359p. ; p. 15.

La plupart des pays ont fait de l'indépendance¹²⁰³ de l'arbitre un principe fondamental. L'indépendance de l'arbitre est consacrée par beaucoup de textes¹²⁰⁴. Il en est ainsi des règlements d'arbitrage la loi type de la CNUDCI¹²⁰⁵, du CIRDI¹²⁰⁶ et de la CCI¹²⁰⁷. En droit Ohada, l'indépendance et l'impartialité sont des exigences fondamentales du droit de l'arbitrage. L'arbitre doit obligatoirement « *demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties*¹²⁰⁸ ». L'existence d'une relation quelconque pourrait conduire à une remise en cause de la capacité de l'arbitre de trancher le litige. Une partie pourra valablement soulever la partialité de l'arbitre. C'est la raison pour laquelle Monsieur MEYER a tenu à rappeler que « *l'indépendance est une présomption d'impartialité*¹²⁰⁹ ». L'indépendance et l'impartialité des arbitres permettent d'éviter les conflits d'intérêts. Un conflit d'intérêts est une « *situation dans laquelle la mission professionnelle ou institutionnelle confiée à une personne entre en conflit avec son intérêt propre, de sorte que l'indépendance, l'impartialité et l'objectivité de son jugement en sont altérées*¹²¹⁰ ». Autrement dit, il est perçu comme la contradiction chez un seul arbitre entre un intérêt personnel et un intérêt tiers dont il a la charge, le mettant ainsi en position de faire prévaloir le premier au détriment du second¹²¹¹.

¹²⁰³ La notion d'indépendance est fortement liée à l'absence d'autorité. Cela traduit l'idée selon laquelle l'arbitre ne doit être soumis à aucune pression ni à aucune autorité dans l'exercice de sa mission. En d'autres mots, il ne doit pas être sous les ordres d'aucune personne.

Il faut faire remarquer que les vocables « indépendance » et « impartialité » présentent des singularités. Si l'indépendance est une idée réelle et observable car synonyme d'absence de lien personnel et professionnel entre l'arbitre et une partie, l'impartialité est un concept mental très énigmatique à prouver. C'est la raison pour laquelle que certains acteurs de la doctrine dépend l'impartialité a comme « une disposition d'esprit ou un état psychologique » (Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, 789p. p. 582). C'est d'ailleurs pour cette raison que la doctrine a attiré l'attention sur les concepts à utiliser. De ce fait, elle a précisé que la « *partialité est quelque chose d'assez facile à reconnaître mais de difficile à prouver pour la partie qui en est victime* ». (A. REDFERN, et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, Paris, L.G.D.J., 1994, 578p. p. 179). L'indépendance de l'arbitre peut être définie comme étant l'essence de sa fonction juridictionnelle. (T. LAURIOL, « Le statut de l'arbitre dans l'arbitrage CCJA », *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° 11, 2000, 158p. p. 3). De façon générale, il a été remarqué que dans la pratique de l'arbitrage, l'autonomie et l'indépendance de l'arbitre se manifestent par une totale absence de relations d'alliance, de parenté et de collaboration avec l'une des parties.

¹²⁰⁴ Elle résulte des garanties statutaires qui mettent l'arbitre à l'abri des pressions ou menaces qui pourraient peser sur leur faculté de trancher un litige. Les conventions internationales et des règlements d'arbitrage admettent le même principe c'est-à-dire que l'arbitre doit demeurer impartial et être indépendant.

¹²⁰⁵ Article 2, al.2 : « Un arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance, ou si celui-ci ne possède pas les qualifications convenues par les parties. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle va participer que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination ».

¹²⁰⁶ Article 14, (1): « Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. La compétence en matière juridique des personnes désignées pour la liste d'arbitres est particulièrement importante ».

¹²⁰⁷ Article 11, al. 1 : « Tout arbitre doit être et demeurer impartial et indépendant des parties en cause ».

¹²⁰⁸ Article 6, al. 2, de l'Acte sur l'arbitrage.

¹²⁰⁹ P. MEYER, *Droit de l'arbitrage*, édition Bruylant, juin 2002, 369p. ; p. 153.

¹²¹⁰ G. CORNU, *Le vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, août 2011, 423p. ; p. 234.

¹²¹¹ Avec le développement de l'arbitrage, dans le monde des affaires, il devient courant de remarquer les relations croisées entre les acteurs économiques et les arbitres. « *Nul serviteur ne peut servir deux maîtres. Car, ou il haïra l'un et aimera l'autre ; ou il s'attachera à l'un et méprisera l'autre. Vous ne pouvez servir Dieu et Mamon* ». (Extrait de l'évangile de Luc, chapitre 16, verset 13. <https://fr.wiktionary.org>, vu le 30/05/2019). Cette parole évangélique est très bien placée pour interdire les conflits d'intérêts qui sont considérés comme une calamité, une catastrophe et un désastre pour l'arbitrage.

Il devient fréquent de rencontrer des arbitres maisons ou arbitres partisans qui sont considérés comme des dérapages¹²¹² ou dérives arbitrales¹²¹³. La doctrine¹²¹⁴ a énuméré les principales dérives qui peuvent créer une situation pareille : la charge excessive, la convoitise, les manœuvres dilatoires des parties, le lien de dépendance, et la publicité faite autour des institutions d'arbitrage. Avec le principe de la confidentialité de l'arbitrage, beaucoup d'arbitres peuvent servir deux parties à la fois. Face à cette situation, des penseurs comme LALIVE ont porté un regard assez critique sur les causes. Ainsi, la commercialisation¹²¹⁵ de l'arbitrage a été indexée comme étant l'origine et la cause principale des dérives. De ce fait, ces situations peuvent être des sources de beaucoup de conflits d'intérêts potentiels pouvant handicaper au bon règlement du litige. De façon concrète, il a été remarqué d'une part, la situation où « *l'arbitre avait été nommé 35 fois par une même partie, et dans l'autre 51 fois ; ce qui caractérise de manière flagrante un véritable « courant d'affaires » entre l'arbitre et la partie qui le nomme régulièrement et systématiquement*¹²¹⁶ ». Il y a aussi le cas de l'arbitrage de Bernard TAPIE qui suscite un grand intérêt. Dans cette affaire, l'arbitre avait oublié de mentionner les liens qui le liaient à l'avocat de Bernard TAPIE. Il a signé une fausse déclaration d'indépendance où il a affirmé ne pas être lié à une des parties en présence. Mais, il apparaît qu'entre 1997 et 2006, l'arbitre a reçu 42 % de ses honoraires en travaillant pour les avocats de Bernard TAPIE¹²¹⁷. Des acteurs économiques étant liés par une convention arbitrale, n'hésitent pas d'utiliser le conflit d'intérêts pour éjecter des arbitres et perturber ainsi le bon déroulement de la procédure arbitrale au niveau de la constitution du tribunal arbitral et même après le prononcé de la sentence.

2. L'obligation de confidentialité et l'obligation de révélation

La posture de l'arbitrage américain était largement blâmée par beaucoup de praticiens de l'arbitrage. Des pays comme la France, la Suisse et le droit Ohada ne pouvaient admettre que l'arbitre puisse se comporter en défenseur et avocat des parties. C'est ce qui a amené la réforme de 2003, avec la modification du règlement qui précise d'abord au niveau de la règle 17 que « *tout arbitre est impartial et indépendant et exerce ses fonctions auprès diligence et de*

¹²¹² Il s'agit dans la pratique de l'arbitrage, des arbitres qui sont fréquemment désignés et cela de de façon intermittente et récidivante par les mêmes parties dans des procédures d'arbitrage. Ces derniers se comportent le plus souvent comme des avocats en défendant la partie qui les a nommés.

¹²¹³ P. LALIVE, « Dérives arbitrales », Bull. ASA, 2006, Vol. 2 ; 415p. ; p. 2.

¹²¹⁴ P. LALIVE, « Inquiétantes dérives de l'arbitrage CCI », Bull. ASA, 1995, Vol. 3, 756p. ; p. 634.

¹²¹⁵ P. LALIVE, « Sur une commercialisation de l'arbitrage international », Lexis Nexis, 2004, 359p ; p. 167.

¹²¹⁶ Actualité Arbitrage, Indépendance et impartialité des arbitres, <http://www.ohada.com>, lu le 01/01/2021.

¹²¹⁷ <https://fr.wikipedia.org>, vu le 3/05/2019.

bonne foi, et sera sujet à la disqualification pour partialité ou manque d'indépendance¹²¹⁸». La règle 12 attire l'attention par la suite que « lorsque les parties ont convenu que chaque partie doit nommer un arbitre, les arbitres nommés doivent satisfaire aux normes de la section R-17 en ce qui concerne l'impartialité et l'indépendance sauf si les parties ont spécifiquement convenu conformément à la section R-17 que la partie les arbitres doivent être non neutres et n'ont pas besoin de respecter ces normes¹²¹⁹».

Le législateur Ohada, pour faire face à cette situation, a adopté une approche préventive avec l'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre. C'est une option pour anticiper sur d'éventuelles situations de conflit d'intérêts ou d'indisponibilité des arbitres. En l'absence de définition de ce que peut être une « circonstance de nature à créer dans son esprit un doute légitime », il est fait obligation à l'arbitre de révéler « toutes circonstances » sans distinction. C'est aux parties qu'il revient d'apprécier le ou les faits révélés par l'arbitre et d'exercer, le cas échéant, leur droit à récusation. Dans la même logique que le droit Ohada, la Cour de cassation française a évoqué l'obligation d'information de l'arbitre. Elle a précisé qu'avant « d'accepter sa mission, révéler toute circonstance susceptible d'être regardée comme affectant son impartialité afin de permettre à la partie d'exercer, à bref délai, s'il y a lieu, son droit de récusation¹²²⁰ ». Autrement dit, l'arbitre est « tenu de révéler l'intégralité de cette situation à l'autre partie à l'effet de la mettre en mesure d'exercer son droit de récusation¹²²¹ ». Dans la même mouvance, le constat général est que la jurisprudence française¹²²² s'est déterminée de manière claire en précisant que les décisions du juge d'appui sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre sont dotées de l'autorité de la chose jugée. La tendance de la jurisprudence est depuis longtemps de sanctionner¹²²³ le manque de l'obligation de révélation de l'arbitre lorsqu'il y a demande de récusation d'une partie. Il faut cependant une chose assez importante concernant l'obligation d'information de l'arbitre. « Une révélation n'implique pas l'existence d'un conflit d'intérêts. Un arbitre qui a fait une révélation aux parties se considère comme impartial et indépendant des parties, malgré les faits révélés, sinon il/elle aurait refusé sa mission ou aurait démissionné. Un arbitre qui fait une révélation se sent ainsi capable d'accomplir sa mission.

¹²¹⁸ AAA Rules 2003, R-17: (a) any arbitrator shall be impartial and independent and shall perform his or her duties with diligence and in good faith, and shall be subject to disqualification for partiality or lack of independence ».

¹²¹⁹ AAA Rules 2003, R-12 (b) : « Where the parties have agreed that each party is to name one arbitrator, the arbitrators so named must meet the standards of Section R-17 with respect to impartiality and independence unless the parties have specifically agreed pursuant to Section R-17 (a) that, the party-appointed arbitrators are to be non-neutral and need not meet those standards. »

¹²²⁰ Arrêt-11-11084-Cour-Cass-1er-fev-2012 du 1er février 2012.

¹²²¹ Arrêt n° 963 du 20 octobre 2010 (09-68.997) C. Cass., Ch. Civ.

¹²²² TGI Paris, 19 déc. 2012, Fairplus, Civ. 1re, 13 mars 2013, n° 12-20.573.

¹²²³ C. Cass., Ch. Civ. 2, du 6 décembre 2001, 00-10.711, Inédit. Arrêt n° 962 du 20 octobre 2010 (09-68.131) - C. Cass., Ch. Civ. Arrêt n° 963 du 20 octobre 2010 (09-68.997).

*Le but de la révélation est de permettre aux parties de juger si elles sont d'accord avec l'évaluation de l'arbitre et, si elles le souhaitent, d'examiner davantage la situation*¹²²⁴». La liberté des parties dans l'arbitrage est importante. Ce qui pousse le législateur de mettre place des obligations à l'arbitre.

B. Les obligations ponctuelles de l'arbitre

Le monde actuel est dominé en droit des affaires par un libéralisme. Cette nouvelle ouverture est fortement inspirée par la philosophie économique qui semble prendre une place importante dans l'environnement des affaires. Dans ce milieu, le droit de l'arbitrage occupe une place prépondérante. Étant un outil qui échappe à l'emprise des juridictions étatiques, l'arbitrage est devenu un indicateur de la performance d'un ordre juridique donné. Ainsi, pour une bonne gestion des contentieux, il faut impérativement avoir des acteurs qui sont chargés de prendre en charge l'intégration des « *paramètres de sécurité juridique et de rapidité dans le traitement des litiges nés de l'application des textes communautaires*¹²²⁵ ». À ce niveau, l'arbitre est un élément indispensable dans l'arbitrage. En dehors du juge étatique, il est reconnu que l'arbitre est la seule personne en qui le droit accorde un pouvoir juridictionnel. De ce fait, pour l'efficacité du droit de l'arbitrage, l'arbitre a une certaine obligation ponctuelle. Il s'agira de voir l'obligation de disponibilité (1) et l'obligation de confidentialité (2) de l'arbitre.

1. L'obligation de disponibilité

Les éléments subjectifs que sont la reconnaissance et la confiance, sont renforcés par un autre facteur objectif qui permet de mieux rassurer les parties et aussi de sécuriser le droit de l'arbitrage. C'est le facteur de la disponibilité. Dans leur prospection de l'arbitre chimérique et idyllique, les parties au contrat vont prendre en compte la disponibilité. L'arbitre qui se trouve dans une relation de confiance avec les parties qui l'ont investi de la mission de régler leur litige, doit être disponible. « *Un arbitre pressenti ne doit accepter la mission qui lui est proposée que [...] s'il s'est assuré de sa disponibilité pour arbitrer le litige dans des délais raisonnables au regard des circonstances et de la complexité du litige*¹²²⁶ ». Cela suppose qu'il accorde un grand soin à sa mission dans la mesure de ses potentialités tout en agissant avec célérité et efficacité de sorte à ne pas laisser s'écouler les délais de l'arbitrage jusqu'à son extinction. En droit Ohada, l'arbitre doit satisfaire aux exigences de compétence, disponibilité

¹²²⁴ Lignes Directrices de l'IBA sur les Conflits d'Intérêts dans l'Arbitrage International, Adoptées par résolution du Conseil de l'IBA (International Bar Association), le jeudi 23 octobre 2014. ISBN : 978-0-948711-36-7.

¹²²⁵ J. ISSA-SAYEGH, « La fonction juridictionnelle de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA », in Mélanges en l'honneur de Roger DECOTTIGNIES, Presses universitaires de Grenoble, 2003, pp.175-184 ; p. 182.

¹²²⁶ Article 2, 1, Charte éthique des centres membres de la Fédération des Centres d'Arbitrage.

et de diligence. L'obligation de disponibilité est tacitement consacrée par le droit Ohada qui insiste particulièrement sur le fait que « *l'arbitre s'engage à poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci à moins qu'il justifie d'un empêchement ou d'une cause légitime d'abstention ou de démission*¹²²⁷ ». Cette exigence est d'une importance capitale, raison pour laquelle l'arbitrage CCJA insiste sur le fait que l'arbitre « *doit poursuivre sa mission jusqu'à son terme avec diligence et célérité*¹²²⁸ » ce qui voudrait dire qu'il doit disposer du temps nécessaire à la bonne exécution de sa mission. Dans la pratique, pour pousser les arbitres à faire part de leur disponibilité, les centres d'arbitrage remettent le plus souvent un formulaire aux arbitres pressentis. Ces derniers sont invités à indiquer le nombre d'arbitrage en cours dans lesquels ils interviennent, comme arbitres.

Ils sont aussi invités à énoncer des activités susceptibles d'occuper leurs agendas. Des études ont démontré que « *la disponibilité de l'arbitre doit être vérifiée car elle est un facteur d'efficacité de l'arbitrage*¹²²⁹ ». C'est dans ce sens que la chambre de commerce internationale exige de l'arbitre la signature d'une déclaration de disponibilité. En effet, « *avant sa nomination ou sa confirmation, l'arbitre pressenti signe une déclaration d'acceptation, de disponibilité [...]. L'arbitre pressenti fait connaître par écrit au Secrétariat les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties, ainsi que les circonstances qui pourraient faire naître des doutes raisonnables quant à son impartialité. [...] Le Secrétariat communique ces informations par écrit aux parties et leur fixe un délai pour présenter leurs observations éventuelles*¹²³⁰ ». C'est impératif de vérifier la disponibilité de l'arbitre, il est bien démontré que l'arbitrage national et international se réalise entre quelques arbitres. Autrement dit, presque les mêmes arbitres, dans la plupart, gèrent les dossiers d'arbitrage. Ainsi, ils arrivent qu'ils soient envahis et débordés. Ce qui peut entraver gravement la célérité voulue dans l'arbitrage. La rapidité de l'arbitrage fait partie des arguments indiscutables et infaillibles de ce mode de résolution de conflits. Le temps de l'arbitrage est tellement important que le législateur Ohada, lors de la dernière réforme, a instauré des délais astreignants pour la constitution du tribunal arbitral. Les différents acteurs ne désirent pas d'une sentence rendue après un délibéré d'une durée exagérée. En choisissant un arbitre reconnu pour la célérité avec laquelle il rend ses décisions, les parties peuvent s'assurer que leurs litiges seront

¹²²⁷ L'article 7 al.2 de l'AUA.

¹²²⁸ L'alinéa 2 de l'article 4-1 du RA/CCJA.

¹²²⁹ J. P. GRANDJEAN, et C. FOUCHARD, Le choix de l'arbitre : de la théorie à la pratique, cahiers de droit de l'entreprise n° 4, juillet-août 2012, 148p. ; p. 39.

¹²³⁰ Article 11 al 2 du règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale.

résolus dans un délai raisonnable¹²³¹. En Ohada, « *si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la mission du tribunal arbitral ne peut excéder six mois à compter du jour où le dernier des arbitres l'a acceptée*¹²³² ». Tous ces éléments montrent l'importance du délai qui est pris en compte dans l'efficacité de l'arbitrage.

2. L'obligation de confidentialité

La rapidité dans la procédure va de pair avec la qualité¹²³³. L'arbitrage institutionnel offre une justice de meilleure qualité dans la mesure où elle est administrée par des spécialistes. L'arbitrage institutionnel aboutit à une justice plus discrète d'où la confidentialité est de rigueur. La confidentialité est le caractère réservé d'une information ou d'un traitement dont l'accès est exclusivement limité aux seules personnes admises à la connaître pour les besoins du service, ou aux entités ou processus autorisés. Ce qui conduit à une justice conviviale qui peut faciliter la continuation des relations d'affaires. Le règlement de la CCJA n'échappe pas à cette tendance généralisée de la confidentialité de l'arbitrage. Il précise que « *la procédure arbitrale est confidentielle. Les travaux de la Cour relatifs au déroulement de la procédure arbitrale sont soumis à cette confidentialité, ainsi que les réunions de la Cour pour l'administration de l'arbitrage. Elle couvre les documents soumis à la Cour ou établis par elle à l'occasion des procédures qu'elle diligente*¹²³⁴ ». Il s'agit ici, du principe de la confidentialité qui est posé.

L'arbitrage institutionnel a des inconvénients. Le choix de l'arbitrage institutionnel a pour conséquence de soumettre les parties à son règlement. Les parties ont l'obligation de s'informer sur le règlement d'arbitrage gouvernant l'administration de l'arbitrage et la procédure arbitrale. Pour les coûts il faut signaler que certains barèmes des grands centres d'arbitrage institutionnel sont parfois élevés. Le droit de l'arbitrage institutionnel est véritablement encadré par des centres d'arbitrage qui contrôlent le choix des arbitres, la procédure, l'application de la

¹²³¹ Le plus souvent, l'arbitrage est encadré dans un délai légal ou un délai fixé dans un règlement. Il peut arriver que le délai soit fixé par un calendrier de procédure retenu par le Tribunal et les parties. Il est remarqué à travers plusieurs législations, en théorie, la sentence doit rendre dans un délai maximal de 6 mois. Si, certains systèmes comme l'arbitrage Montréal, ont la possibilité de trancher définitivement des litiges entre 12 à 18 jours (<https://www.arbitragemontreal.com/arbitrage>, lu le 02/11/2020), les arbitrages administrés par le centre de médiation et d'arbitrage durent en moyenne 10 à 12 mois (<https://www.cmap.fr>, lu le 12/11/2020). Dans la pratique, un bon arbitrage est toujours moins long qu'une procédure devant le juge étatique.

¹²³² Article 12, de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

¹²³³ Le recours à l'arbitrage a pour effet de contribuer à désengorger les juridictions étatiques, dont la lenteur accusée est grandement due au nombre important d'affaires à trancher. La rapidité c'est le fait d'écartier des lenteurs administratives et des formalités de la procédure. L'arbitrage institutionnel permet ainsi d'éviter les risques de léthargie et de paraplégie au niveau de la procédure d'arbitrage. Cela a une importance dans la rapidité de l'arbitrage et surtout, il sert à assurer aux décisions arbitrales une qualité et une efficacité. L'Ohada tient à la rapidité de l'arbitrage. C'est pour cette raison que l'article 12, de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage précise que « *si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la mission des arbitres ne peut excéder six mois à compter du jour où le dernier d'entre eux l'a acceptée* ».

¹²³⁴ Article 14 du Règlement CCJA.

jurisprudence élaborée par les centres et la supervision du déroulement de l'instance. Il jouit d'une grande performance surtout avec le manque de confiance entre les parties et les arbitres. C'est la raison pour laquelle que la doctrine estime la plus grande efficacité de l'arbitrage institutionnel est obtenu au prix d'un certain affaiblissement de la relation de confiance personnelle qui devrait unir les parties et les arbitres, d'une plus grande lourdeur dans la mise en place du tribunal arbitral sans pour autant toujours donner aux parties les garanties de bonne justice que celles-ci peuvent attendre des juridictions publiques¹²³⁵. Donc, les règlements des institutions d'arbitrage ont tendance à limiter la liberté des parties quant au choix des arbitres¹²³⁶. En pratique, il est constaté que certains acteurs économiques, engagés dans l'arbitrage, souhaitent avoir la plus grande liberté dans le choix des arbitres. Il faut signaler aussi que, même si l'arbitrage CCJA est un véritable instrument de sécurité juridique, il présente une lourdeur assez inquiétante. Ce qui est contraire à la philosophie de l'arbitrage. C'est pour cette raison que la doctrine a tenu à préciser que « *s'agissant de la lenteur dans le traitement des dossiers, il convient de rappeler que les procédures judiciaires, arbitrales et consultatives sont enfermées dans les délais qui sont la plupart du temps très longs et profitent aux parties de mauvaise foi*¹²³⁷ ». Pour le cas de la confidentialité, il est bien de faire remarquer que les parties à l'arbitrage y sont très profondément attachées. « *Rien ne pèse tant qu'un secret. Le porter loin est difficile aux dames, et je sais même sur ce fait bon nombre d'hommes qui sont femmes* »¹²³⁸ disait un grand connaisseur de la nature humaine. Il serait difficile d'assurer qu'il puisse être conservé, en matière arbitrale, d'une manière tout à fait absolue ou beaucoup plus stricte que d'autres types de secrets professionnels ; d'où il résulte inévitablement que, plus une institution est importante, plus grande sera la probabilité d'entorses au principe de la confidentialité. Le risque ne peut que s'accroître s'il s'agit d'un organisme comprenant de nombreux membres, provenant de pays variés, aux traditions et coutumes diverses, et aux domiciles éloignés. Les institutions sont certainement très conscientes de ce risque potentiel, qui ne doit être ni surestimé, ni ignoré.

¹²³⁵ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, n°974, 689p. ; p. 561

¹²³⁶ E. ROBINE, « Le choix des arbitres », *Rev. Arb.*, 1990, No. 2, pp.315-336 ; p. 325.

¹²³⁷ P. LENDONGO, *Bilan et perspectives de la gestion des affaires portées devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Ohada, de l'Ohada de l'installation à 2017*, Edition mars 2018, ; 156p. ; p. 11.

¹²³⁸ J. LA FONTAINE, *Les Femmes et le Secret*, Fables VIII, p. 6.

Paragraphe II : Les responsabilités de l'arbitre

Le sens de « responsabilité » renvoie « à celui qui se porter caution¹²³⁹ ». L'expression « responsabilité¹²⁴⁰ » renvoie à une situation de manquement à un devoir ou bien à une obligation prescrite par une norme, et la personne se voit exposer aux conséquences. Il est important de signaler ici que le responsable doit obligatoirement subir les conséquences du manquement à un devoir, une obligation. En droit de l'arbitrage pour mieux améliorer l'accessibilité et la prévisibilité de la gestion des conflits, la doctrine précise qu'il faut nécessairement mettre en place une obligation de sécurité. Cela suppose de veiller à la sécurité des parties au contrat et de les préserver d'éventuels dommages¹²⁴¹. La responsabilité civile est un élément important car elle est comme facteur de règlement de comportement social. C'est ainsi que dans le cadre de l'arbitrage, l'arbitre peut voir sa responsabilité contractuelle engagée en cas de manquement de ses obligations. La responsabilité civile contractuelle de l'arbitre est une conséquence de la force obligatoire du contrat. La doctrine¹²⁴² a toujours énoncé qu'il est assez rare, dans les annales de jurisprudence, de trouver des situations où un arbitre a été obligé à s'acquitter des dommages-intérêts qu'il aurait causés à une des parties au litige. Cela peut s'expliquer sur le fait que les arbitres sont consciencieux de leurs devoirs. Ainsi, ils font beaucoup d'efforts pour ne pas commettre d'erreurs. « *Il existe deux tendances, celle qui déresponsabilise totalement l'arbitre au motif que ce dernier est doté de pouvoirs et de missions qui l'absout en quelque sorte de toute faute, il est ainsi mis sur le même pied d'égalité que le juge* ». Il s'agit de voir d'une part la non responsabilité de l'arbitre (A) et d'autre part la responsabilité civile de l'arbitre(B).

A. La non responsabilité de l'arbitre

La non responsabilité de l'arbitre paraît être une vision commune de beaucoup de législateurs. Dans le monde des affaires, le constat général qui se dessine est que les acteurs chargés d'organiser et de conduire l'arbitrage bénéficient d'une immunité dans l'exercice de ses fonctions. Il s'agit de la neutralisation des liens contractuels entre les arbitres et les différentes parties à l'arbitrage. La non responsabilité est une constituée de l'ensemble des dispositions qui visent à sécuriser l'arbitre contre les actions engagées contre lui par les

¹²³⁹ G. VINEY, cité par J.C MUBALAMA ZIBONA, « le concept de la responsabilité. Regard du juriste et du philosophie », in Revue scientifique de l'Université Laïque Adventiste de Kigali, n°3, 2008, p.150.

¹²⁴⁰ Étymologiquement le terme responsabilité vient du mot latin « respondere » qui signifie « répondre de, se porter garant », il est apparenté à « sponsio » qui veut dire « promesse ». Le vocable donne une idée sur ce qu'il doit être fait selon les convenances. En des termes clairs, la responsabilité a une connotation « d'assumer ses promesses ».

¹²⁴¹ S. HOCQUET - BERG, « Le fabuleux destin de l'obligation de sécurité », Resp.civ et assur. n°2, 2019, dossier 4 ; 125p. ; p. 35.

¹²⁴² C. FOUCHARD, Statut des Arbitres Juris-Classeur de Droit International, Fasc. 586-7-3, n° 135 ; 351p. ; p. 256.

différentes parties au contrat. Son fondement résulte de la nature juridictionnelle de sa mission. Il s'agit de voir les règles qui organisent l'immunité des arbitres (1) qui est largement inspirée de celle reconnue au juge de l'État. Cette conception est largement partagée par le législateur Ohada. Cependant, il faut signaler que certains États n'ont qu'une reconnaissance de l'immunité partielle à l'arbitre (2). La responsabilité de l'arbitre ne peut être engagée pour mal jugé.

1. L'immunité quasi-totale pour l'arbitre

L'arbitre est un acteur professionnel du droit des affaires, ainsi, il est un élément de qualification du droit qui peut engager sa responsabilité pénale. Il est important de rappeler que le droit pénal sanctionne les obligations professionnelles de façon indépendante des intérêts privés. L'objectif de cette responsabilité pénale est de veiller à assurer le respect des obligations professionnelles. Le fait de pouvoir engager la responsabilité pénale de l'arbitre semble être une bonne chose qui garantit le bon déroulement des procédures arbitrales. Cependant, il faut préciser qu'il existe aujourd'hui un risque accru qu'une partie à un arbitrage engage des poursuites pénales contre un ou plusieurs arbitres dans le seul but de déstabiliser ou de bloquer la procédure arbitrale. De façon générale, le constat est que l'arbitre jouit d'une immunité. Cela, en raison de ce qu'il a jugé. Autrement dit, il s'agit de l'immunité de l'arbitre à raison de l'exercice de la fonction juridictionnelle. Les autorités étatiques ont pris conscience de ne pas permettre aux différentes parties la possibilité d'engager la responsabilité de l'arbitre en raison de ce qu'ils ont jugé. La jurisprudence a très tôt protégé l'arbitre. Il exerce une fonction judiciaire. Dans cette situation, il devrait bénéficier d'une protection, pour des motifs d'ordre public. La propension des parties à mettre en cause la responsabilité des arbitres est le pendant du caractère limité des cas d'ouverture des voies de recours contre la sentence arbitrale, et justifie d'ailleurs l'idée de rejet d'une immunité absolue de l'arbitre dans l'exercice de sa mission. Cette approche est inspirée de la théorie selon laquelle le pouvoir juridictionnel de l'arbitre lui est délégué par l'État. Ainsi, c'est l'autorité étatique qui permet à l'arbitre d'exercer une mission qui lui est réservée. Il est acquis que l'arbitre « *bénéficie, en tant que juge, d'une immunité juridictionnelle de sorte qu'il n'est responsable que de sa faute personnelle qui, pour engager sa responsabilité, doit être équipollente au dol, constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice*¹²⁴³ ». Il faut noter avec l'affaire Bombard, la jurisprudence a déclaré irrecevable l'action engagée contre l'arbitre aux motifs que la « *la faute alléguée se rattache directement au contenu de l'acte juridictionnel et constitue une critique de la valeur*

¹²⁴³ Cass. 1re civ., 15 janvier 2014, no 11-17.196, Azran, Bull. civ. 2014, I, no 1.

des motifs énoncés par la sentence [...]»¹²⁴⁴. La doctrine a fortement contribué à expliquer les raisons de l'attribution de l'immunité à l'arbitre en raison de ce qu'il juge¹²⁴⁵. L'arbitre est un juge et la nature de sa mission recommande un régime de responsabilité particulier. Ainsi, comme le juge, il bénéficie d'une certaine immunité qui peut lui permettre de pouvoir statuer sereinement. Il ne faut pas oublier que la fonction de juger va de pair avec la liberté de décision que seule une certaine immunité peut préserver. Dans beaucoup de pays¹²⁴⁶ des droits de Common Law, les législateurs ont reconnu de façon expresse une large immunité à l'arbitre. En Angleterre, l'immunité est prévue par la loi¹²⁴⁷. Cette affirmation de l'immunité de l'arbitre en droit anglais a été rapprochée d'une consécration comparable dans d'autres pays tels que les États-Unis, le Canada ou encore l'Australie, à tel point que l'on a pu parler d'une approche spécifique aux systèmes de Common Law.

2. La reconnaissance potentielle de l'immunité relative de fonction

En droit Ohada, il faut signaler que l'arbitre choisi par la CCJA, est exonéré de toute responsabilité dans l'exercice de ses missions¹²⁴⁸. De ce fait, il bénéficie d'une immunité totale. Il faut signaler que la protection de l'indépendance de l'arbitre ne peut être assurée que si les parties sont l'impossibilité de pouvoir engager sa responsabilité. À travers l'article 49 du Traité, le législateur Ohada a précisé que « *dans les conditions déterminées par un règlement, [...] les arbitres nommés ou confirmés par cette dernière jouissent dans l'exercice de leurs fonctions*

¹²⁴⁴ Paris, 22 mai 1991 (Bompard), Rev. Arb., 1996, 514.p ; p. 476.

¹²⁴⁵ M. HENRY, « La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive », Paris Journ. Intern. Arb. 2015;313p. ; p. 158 ; J.-S. BORGHETTI, note sous Cass. 1ère civ. 15 janvier 2014 et Paris, 31 mars 2015, Rev. Arb. 2016, spéc. 751p ; p. 511 ; L. AYNES, note sous Civ. 1ère, 15 janvier 2014, Paris Journ. Intern. Arb., 2014 ; 299p. ; p. 158 ; E. LOQUIN, « La dualité du régime de l'arbitre », JCP G., 2014, 156 ; p.54 ; doct. 255 ; Th. CLAY, L'arbitre, Dalloz, 2001, 512p. ; p. 451 ; Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, Droit de l'arbitrage interne et international, Montchrestien, 2013, 845p. ; p. 717

¹²⁴⁶ Bien qu'ayant reconnu la validité de la convention arbitrale, les différents systèmes juridiques, à savoir le Common Law et le Civil Law, n'ont pas la même manière d'appréhender l'engagement de la responsabilité civile de l'arbitre. Si, à travers le système de Common Law, l'arbitre bénéficie d'un principe d'immunité quasi-totale de poursuites au civil, dans le système juridique des pays de droit civil, comme le droit français, force est de dissocier entre les obligations nées purement de la mission contractuelle de l'arbitre et celles nées de la nature juridictionnelle. Le manquement au premier groupe des obligations peut engager la responsabilité civile de l'arbitre selon le régime de droit commun. Mais quant au deuxième type d'obligations, l'arbitre, comme juge, bénéficie du principe d'immunité de poursuites au civil sauf s'il a commis des fautes dolosives, frauduleuses ou une faute lourde équivalente au dol. La doctrine a précisé que « *le contrat d'arbitre se situant au confluent du juridictionnel et du contractuel, la responsabilité de l'arbitre doit se chercher au même endroit, c'est à dire en tenant compte de la coloration juridictionnelle de sa mission contractuelle* ». (Th. CLAY, L'arbitre, Dalloz, 2001, n° 931,56p. p. 14).

¹²⁴⁷ L'article 29 confère à l'arbitre l'immunité contre les actions en responsabilité civile. Il précise que « *l'arbitre ne peut être tenu responsable des actions ou omissions commises par lui dans le cours de ses fonctions à moins que la preuve de sa mauvaise foi ne soit rapportée. [...] Cette section n'affecte pas la possibilité d'engager la responsabilité civile de l'arbitre pour les dommages causés du fait de sa démission* ». Arbitration Act 1996 Section 29, annexe n° 1. «An arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator unless the act or omission is shown to have been in bad faith. [...] This section does not affect any liability incurred by an arbitrator by reason of his resigning. »

¹²⁴⁸ Le législateur Ohada a accordé une protection absolue à l'arbitre désigné par la CCJA. Comme le législateur américain, il a déresponsabilisé l'arbitre et lui a accordé une large protection. Cette situation permet d'affirmer que l'arbitre et le juge étatique des États-Membres de l'Ohada bénéficient sur le plan de la responsabilité, du même régime juridique étant donné la nature juridictionnelle de la mission qu'ils accomplissent.

des privilèges et immunités diplomatiques ». Cela signifie que l'arbitre ne peut être trainé devant une juridiction pour faute même intentionnelle ou grave commise dans l'exercice de leurs fonctions. Le Traité, le législateur Ohada, en tant qu'autorité publique dans sa zone a accordé cette immunité pour une finalité d'intérêt général. Il n'est pas permis de critiquer, ni de reprocher à l'arbitre de n'avoir pas bien statué. C'est pour une raison de protection qu'une immunité fonctionnelle lui est reconnue car il est considéré comme un juge. Dès l'acceptation du contrat d'arbitrage avec les différentes parties au contrat, l'arbitre possède le statut de juge grâce au contrat d'investiture. Pour une bonne exécution de sa mission, l'arbitre est outillé et dispose ainsi des mêmes droits qu'un juge. Il devient obligatoire pour lui de suivre les règles applicables pour un bon déroulement de la procédure d'arbitrage.

Ohada, en prenant cette option de protection, s'est inspiré du système juridique de la Common Law qui fait bénéficier à l'arbitre de l'immunité de juridiction. Il devient ainsi, à l'abri des poursuites pour les décisions prises dans l'exercice de ses fonctions. Cela veut dire que sa responsabilité ne doit pas être mise en cause pour des actes directement liés à sa mission juridictionnelle. Toute action en responsabilité contre un arbitre est déclarée irrecevable.

Il faut cependant préciser que seul l'arbitre désigné par la CCJA est protégé. C'est pour cette raison d'ailleurs qu'une partie de la doctrine ne cesse de décrier que *« l'octroi de cette immunité à l'arbitre exerçant sous l'égide de la CCJA est constamment remis en cause. Pour certains, cette immunité est qualifiée d'incompréhensible, de malencontreuse et choquante, parce que limitée à une catégorie d'arbitres. Pour d'autres, elle n'est tout simplement pas justifiée parce que les arbitres ne font pas partie du personnel de l'Ohada. L'immunité diplomatique est traditionnellement conçue comme une protection offerte par tout État aux diplomates qui le représentent à l'étranger, ainsi qu'à leur famille. L'objectif de cette immunité n'est pas d'avantager des individus, mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques en tant que représentants des États¹²⁴⁹ »*. Ce qui veut dire que la responsabilité de l'arbitre peut être engagée.

B. La responsabilité civile de l'arbitre

Dans l'arbitrage, les différentes parties sont liées avec l'arbitre par une convention. Il est clair que les relations entre parties et arbitres relèvent d'un caractère contractuel. D'ailleurs, la jurisprudence a, d'une part, qualifié le contrat d'arbitrage comme étant un contrat de

¹²⁴⁹R. MAFO DIFFO, Vers la prévalence de l'irresponsabilité arbitrale en Droit OHADA?, Revue de l'ERSUMA: Droit des affaires – Pratique Professionnelle, N° 6 – Janvier 2016, <https://www.ohada.org>, 158p. ; p. 15.

prestation de service¹²⁵⁰ et a, d'autre part, rapproché le contrat d'arbitrage à un contrat sui generis¹²⁵¹. Autrement dit, le contrat sui generis est un contrat qui n'est réductible à aucune catégorie préexistante¹²⁵². Cela traduit qu'il constitue à lui tout seul un nouveau type de contrat.

Dans cette situation, l'arbitre est relié aux parties contractantes. Dans l'exercice de ses fonctions, l'arbitre peut avoir un manquement qui constitue une faute. La doctrine a défini la faute comme étant une « *activité qui se trouve à l'origine du dommage, une activité pouvant être personnelle au responsable ou résulter des agissements d'autrui ou du comportement d'une chose dont il doit répondre*¹²⁵³ ». Il s'agit alors pour l'arbitre des obligations tant précontractuelles qui proviennent dès qu'il accepte de la convention d'arbitrage. La volonté et l'acceptation se matérialisent avec la signature du contrat d'arbitre. Ainsi, la responsabilité de l'arbitre peut être déterminée en cas de manquement. Il sera alors dans une obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences pour effacer le désordre causé¹²⁵⁴. De ce fait, la responsabilité de l'arbitre peut se présenter sous la responsabilité civile contractuelle (1) ou bien sous la responsabilité pénale (2).

1. La responsabilité civile contractuelle

L'arbitre peut voir sa responsabilité¹²⁵⁵ engagée conformément aux dispositions précitées. Sa responsabilité est engagée sur la base du contrat qui le lie aux différentes parties de la convention, pour tous les actes commis par lui dans l'accomplissement de la mission confiée par les parties. Dans ce sens, le législateur sénégalais a précisé qu'est « *responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui*¹²⁵⁶ ». Ce principe de la responsabilité de l'arbitre est reconnu par la Cour de cassation qui a précisé que « *les arbitres n'étant investis d'aucune fonction publique et ne pouvant, par suite, engager la responsabilité de l'État énoncée par l'article 505 du Code de procédure civile [...], l'action en dommages-intérêts dirigée contre eux à raison de l'accomplissement de leur mission ne peut l'être que dans les conditions du droit commun*¹²⁵⁷ ». Les arbitres, étant des prestataires de services, sont alors dans l'obligation de répondre de leurs négligences et manquements¹²⁵⁸ car « *toute obligation de faire*

¹²⁵⁰ TGI Paris, Revue de l'arbitrage 1996, p. 415 (Raul Duval v. V.).

¹²⁵¹ C.A Paris, Revue de l'arbitrage 2003, p. 1322 (P v. V); Cass.civ, Revue de l'arbitrage 2006, 245p ; p. 127 (Juliet v. Castagnet).

¹²⁵² H. ROLAND et L. BOYER, Locutions latines du droit français, Paris, Litec, 4e éd., 1998, 569p. ; p. 469

¹²⁵³ Ph. CONTE, S. FOURNIER, P. MAISTRE DU CHAMBON, « La responsabilité civile délictuelle », PUG, 4e édition, 2015 ; 458p. ; p. 236.

¹²⁵⁴ M. LAURE-RASSOT, Droit pénal général, 5e éd., Paris, Dalloz, 2006 ; 125p. ; p. 36.

¹²⁵⁵ Cass. 1re civ. 17 novembre 2010, pourvoi n° 09-12352 ; Bull. civ. I, n° 233 ;

¹²⁵⁶ Art. 118 COCC.

¹²⁵⁷ Arrêt de la deuxième ch. civ. du 29 juin 1960, Dalloz. 1960 ; 425p. : p. 262.

¹²⁵⁸ TGI Paris, 13 janvier 1990, Bompard c/ C, Gaz. Pal. 1990 II, somm. 356p. ; p. 417.

ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur¹²⁵⁹». L'arbitre est lié à chaque partie par son propre contrat d'arbitre. De ce fait, la relation contractuelle avec les parties est individuelle¹²⁶⁰. Dans la même logique la jurisprudence a encore affirmé la responsabilité de l'arbitre en cas de fraudes¹²⁶¹. C'est pour cette raison, elle a précisé que la responsabilité civile des arbitres est engagée « s'il est établie à leur encontre la preuve d'une fraude, d'un dol ou d'une faute lourde¹²⁶²».

L'arbitre peut être condamné à payer des dommages et intérêts pour inexécution de la convention d'arbitrage. Il peut être cité en guise d'illustration, le cessionnaire¹²⁶³ qui avait intenté une action en responsabilité contre des arbitres qui avaient largement dépassé la période indiquée pour sortir sa sentence. La jurisprudence avait précisé qu'en « *statuant ainsi, alors qu'en laissant expirer le délai d'arbitrage sans demander sa prorogation au juge d'appui, à défaut d'accord des parties ou faute pour celles-ci de la solliciter, les arbitres, tenus à cet égard d'une obligation de résultat, ont commis une faute ayant entraîné l'annulation de la sentence [...]* ». Le lien de nature contractuelle qui unit l'arbitre aux parties justifie le fait que sa responsabilité doit obligatoirement être appréciée dans les conditions de droit commun. Ainsi, l'arbitre est dans l'impossibilité de se soustraire aux principes de responsabilité de droit commun. Sa responsabilité à l'égard des parties peut être engagée pour tout manquement à ses obligations. Il faut cependant apporter une précision. L'arbitre ne doit pas être traité comme étant un contractant ordinaire étant en égalité avec les parties au contrat d'arbitrage. Le principe d'égalité des parties n'est pas à retenir car l'arbitre est « impartial ». De ce fait, s'il n'y a pas d'égalité des parties dans le contrat d'arbitrage, car l'un des contractants est proche de l'arbitre. Il faut aussi signaler qu'en dehors de la responsabilité civile, les manquements de l'arbitre peuvent être teintés d'une coloration pénale.

¹²⁵⁹ Art. 1142 du code civil.

¹²⁶⁰ TGI Paris 9 déc. 1992, 1ère chambre, 1re section, 9 déc. 1992, RG 18352/90.

¹²⁶¹ Paris 1ère Ch., 12 octobre 1995, Merkorja Sucden c/ société Raoul Duval, Revue de l'arbitrage. 1999 P.324.

¹²⁶² TGI Paris, 13 juin 1990, Bompard c/ C., Gaz. Pal. 1990 II sommaire, p. 417.

¹²⁶³ Cass. 1re civ. 6 décembre 2005 (L. et B. Juliet c. Messieurs P. CATAGNET, P. COUILLEAUX et A. BIOTTEAU), Bull. civ. I, n° 462.

2. La responsabilité pénale de l'arbitre

Il est important de préciser que la responsabilité pénale va de pair avec la protection des personnes¹²⁶⁴. Elle vise à bien sécuriser la société. La responsabilité pénale¹²⁶⁵ est définie comme étant l'obligation pour une personne, même à l'arbitre, de répondre des infractions commises mais aussi et surtout de subir la peine prévue par le texte qui les réprime. Autrement dit, c'est l'obligation¹²⁶⁶ faite à une personne reconnue coupable par un tribunal de répondre d'une infraction délictuelle commise ou dont elle est complice, et de subir la sanction pénale prévue par le texte qui les réprime. L'infraction est alors une action ou bien une omission prohibée par la loi, et cela sous menace d'une sanction. L'infraction est une atteinte à l'ordre public, soit qu'elle menace la sécurité des personnes, des biens, de la nation, soit qu'elle préjudicie la personne humaine, les biens, l'État. Dans cette situation, il ne saurait perdre de vue que « *comme tout contractant, l'arbitre doit exécuter les obligations qu'il a souscrites*¹²⁶⁷ ». Le droit pénal a vocation à s'appliquer à l'arbitre, que ce soit par l'action en corruption, escroquerie, recel, « *il convient évidemment d'écarter à condition de pouvoir les identifier-les centres totalement et volontairement imaginaires, qui recouvrent de véritables escroqueries*¹²⁶⁸ ». Il est important de signaler que l'arbitre met en jeu sa responsabilité pénale dans les conditions du droit commun. Ainsi, étant visé par des infractions qui le concerne spécifiquement en raison de sa mission, l'arbitre est soumis à toutes les infractions de droit commun.

La jurisprudence a fait cas d'arbitre condamné pour escroquerie, tentative d'escroquerie, faux en écriture privée et usage de ces faux¹²⁶⁹. Il s'agissait d'un pseudo « centre national d'arbitrage » et devant le tribunal correctionnel, l'arbitre du prétendu centre d'arbitrage fut condamné à des années de prison ferme pour escroquerie, faux en écriture privée et usage

¹²⁶⁴ Le droit du travail est un domaine de prédilection de l'ordre public. Cependant, il est bien vite apparu que cette liberté et cette égalité étaient rendues illusoire par la situation d'infériorité économique et psychologique où se trouve normalement le salarié face à son employeur. C'est donc justement pour compenser cette situation et rétablir une sorte d'équilibre que le besoin s'est fait sentir d'avoir un droit du travail, protecteur du salarié. Il faut rappeler avec que dans le système libéral, les prestations du salarié étaient perçues comme des produits et des marchandises. Les ouvriers travaillaient dans des usines avec des machines. Les travailleurs étaient exploités car ils étaient soumis à la loi du marché. Face à cette situation, l'intervention étatique était une obligation. La lutte contre la domination et l'exploitation des travailleurs, rôle prioritaire de l'État, devient une priorité vitale. Il faut impérativement protéger les parties faibles du contrat de travail en rendant indisponible le droit du travail. C'est une des raisons qui fait que « *le sacré a une fonction stabilisatrice en ce qu'il permet d'accéder à des valeurs non contingentes et donc inébranlable* ». C'est qui rend les relations de travail et les critères du contrat de travail indisponible.

¹²⁶⁵ G. CORNU et Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Quadrige », 2005, 7e éd., 998p. ; p. 970.

¹²⁶⁶ https://www.toupie.org/Dictionnaire/Responsabilite_penale.htm, lu le 23/08/2020.

¹²⁶⁷ Th. CLAY, L'arbitre, op. cit., p. 128.

¹²⁶⁸ P. FOUCHARD, Typologie des institutions d'arbitrage, colloque des institutions d'arbitrage 1990, 321p. ; p. 289.

¹²⁶⁹ Bordeaux, 1^{re} C., 14 octobre 1987, Sie de droit canadien B.E.L. Tronics Ltd c/ S.A.R.L. Portex, n° 2916 et 2917/87 R.G., inédit.

de ces faux¹²⁷⁰. L'arbitre est un acteur professionnel du droit des affaires, ainsi, il est un élément de qualification du droit qui peut engager sa responsabilité pénale. Il est important de rappeler que le droit pénal sanctionne les obligations professionnelles de façon indépendante des intérêts privés. La délicate situation des travailleurs fait que l'arbitre doit être très attentif dans la gestion des conflits. La responsabilité permet à beaucoup de penseurs d'estimer que l'arbitre est un véritable acteur de l'ordre public.

Section II : L'arbitre, un garant de l'ordre public

Il est de plus en plus question de la libéralisation des domaines d'ordre public autrement dit, des matières non-arbitrables. Le monde des affaires est dominé par une véritable autonomie de la volonté. Ainsi, une mouvante poussée du « libéralisme arbitral » a tendance à élargir le champ d'intervention de l'arbitre. Le résultat de ce libéralisme est en faveur de l'effritement de certaines bases juridiques. En guise d'illustration, il faut faire remarquer que la différence qui signalait la *summa divisio* des matières juridiques entre le droit et le droit privé semble devenir inexistante. C'est pour cette raison que la doctrine a fait remarquer que « *la summa divisio du droit, mais le fondement de la philosophie politique libérale, devient de plus en plus floue et poreuse*¹²⁷¹ ». Il semble que l'autorité étatique ne possède plus les moyens pouvant pousser les acteurs économiques à respecter l'ordre public. Les soubassements de la philosophie politique libérale sont devenus tellement puissants que les domaines séparant le public et le privé sont presque flous et poreux. De ce fait, l'arbitre, dans sa mission qui est en principe délimitée par la convention arbitrale, est investi de la juridiction dans toute sa plénitude. Cela fait de l'arbitre un véritable acteur de l'ordre public. D'ailleurs, la doctrine ne cesse de rappeler sur *l'arbitrage* « *qu'il est possible de faire confiance aux arbitres, au moins dans un premier temps, pour se prononcer prioritairement sur les questions parfois délicates de validité et de portée de la convention d'arbitrage. Cette philosophie est très exactement celle qui sous-tend la conception large de l'arbitrabilité du litige*¹²⁷² ». Il s'agira de voir que l'arbitre est un acteur capable de se conformer à l'ordre public (paragraphe 1) et surtout un élément important dans l'internationalité des litiges touchant l'ordre public (paragraphe 2).

¹²⁷⁰ Jugement du Trib. gr. inst. de Strasbourg, 74 Ch. correct. du 1er juillet 1988, B.E.L. Tronics Ltd c/ Vignals. Ardouin et autre, inédit.

¹²⁷¹ B. FRYDMAN, Rapport de synthèse : la fragilisation de l'ordre public économique et le contrôle des acteurs privés dans un environnement globalisé, *Revue internationale de droit économique*, 2019/1, T. XXXIII, 541p ; p. 124.

¹²⁷² B. DIALLO, Le principe compétence-compétence en matière d'arbitrage OHADA (Notes sous Arrêts Assemblée Plénière de la CCJA du 31 janvier 2011, PLANOR Afrique c/ Atlantique TELECOM), *Ohadata D-12-04*, *Revue Jurifis Infos* – 11e numéro – sept/déc. 2011, 145p. ; p. 18.

Paragraphe I : La conformité de la sentence à l'ordre public

Une partie de la doctrine a précisé «*la méfiance à l'égard de l'arbitre pour assurer la défense de l'ordre public*¹²⁷³». Certains législateurs ont émis leur profonde inquiétude de savoir que l'arbitre peut avoir la possibilité de statuer dans le domaine réservé au juge étatique. Cette crainte est renforcée par le fait que l'arbitre n'est rattaché à aucun ordre juridique et n'a pas non plus d'intérêts, ni publics ni privés, à protéger. Il apparaît clair qu'il s'agit de l'idée selon laquelle, l'arbitre est dans l'impossibilité de pouvoir identifier et protéger les droits subjectifs des différentes parties de la même façon que le ferait certainement le juge étatique. Cette méfiance à l'égard de l'arbitrage est maintenant considérée ancienne et dépassée car il a été trouvé un peu extrême d'égaliser à une non protection du salarié le fait de soumettre un contentieux à l'arbitre. L'arbitre en tant que juge a la possibilité de mettre en œuvre les règles protectrices des travailleurs. La justice arbitrale est en mesure d'offrir des garanties sur la protection des travailleurs. Il s'agira pour l'arbitre d'assurer une bonne application des règles (B) protectrices légiférées au profit des travailleurs. Même s'il faut raisonner droit par droit pour pouvoir faire sélectionner les droits disponibles et indisponibles pouvant l'impliquer dans la recherche de solution, il devient impératif de pouvoir «*apprécier et découper la compétence de l'arbitre*¹²⁷⁴». Il s'agira de voir l'appréciation de la compétence de l'arbitre au regard de l'ordre public (A).

A. L'appréciation de la compétence de l'arbitre au regard de l'ordre public

Il est démontré la rigidité de l'ordre public par rapport au domaine d'intervention de l'arbitre. Cependant, il faut aussi reconnaître la porosité de l'ordre public choix avec le constant assouplissement de ses règles. La mouvante notion de l'ordre public semble encourager le débat doctrinal autour de son déclin. L'atténuation du rôle de l'ordre public a considérablement accru le pouvoir de l'arbitre. Une partie de la doctrine conteste la conception de vouloir mettre un garde-fou pour limiter le domaine d'intervention de l'arbitre. Il faut faire remarquer qu'actuellement la dimension de la mission de l'arbitre a pris de l'ampleur. L'arbitre voit l'extension de son domaine de prédiction. Actuellement, dans le monde des affaires, les acteurs économiques ont pour vocation de rendre plus autonome l'arbitre en élargissant son domaine d'intervention. Ayant pour mission de trancher des litiges, l'arbitre est considéré comme un

¹²⁷³ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, Droit de l'arbitrage interne et international, L.G.D.J., 2019, 1056p. ; p. 46.

¹²⁷⁴ E. LOQUIN, « Arbitrage-conventions d'arbitrage-conditions de fond-Litige arbitral », J. Cl. Proc.civ., fasc. 1024 n° 24 ; 1986 ; 1024p. ; p. 24.

juge à part entière pouvant même intervenir dans le domaine de l'ordre public. Il s'agit d'une création d'un nouveau principe ayant pour but d'optimiser sur le long terme l'autonomie de l'arbitre sur un principe de bloc de compétences. À travers l'arrêt Zanzi, la jurisprudence a précisé un principe qui donne à l'arbitre des prérogatives importantes. Il s'agit de l'élaboration d'une règle matérielle du droit portant principe « *selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence*¹²⁷⁵ ». Il s'agira de voir d'abord le principe de compétence-compétence (1), puis de voir par la suite l'obligation de respect de l'ordre public (2).

1. Le principe de compétence-compétence

Le principe de compétence-compétence est une notion avec beaucoup d'imprécisions concernant son sens et sa fonction¹²⁷⁶. C'est pour cette raison que la jurisprudence a commencé à la définir. Il s'agit du principe « *selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage*¹²⁷⁷ ». C'est un principe qui pose effectivement la règle selon laquelle il appartient à l'arbitre et à lui seul, de statuer prioritairement sur la validité ou les limites de sa propre compétence. Ce principe permet à l'arbitre qui voit sa compétence remise en cause, de pouvoir se déterminer sur le fondement de son investiture, et cela, sans se voir opposer la contradiction consistant, pour un organe dont la compétence n'est pas encore établie, à entreprendre un raisonnement quelconque. En droit Ohada, le législateur communautaire a pris l'option de préciser qu'il appartient d'abord et avant toute chose à l'arbitre de se prononcer sur sa compétence. « *Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur sa propre compétence, y compris sur toutes questions relatives à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. L'exception d'incompétence doit être soulevée avant toute défense au fond, sauf si les faits sur lesquels elle est fondée ont été révélés ultérieurement. Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence dans la sentence au fond ou dans une sentence partielle sujette au recours en annulation*¹²⁷⁸ ». Le droit Ohada a valorisé l'arbitre en mettant en exergue le principe de la compétence-compétence. En son article 11, alinéa 1^{er} de l'AUDA, le législateur a posé le principe que l'arbitre est véritablement compétent pour statuer sur sa compétence, si elle est soulevée par l'une des parties. Le législateur a tenu à préciser aussi que l'arbitre est encore compétent pour statuer « *sur toutes les questions relatives à l'existence et à la validité*

¹²⁷⁵ Cass. 1^{ère} civ. 5 janv. 1999, Zanzi, Rev. Arb. 1999, p. 260.

¹²⁷⁶ M. BOUCARON NARDETTO « Le principe compétence – compétence en droit de l'arbitrage » Thèse Aix en Provence PUAM 4^{ème} trimestre 2013, 256p. ; p. 19.

¹²⁷⁷ Cass. Com. 23/04/2013 Rôle 1212 101 Revue SCAPEL 2013 ; 256p. ; p. 215.

¹²⁷⁸ Art.11 de l'AUDA.

de la convention d'arbitrage ». En des termes plus clairs, le droit Ohada a pris l'option de valoriser les compétences de l'arbitre en faisant de lui, le seul juge de sa compétence¹²⁷⁹. Il s'agit pour le législateur du droit Ohada, à travers l'article 13, de mieux renforcer ce principe de la compétence-compétence. L'idée de renforcement se précise par l'octroi d'une priorité lorsqu'un juge étatique est saisi d'une question qui a fait l'objet d'une convention d'arbitrage, il doit se déclarer incompétent, si l'une des parties en fait la demande. Le législateur Ohada a ainsi donné la possibilité à tout arbitre le pouvoir de statuer sur sa propre compétence. Autrement dit, le pouvoir de décider s'il est compétent ou non pour se prononcer sur le litige qui lui est soumis par les différentes parties au contrat. Ce qui met à la charge de l'arbitre l'obligation de respecter le droit.

2. L'obligation de respect de l'ordre public

Une étude publiée par la revue *Clunet* a montré une accentuation de prérogative à relever d'office des moyens d'ordre public¹²⁸⁰. Dans le même ordre d'idée, la doctrine¹²⁸¹ a montré l'importance de l'arbitre de pouvoir statuer dans le domaine d'ordre public. Il s'agit de prôner que l'arbitre, en tant que juge désigné par les parties sur la base d'une convention d'arbitrage, a les compétences de respecter l'ordre public¹²⁸². Ayant pour principale mission de trancher les différends qui se sont soulevés entre les différentes parties, l'arbitre doit pouvoir

¹²⁷⁹ « Lorsqu'un différend faisant l'objet d'une procédure arbitrale en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi ou si aucune demande d'arbitrage n'a été formulée, la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou manifestement inapplicable à l'espèce. Dans ce cas, la juridiction étatique compétente statue sur sa compétence en dernier ressort dans un délai maximum de quinze jours. Sa décision ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dans les conditions prévues par son règlement de procédure. En tout état de cause, la juridiction étatique ne peut relever d'office son incompétence. Toutefois, l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'à la demande d'une partie, une juridiction étatique, en cas d'urgence reconnue et motivée, ordonne des mesures provisoires ou conservatoires dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du différend au fond pour lequel seul le tribunal arbitral est compétent ». Art.13 de l'AUDA.

¹²⁸⁰ Tendances constatées dans la revue *Clunet* (cours nationales d'arbitrage, sentences ad hoc, sentences CCI et sentences CIRDI), la *Rev. Arb.* Et les bulletins CCI. Pour un état récent de la question : ICC International Court of Arbitration Bulletin n° 2016-1 : Public policy and the enforceability of arbitral awards, Paris, ICC Services, 2016, passim.

¹²⁸¹ P. MEYER, « L'interprétation des lois de police », *L'Arbitrage Commercial International*. L'apport de la jurisprudence arbitrale. Séminaire des 7 et 8 avril 1986, Paris, ICC Publishing S.A., 1986, pp. 31-66 ; *BID.*, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Rev. Arb.*, 1994, IV, pp. 615-652 ; J.-B. RACINE, préc. ; C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001) ; C. NAIRAC – E. ALEYNIKOVA – M. THADIKKARAN, « To What Extent Do Arbitral Tribunals Take into Account Public Policy in the Jurisdictions of Prospective Enforcement of an Award? An Analysis of ICC Awards », ICC International Court of Arbitration Bulletin n° 2016-1, préc., pp. 3-10 ; L. CHEDLY, *Arbitrage commercial international et ordre public transnational*, Tunis, Centre de Publication Universitaire, 2002 ; *L'ordre public et l'arbitrage*. Actes du Colloque des 15 et 16 mars 2013, éd. E. LOQUIN – S. MANCIAUX, Lexis Nexis, 2014.

¹²⁸² Monsieur MEYER attirait l'attention le 15 novembre 2017, lors du huitième débat organisé par le Club des juristes sur la thématique du respect par l'arbitre de l'ordre public international. Il affirmait que « même si la mission première de l'arbitre est de trancher un litige contractuel entre deux parties, dès lors que cette relation met en cause l'intérêt général, celui-ci a vocation à être pris en compte. Mais quand il s'agit de traduire cet intérêt en devoir et pouvoir pour l'arbitre, les choses se compliquent ». (P. MEYER, *Le respect par l'arbitre de l'ordre public*, www.actu-juridique.fr, lu le 27/09/2020).

statuer sur les domaines d'ordre public. La doctrine¹²⁸³ estime qu'aujourd'hui qu'il ne fait aucun doute que l'arbitre a les qualités personnelles et professionnelles pour ne pas nuire à l'intérêt général. L'arbitre a une obligation de ne pas violer l'ordre public. D'ailleurs, la doctrine a démontré en guise d'exemple que l'arbitrage d'investissement est la meilleure illustration qui prouve que l'arbitre est confronté de manière directe à des enjeux d'intérêts généraux et d'intérêts publics¹²⁸⁴. L'arbitre n'est pas insensible aux enjeux portant sur des intérêts généraux essentiels à la survie des populations. Il est fréquent de voir un arbitre se prononcer sur des questions importantes liées à la sécurité d'une population comme à l'image de l'accès à l'eau¹²⁸⁵. Il est effectivement tenu au respect des normes d'ordre public. De ce fait, il veille à suivre les directives des dispositions impératives auxquelles les différentes parties au contrat n'ont pas renoncé. Le non-respect de l'ordre public peut être sanctionné par une annulation, car portant sur la violation d'une norme impérative. D'ailleurs, cette idée est renforcée par la doctrine qui estime qu'il est d'ordre public « *qu'une loi impérative soit respectée tout le temps où elle doit l'être et jusqu'à ce qu'elle ait cessé de l'être. Sinon la loi n'est plus impérative. Elle devient supplétive*¹²⁸⁶ ». L'arbitre qui est un juge, se rapproche véritablement à l'orientation économique de l'État. Dans cet exercice¹²⁸⁷, l'arbitre ne devra pas statuer ultra petita, mais il sera dans l'obligation de tirer les conséquences de l'illicéité du contrat l'ayant investi¹²⁸⁸. Le non-respect de l'ordre public par l'arbitre dans sa mission, est perçu comme un dépassement de l'objet du litige contractuellement défini qui est ainsi lourdement sanctionné. Il devient impératif pour l'arbitre d'appliquer la norme d'ordre public. Ainsi, il devient un collaborateur de l'ordre public.

B. L'arbitre, un collaborateur du juge de l'ordre public

En droit sénégalais, la matière du droit du travail est d'ordre public et les droits du travailleur sont indisponibles. De ce fait, l'arbitre semble être exclu des litiges individuels de

¹²⁸³ Elle a précisé qu'il « *suffit que l'arbitre ait jugé que le contrat n'est pas contraire à l'ordre public pour que le contrôle soit satisfait, alors que le contrôle du respect de l'ordre public suppose justement que le jugement de l'arbitre soit vérifié* ». Il est temps de mieux renforcer la confiance envers l'arbitre. « *C'est parce que « l'arbitre est le g, carn de l'ordre public et qu'il doit soulever les exceptions d'ordre public qu'il ne faut se limiter qu'au caractère flagrant, effectif et concret de la violation* ». (E. LOQUIN, « L'ordre public et l'arbitrage », in J-M. LELoup (direction scientifique), Revue de Jurisprudence Commerciale, n°4, Paris, Thomson Reuters-Transactive, 2018, pp. 24-45 ; p. 12).

¹²⁸⁴ M. CUQ, « Le droit des investissements étrangers et l'accès à une alimentation adéquate », in F. Collart Dutilleul, Th. Bréger (dir.), Penser une démocratie alimentaire, vol. 1, Costa Rica, Inida, 2013, 145p. ; p. 25.

¹²⁸⁵ Y.-V. CARDENAS, « L'arbitrage international dans le domaine de l'eau », in L'eau, enjeu de pouvoirs, objet de tensions, Colloque organisé par le CQEG le 31 octobre 2016, 156p. ; p. 68. <https://cqegheulaval.com>.

¹²⁸⁶ L. MATRAY et P. MARTENS, « Arbitrage et ordre public interne », Rev. Arb., 1978, 245p. ; p. 103.

¹²⁸⁷ Étant conscient qu'il ne doit pas de ses limites dans la détermination du bien-fondé de la politique économique étatique, l'arbitre est un élément important dans le dispositif de l'ordre public. C'est dans le même sens qu'une partie de la doctrine estime qu'il est important et obligatoire pour le tribunal arbitral de souligner d'office une nullité d'ordre public de la clause d'arbitrage.

¹²⁸⁸ E. LOQUIN, L'arbitrage du commerce international, Joly – Lextenso, 2015, n 259, 458p. ; p. 234.

travail. Cependant, la doctrine insiste sur le fait que la compétence exclusive du tribunal de travail n'est pas d'ordre public et qu'elle n'exclut pas le recours à l'arbitrage tant que les dispositions protectrices du Code du Travail sont respectées par les arbitres¹²⁸⁹. Il est temps de mieux renforcer la confiance envers l'arbitre. Elle a toujours précisé que « [...] l'arbitre est le gardien de l'ordre public [...] »¹²⁹⁰. Elle a précisé qu'il « suffit que l'arbitre ait jugé que le contrat n'est pas contraire à l'ordre public pour que le contrôle soit satisfait, alors que le contrôle du respect de l'ordre public suppose justement que le jugement de l'arbitre soit vérifié ». Cette posture de l'arbitre est actuellement valorisée au sein de l'espace Ohada. D'après la jurisprudence, en fonction de l'ordre public, actuellement, la notion d'arbitrabilité ne doit plus se comprendre comme étant une prohibition qui est faite à l'arbitre de toucher les domaines indisponibles. Autrement dit, il ne s'agit plus pour l'arbitre de se voir interdire d'appliquer des règles ou des normes impératives. En tant que collaborateur du juge de l'ordre public, l'arbitre a non seulement la possibilité d'appliquer des règles d'ordre public (1) mais aussi, il a le pouvoir de sanction de la violation de l'ordre public (2).

1. L'acteur, un acteur de l'ordre public

Le droit Ohada, à travers la CCJA, a donné la possibilité de l'arbitre de statuer dans le domaine de l'ordre public. Autrement dit, la présence des normes impératives ne bloque plus la possibilité à l'arbitre de statuer sur certains domaines. Il s'agit ici d'une innovation majeure dans l'espace Ohada. Le droit communautaire africain a mis en place une philosophie assez restrictive de la notion d'inarbitrabilité qui concerne les normes d'ordre public. La CCJA considère que l'inarbitrabilité du litige ne peut plus avoir comme soubassement les normes d'ordre public. En droit africain, il semble que l'ordre public ne soustrait plus la compétence de l'arbitre et que le seul fait que la nature du litige puisse amener l'arbitre à appliquer certaines règles juridiques d'ordre public n'est donc pas une cause d'inarbitrabilité du litige¹²⁹¹. Il s'agit

¹²⁸⁹ H. MOTULSKY, « L'arbitrage dans les conflits du travail avec collaboration de R. Plaisant », Rev. Arb., 1956, t.5, n° 4, 252p. ; p. 113.

¹²⁹⁰ E. LOQUIN, S. MANCIAUX, L'ordre public et l'arbitrage, Actes du colloque organisé à Dijon les 15 et 16 mars 2013, Litec 2014, Col. CREDIMI, 258p. ; p. 197.

¹²⁹¹ La jurisprudence communautaire a tenu à préciser « que l'interdiction faite à une personne physique ou morale de compromettre sur les droits dont elle n'a pas la libre disposition et qui intéressent naturellement l'ordre public ne signifie pas que tout litige relatif à une opération soumise à une réglementation présentant un caractère d'ordre public se trouverait de ce fait soustrait à tout arbitrage ; que le seul fait que la nature du litige puisse amener l'arbitre à appliquer certaines règles juridiques d'ordre public n'est donc pas une cause d'inarbitrabilité du litige ; qu'en jugeant que le litige opposant les parties, parce qu'il est justifiable des règles d'ordre public de convocation et de tenue de l'assemblée générale et de conseil d'administration de SA contenues dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE, est inarbitrable, et donc hors de portée d'une convention d'arbitrage, la Cour d'Appel de Dakar, qui a confondu entre l'application par l'arbitre de disposition d'ordre public, ce qui ressort de sa compétence, et l'inarbitrabilité du litige, a violé, par fausse application, les

ici pour le droit communautaire de mettre en place un dispositif juridique qui permet de pouvoir faire la désagrégation des normes qui ont un caractère d'ordre public des dispositions de l'AUDSC- GIE et l'indisponibilité des droits contenus dans l'Acte Uniforme de l'Arbitrage. L'arbitre, en tant que juge, dans sa mission de trancher les litiges doit être en mesure d'examiner des contrats touchant à l'ordre public. Pour la doctrine, il ne s'agit ici pas de remettre en cause les normes impératives ou de les transgresser. Il s'agit principalement de veiller à leur application. L'arbitre doit pouvoir veiller à la non transgression de l'ordre public en repoussant tout contrat qui heurte les principes fondamentaux de l'État ou de l'intérêt général.

En tant qu'acteur de droit, l'arbitre peut saisir les normes d'ordre public pour faire valoir la même conception idéologique du juge pour leur système juridique. L'adaptation des normes impératives qui préservent les bonnes mœurs ou les valeurs fondamentales sont des standards interprétatifs auxquels l'arbitre doit faire référence pour appliquer la loi. De ce fait, la doctrine précise « *lorsque l'ordre public n'est pas en jeu, le monopole étatique de la fonction de juger ne se justifie pas. La paix sociale peut être maintenue par d'autres procédés de règlement alternatif des litiges. L'arbitrage permet alors de compléter « l'offre étatique » de règlement des litiges pour les justiciables. Le juge interne doit l'accepter d'autant plus volontiers qu'il ne perd pas tout contrôle sur le règlement des litiges en matière d'arbitrage*¹²⁹² ». Ainsi, dans le cadre de la détermination de l'ordre public, l'arbitre a la compétence de donner aux standards aux principes généraux toutes les considérations de l'ordre juridique. Cela contribuera sûrement à renforcer la cohérence et la compréhension du système. Il est bien de préciser qu'en droit des affaires, des normes impératives ont été instaurées afin de préserver l'économie de la déprédation ou des méfaits nuisances qui émanent des certains comportements d'acteurs économiques dans le milieu des affaires. Il s'agissait cependant de la mise en place des normes impératives rigides qui faisaient barrières à l'attractivité économique. Il a fallu mettre en place, au sein de l'Ohada, un droit assez souple qui a revu la rigidité de l'ordre public pour atteindre les objectifs communautaires. Pour une efficacité de l'arbitrage, il suffirait en droit Ohada d'appliquer la jurisprudence de la CCJA du 28 mai 2020, l'arrêt n° 193/2020 en droit du travail. Cela traduirait le fait que l'ordre public social ne signifie pas une indisponibilité totale des normes. Dans cette même logique, en droit français, la jurisprudence a précisé que « *l'arbitrabilité du litige n'est pas exclue du seul fait*

articles 2 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE et 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'Arbitrage ; qu'il échet dès lors, sans avoir besoin d'examiner les autres branches et les autres moyens du pourvoi, de casser l'arrêt attaqué et d'évoquer». CCJA, 28 mai 2020, arrêt n° 193/2020 ;179p. ; p. 145.

¹²⁹² N. LIGNEUL, L'arbitrage et la lutte contre la corruption, op. cit. ; p. 25.

*qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux*¹²⁹³». Cette possibilité donne aussi une autre vision de la compétence accordée à l'arbitre dans la sanction en cas de la violation de l'ordre public.

2. Le pouvoir de sanction de la violation de l'ordre public

En droit français, un pas a été franchi sur l'intervention de l'arbitre dans le domaine d'ordre public. Pour le cas de la corruption, l'arbitre a la possibilité « *d'annuler des contrats en lien avec la corruption et prononcer des sanctions civiles à l'encontre de la partie responsable d'actes de corruption*¹²⁹⁴ ». Qu'il s'agisse de la corruption, du blanchiment de capitaux d'origine illicite, de la fraude, il est évident que la jurisprudence a renforcé la confiance accordée à l'arbitre. Il est maintenant accordé à ce dernier le pouvoir de sanctionner le constat d'une contrariété à l'ordre public. Étant compétent d'appliquer les règles d'ordre public¹²⁹⁵, l'arbitre a la possibilité de sanctionner la violation d'une règle qui a un caractère d'ordre public. La jurisprudence a tenu à préciser à cet effet, que « *[...] l'arbitre a compétence pour apprécier sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de cet ordre public, ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation*¹²⁹⁶ ». À travers cette décision de justice, il est possible d'affirmer qu'il n'y a plus une difficulté de constater la sanction par l'arbitre de la violation d'ordre public. Cette décision est de taille car le pouvoir de sanction de la violation de l'ordre public n'est plus réservé de façon exclusive aux juridictions étatiques¹²⁹⁷. La doctrine affirme d'ailleurs « *qu'il y a eu une prise de conscience grandissante sur la nécessité de faire appliquer et de respecter l'ordre public international et qu'il est désormais fréquent pour les arbitres de sanctionner sévèrement ou de refuser de donner effet aux pratiques de corruption*¹²⁹⁸ ». Désormais, l'arbitre a non seulement la possibilité de statuer sur sa propre compétence¹²⁹⁹, mais aussi, il a la possibilité de sanctionner.

Le droit Ohada a mis en place un dispositif de dissuasion¹³⁰⁰ des comportements négatifs qui peuvent impacter négativement sur l'efficacité des normes juridiques. Ainsi, le législateur

¹²⁹³ C.A Paris, 1re ch. Suppl., 19 mai 1993, Rev. Arb. 1993.645, note C. Jarrosson.

¹²⁹⁴ G. MASSOULIER, L'arbitre international, nouvel acteur dans la lutte contre la corruption ? Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles - Versailles University Arbitration Journal n° 1, Octobre 2016, étude 4, 145p ; p.4.

¹²⁹⁵ J. BEGUIN, G. BOURDEAUX, A. COURET, B. LE BASS, D. MAINGUY, M. MENJUCQ, H. RUIZ FABRI, C. SERAGLINI, J.M. SOREL, Traité du droit du commerce international, Litec, 2005, 1245p. ; p. 908.

¹²⁹⁶ C.A Paris, 1re ch. Suppl., 29 mars 1991, Rev. Arb. 1991.478, note L. Idot.

¹²⁹⁷ J-M. JACQUET et Ph. DELEBECQUE, Droit du commerce international, Dalloz, Cours, édition 3e, 2002. 245p. : p. 387.

¹²⁹⁸ J-B. RACINE, L'arbitre face aux pratiques illicites du commerce international, LPA, 8 octobre 2010, 245p. ; p. 145.

¹²⁹⁹ Th. CLAY, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges : panorama 2005 », Recueil Dalloz, 15 décembre 2005, 195p. ; p. 56.

¹³⁰⁰ M.-L. RASSAT, Droit pénal général, Ellipse, 2^e éd., 2006, 158p. ; p. 86.

communautaire a jugé obligatoire de mettre en place un dispositif pénal. Il précise à son article que « *les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les États parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues*¹³⁰¹ ». Cependant, il faut faire remarquer qu'en matière pénale, le législateur communautaire a opté pour la méthode de renvoi dit législatif. Cette stratégie consiste à laisser la possibilité « *aux États-parties de déterminer les peines en matière pénale par l'entremise des parlements nationaux*¹³⁰² ». Le constat, au niveau de l'espace géographique communautaire, est que beaucoup de pays n'ont pas encore pris la peine de mettre en place un dispositif répressif. Seuls le la République Centrafricaine¹³⁰³, le Sénégal¹³⁰⁴ et le Cameroun¹³⁰⁵ ont prévu des sanctions pénales applicables aux infractions. D'ailleurs, à ce niveau le législateur Ohada n'a pas désigné les juridictions compétentes pour juger les infractions prévues dans les actes uniformes. « *La mise en avant de la sacro-sainte notion de la « souveraineté des États » constitue un handicap majeur dans la réalisation effective de ce vœu*¹³⁰⁶ ». D'ailleurs c'est pour cette raison qu'une partie de la doctrine pense que ce pouvoir de sanctionner les infractions ne devrait pas être limité aux juridictions étatiques. Ce pouvoir devrait s'élargir et ne plus être au monopole de la justice étatique.

Paragraphe II : L'extension des pouvoirs de l'arbitre aux litiges individuels

La possibilité de recourir à l'arbitrage pour toute sorte de litige né d'une relation contractuelle est une forte innovation. En faisant une étude comparative, des penseurs ont affirmé qu'à « *la différence de nombreuses lois relatives à l'arbitrage, l'Acte uniforme présente la particularité de ne pas limiter l'arbitrage aux litiges commerciaux, ni même aux litiges professionnels, et ceci quelle que soit la manière dont les parties décident du recours à l'arbitrage (par voie de compromis ou de clause compromissoire)*¹³⁰⁷ ». D'ailleurs, dans cette même logique, une partie de la doctrine pense que cette innovation du droit de l'arbitrage Ohada constitue sans aucun doute, la réforme de l'arbitrabilité objective qui passera obligatoirement

¹³⁰¹ Art. 5, Traité Ohada

¹³⁰² C. MOUKALA-MOUKOKO, L'état de l'application du droit pénal des affaires Ohada dans les États-parties, École Régionale Supérieure de la magistrature (ERSUMA-BENIN), 154p, p.2, lu le 24/05/2021.

¹³⁰³ La loi n°10.001 du 06 janvier 2010 portant Code pénal Centrafricain.

¹³⁰⁴ La loi n°98-22 du 26 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'acte uniforme relatif aux droits de sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

¹³⁰⁵ La loi n°2003/008 du 10 juillet 2003 portant Répression des infractions contenues dans certains actes uniformes Ohada.

¹³⁰⁶ C. MOUKALA-MOUKOKO, L'état de l'application du droit pénal des affaires Ohada dans les États-parties, École Régionale Supérieure de la magistrature (ERSUMA-BENIN), 145p ; p.47, lu le 24/05/2021.

¹³⁰⁷ N. PILKINGTON et S. THOUVENOT, « Les innovations de l'OHADA en matière d'arbitrage », JCP éd. Entreprise et Affaires, n° 5 supplément à la semaine jur. n° 44 du 28 octobre 2004, 145p.; p. 28.

par la confirmation de l'extension de la possibilité d'arbitrage aux litiges individuels¹³⁰⁸. Il est nécessaire de préciser que depuis quelques années surtout à travers le monde des affaires, une bonne partie de la doctrine a fait constater, « *l'émergence des pouvoirs privés économiques, qui ont quelque peu supplanté les pouvoirs publics dans leurs fonctions régaliennes de production et de sanction de la norme, a entraîné l'éviction de l'État et de ses démembrements de la sanction de la violation de la règle de droit*¹³⁰⁹ ». Pour mieux cerner la question, il s'agira ici de voir d'abord l'intervention de l'arbitre à travers les instruments juridiques (A) puis de voir l'intervention de l'arbitre par la déconnexion de l'arbitrabilité de l'ordre public (B).

A. L'intervention de l'arbitre à travers les instruments juridiques

Beaucoup d'acteurs appellent au développement de l'arbitrage en droit du travail, sans que soit remis en cause les acteurs étatiques. Dans ce contexte de libération et de privatisation, il est important de souligner que l'adoption par l'Ohada d'une nouvelle réglementation sur le droit de l'arbitrage ne saurait surprendre. Cette norme juridique engage le droit Ohada dans la voie de la promotion des techniques d'évitement du juge étatique auxquelles participent les modes alternatifs de règlement des conflits. D'ailleurs, il faut signaler que ce constat général pousse Monsieur CORREA à faire remarquer que « *le développement des procédés extrajudiciaires de règlement des différends d'affaires, leur actualité ne sont que l'illustration d'un monde dominé par la pensée néo-libérale et ses catégories juridiques intrinsèques*¹³¹⁰ ».

Il est évident qu'il faut se réjouir de l'adoption d'un texte sur le droit de l'arbitrage car il constitue une véritable charpente de l'œuvre d'évitement du juge. Cette réforme semble bien très solide parce que très bien pensée et bien construite. L'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage contribue positivement à l'instauration d'un climat des affaires favorable à l'investissement à travers un environnement juridique et judiciaire des affaires sûr et efficace. Ainsi, il s'agira de voir l'intervention de l'arbitre par le biais du Traité (1) et par le biais du contrat (2).

1. L'intervention de l'arbitre par le biais du Traité

L'arbitre, en tant qu'acteur dans le monde des affaires, occupe une position très

¹³⁰⁸ H. TCHANTCHOU, L'arbitrage en droit du travail (Rétrospective et perspectives à la veille de l'Acte Uniforme sur le droit du travail), Revue Camerounaise de l'arbitrage n° 28 janvier-février- mars 2005, 147p ; p. 8.

¹³⁰⁹ J. CHEVALLIER, « La gouvernance, un nouveau paradigme ? » (2003)105-106 Rev. Française d'adm. Pub. 203 ; 217p. ; p. 25.

¹³¹⁰ J. L. CORREA, « La médiation et la conciliation en droit sénégalais : libres propos sur un texte réglementaire », Bulletin de droit économique, 2017, 16p. ; p. 2.

importante dans l'espace Ohada. Il joue un rôle central dans l'arbitrage qui est comme un outil essentiel pour parvenir à une bonne intégration économique. C'est pour cette raison que dans le préambule de son Traité créateur¹³¹¹, le législateur communautaire à travers l'arbitrage perçu comme outil de règlement de litiges contractuels, valorise l'arbitre. La confiance placée en l'arbitre pousse le législateur à encourager les différents acteurs économiques à recourir à ce dernier pour une bonne gestion des différends. Ce désir de valoriser l'arbitrage, est exprimé très clairement sa vision sans ambiguïté¹³¹². Ainsi, au niveau du traité, le législateur précise la possibilité pour les acteurs économiques, de saisir l'arbitre. À ce niveau, le droit Ohada fait connaître avec précision à travers la détermination du critère principal qui est le contrat que l'arbitre peut considérablement participer à la résolution des différends de façon très efficace. Ainsi, l'arbitre a la possibilité d'intervenir, lorsqu'il est désigné par les parties ou par le centre d'arbitrage, dans les litiges. Il est bien de signaler à ce niveau que les différends, pour être, arbitrables doivent obligatoirement être en étroite relation avec le contrat, autrement dit, être d'ordre contractuel. Le législateur a pris l'option de faire de l'arbitre un élément incontournable dans la mesure où le champ visé pour le développement du droit des affaires est l'arbitrage. Il est bien de préciser que la compréhension du concept « différend contractuel » n'est pas aussi aisée car il a été remarqué qu'il existe des désignations assez diverses à travers le droit communautaire africain. Il y'a d'un côté le Traité qui, à travers le préambule et l'article premier, évoque l'expression « *différend contractuel* ».

Grâce aux mécanismes juridiques de l'Ohada, l'arbitre exerce ainsi un véritable pouvoir juridictionnel. Il a plusieurs obligations : l'obligation d'indépendance et d'impartialité, l'obligation de confidentialité et l'obligation de révélation. Ainsi, la responsabilité de l'arbitre peut être déterminée en cas de manquement. Il sera alors dans une obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences pour effacer le désordre causé. De ce fait, la responsabilité de l'arbitre peut se présenter sous la responsabilité civile contractuelle ou bien sous la responsabilité pénale. L'intervention de l'arbitre dans le domaine d'ordre public, par le biais du Traité devient alors une réalité à travers plusieurs systèmes juridiques. Le droit Ohada semble bien promouvoir l'entrée de l'arbitre dans les conflits sociaux. Il faut aussi noter que la compétence de l'arbitre s'active à travers le contrat.

¹³¹¹ Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. J.O. Ohada n°4. 178p. p. 1 et s. « Désireux de promouvoir l'arbitrage comme un instrument de règlement des différends contractuels »

¹³¹² Art .21 du Traité OHADA : En application d'une clause compromissoire toute partie à un contrat (...) peut soumettre à un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre »: art. 2 AU sur l'arbitrage : « toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition ».

2. La compétence de l'arbitre par le biais du contrat

La promotion de l'arbitre se fait sentir dans l'espace Ohada. Ainsi, au niveau de l'alinéa 1 de l'article 21 du traité, le législateur précise la possibilité pour les acteurs économiques, de saisir l'arbitre dans les relations contractuelles. Il précise que « *toute partie à un contrat [...] peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure prévue par le présent titre* ». L'article 21 du Traité Ohada a l'apparence d'un texte « *dont les contours sont les plus flous*¹³¹³ ». Cependant, d'après NGWANZA, « *malgré son apparente clarté, le critère d'arbitrabilité objective CCJA divise la doctrine, certains estimant qu'un différend extracontractuel peut être administré par la CCJA si la convention d'arbitrage le prévoit expressément, d'autres réclamant une stricte application des textes. La CCJA a contribué à entretenir la controverse en rejetant le recours en contestation de validité d'une sentence ayant prononcé une condamnation délictuelle*¹³¹⁴ ». Au niveau de l'article 21, il utilise le terme de « *différend d'ordre contractuel* ». De ces différentes expressions, il faut seulement attirer l'attention que le « *différend d'ordre contractuel* » veut simplement signifier différend catégorie contractuelle. Autrement dit, le législateur Ohada a tenu à faire pour plus de clarté une classification juridique des différends: différends contractuels et différends extracontractuels. Ainsi, ces deux expressions bien que différentes sont véritablement identiques, donc, elles sont perçues comme synonymes. De ce fait, le « *différend contractuel* » est une notion qui couvre les litiges nés des difficultés d'exécution du contrat qui est déjà conclu et non des difficultés liées à sa conclusion. Le domaine des litiges arbitrables dépasse donc celui de l'unification qui se limite aux branches du droit des affaires. Cependant, contrairement aux propositions faites par certains auteurs, le règlement d'arbitrage de la CCJA n'a pas pu, en son article 2.1, préciser plus clairement les matières arbitrables en tenant compte surtout de l'ordre public de chaque État membre. En définitive, le critère principal qu'est le contrat doit désigner que tout contrat touchant le droit des affaires peut être soumis à la compétence de l'arbitre lorsqu'il y a litiges à l'exception de tous les litiges délictuels, les litiges quasi-délictuels et les litiges quasi-contractuels ne peuvent pas être arbitrables.

La notion de contrat donne une large interprétation à l'arbitrabilité. De ce fait, une interprétation aussi large de « *l'ordre contractuel* » pourrait faire admettre que tout litige né d'un contrat civil ou commercial serait arbitral. Cette interprétation aboutirait sans nul doute

¹³¹³ T. F. HENRI-JOËL, Regard critique sur le droit de l'arbitrage Ohada, cit.p.9.

¹³¹⁴ A. NGWANZA, « *L'essor de l'arbitrage international en Afrique Sub-saharienne : les apports de la CCJA* », Revue de l'ERSUMA: n°3-Septembre2013, Doctrine :154 ; p.25. <http://revue.ersuma.org/no-3-septembre-2013/doctrine-vu> le 15/05/2015.

au fait que l'arbitre peut statuer sur le domaine social comme le droit du travail. Avec l'arbitrabilité objective, le droit Ohada met un accent particulier sur la détermination des critères généraux : un différend d'ordre contractuel, au regard du Traité Ohada et un droit dont on a la libre disposition au regard de l'AUA. Ainsi, le différend arbitral en droit Ohada serait « *tout différend d'ordre contractuel et qui porterait sur les droits dont on a la libre disposition* »¹³¹⁵. Autrement dit, les dispositions des articles 1 et 21 du traité combinées avec celles des articles 2 et 4 de l'AUA, donnent la liberté à toute partie à un contrat de soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage. L'arbitre a la possibilité d'intervenir par la déconnexion de l'arbitrabilité de l'ordre public.

B. L'intervention de l'arbitre par la déconnexion de l'arbitrabilité de l'ordre public

Il est reconnu que la consécration de la justice privée comme étant la principale alternative aux juridictions étatiques, n'est pas sans limite. Contrairement aux juges des juridictions étatiques, tout litige ne peut pas être porté devant les arbitres. Les législateurs nationaux ont mis en place des garde-fous pour ainsi restreindre la portée de cette consécration. Cependant, une tendance nouvelle semble désormais donner compétence aux arbitres même en présence de loi impérative. Il s'agit de contourner l'ordre public. Cette démarche de contournement semble être adoptée par le droit Ohada. Il s'agit pour le droit africain de prendre dispositions particulières sur la restriction à la notion d'ordre public. Le droit Ohada, le législateur a fait le choix d'embrasser la notion d'ordre public international différemment selon qu'il s'agit du Traité Ohada et du Règlement d'arbitrage de la CCJA d'une part, et de l'Acte Uniforme relatif à l'arbitrage d'autre part. L'article 25 al. 4 du Traité Ohada et l'article 30.6 du Règlement d'arbitrage de la CCJA font référence à la notion d'ordre public, plus précisément à l'ordre public international dans le cadre du contrôle de la sentence arbitrale par le juge étatique. Avec cette option, en droit Ohada, l'arbitre peut intervenir sur plusieurs domaines réservés au juge car l'ordre public transnational peut porter atteinte a priori à la souveraineté de l'État. Le droit Ohada a fait d'étendre le champ d'action de l'arbitre par l'affirmation un ordre public régional (1) et aussi à travers l'arbitrage délocalisé (2).

1. L'affirmation d'un ordre public régional

¹³¹⁵ L'article 2 de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage.

Le fondement de l'ouverture a été motivé par l'internationalité du litige¹³¹⁶. C'est d'ailleurs, pour cette raison que le droit Ohada prône l'affirmation d'un ordre public régional. Le législateur communautaire, étant conscient de l'importance de l'ordre public les relations commerciales et la sécurisation des liens sociaux, a pris en charge cet aspect dans son arsenal juridique qui est garant de l'ordre public régional prôné par beaucoup de penseurs¹³¹⁷. À travers l'article 25, alinéa 4 du Traité Ohada et l'article 30, alinéa 6 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, le législateur communautaire évoque avec précision la notion d'ordre public¹³¹⁸.

En droit communautaire, le législateur a mis en exergue la notion d'ordre public international dans différentes situations selon le Traité Ohada et selon le Règlement d'arbitrage de la CCJA. Il s'agit d'une part, au niveau du contrôle de la sentence arbitrale par le juge étatique, et cela à l'occasion de l'examen de la demande d'exequatur de la sentence, et dans le cadre d'un recours en annulation introduit contre la sentence arbitrale. Il en va d'autre part, dans le cadre de la contestation de validité de la sentence. La doctrine a tenu à préciser en ce sens que « *la notion d'ordre public doit être appréhendée d'un point de vue communautaire, il s'agit donc de l'ordre public régional. Cette acception se justifie par les termes de l'AU/DA, d'une part, et, d'autre part, par le fait que le pourvoi en cassation est de la compétence de la CCJA* ¹³¹⁹ ». Il a été précisé que l'ordre public régional¹³²⁰ des États parties au Traité sera constitué de l'ensemble du droit Ohada et des règles extérieures à l'Ohada mais largement reconnues par la communauté internationale¹³²¹. Malgré le caractère imprécis de la notion, le législateur Ohada semble consacrer explicitement l'ordre public communautaire. Ainsi, une partie de la doctrine précise que ces lois de police peuvent parfaitement traduire une intervention de l'ordre public de protection¹³²² qui doit être bien distinguée de celle traduisant

¹³¹⁶ Il a été établi que la présence d'une réglementation d'ordre public ne bloque plus la compétence de l'arbitre et n'entraîne pas non plus la nullité de la convention d'arbitrage. La chambre commerciale de la Cour de cassation, par un arrêt Tissot du 28 novembre 1950 avait statué sur la validité d'un compromis portant sur une vente d'orge, marchandise taxée (Cass. com., 28 novembre 1950, Bull. civ. III, n. 355 ; D. 1951, 170).

¹³¹⁷ Ph. LÉBOULANGER, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit en Afrique », Rev. Arb., 1999, 359p. ; p. 567 ; J.-P. ANCEL, « Le contrôle de la sentence », in Ph. FOUCHARD (dir.), L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, op. cit., p. 191.

¹³¹⁸ L'évocation de cette notion dans ces deux cadres juridiques, laisse apparaître pour le législateur, un souci, en cas d'inégalité de force économique entre contractants, de pouvoir prendre en charge la protection aux intérêts des plus faibles. L'autre tendance, à la lecture de ces dispositions laisse présager la protection des intérêts généraux de la collectivité, permettant ainsi aux contractants d'éviter de s'accorder allant dans un sens contraire à l'intérêt général. Mais le législateur fait plus précisément cas de « l'ordre public international » qui intervient dans différentes phases de l'arbitrage.

¹³¹⁹ A. MOULOUL, « L'arbitrage dans l'espace Ohada », Conférence Internationale sur le Droit des Affaires de l'Ohada, Maison du Droit Vietnamo-Française Hanoï (Vietnam), le 28 janvier 2010. <https://www.ohada.com>, lu le 23/09/2019, p. 26.

¹³²⁰ L'évocation d'un ordre public régional est assez intéressante dans la mesure où l'ordre public est parvenu au fil des temps à avoir la posture de référence nécessaire et indispensable dont l'arbitre international n'a plus le droit d'ignorer le sens et le contenu lors afin de pouvoir bien déterminer le droit applicable. L'existence d'un ordre public régional claire, précise et bien cernée de tous, permettrait d'avoir des règles impératives sans équivoques qui seraient applicables à l'image des lois de police.

¹³²¹ G. KENFACK DOUAJINI in « la notion d'ordre public international dans l'arbitrage OHADA » Revue camerounaise de l'arbitrage n° 29 Avril-Mai-Juin 2005 ; 157p. p. 3.

¹³²² Il faut préciser que le danger dû à la non distinction en droit Ohada de l'arbitrage interne et de l'arbitrage international réside au fait que la partie faible au contrat peut être déroutée et perdue dans la recherche à la solution de son problème.

une intervention de l'ordre public de direction¹³²³. Il faut préciser à ce point que l'imprécision de la notion de l'ordre public ne passe pas inaperçue. L'effort de recherche de l'élucidation de la notion de l'ordre public en droit africain, ayant un lien très étroit avec des dispositions à vocation communautaires et surtout en relation étroites avec celles de natures économiques, n'est pas aisée dans un contexte de conflit avec le droit international. De ce fait, des inquiétudes liées à des incompréhensions ou bien des zones floues peuvent être soulevées avec ce *caractère communautaire de l'ordre public ohadien*. Il est important de signaler que le législateur, en ce qui concerne la notion d'ordre public, n'a pas été très précis. Il semble opter pour la disparition de l'ordre public interne au profit de l'ordre public international.

2. La compétence de l'arbitre à travers l'arbitrage délocalisé

En ne jugeant pas utile de faire cette distinction, le droit Ohada est allé plus loin que le droit français qui est la principale source d'inspiration du droit harmonisé des affaires africaines. En faisant le choix de consacrer l'arbitrage comme mode de règlement des différends contractuels, le législateur Ohada a clairement indiqué l'esprit qui anime ses textes. En matière d'arbitrage, au-delà de la modernité relevée par une doctrine abondante, le droit Ohada s'illustre par son libéralisme¹³²⁴. L'arbitrage international « *désigne celui qui met en présence des sujets de droit international. Il s'agit donc de l'arbitrage de droit international public*¹³²⁵ ». Il est international si une des parties n'a pas la nationalité d'un État membre de l'Ohada ou si les parties sont totalement étrangères aux États-parties, à la condition que le siège du tribunal se trouve dans l'un des pays membres de l'Ohada. L'arbitrage international est plus libéral qu'en matière interne, les litiges pouvant être portés devant les arbitres sont vastes. Il est important de préciser que l'arbitrage interne se définit comme étant celui qui ne présente aucun élément d'extranéité, tant en ce qui concerne les parties en présence que le contrat principal objet du différend. C'est d'ailleurs dans ce sens que la doctrine a précisé que le droit Ohada de l'arbitrage « *est conforme à la tendance économique mondiale et à la liberté individuelle. Elle est*

L'impasse est accentuée car l'arbitrage international n'est rattaché à aucun droit étatique. Autrement dit, la partie faible est perdue dans la mesure où il n'existe pas de for pour un arbitre international. L'arbitrage international est entièrement autonome par rapport à tous droits étatiques.

¹³²³ N. NORD, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, <https://cdpf.unistra.fr>, 2003. 158p. ; p. 141.

¹³²⁴ M. KAMTO, « La participation des personnes morales de droit public à l'arbitrage OHADA », in Ph. Fouchard (Dir), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruylant, 2000, 258p. ; p. 89.

¹³²⁵ P. MEYER, *Monsieur de Droit à l'Université de Ouagadougou (Burkina Faso)*, « Droit de l'arbitrage », 258p. ; p. 134. 10, doc. ERSUMA, Octobre 2009.

*totalemment en phase avec le libéralisme ambiant*¹³²⁶». Dans ces genres de situations, le travailleur ne maîtrisant pas les contours de l'arbitrage, se sentira dans une situation très difficile. Il est perdu car il est dans l'arbitrage ayant aucun for appelé arbitrage anational. La doctrine précise dans ce sens que « *l'arbitrage « anational » ou « délocalisé » est celui qui est détaché de tout système juridique national, d'une part, et, d'autre part, qui ne relève pas du droit international public. Il a été créé par la pratique des institutions permanentes d'arbitrage à caractère privé (cas de la CCI) ; il relève du droit forgé par ces personnes privées*¹³²⁷ ». La seule exception concerne les arbitrages qui intéressent l'ordre public, qui sont inarbitrables, ainsi que les matières concernant le droit extra patrimonial et le droit du travail. À titre illustratif, les textes du droit communautaire ont admis l'arbitrabilité en matière civile et commerciale tandis que la majorité des États ne l'admettent pas pour les matières concernant l'état et la capacité des personnes. Pour preuve, le droit interne sénégalais, à travers l'article 826-2¹³²⁸ du code des obligations civiles et commerciales maintient le champ classique de l'arbitrage. En arbitrage international, il s'agit essentiellement du recul de l'interventionnisme économique de la puissance publique. L'absence d'autorité signifie très certainement la diminution des règles de droit à caractère impératif et, corrélativement, le règne de l'autonomie de la volonté et de la liberté individuelle. Cela est totalement l'opposé du droit national ou interne qui met en exergue un ordre public de référence qui semble inexistant en droit Ohada.

¹³²⁶ A. SAKHO, Deux clés de compréhension des atouts de l'arbitrage dans l'espace Ohada, mars 2020, <http://www.cres-sn.org>, lu le 23/09/2020, p. 3.

¹³²⁷ A. MOULOUL, « L'arbitrage dans l'espace Ohada », Conférence Internationale sur le Droit des Affaires de l'Ohada, Maison du Droit Vietnamo-Française Hanoï (Vietnam), le 28 janvier 2010. <https://www.ohada.com>, lu le 23/09/2019, 147p ; p. 13.

¹³²⁸ Il précise sans réserve qu'il est impossible de compromettre « *sur les dons et legs d'aliments, logements et vêtements, sur les séparations d'entre mari et femme, divorcés, questions d'état, et plus généralement sur les matières qui intéressent l'ordre public* ».

TITRE II : L'ARBITRAGE CONCRET DES LITIGES INDIVIDUELS DE TRAVAIL

Dans un souci de résoudre plus rapidement les litiges individuels entre employeurs et salariés, des acteurs de droit¹³²⁹ appellent au développement de l'arbitrage en droit du travail. Actuellement, le droit du travail est partagé entre deux tendances. La première branche est interventionniste prônée par « les travaillistes¹³³⁰ ». Il y a une deuxième branche libérale qui est prônée par les « commercialistes¹³³¹ ». Les partisans de l'arbitrage pensent que le droit du travail doit faire preuve d'élasticité et surtout s'adapter aux transformations profondes qui le traversent. Ils estiment qu'en droit social, et particulièrement dans les relations individuelles du travail, qu'il devrait avoir une profonde redéfinition du rôle de l'État dans la relation contractuelle entre le salarié et l'employeur. Le droit social¹³³² a toujours été qualifié comme étant un secteur de haut niveau de rigidités qui est très préjudiciable à la performance économique pour chaque pays¹³³³. Pour mieux renforcer, cette thèse une partie de la doctrine estime que « *cette situation nuit au dynamisme économique et contribue à un chômage structurellement élevé et souvent de longue durée, ainsi qu'aux difficultés d'insertion sur le marché du travail qui frappent en particulier les jeunes*¹³³⁴ ». C'est pour cette raison qu'elle défendait cette thèse en argumentant que « *cette refondation passe par la réduction du droit*

¹³²⁹ La création du Centre d'Arbitrage du Travail annoncée par Maître Hubert FLICHY est une des réponses proposées par les professionnels du droit social face à l'allongement démesuré des procédures devant certains conseils de prud'hommes et au sentiment des justiciables qu'un temps insuffisant leur est consacré.

¹³³⁰ Il s'agit de la plupart des pays dont la France, le Sénégal et la majeure partie des anciennes colonies françaises, qui visent l'arbitrabilité selon des formulations anciennes et précisant les matières ou les questions inarbitrables. Elle implique une action directe de l'État qui va plutôt dans le sens d'un rapprochement avec le droit public. À ce niveau, il ne s'agit pas de faire une confrontation entre le système romano-germanique et la Common Law. « *Nombreux sont les pays qui ont une pratique très développée de l'arbitrage en droit du travail tant dans les pays de Common Law que dans ceux de Civil Law* » (T. CLAY, « *L'arbitrage en droit du travail: quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ?* »; *Droit social* n° 9/10 Septembre-Octobre 2010, 147p. ; p. 3).

¹³³¹ C'est une branche, qui consiste à s'en remettre le plus possible aux intéressés eux-mêmes du soin de régler leurs rapports et qui continue à voir dans le droit du travail une branche du droit privé. Elle prône la refondation du droit social avec trois grandes orientations envisagées : la libéralisation qui consiste à réduire le droit réglementaire, l'encouragement au développement d'un droit plus conventionnel, et la réduction du droit réglementaire par le développement du droit conventionnel. Cette branche est essentiellement composée par les législations dites « libérales », dont celle des États-Unis, du Canada, du Néerlande, de la Belgique, de l'Allemagne, de la Suède, la Suisse, de la Côte d'Ivoire où l'arbitrabilité est énoncée comme principe, ne connaissant que de rares exceptions.

¹³³² La concrétisation de cette idée se manifeste par un mouvement de repli de l'ordre public. En d'autres termes, cela signifie que l'État doit obligatoirement être neutre dans les relations contractuelles de travail. Il doit s'abstenir de se comporter en acteur dans le droit social. La puissance publique devra faire des efforts pour s'immiscer le moins possible dans la vie des entreprises. Ils estiment aussi que l'intervention de l'État, en principe, ne devrait être qu'exceptionnelle et voire même justifiée par des considérations particulières. Il s'agit d'une série de contributions qui met en exergue l'impératif de réformer le droit social au profit de l'efficacité économique.

¹³³³ C'est pour cette raison que messieurs BADINTER et LYON-CAEN ont affirmé que « *la vision d'un droit du travail, perçu comme une forêt trop obscure et hostile pour qu'on s'y aventure, joue contre le recrutement des salariés complémentaires dans les petites et moyennes entreprises. Il ne parvient pas à concilier efficacité économique et protection des travailleurs* ». (R. BADINTER, et A. LYON-CAEN, « *Le travail et la loi* », Paris, Fayard, 2015, 248p. p. 11.).

¹³³⁴ G. CETTE, et B. BARTHELEMY, « *Réformer le droit du travail* » ; Éditions Odile Jacob ce jeudi 3 septembre 2015 ; 248p. ; p. 147. <https://tnova.fr/rapports/reformer-le-droit-du-travail>, lu le 05/09/2020.

*réglementaire au profit du droit conventionnel et de la pratique des contrats*¹³³⁵ ». Autrement, le déclin de l'ordre public social devrait permettre aux principaux acteurs du contrat de travail d'utiliser une convention arbitrale pour mieux gérer les relations individuelles. Il s'agit ici d'une grande innovation opérée par le législateur communautaire dans le monde des affaires. Ainsi, il s'agira de voir l'importation des mécanismes de l'arbitrage en droit du travail (chapitre 1) et l'émancipation du contrat de travail en droit international du travail (chapitre2).

¹³³⁵ C. DE BOISSIEU, Mot introductif de « Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique » de Jacques BARTHELEMY et Gilbert CETTE. *ibid.* ; p 1.

CHAPITRE 1 : L'IMPORTATION DES MECANISMES DE L'ARBITRAGE EN DROIT DU TRAVAIL

L'arbitrage émerge avec de nouveaux domaines surtout avec les relations contractuelles déséquilibrées. Il faut signaler qu'une étude comparative des systèmes juridiques fait apparaître des différences. Le constat montre un grand décalage entre le droit de l'arbitrage français et le droit de l'arbitrage Ohada. La possibilité de recourir à l'arbitrage pour toute sorte de litige naît d'une relation contractuelle est une forte innovation¹³³⁶. D'ailleurs, dans cette même logique, une partie de la doctrine pense que cette innovation du droit de l'arbitrage Ohada constitue sans aucun doute, la réforme de l'arbitrabilité objective qui passera obligatoirement par la confirmation de l'extension de la possibilité d'arbitrage aux litiges individuels¹³³⁷. Il est nécessaire de préciser que depuis quelques années surtout à travers le monde des affaires, une bonne partie de la doctrine a fait constater, « *l'émergence des pouvoirs privés économiques, qui ont quelque peu supplanté les pouvoirs publics dans leurs fonctions régaliennes de production et de sanction de la norme, a entraîné l'éviction de l'État et de ses démembrements de la sanction de la violation de la règle de droit* »¹³³⁸. Ainsi, beaucoup d'acteurs appellent au développement de l'arbitrage en droit du travail, sans que soit remis en cause les acteurs étatiques. Dans ce contexte de libération et de privatisation, l'adoption par l'Ohada d'une nouvelle réglementation sur le droit de l'arbitrage ne saurait surprendre. Cette norme juridique engage le droit Ohada dans la voie de la promotion des techniques d'évitement du juge étatique auxquelles participent les modes alternatifs de règlement des conflits¹³³⁹. Il est évident qu'il faut se réjouir de l'adoption d'un texte sur le droit de l'arbitrage car il constitue une véritable charpente de l'œuvre d'évitement du juge. Cette réforme semble bien très solide parce que très bien pensée et bien construite. L'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage contribue positivement à l'instauration d'un climat des affaires favorable à l'investissement à travers un environnement juridique et judiciaire des affaires sûr et efficace. Il ne serait pas inutile de faire

¹³³⁶En faisant une étude comparative, madame Nanette PILKINGTON et monsieur Sébastien THOUVENOT ont affirmé qu'à « *la différence de nombreuses lois relatives à l'arbitrage, l'Acte uniforme présente la particularité de ne pas limiter l'arbitrage aux litiges commerciaux, ni même aux litiges professionnels, et ceci quelle que soit la manière dont les parties décident du recours à l'arbitrage (par voie de compromis ou de clause compromissoire)* » (N. PILKINGTON et S. THOUVENOT, « *Les innovations de l'OHADA en matière d'arbitrage* », JCP éd. *Entreprise et Affaires*, n° 5 supplément à la semaine jur. n° 44 du 28 octobre 2004, p. 28 et s).

¹³³⁷ H. TCHANTCHOU, L'arbitrage en droit du travail (Rétrospective et perspectives à la veille de l'Acte Uniforme sur le droit du travail), op.cit., p. 8.

¹³³⁸ J. CHEVALLIER, « *La gouvernance, un nouveau paradigme ?* », 2003 ; Rev. Française d'adm., 203p. ; p. 217.

¹³³⁹ D'ailleurs, il faut signaler le constat général pousse Monsieur CORREA à faire remarquer que « *le développement des procédés extrajudiciaires de règlement des différends d'affaires, leur actualité ne sont que l'illustration d'un monde dominé par la pensée néo-libérale et ses catégories juridiques intrinsèques* » (J. L. CORREA, « *La médiation et la conciliation en droit sénégalais : libres propos sur un texte réglementaire* », *Bulletin de droit économique*, op.cit. p. 2).

ressortir les mérites d'une telle entreprise. Il s'agira ici de voir d'abord, la validité du compromis en droit du travail (section 1) et de voir la suite l'émancipation progressive de la clause compromissoire (section 2).

Section I : Le recours au compromis dans les litiges individuels de travail

La validité de l'arbitrage en droit du travail est devenue une réalité. Actuellement, l'arbitrage est devenu un nouvel instrument proposé aux non professionnels pour trouver des solutions aux litiges qui les opposent à un cocontractant professionnel ou non. Ainsi, cette possibilité permet aux travailleurs de pouvoir faire appel à une juridiction arbitrale dans le cadre d'un litige né dans la sphère des contrats du travail. D'ailleurs, la doctrine a tenu à préciser que « *l'arbitrage en droit du travail a toujours existé mais de façon discrète et confidentielle. [...]. On parlait d'arbitrages ad hoc, c'est-à-dire réalisés sans avoir recours à une institution spécialisée [...]. Cette réticence est aujourd'hui d'autant plus curieuse que l'arbitrage en droit du travail connaît un succès important à l'étranger*¹³⁴⁰ ». Le compromis d'arbitrage peut se définir comme la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes en litige décident d'en confier la solution non à la justice étatique mais à un ou plusieurs arbitres de leur choix. Le compromis est le moyen utilisé par l'arbitrage pour conquérir le territoire du droit du travail. Il a été démontré que les contrats de travail sont du domaine des droits indisponibles tant que le contrat existe. Ils deviennent disponibles après son extinction. Pour mieux cerner le compromis dans le contrat de travail, il faut impérativement revoir la genèse des textes car le recours au compromis d'arbitrage ultérieurement à la cessation du contrat de travail est le résultat d'une longue évolution législative française. Il s'agira alors de voir dans un premier temps la notion de compromis (paragraphe 1) et de voir dans le second temps l'ambiguïté du compromis (paragraphe 2).

Paragraphe I : Le compromis en droit du travail

Le droit du travail a aussi la particularité d'être un droit très réglementaire faisant obstacle à l'autonomie de volonté. Certains qualifient même cette réglementation très rigide. Ce qui paraît être un handicap pour la compétitivité des entreprises. C'est pour cette raison

¹³⁴⁰ H. FLICHY, Le Centre national d'arbitrage du travail (CNAT): Une innovation juridique au service du justiciable, Le Droit Ouvrier, mars 2016, n°812, 245p. ; p. 134.

qu'une réforme en profondeur du droit devrait permettre de concilier la protection sociale et l'efficacité économique. La réforme doit nécessairement passer par le rétrécissement du droit du travail au profit du droit de l'arbitrage qui a la particularité d'être une institution privée avec des arbitres saisis par la volonté des parties. Face aux lenteurs de procédure, de la corruption du système judiciaire et des problèmes de l'exécution des décisions de justice, les modes alternatifs de règlement des conflits sont de plus en plus jugés intéressants tant pour les justiciables que pour le système judiciaire.

En matière d'arbitrage, le compromis paraît être la première forme de convention d'arbitrage. Il est reconnu que dans l'arbitrage interne, seul le compromis était valable. Idéalement, l'expression du consentement à l'arbitrage passe par le compromis. C'est l'instrument qui manifeste le mieux l'acceptation de la justice arbitrale par les parties. Conclu après la survenance du litige, il exprime une réelle préférence pour ce mode de règlement. La décision de recourir à l'arbitrage s'analyse alors comme un choix positif et délibéré décidé par chaque partie en fonction de ses intérêts bien compris. C'est pour cette raison que lorsqu'il repose sur le compromis, l'arbitrage bénéficie en principe de la faveur de toutes les parties qui collaborent pleinement à sa mise en œuvre, imprimant à la procédure un caractère purement consensuel. Dans cette partie, il s'agira de voir dans un premier temps la notion de compromis (A) puis de voir dans un second temps la légalité du compromis en droit du travail (B).

A. Le compromis

Ohada a opté de se tourner vers les modes alternatifs de résolution des litiges plutôt que d'assainir les systèmes judiciaires. Son choix s'est tourné vers l'arbitrage qui n'est pas retenu par la conception française au nombre des MARC, car étant un mode de solution juridictionnelle. La concrétisation de cette idée se manifeste par un mouvement de repli de l'ordre public. En d'autres termes, cela signifie que l'État doit obligatoirement être neutre dans les relations contractuelles de travail. Il doit s'abstenir de se comporter en acteur dans le droit social. La puissance publique devra faire des efforts pour s'immiscer le moins possible dans la vie des entreprises. La doctrine estime que l'intervention de l'État, en principe, ne devrait être qu'exceptionnelle et, voire, justifiée par des considérations particulières. La convention arbitrale peut prendre principalement deux formes dont l'une est la clause compromissoire parce que lors de sa rédaction le litige n'est pas encore né, de plus elle est conclue pour résoudre les litiges qui découlent du contrat principal. Il convient alors de voir la deuxième forme qui est le compromis, perçu comme un contrat après litige (1) puis de voir les conditions de validité du compromis (2).

1. Le compromis: un contrat après litige

À côté de la clause compromissoire, une autre convention arbitrale porte le nom de « *compromis d'arbitrage*¹³⁴¹ ». En son sens premier, le terme « compromis » désigne l'acte par lequel il est donné aux arbitres le pouvoir de juger des procès. Il s'agit pour les parties aux litiges d'écartier les juges étatiques au profit des arbitres. Ainsi, le Nouveau Code de Procédure Civile précise que « *le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes*¹³⁴² ». Le compromis est perçu comme étant un contrat particulier ou bien comme une convention bien définie qui prend référence un différend particulier ou bien une controverse déterminée. Le compromis permet aux différentes parties au contrat d'organiser le recours à l'arbitrage après la naissance du litige¹³⁴³. Il faut préciser à ce niveau que la différence entre les deux notions s'aperçoit par le biais à l'adaptation de la désignation des parties, qui, dans une clause compromissoire sont considérées comme étant les parties au contrat alors que dans un compromis elles sont considérées comme étant les parties à un litige déjà né¹³⁴⁴. De ce fait, le compromis¹³⁴⁵ est alors un contrat en dehors du contrat principal, qui a comme source un litige né et actuel, qui est rattaché aux relations contractuelles protégées par le contrat principal.

En des termes très simples, le compromis consiste en une entente ou en un accord entre deux parties qui s'accordent pour faire juger par un ou plusieurs arbitres désignés pour le litige qu'elles exposent, dans les conditions qu'elles précisent¹³⁴⁶. C'est un contrat conclu entre les parties après la naissance d'un litige. Il se distingue véritablement de la clause compromissoire. Avec le compromis, les deux parties font un arrangement et des concessions mutuelles dans le but d'arriver à une collaboration. Le compromis est l'accord qui a besoin de la commune volonté des parties, à un litige né, d'accorder un pouvoir juridictionnel à une ou plusieurs

¹³⁴¹ Vocabulaire « composé des préfixes « con »- (« ensemble ») et « pro »- (« pour ») et de « mettre », *compromis est un mot, dérivé du latin « compromissum », dérivé du verbe « compromittere » (« promettre en même temps »)* (<https://www.cnrtl.fr/etymologie/compromis>, Vu le 15/10/2020).

¹³⁴² Article 1447 NCPC.

¹³⁴³ A. PRUJINER, Validité et efficacité des conventions d'arbitrage. C.P. du N. 247. 268, 1995, 1, 541p. ; p. 251.

¹³⁴⁴ Cass. Civ. 1e, 16 octobre 2001, Rev. Arb. 2002 p919 spéc., p925, note Daniel COHEN.

¹³⁴⁵ N. A. DIAB, Les clauses attributives de compétence et les clauses compromissoires en droit international privé libanais, Al Adl 1992, p 50 ; Cahier juridique et fiscaux de l'exportation, 1992, 248p. ; p. 143 ; Proche-Orient Études Juridiques, 1991, 247p. ; p. 153.

¹³⁴⁶ P. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Vol. 3, Paris, Dalloz, 1965, 247p. ; p. 53.

personnes qu'elles choisissent pour trancher leur litige¹³⁴⁷. Cet accord des volontés des contractants intervient après la survenance du différend. Donc, à la différence de la clause compromissoire, qui est en quelque sorte une « *promesse de compromis* »¹³⁴⁸, le compromis suppose l'existence d'un litige né et actuel. En des termes plus clairs, il est bien de préciser que c'est la date de conclusion qui différencie la clause compromissoire et le compromis. Le compromis est totalement autonome du contrat principal aussi bien matériellement que juridiquement. « *Le compromis est constaté par écrit, la clause compromissoire doit être stipulée par écrit* »¹³⁴⁹. Le compromis ne sert normalement qu'à la résolution du litige pour lequel il a été conclu. « *Toutefois, même dans le cadre du compromis, l'on n'est pas totalement à l'abri de la pression qui pourrait s'exercer sur une partie, au point de lui arracher un consentement qu'elle n'aurait autrement pas donné* »¹³⁵⁰. En présence d'une différence entre la volonté réelle des parties et celle exprimée dans le compromis, c'est la volonté des parties qui va valoir, dans certain cas, le contraire est réalisé. Les parties se rendront compte de leurs choix après la naissance du litige et au début de l'instance arbitrale, parce que c'est le moment où elles commencent à connaître l'institution qu'elles ont choisie.

2. Les conditions de validité du compromis

L'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage n'a pas dicté d'exigence de forme pour la validité du compromis. Celui-ci relève donc du principe du consensualisme. Cela veut dire un principe en vertu duquel un acte juridique n'est soumis à aucune forme particulière pour sa validité. Le consentement seul peut créer des obligations. L'Acte Uniforme dispose que « *la convention d'arbitrage doit être faite par écrit, ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve, notamment par la référence faite à un document la stipulant* »¹³⁵¹. La déduction logique de cette disposition est que l'Acte Uniforme de l'Arbitrage ne porte que sur le formalisme probatoire. Ohada ne soumet pas la validité du compromis à une forme écrite. L'écrit n'étant donc pas privilégié, il n'a de valeur en droit Ohada qu'au plan de la preuve, sans pour autant être exclusif. Cependant, le recours à l'écrit comme preuve de la convention d'arbitrage n'est pas exclusif. Ainsi, dans le système d'arbitrage Ohada, le compromis n'a pas

¹³⁴⁷E. LOQUIN, Compromis d'arbitrage. Définition. Litige soumis à l'arbitre. Mission d'évaluation d'une clientèle. Absence de caractère juridictionnel de la mission confiée au tiers. RTD Com. 2001, 148p. ; p. 55 ; cour appel Paris 7 nov. 2000.

¹³⁴⁸J. BARBIN, « *Compromis et clause compromissoire* », www.universalis.fr/encyclopedie. Vu le 15/10/2015.

¹³⁴⁹J. RUBELIN-DEVICHI, et E. LOQUIN, Arbitrage, compromis et clause compromissoire. JCL Proc. civ. Fasc 1020, no 3 ; 148p. ; p. 58

¹³⁵⁰O. DIALLO, Le consentement des parties à l'arbitrage international, 285p. ; p. 170, <https://books.openedition.org/iheid/970?lang=fr>, Vu le 15/10/2015.

¹³⁵¹Article 3 de l'Acte Uniforme sur l'Arbitrage.

besoin d'être obligatoirement matérialisé pour être valable. Il peut être écrit ou oral, expresse ou tacite, direct ou par référence. Cependant, il y a au niveau du droit communautaire Ohada une préférence au compromis écrit. Afin d'éviter toute complication de la convention arbitrale, il serait prudent pour les parties de rédiger le compromis. D'ailleurs, Ohada semble avoir un penchant pour l'écrit. Le législateur affirme que « *l'existence de la sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage.* »¹³⁵² Il est évident qu'il s'agit à travers cette disposition d'un privilège au caractère de l'écrit au plan de la preuve. Par conséquent, il est possible d'avancer l'idée selon laquelle l'écrit est ainsi recommandé au plan de la preuve du compromis. Le droit uniforme Ohada n'a donné aucune précision sur la nature que doit prendre l'écrit. Ainsi, le compromis est valable, qu'il soit un document signé par les parties, par acte notarié, par acte sous seing privé, d'une preuve résultant des échanges de lettres, de télégrammes, de télécopies, de télex, d'échanges de conclusions ou de courriers électroniques. Il est important de veiller à la bonne rédaction du compromis. La doctrine a tenu à préciser qu'au « *sein de nombreuses clauses, les rédacteurs et partenaires au contrat ont tendance à déformer les termes par abus de langage et emploient des expressions équivoques, augmentant ainsi le climat d'incertitude juridique due aux difficultés de compréhension des conventions plus ou moins complexes* »¹³⁵³. Les différentes parties au contrat ont l'obligation d'utiliser essentiellement l'écrit pour éviter des confusions pouvant créer des difficultés dans l'exécution du compromis. Une bonne rédaction de la clause en des termes clairs pourrait régler rapidement les litiges entre différentes parties. En cas de nullité ou de pathologie de la clause compromissoire, il y a une possibilité d'utilisation du compromis¹³⁵⁴. Une clause est pathologique quand elle est mal rédigée et qu'il est impossible de préciser et de déterminer avec exactitude la volonté des différentes parties. Les arbitres auront la possibilité de pouvoir bien interpréter la clause compromissoire et surtout de procéder à des corrections et rectifications si la clause est curable¹³⁵⁵. En droit Ohada l'efficacité du compromis s'apprécie en considération des parties du litige, du juge étatique et de l'arbitre. Les parties ont l'obligation de se faire trancher par les arbitres. De l'autre côté¹³⁵⁶, « *toute juridiction étatique saisie d'un tel litige doit*

¹³⁵² Article 31, al.2, Acte Uniforme sur l'Arbitrage.

¹³⁵³ M.H.M COSTEDOAT, *Notre ambition: consolider l'influence mondiale de la culture juridique civiliste, celle du droit écrit* / <http://www.institut-idef.org>. Vu le 28 /10/2015.

¹³⁵⁴ Le compromis semble être une grande flexibilité lors de sa formation. D'ailleurs, en France cela se traduit par la possibilité pour les parties de conclure le compromis à n'importe quel moment. Autrement dit, le compromis peut être ficelé avant le procès ou même lors de l'audience. Le législateur précise que « *les parties ont la faculté de compromettre même au cours d'une instance déjà engagée devant une autre juridiction* » (art. 1450 NCPC).

¹³⁵⁵ Cependant, il y a une possibilité pour le juge de se déclarer incompétent lorsqu'il est dans l'impossibilité d'interpréter et de rectifier la clause. Cette clause appelée clause incurable ne permet pas de recourir à l'arbitrage.

¹³⁵⁶ Il s'agit ici du dessaisissement des juridictions étatiques au profit des juridictions arbitrales même si cela n'est pas automatique. Même si le juge étatique est tenu par l'effet obligatoire du compromis, il joue un rôle très important dans l'efficacité de la convention arbitrale. Il a l'obligation de veiller à ce que le compromis reçoive sans difficulté une efficacité.

*se déclarer incompétente*¹³⁵⁷». Cependant, le compromis n'est pas permis en droit sénégalais concernant les litiges individuels de travail.

B. La légalité du compromis en droit du travail

Le compromis reste l'instrument par excellence de l'arbitrage. « *Le degré zéro de l'arbitrage consiste dans un compromis d'arbitrage [...] pour une affaire donnée, en dehors de tout engagement préalable. L'arbitrage est facultatif. C'est le compromis qui fixe le principe et l'objet de l'arbitrage, ainsi que ses modalités pratiques*¹³⁵⁸ ». La soumission à l'arbitrage procède alors d'un consentement spécifique¹³⁵⁹, exprimé dans un document dont l'objet exclusif est le recours à l'arbitrage dans un cas bien précis. Ainsi, si en matière de clause compromissoire, il y a une possibilité de doute au niveau de la portée du consentement de la partie faible, le salarié, il faut alors souligner qu'avec le compromis, il n'y a aucune hésitation à ce point. Au sujet du compromis, l'attitude traduisant de l'indécision ou de l'embarras n'est pas permis, car un seul accord intervient et il porte uniquement sur la soumission à l'arbitrage d'un litige déterminé. L'accoutumance s'est accommodée et a permis « *de préciser, par un nouvel accord, les questions qui seront posées à l'arbitre, c'est-à-dire l'objet concret du différend*¹³⁶⁰ ». Dans la pratique arbitrale, il faut préciser que cet accord spécifique présente un vaste intérêt pour les acteurs économiques et aussi une grande utilité. Le compromis permet à ces derniers de se donner la possibilité de prendre en charge tous les aspects visant l'occasion de régler ensemble les détails de la procédure. Pour appréhender le compromis, il est essentiel de le contextualiser d'abord en droit français (1) qui semble le présenter comme le droit de l'arbitrage au visage assez particulier. Ensuite, l'accent sera mis sur le droit communautaire africain ou le compromis semble avoir un aperçu ambivalent d'où son malaise du compromis au sein de l'espace Ohada (2).

¹³⁵⁷ Article 13 alinéas 1 et 2 de l'AUA.

¹³⁵⁸ E. DECAUX, Droit international public, 4e éd., Hyper Cours (Cours Documents Exercices) Dalloz, Paris, 2004, 345p. ; p. 222.

¹³⁵⁹ Il faut dans ce sens préciser que le caractère consensuel de l'arbitrage qui est basé sur le compromis reste entièrement appuyé par le spacieux et immense étendu de l'accord arbitral. Cet accord arbitral qui, en plus du contenu habituel d'une clause compromissoire prend en compte également la délimitation du litige et le choix des arbitres. Ainsi, il est bien de préciser à ce niveau que, le compromis remplit, en premier lieu, la même fonction et la même finalité que la clause compromissoire. Le constat montre que l'un, comme l'autre, exprime valablement le consentement des parties de pouvoir recourir à l'arbitrage pour régler les différends. Alors, de ce point de vue, il est à remarquer ces deux actes différends, sont réciproquement indépendants. De ce fait, ils procèdent de manière variante et alternative. Dans un second lieu, le compromis va au-delà de la clause compromissoire. Il fait mieux que la clause compromissoire dans la mesure où il permet la facilitation de la mise en œuvre de la procédure arbitrale. C'est pour accentuer cet avantage à l'arbitrage fondé sur une clause compromissoire afin de lui permettre d'avoir un processus tout cohérent et s'accordant bien tout en formant un ensemble que s'il basait sur un compromis.

¹³⁶⁰ D. NGUYEN QUOC, P. DAILLIER, A. PELLET, Droit international public, 5e éd., 1994, 897p. ; p. 826.

1. Le rappel historique du compromis en droit du travail français

Avec le compromis, l'arbitrage s'étend à un nouveau territoire qui est celui du droit du travail. Les contrats de travail sont du domaine des droits indisponibles tant que le contrat existe. Ils deviennent disponibles après son extinction. Pour mieux cerner le compromis dans le contrat de travail, il faut impérativement revoir la genèse des textes car le recours au compromis d'arbitrage ultérieurement à la cessation du contrat de travail est le résultat d'une longue évolution législative française. Tout commence en 1958 avec un décret du 22 décembre qui précise que «*les conseils de prud'hommes sont seuls compétents [...] pour connaître, en premier ressort, des différends*¹³⁶¹» individuels du travail. En analysant avec soin cet article, à cette période, la validité du compromis était presque inacceptable. La tournure rendait inutile toute tentative de raisonnement sur la validité du compromis. Il a fallu attendre la loi du 18 janvier 1979 pour combler le silence juridique afin de valider le compromis. À travers la loi dite loi Boulin¹³⁶², le législateur a expressément consacré la licéité du compromis d'arbitrage conclu postérieurement à la rupture du contrat de travail. La loi Boulin précise que «*toute convention dérogatoire, à l'exception du compromis d'arbitrage postérieur à l'expiration du contrat de travail, est réputée non écrite*».

De ces deux dispositions, le recours à l'arbitrage était en principe exclu en matière de conflits individuels de travail. Le compromis d'arbitrage conclu après la rupture du contrat de travail était exceptionnellement accepté. L'effet de la loi Boulin était de consacrer expressément la validité du compromis d'arbitrage conclu après la fin du contrat de travail. Cependant, cette atténuation envers l'arbitrage n'a pas fait long feu. Lors de l'examen du projet d'une nouvelle loi, la mention de l'exception était supprimée. Cette loi¹³⁶³ prévoyait que les conseils étaient «*seuls compétents, quel que soit le chiffre de la demande, pour connaître des différends visés au présent article*».

Dans la nouvelle disposition, l'article ne fait aucune référence à la validité du compromis d'arbitrage conclu postérieurement à la rupture du contrat de travail. Cette omission fait penser que le législateur manifestait une réelle volonté d'interdire la validité du compromis ; ce qui a provoqué au sein de la doctrine des réactions contre toute tentative de suppression du compromis. Certains pensent que l'arbitrage des litiges du travail est presque impossible cependant, «*il n'est envisageable que suite à un compromis conclu après la rupture du*

¹³⁶¹ Décret n°58-1292 du 22 décembre 1958 relatif aux conseils de prudhommes.

¹³⁶² Loi n° 79-44 du 18 janvier 1979 portant modification des dispositions du titre 1er du livre V du Code du Travail relatif aux conseils de prud'hommes.

¹³⁶³ Loi n° 82-372 du 6 mai 1982 portant modification de certaines dispositions du titre 1^{er} du livre V du Code du Travail relatif aux conseils de prud'hommes.

*contrat de travail dans l'hypothèse d'un litige individuel*¹³⁶⁴». D'autres prennent une position bien plus claire et radicale. Ils estiment que l'absence de référence au compromis dans la nouvelle loi n'enlève en rien la validité du compromis. Autrement dit, ils pensent que « *le gouvernement n'entendait pas remettre en cause la légalité d'une telle procédure, mais seulement ne pas inciter les employeurs et les salariés à y recourir compte tenu des abus auxquels il pourrait conduire. [...] en quelque sorte, le compromis d'arbitrage est toléré [...] mais, en demandant qu'il ne soit plus évoqué dans la loi, le gouvernement espère que les intéressés oublieront d'y recourir* »¹³⁶⁵.

2. La validité du compromis en droit du travail français

Après la réforme de 1982 avec la suppression de la mention « *à l'exception du compromis d'arbitrage postérieur au contrat de travail* », la doctrine¹³⁶⁶ estime que le compromis d'arbitrage est toujours valide en droit du travail. L'intention du législateur est de maintenir la validité du compromis d'arbitrage survenant postérieurement à la rupture du contrat de travail. C'est dans cette logique qu'il est parfaitement aisé de comprendre la décision de la jurisprudence¹³⁶⁷. Dans cet arrêt, la Cour de cassation admet la validité du compromis d'arbitrage intervenu après la rupture du contrat. Cette position est encore renforcée par la Cour d'appel de Paris qui affirme que la compétence exclusive du conseil de prud'hommes « *ne fait pas obstacle à la conclusion, entre les parties, d'un compromis d'arbitrage après la rupture du contrat de travail* »¹³⁶⁸. Si en droit français, le compromis est admis tel n'est pas le cas en droit sénégalais¹³⁶⁹. C'est pour cette raison que la doctrine affirme que « *la prohibition quasi*

¹³⁶⁴ E. COURTOIS-CHAMPENOIS, *l'arbitrage des litiges en droit du travail : à la découverte d'une institution française en disgrâce*, Revue de l'arbitrage 2003, 418p. ; p. 349.

¹³⁶⁵ M. DE BOISSESON, *le droit français de l'arbitrage interne et international*, GNL, Joly, Paris, 1990, 454p. ; p. 403.

¹³⁶⁶ Pour la doctrine, la suppression de cette mention en 1982 ne vaut pas pour une interdiction du compromis d'arbitrage. Leur position est confortée par la déclaration du Ministre du travail de l'époque lors d'un débat parlementaire qui a précédé l'adoption de la loi de 1982. Le Ministre avait clairement précisé que « *le nouveau texte ne peut être considéré comme faisant échec au droit commun de l'arbitrage. Par conséquent [...] les salariés et les employeurs auront toujours la possibilité de soumettre leur litige à un arbitre, mais seulement le licenciement intervenu. En supprimant toute référence à un compromis d'arbitrage, le nouveau texte répond à la préoccupation du gouvernement de mettre l'accent sur le rôle primordial de la juridiction prud'homale* ». Le Ministre du Travail Jean Auroux. Discours de (J. AUROUX à l'Assemblée Nationale sur les travaux parlementaires préparatoires à la loi du 6 mai 1982).

¹³⁶⁷ En ces termes « *mais attendu que la Cour d'appel ayant relevé que le contrat de travail avait été rompu le 31 mars 1980 (c'est-à-dire avant la date du compromis d'arbitrage), en a justement déduit que les parties étant devenues dès lors libres et capables de compromettre, elles pouvaient le faire de manière licite à la date du compromis* ». L'arrêt du 5 novembre 1984.

¹³⁶⁸ L'arrêt du 14 décembre 1990.

¹³⁶⁹ Le législateur sénégalais qui s'est inspiré du droit français, a repris le principe de la prohibition de la clause compromissoire. Ainsi, aussi bien que la clause compromissoire, le compromis était interdit. Pour le législateur sénégalais, les litiges individuels de travail étant du domaine de l'ordre public, il n'est pas possible de recourir à l'arbitrage. L'article 42 du COCC interdit de déroger à des conventions qui sont particulières à l'ordre public. La compétence exclusive du tribunal de travail est une compétence d'ordre public qui ne peut être écartée par voie de contrat ou de convention. Ainsi, l'interdiction du compromis est un principe entre les employeurs et les salariés. Le décret n° 64-572 du 30 juillet 1964, portant code de procédure civile, ne prévoyait que le compromis. Le législateur sénégalais n'avait pas prévu la clause compromissoire et l'arbitrage institutionnel.

*péremptoire de l'arbitrage pour cause d'ordre public dans les États africains membres de l'Ohada faisait obstacle à tout débat ou distinction. L'inefficacité était égale pour la clause compromissoire et pour le compromis. La règle était de mise, inflexible. L'arbitrage était ainsi tenu loin des questions individuelles de droit social*¹³⁷⁰». Selon Éric ROCHEBLAVE, même après la rupture du contrat de travail, les travailleurs et les employeurs ne peuvent pas se tourner vers le compromis en toute sécurité juridique. Les décisions sur lesquelles se basent les partisans de l'arbitrage, sont anciennes et isolées. Il affirme que « *depuis cette décision isolée de 1984*¹³⁷¹, *la Chambre Sociale de la Cour de cassation ne s'est pas prononcée récemment sur cette question. Les arrêts de la Cour d'appel de Paris invoqués sont tout aussi très anciens... 1990*¹³⁷² *et 1992*¹³⁷³. *D'autre part, et surtout, des décisions beaucoup plus récentes affirment le contraire. Il en est ainsi d'un arrêt du 1er avril 2010 de la Cour d'appel de Colmar*¹³⁷⁴». Dans cet arrêt, un salarié et un employeur se sont tournés vers l'arbitrage après la rupture du contrat de travail. Le salarié saisit par la suite le conseil de prud'hommes de Strasbourg qui a condamné l'employeur. Ce dernier estimant l'existence d'une sentence arbitrale interjette appel. La Cour d'appel a rejeté l'idée de l'arbitrage¹³⁷⁵.

L'arbitrage des litiges individuels de travail qui est rejeté au Sénégal est accepté en Côte d'Ivoire par le compromis ; ce qui traduit un malaise au sein de l'espace Ohada. La Cour d'Appel de la Côte d'Ivoire a admis le compromis après la rupture du contrat de travail. C'est dans ce sens qu'elle estime qu'en « *présence d'une clause d'arbitrage incluse dans le Règlement d'emploi du personnel d'encadrement du personnel de l'Asecna, deux cadres partis à la retraite sans avoir perçu leur indemnité de cessation d'activité sont en droit de saisir le juge des référés pour demander la désignation d'un arbitre*¹³⁷⁶ ». L'ordre public est un obstacle à l'arbitrage. Mais actuellement, une évolution est constatée avec l'arrêt Tissot qui pose le fait que l'inarbitrabilité résulte maintenant de la violation de l'ordre public. La Cour de Cassation française affirme que « *la nullité d'un compromis ne découle pas de ce que le litige touche à*

Cela montre que l'arbitrage était lié à la juridiction étatique. La position sénégalaise sur la prohibition du compromis est confortée par une partie de la doctrine française.

¹³⁷⁰ H. TCHANTCHOU, op cit. p. 9.

¹³⁷¹ Cass. soc., 5 Nov. 1984: JurisData n° 1984-799541: JCP G 1985, II, 20510.

¹³⁷² C.A Paris, 14 déc. 1990, n° 8916.638 : JurisData n° 1990-025181.

¹³⁷³ « *Qu'ainsi que l'a relevé d'office et contradictoirement la Cour, lors de l'audience des débats, l'article L 1411-4 (ancien L 511-1) du Code du Travail dispose que seul le Conseil de prud'homme est compétent, quel que soit le montant de la demande, pour statuer sur les litiges individuels de travail, toute convention contraire étant réputée non écrite. Il s'ensuit que toute procédure d'arbitrage est exclue, en la matière, la compétence de la juridiction prud'homale apparaissant, de ce fait, d'ordre public* ». C.A Paris, 4 juin 1992.

¹³⁷⁴ E. ROCHEBLAVE, « *Méfiez-vous des « prud'hommes privés » ! L'arbitrage au travail ne vous évitera pas les prud'hommes...* » ; <http://www.rocheblave.com>. Vu le 21/12/2014.

¹³⁷⁵ C.A de Colmar, 1er avril 2010 n° 4 A 09/00184.

¹³⁷⁶ C.A Abidjan, n° 1435, 02-07-2003. www.Ohada.com. Ohadata J-04-177; observations de Joseph ISSA-SAYEGH.

*des questions d'ordre public, mais uniquement du fait que l'ordre public a été violé*¹³⁷⁷». Le litige devient inarbitrable que si l'opération litigieuse est frappée d'illicéité, c'est-à-dire contraire à l'ordre public. Si l'arbitre constate la violation de l'ordre public, il devra se déclarer incompétent¹³⁷⁸. Bien qu'il y ait diverses positions sur l'arbitrage des litiges individuels dans l'espace Ohada, au Sénégal ce domaine est exclusivement réservé aux acteurs étatiques.

Paragraphe II. Les conditions du dessaisissement de la juridiction sociale au profit de l'arbitre

Il est évident que l'arbitrage exerce considérablement une grande attractivité de la part des acteurs économiques. Il semble bénéficier d'une aura assez particulière. Il est considéré comme étant une justice entièrement libérée de la lourdeur et de la pesanteur de l'appareil judiciaire étatique. L'arbitrage est totalement libre des dispositifs textuels limitatifs appelés les carcans des textes. Il donne la possibilité aux volontés individuelles comme l'employeur et le salarié de pouvoir contourner les autorités étatiques dans la résolution de leurs litiges. Cependant, cette compétence n'exclut pas l'intervention de l'arbitre¹³⁷⁹. La clause d'attribution de compétence au tribunal du travail n'emporte pas en elle-même exclusion de l'arbitrage. Autrement dit, « *l'attribution exclusive de compétence ne justifie pas à elle seule l'incompétence des arbitres. De même, la simple relation de la matière arbitrale avec l'ordre public n'exclut pas l'arbitrage*¹³⁸⁰ ». L'interdiction de compromettre dans les matières d'ordre public, « *ne signifie pas et n'a jamais signifié que tout litige relatif à une convention ou une opération soumise à certains égards à une réglementation présentant un caractère d'ordre public se trouverait de ce fait soustrait à tout arbitrage*¹³⁸¹ ». L'intervention de l'arbitre dans le domaine d'ordre public, par le biais du compromis, est une réalité à travers plusieurs systèmes juridiques. Il s'agira alors de voir dans un premier temps la dépendance économique (A) et dans un second temps l'expiration du contrat de travail (B).

¹³⁷⁷ Cass. Com., 29 Nov. 1950, Tissot.

¹³⁷⁸ J. BEGUIN, G. BOURDEAUX, A. COURET, B. LE BASS, D. MAINGUY, M. MENJUCQ, H. RUIZ FABRI, C. SERAGLINI, J. M. SOREL, *Traité du droit du commerce international*, Litec, 2005. 952p. ; p. 906.

¹³⁷⁹ Cons. arb. Beyrouth 28 octobre 1970, Al Adl 1971 ; 258p ; p 202.

¹³⁸⁰ F. NAMMOUR, *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, op. cit., p. 45.

¹³⁸¹ Paris 15 Juin 1956, Rev. Arb. 1956, p. 97; Gaz Pal 1956, 2, p. 123.

A. La dépendance économique du salarié

La dépendance économique est un critère pertinent de qualification du contrat de travail. De plus, c'est ce lien de dépendance qui permet de distinguer le contrat de travail des autres contrats à titre onéreux générateurs d'obligations de faire. Cette subordination implique la reconnaissance de pouvoirs importants au chef d'entreprise quant à la direction et à la sanction. Ces arguments sont les principales raisons qui poussent plusieurs acteurs de la doctrine à préciser que « *l'arbitrage devrait être permis à l'expiration du contrat de travail parce qu'à ce moment, le salarié retrouve sa pleine liberté et n'est plus sous le joug de son employeur, les règles protectrices n'ont plus lieu de jouer*¹³⁸² ». Il est évident qu'un déséquilibre caractérise la subordination avec l'exercice unilatéral du pouvoir hiérarchique d'une partie sur l'autre. Ce déséquilibre dans le rapport contractuel entre l'employé et l'employeur recouvre une dimension juridique. Le salarié se trouve sous l'autorité de l'employeur qui a le pouvoir de lui donner des ordres et de sanctionner ses manquements¹³⁸³. Il faut signaler que depuis la réforme du 2016¹³⁸⁴, le législateur a mis en exergue la notion de « *l'abus d'un état de dépendance économique*¹³⁸⁵ ». Cette expression vise essentiellement à protéger les salariés contre la violence. Il s'agit surtout de la violence qui a une nature financière et économique. Il faut rappeler que l'écart économique entre l'employé et l'employeur, traduit parfaitement la notion de la partie faible en droit du travail. Le salarié se trouve alors essentiellement dans la dépendance économique. Il s'agira ici de voir dans un premier temps l'état de dépendance du salarié (1) puis de voir dans un second temps les conséquences de l'état de dépendance du salarié (2).

1. L'état de dépendance du salarié

La notion de dépendance économique s'entend d'une situation qui amène une personne à se financer par le biais d'un travail rémunéré. La rémunération¹³⁸⁶ qui est l'ensemble des sommes versées par l'entreprise en contrepartie du travail, est indice subsidiaire pour le contrat de travail. D'ailleurs, « *le terme rémunération comprend le salaire ou traitement ordinaire, de base ou minimum, et tous autres avantages, payés directement ou indirectement,*

¹³⁸² F. NAMMOUR, Droit et pratique de l'arbitrage interne et international, op.cit., p. 57.

¹³⁸³ Cass. soc., 4 juill. 2002, no 00-19.297; Cass. 2e civ. 25 mai 2004, no 02-31.203.

¹³⁸⁴ L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹³⁸⁵ Art. 1143 du Code civil.

¹³⁸⁶ Cette définition de la rémunération est conforme à celle retenue par l'OIT dans la convention 100 sur l'égalité de rémunération adoptée le 29 juin 1951 et entrée en vigueur le 23 mai 1953.

*en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier*¹³⁸⁷». La dépendance économique est un indice complémentaire du lien de subordination juridique permettant de vérifier l'existence d'un contrat de travail¹³⁸⁸. De ce fait, il est important de faire remarquer que la dépendance économique qui traduit une faiblesse va alors de pair avec la vulnérabilité. La vulnérabilité vise « *les personnes en état de faiblesse, qui ne sont pas en mesure de résister aux pressions exercées sur elles, la dépendance vise quant à elle les personnes non autonomes, soumises à l'autorité de supérieurs, et qui se trouvent en situation de subordination*¹³⁸⁹». La vulnérabilité se traduit en termes d'incapacité à résister, la dépendance en termes d'absence d'autonomie. À ce niveau, peut intervenir le mineur salarié qui a la possibilité de conclure un contrat de travail. Selon le droit sénégalais, le mineur « *n'a pas encore l'âge de 18 ans accomplis*¹³⁹⁰». La loi protège le mineur contre son inexpérience. C'est pour cette raison qu'il faut la supervision de son tuteur paternel. Bien que protégé par des conventions internationales, le mineur dépend économiquement de son employeur.

La Cour de cassation a toujours rejeté le critère de la dépendance économique pour la qualification du contrat de travail. Elle a estimé que « *la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur [...] la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie*¹³⁹¹». Cependant la notion de dépendance économique présente la particularité de fonder le déséquilibre du contrat de travail. Donc, le terme « faible » se rapporte ici au manque de moyens financiers nécessaires pour participer à un arbitrage. L'égalité économique des parties est un principe essentiel pour l'efficacité de l'arbitrage¹³⁹². Le slogan tel que « pas d'argent, pas d'arbitrage » semble être ignoré par les partisans de l'arbitrage des litiges individuels de travail. Les parties à l'arbitrage doivent être sur un même pied vu des sommes faramineuses qui sont le plus souvent en jeu. Le recours à l'arbitrage s'avère être très difficile pour le salarié dans la

¹³⁸⁷ Art. 1^{er}, Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération, 1951.

¹³⁸⁸ Cass, soc 4 mars 2020, n 19-13.316.

¹³⁸⁹ F. J. PANSIER, *Stage ou exploitation abusive de l'étudiant*, 247p. ; p. 134.

¹³⁹⁰ Article 276 du Code de la Famille.

¹³⁹¹ Cass, civ. 6 juillet 1931. Préfet de la Haute-Garonne c. / Bardou, DP1931. I. 131, note, P. Pic.

¹³⁹² Dans l'espace Ohada, le RP/CCJA a élargi l'égalité des parties au niveau de la procédure et même au niveau des frais de perte du procès. Le principe d'égalité implique un partage de responsabilités entre les parties dans la liquidation des frais de procès. La décision n°004/99/CCJA a prévu la possibilité d'un partage de responsabilité entre les parties dans le paiement des frais de provisions d'arbitrage. Elle prévoit à cet effet que toutes les parties, qu'elles soient demandeurs ou défendeurs se partagent de valeur égale les frais de provision d'arbitrage. L'arbitrage, en plus d'être une justice privée, est une justice payante. C'est d'ailleurs une forme de privatisation de la justice, ce qui est contraire aux principes démocratiques. De ce fait, il n'est pas hasardeux d'affirmer qu'avec l'arbitrage, il est possible d'arriver à la création d'une justice à double vitesse : une justice des riches et une justice des pauvres. Les conséquences seraient d'une part, d'avoir une justice sélective avec l'arbitrage qui pourrait se réserver les litiges forts enjeux économiques et sociaux ; et d'autre part, cela conduirait à la dépréciation du Tribunal du travail qui pourrait se réserver des litiges moins importants.

mesure où le coût est généralement plus ou moins élevé qu'il s'agisse de l'arbitrage ad hoc ou de l'arbitrage institutionnel. Bien que l'arbitrage ad hoc soit moins cher que l'arbitrage institutionnel avec l'absence de frais administratifs d'organisme d'arbitrage, le salarié est généralement dans des difficultés financières pour recourir à l'arbitrage.

2. Les conséquences de l'état de dépendance du salarié

La domination économique par le travail se réalise comme domination dans l'entreprise. Le facteur le plus puissant d'intensification et de fragilisation est la peur¹³⁹³ du chômage et de la déqualification sociale qui en résulte. Il est évident que la situation de dépendance économique crée un déséquilibre contractuel. Ce déséquilibre est une source de dangers pour les parties faibles. Cette situation de faiblesse à l'égard du salarié montre alors la nécessité de protection juridique particulière¹³⁹⁴. L'environnement du travail est exclusivement basé sur une relation de «*domination et servitude*¹³⁹⁵». Cette précarisation de la situation du salarié s'est accentuée avec l'avènement du droit du travail. D'ailleurs, avec la flexibilisation du droit du travail, les employeurs ont pu mettre en place des carcans qui permettent de mieux précariser la situation des salariés.

La protection du salarié économiquement dépendant¹³⁹⁶ devient alors une obligation car le déséquilibre de poids financier engendre des influences dangereuses envers le salarié sur le plan économique et social. La peur de perdre un travail crée de véritables risques psychosociaux comme par exemple le stress ou bien l'acceptation de toutes les conditions imposées par l'employeur. Il faut rappeler que les pouvoirs de l'employeur sont perçus par le salarié comme des modes opératoires qui sont des processus psychologiques entraînant la soumission, sinon le harcèlement¹³⁹⁷. La dépendance économique peut avoir des conséquences

¹³⁹³ D. LINHART, B. RIST et J-P. DURAND, *Perte d'emploi, perte de soi*, Toulouse, Érès, 2002, 148p. ; p. 29.

¹³⁹⁴ La Cour de cassation avait précisé que «*la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat entre les parties ; que la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie* ». Cass. civ. 6 juill. 1931, DP 1931, 1, 131, note P. PIC.

¹³⁹⁵ K. MARX, *Le Capital*, Livre III, chap. 23 ; 358p. ; p. 47 ; Pour rappel : la seconde partie du chapitre analyse l'émergence et le rôle des fonctions de management dans la production capitaliste.

¹³⁹⁶ «*La notion de « travail économiquement dépendant » couvre des situations qui ne relèvent ni de la notion bien établie de travail salarié, ni de celle de travail indépendant. Cette catégorie de travailleurs ne dispose pas de contrat de travail. Ils peuvent ne pas tomber sous le coup de la législation du travail, parce qu'ils occupent une « zone grise » entre le droit du travail et le droit commercial. Quoique formellement « indépendants », ils restent économiquement dépendants d'un seul commettant ou client/employeur pour la provenance de leurs revenus* » (*Le livre vert de la Commission des Communautés Européennes « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIème siècle » du 22 novembre 2006, 254p. ; p. 45*).

¹³⁹⁷ Le harcèlement ne doit pas être confondu avec la violence ou la maltraitance au travail. La conception du harcèlement fait impliquer des logiques de pouvoir. Ainsi, dans une entreprise, un environnement de travail, le salarié est alors éradiqué dans sa conscience morale et sa liberté. Dans ce genre de situation, l'employeur possède le contrôle absolu de son entreprise et de ses salariés qui ont peur de perdre leur travail. Le durcissement des méthodes de management constaté dans les années 1980, l'évolution des modalités d'encadrement de la main-d'œuvre pousse certains penseurs à poser une question : «*la perversion du management ne consiste-t-elle pas à faire volontairement adhérer les salariés à leur propre asservissement ?* ». (*M.*

psychologiques en milieu de travail. C'est pour cette raison, qu'il est interdit au salarié de signaler une clause compromissaire. La doctrine a, dans ce sens, tenu à préciser que « *l'arbitrage devrait être permis à l'expiration du contrat de travail parce qu'à ce moment, le salarié retrouve sa pleine liberté et n'est plus sous le joug de son employeur, les règles protectrices n'ont plus lieu de jouer*¹³⁹⁸ ».

La fin du lien de dépendance économique va de pair avec la disparition de peur de la dépendance économique. Le salarié pourra, sans aucune pression et sans aucun souci de sanctions, juger de l'opportunité de conclure ou non une clause compromissaire. Il faut dans ce sens rappeler qu'en France, depuis la réforme du 2016¹³⁹⁹, le législateur a averti sur le pouvoir de domination à travers la notion de « *l'abus d'un état de dépendance économique*¹⁴⁰⁰ ». Le législateur a pris l'option de protéger les salariés contre la domination économique du salarié. Il s'agit surtout de l'abus qui a une nature financière et économique. Il faut rappeler que l'écart économique entre l'employé et l'employeur, traduit parfaitement la notion de la partie faible en droit du travail. Le salarié se trouve alors essentiellement dans la dépendance économique. Dans un tel état, la clause compromissaire est jugée valide en droit du travail.

B. L'expiration du contrat de travail

L'employeur possède d'énormes pouvoirs envers le salarié. Il pourrait ainsi opérer des mutations que le salarié ne peut refuser¹⁴⁰¹. Un refus quelconque sera constitutif de faute grave ayant pour conséquence le licenciement. Cette subordination implique la reconnaissance de pouvoirs importants au chef d'entreprise quant à la direction et à la sanction. Ces arguments sont les principales raisons qui poussent plusieurs acteurs de la doctrine à préciser que « *l'arbitrage devrait être permis à l'expiration du contrat de travail parce qu'à ce moment, le salarié retrouve sa pleine liberté et n'est plus sous le joug de son employeur, les règles*

MARZANO, *Extension du domaine de la manipulation*, Paris, Édition Grasset, 2008, 247p. p.152). Il faut signaler que le harcèlement « *vise la destruction progressive d'un individu ou d'un groupe par un autre individu ou un groupe, au moyen de pressions répétées destinées à obtenir de force de l'individu quelque chose contre son gré et, ce faisant, à susciter et entretenir chez l'individu un état de terreur »* (A. BILHERAN, « *L'entreprise face au harcèlement* », *Revue Sociétal*, 2011, 125p. p. 54).

¹³⁹⁸ F. NAMMOUR, *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, 3e édition Delta, juillet 2009, Bruylant, Delta, L.G.D.J., 145p. ; p. 57.

¹³⁹⁹ L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁴⁰⁰ Art. 1143 du Code civil.

¹⁴⁰¹ Le changement des conditions de travail par son caractère unilatéral, peut-être source domination. La crainte est alors celle de l'abus de pouvoir de l'employeur lors de la conclusion du contrat de travail. L'inquiétude est réelle d'autant plus que l'employeur possède un pouvoir discrétionnaire. C'est l'élément décisif qui permet de qualifier le contrat de travail. Le lien de subordination constitue donc la condition nécessaire et suffisante dans la mesure où le travailleur se place sous l'autorité, la direction et la responsabilité de l'employeur.

*protectrices n'ont plus lieu de jouer*¹⁴⁰²». L'indisponibilité des droits du salarié ne tient pas de la nature des droits de celui-ci, mais plutôt de la période où ces droits sont exercés. Donc, le fait aussi que les droits du salarié soient disponibles pendant la durée du contrat de travail, souligne bien qu'ils ne sont pas indisponibles par nature, mais en fonction du contexte dans lequel ils sont exercés¹⁴⁰³. Une fois le contrat de travail rompu, le salarié retrouve la disponibilité de ses droits. La chambre sociale de la Cour de Cassation a considéré que les parties pouvaient compromettre valablement après la rupture de ce contrat¹⁴⁰⁴. Dans le même sens, le tribunal de première instance de Beyrouth a admis la validité d'un compromis d'arbitrage conclu entre la Banque du Liban et l'un de ses employés relatifs à son licenciement après la naissance du litige¹⁴⁰⁵. La cour d'appel décide de déclarer nulle la clause compromissoire, mais de valider le compromis estimant que toute personne peut compromettre sur les droits dont elle a la libre disposition sans avoir à se référer à une clause compromissoire dont la nullité est sans incidence sur la validité du compromis. Pour la validité du compromis, il faut obligatoirement la libération du salarié de l'emprise du lien de subordination (1) et de la libération du salarié de l'emprise du pouvoir disciplinaire (2).

1. La libération du salarié de l'emprise du lien de subordination juridique

Il ne fait aucun doute que le compromis d'arbitrage est valable en droit du travail. Celui-ci est conclu après la rupture du contrat de travail. Le salarié n'est plus sous la subordination de son employeur. Il est hors de son «*influence*¹⁴⁰⁶». Il est important de rappeler que l'un des critères d'identification du contrat de travail est la subordination juridique du salarié à son employeur. Autrement dit, c'est le statut de subordination du travailleur. C'est cet état qui pousse à la protection du salarié, la partie faible au contrat de travail. Il est alors présumé que le salarié, partie réputée faible au contrat de travail, s'est engagé librement, sans pression exercée par son employeur, en connaissance de la procédure particulière d'arbitrage et de ses modalités. Le scepticisme du législateur est vif envers les entreprises des travailleurs, notamment lorsqu'il s'agit d'agissements portant sur leurs droits qu'ils tiennent de la loi. C'est pour cette raison que le législateur fait obstacle aux salariés de pouvoir renoncer à la protection

¹⁴⁰² F. NAMMOUR, Droit et pratique de l'arbitrage interne et international, op.cit., p. 157.

¹⁴⁰³ T. CLAY, « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ? »; Droit social n° 9/10 Septembre-Octobre 2010, 145p. ; p. 46

¹⁴⁰⁴ Cass. Soc. 12 février 1985 cité par P. ANCEL art. préc. N° 95.

¹⁴⁰⁵ Trib. pr. Inst. 1^{er} ch, 7 juillet 1988, Rev. Jud. lib. 1988, p. 971.

¹⁴⁰⁶ E. LOQUIN, JCl. Pr. Civ., 1986 ; Fasc. 1024 : Arbitrage. – Conventions d'arbitrage. – Conditions de fond. Litige arbitral, n°109 ; 56p. ; p. 25.

qui leur est donnée tant qu'existe l'état de subordination justifiant cette protection. Il faut retenir en fait que, l'interdiction de l'arbitrage appuyée par la jurisprudence se justifie par l'indisponibilité du droit¹⁴⁰⁷ des salariés. Il faut toujours rappeler que les droits des travailleurs sont indisponibles tant qu'ils sont soumis à la subordination de leur employeur. Cette indisponibilité des droits est la conséquence de l'état de subordination¹⁴⁰⁸ de ces derniers. Cette thèse est solidement approuvée par la doctrine qui précise que « *pendant la durée du contrat, le salarié se trouve par définition en état de subordination. Il ne saurait compromettre, car il n'a pas la libre disposition de ses droits*¹⁴⁰⁹ ». C'est d'ailleurs pour cette raison que la doctrine a tenu à préciser que « *la seule possibilité d'arbitrage réside dans le compromis, postérieur à la rupture du contrat de travail, le salarié retrouvant alors la libre disposition de ses droits*¹⁴¹⁰ ».

Ces arguments sont renforcés par les propos du Monsieur CLAY qui soutiennent que « *pour ce qui concerne la libre disponibilité des droits, notamment ceux du salarié, celle-ci ne dure que le temps que dure le contrat car c'est pendant cette période que l'on peut craindre l'altération de sa liberté d'engagement par le lien de subordination qui l'unit à son employeur. Mais dès que le contrat de travail est rompu, les parties retrouvent la disponibilité de leurs droits et peuvent donc compromettre*¹⁴¹¹ ». Ce qui veut clairement expliquer qu'il faut complètement exclure la convention d'arbitrage tant qu'il y a la relation de subordination juridique entre salarié et employeur pour l'exécution du contrat de travail. Une fois le contrat de travail rompu, le salarié retrouve la libre disposition de ses droits. Il peut, par conséquent, conclure un compromis d'arbitrage. Cette solution a été affirmée dans un arrêt du 5 novembre 1984, par la chambre sociale de la Cour de cassation. En l'espèce, un compromis d'arbitrage avait été conclu à la suite de l'insertion dans un contrat de travail d'une clause compromissoire. Un recours en nullité avait été formé contre la sentence arbitrale au motif de la nullité du compromis arbitral conclu postérieurement à la rupture du contrat de travail.

¹⁴⁰⁷ Cass. 10 juillet 1843, in Rev. Arb. 1992 ; 417p. ; p. 399.

¹⁴⁰⁸ C E. COURTOIS-CHAMPENOIS, L'arbitrage des litiges en droit du travail : à la redécouverte d'une institution française en disgrâce, Étude comparative des droits français et américain, in Rev. Arb. 1992, 458p. ; p. 399.

¹⁴⁰⁹ D. COHEN, Arbitrage et sociétés, Bibl. dr. pr. T 229 LGDJ 1993 n° 131, 152p. ; p. 63.

¹⁴¹⁰ D. COHEN, Iblid p. 61

¹⁴¹¹ T. CLAY, « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ? »; op.cit. p. 46.

2. La libération du salarié de l'emprise du pouvoir disciplinaire

La jurisprudence a confirmé une position importante qui illustre la protection des salariés. La validité du compromis est retenue seulement lorsque les parties l'ont décidé après la rupture du contrat. Il faut préciser à ce niveau que « *la cour d'appel ayant relevé que le contrat de travail avait été rompu avant la signature du compromis, en a justement déduit que les parties étant devenues dès lors libres et capables de compromettre, elles pouvaient le faire de manière licite à la date du compromis*¹⁴¹² ». En droit du travail, l'employeur exerce un véritable pouvoir d'influence sur le travailleur. Ce qui lui permet de pouvoir orienter la volonté du salarié. C'est le cas du pouvoir disciplinaire. C'est le pouvoir disciplinaire qui donne la possibilité à l'employeur d'exercer efficacement ses prérogatives de direction et de réglementation. En droit du travail, la notion pouvoir disciplinaire désigne « *la prérogative dont dispose un employeur pour élaborer des règles que ses salariés devront respecter. Si un salarié a commis un acte considéré par l'employeur comme une faute, il encourt une sanction prise à l'issue d'une procédure disciplinaire*¹⁴¹³ ». Il est perçu comme le pouvoir le plus redoutable dans la simple mesure qu'il peut menacer l'emploi du travailleur.

La faute en droit du travail se définit comme étant un acte d'insubordination du salarié, un comportement qui ne correspond pas à l'exécution normale du contrat de travail. Il peut être cité en guise d'exemples et d'illustrations quelques jurisprudences sénégalaises pour exemples: le refus de s'acquitter à l'obligation de pointer prévue par le règlement intérieur¹⁴¹⁴ ou bien des écarts de conduite (comme les négligences graves dans le travail tel l'abandon de poste¹⁴¹⁵, le déficit de caisse¹⁴¹⁶, un manquant non expliqué¹⁴¹⁷ ou bien les détournements¹⁴¹⁸ ou vols¹⁴¹⁹ opérés par le travailleur au préjudice de l'employeur); des actes de désobéissance (comme le gardien de nuit qui, malgré plusieurs avertissements de son employeur, continue de dormir allègrement et profondément sur le lieu de travail¹⁴²⁰ ou bien le refus d'un salarié d'exécuter les ordres du directeur général sous prétexte que celui-ci n'a pas respecté la voie hiérarchique puisqu'il n'est pas passé par le Directeur technique pour donner l'ordre¹⁴²¹ ou bien encore le travailleur qui s'absente irrégulièrement et pour une longue durée de son lieu de travail et qui

¹⁴¹² Cass., soc., 5 novembre 1984, Société H. c/ T., JCP G. 1985, II, 20510, note N.S. : Rev. Arb. 1986, 145p. ; p. 47, note M.A. MOREAU.

¹⁴¹³ <http://www.toupie.org/Dictionnaire>, lu le 23/06/2020.

¹⁴¹⁴ C.A Dakar, 20 novembre 1980, TPOM 548, p.30.

¹⁴¹⁵ Trib. Travail Dakar, 15 décembre 1966, TPOM n°217 du 2 septembre 1967, p.48.

¹⁴¹⁶ C.A Dakar, le 4 janvier 1974, TPOM n°397 du 16 juin 1973, p.246.

¹⁴¹⁷ Trib. Travail Dakar, 13 juillet 1967, TPOM n°244 du 2 novembre 1968, p. 54.

¹⁴¹⁸ Trib. Travail Dakar, 13 juillet 1963, PENANT n°703 et 704, p.585 du 8 février 1965.

¹⁴¹⁹ Trib. Travail de Kaolack, 24 avril 1963, TPOM n°126 du 16 septembre 1963, p. 96.

¹⁴²⁰ Trib. Travail Dakar, 22 avril 1983, TPOM n°618, p. 56.

¹⁴²¹ Trib. Travail Dakar, 18 mars 1982, TPOM n°571, p. 28.

refuse de reprendre le travail sur ordre de son supérieur sauf si ce travailleur rapporte la preuve contraire de ces faits¹⁴²²); des insultes et menaces au supérieur (lorsqu'elles sont proférées plusieurs fois et devant témoins¹⁴²³ ou bien lorsqu'un salarié exerce des violences et adresse des injures envers un supérieur dans l'enceinte même de l'entreprise alors qu'il a déjà reçu plusieurs avertissements au sujets d'incident pareils¹⁴²⁴ ou bien encore des propos diffamatoires envers l'employeur¹⁴²⁵ ou un supérieur hiérarchique¹⁴²⁶ ou bien encore l'ébriété¹⁴²⁷). Il devient alors évident que le législateur reconnaisse à l'employeur¹⁴²⁸ la possibilité de prendre toutes les décisions relatives à la gestion de l'entreprise. Le renforcement de la protection du travailleur a été mis en exergue par la jurisprudence. La décision a été rendue sous l'empire de la loi du 18 janvier 1979 qui faisait mention de la faculté pour les parties au contrat de travail de conclure un compromis d'arbitrage postérieurement à la rupture du contrat de travail, la solution n'a jusqu'à présent jamais été remise en cause par les juges. Mais lorsque le contrat de travail est toujours en vigueur, le compromis d'arbitrage est déclaré nul¹⁴²⁹, du fait de la non-disponibilité des droits du salarié.

Section 2 : Le recours à la clause compromissoire dans les litiges individuels de travail

Le recours à la clause compromissoire en droit du travail a toujours été l'élément fragile de l'arbitrage. La clause compromissoire est utilisée dans le monde des affaires. Elle est dans beaucoup de domaines d'activités économiques où les acteurs prônent de trouver des solutions plus adaptées, plus rapides et plus discrètes que celles que pourrait amener un tribunal judiciaire. La clause compromissoire *«est considérée comme appartenant à la catégorie des clauses d'accompagnement qui agit sur les relations d'obligation n'affectant pas l'économie*

¹⁴²² C.A, 25 avril 1984, TPOM n°634, p.44.

¹⁴²³ Trib. Travail Dakar, 17 juin 1982, TPOM n°619, p.74.

¹⁴²⁴ Trib. Travail Dakar, 17 mars 1983, TPOM n°622, p.153 ; C.A, 11 avril 1984, TPOM n°630, p. 38.

¹⁴²⁵ C.A Dakar, 17 juillet 1963, TPOM n°134 du 16 janvier 1964, p. 24.

¹⁴²⁶ Trib. Travail Dakar, 4 juin 1971, TPOM n°339 du 16 décembre 1972, p. 77.

¹⁴²⁷ Trib. Travail Dakar, 23 mars 1964, TPOM n°153 du 16 novembre 1964, p. 97.

¹⁴²⁸ Il faut cependant reconnaître la tendance humaine de vouloir naturellement profiter de ses prérogatives. Ce « droit de punir » n'est pas sans limites. C'est pour cette raison que le législateur a pris le soin de réglementer l'exercice de ce pouvoir, afin d'éviter d'éventuel abus de la part de son détenteur. La convention collective nationale interprofessionnelle encadre la faute et sauve ainsi le travailleur de l'abus des employeurs. Par exemple, les sanctions pécuniaires comme les amendes ne sont pas admises. C'est le cas de la rétrogradation qui, en envisageant la possibilité de retourner le travailleur en une catégorie inférieure remet en cause le consensualisme qui est la base de tout contrat. L'article 41 de la CCNI aménage les sanctions de la manière suivante : la réprimande, l'avertissement (écrit ou verbal), la mise à pied de 1 à 3 jours, la mise à pied de 4 à 8 jours et le licenciement. Mais certains faits ne peuvent pas constituer une faute disciplinaire. Il en est ainsi lorsque le fait reproché au travailleur constitue plutôt l'exercice d'un droit, sauf si dans l'exercice de celui-ci l'employeur établit un abus.

¹⁴²⁹ C.A Paris, 4 juin 1992, Rev. Arb., 1993, p. 449.

de ce rapport, qui n'a de raison d'être qu'en relation avec ces obligations, puisque la réciprocité de ces obligations va éloigner son application¹⁴³⁰». La validité¹⁴³¹ d'une clause compromissoire repose principalement sur la libre volonté des parties qui est «l'élément premier de toute procédure arbitrale¹⁴³²» et qui se manifeste à travers une « convention par laquelle des parties s'obligent à faire trancher, par un ou plusieurs arbitres, des litiges susceptibles de les opposer ou qui les opposent déjà¹⁴³³». Elle est alors un instrument¹⁴³⁴ du contrat qui exerce un rôle assez particulier qui réside dans sa relation avec le contrat principal. De ce fait, elle n'est pas perçue comme une simple technique mise à la disposition des parties pour contourner des difficultés.

La clause compromissoire est une attribution de compétence arbitrale qui implique des exigences. C'est pour cette raison que le législateur français a tenu à préciser que « la clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats¹⁴³⁵ ». Dans un autre sens, la doctrine pour mieux renforcer la teneur de cette clause compromissoire, a précisé qu'elle «organise en amont le traitement de différends à venir et crée une obligation de saisir l'arbitre une fois le litige né¹⁴³⁶». Donc, c'est une « convention d'investiture¹⁴³⁷ », un «acte de reconnaissance officielle par une autorité de l'attribution à une personne d'un pouvoir, d'un titre, d'une fonction¹⁴³⁸ ». Elle est alors une technique par laquelle les parties au contrat choisissent un arbitre chargé de trancher un litige. Elle est une sorte d'accord qui organise le recours à l'arbitrage avant la naissance du litige. D'ailleurs, la doctrine

¹⁴³⁰ L. AYNÉS, Séparabilité de la clause compromissoire et transmission par accessoire. Note sous Paris, 1er Ch. G, 10 septembre 2003, Rev. Arb., 2004, 785p. ; p. 628.

¹⁴³¹ La validité de la clause compromissoire repose sur un certain nombre de conditions qui ne sont toutefois pas empreintes d'un grand formalisme. D'ailleurs, c'est dans le même sens qu'une « clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considéré comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La contestation de la nullité du contrat, par le tribunal arbitral, n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire ». (Art. 16, paragraphe 1, la loi type de la CNUDCI). Il est bien de préciser qu'une fois l'instance arbitrale est déclenchée avec l'acceptation des arbitres de leur mission, la clause compromissoire est alors mise en œuvre (Cass. Civ, 25 avril 2006, n° 05-13749). La mise en œuvre met les juridictions étatiques dans une situation d'incompétence, ce qui les empêche de trancher les différends existants entre les parties (C.A du Littoral, Arrêt n° 39/REF du 08 janvier 1997, Revue Camerounaise de l'Arbitrage n° 11 – Octobre - Novembre - Décembre 2000, 54p. p. 12). Ainsi, il est perçu que la clause compromissoire est un contrat qui accompagne le contrat principal. Sa validité ne dépend pas alors du contrat principal. La conclusion de la clause compromissoire dans le contrat principal entre le salarié et l'employeur a pour but d'exclure le recours au tribunal du travail au profit d'un arbitre.

¹⁴³² B. DUTOIT, F., KNOEPFLER, P. LALIVE, et P. MERCIER, L'arbitrage international. Suisse : Staempfli & Cie S.A, Berne. Répertoire de droit international privé suisse, T. 1, 1982, 258p. ; p. 241.

¹⁴³³ P. MEYER, Droit de l'arbitrage, Collection Droit Uniforme africain, éd Bruyant, Bruxelles, 145p. ; p. 76.

¹⁴³⁴ Le droit Ohada a pris le soin de mettre en place une condition importante pour la validité de la clause compromissoire. Il s'agit essentiellement d'une exigence écrite prévue par l'Acte uniforme. Le législateur Ohada a précisé à son article 3 que « la Convention d'arbitrage doit être faite par écrit, ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve, notamment par référence faite à un document la stipulant ». Malgré l'exigence de cette formalité écrite, qui est retenu à titre de principe, le législateur a pris le soin de préciser que la preuve en la matière peut se faire par tout moyen autrement que par l'écrit.

¹⁴³⁵ Art. 1442, al. 2 du Code de procédure civile français.

¹⁴³⁶ F. NAMMOUR, « Droit et pratique de l'arbitrage interne et international », 3e édition, juillet 2009, 247p. ; p. 78.

¹⁴³⁷ M. DE BOISSESSON, *Réflexions sur l'espace et le temps dans l'arbitrage international*, in *Mélanges P. BELLET*, Litec 1991, 248p. ; p. 94.

¹⁴³⁸ <http://www.toupie.org/Dictionnaire>.

la définisse à travers l'arbitrage comme étant « *l'institution par laquelle un tiers, règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci*¹⁴³⁹ ». Au Sénégal, le législateur¹⁴⁴⁰, à travers le COCC, en son article 42, ne permet pas de déroger à des conventions particulières à l'ordre public. C'est d'ailleurs, la raison pour laquelle il est très clairement expliqué que « *la clause compromissoire est nulle s'il n'en est disposé autrement par la loi*¹⁴⁴¹ ». Le salarié ne peut pas être privé de son droit de recours au tribunal du travail. Toute clause incluse dans le contrat de travail ayant pour effet d'attribuer compétence à une juridiction autre que le tribunal du travail pour un litige relatif à l'exécution d'un contrat opposant un employeur et un salarié est nulle. Il s'agira pour cette partie d'étudier la légalité de la clause compromissoire d'une part (Paragraphe 1) et sa validité dans les activités professionnelles d'autre part (Paragraphe 2).

Paragraphe I : La légalité de la clause compromissoire

Pendant longtemps, seul le compromis d'arbitrage était autorisé, c'est-à-dire que l'employeur et le salarié, alors qu'ils étaient déjà en conflit, pouvaient prévoir par contrat qu'ils allaient recourir à l'arbitrage. Actuellement, dans le domaine civil, la clause compromissoire n'est plus considérée comme un phénomène d'inconstance et d'instabilité pour les droits sociaux. C'est l'une des principales raisons de sa validité en droit du travail. Étant perçu pour un risque pour le salarié, la jurisprudence avait décidé de protéger la partie réputée faible contre le danger de la clause compromissoire¹⁴⁴². Elle a remarqué un risque constant chez les salariés. La clause compromissoire qui est « *l'engagement aux termes duquel les parties conviennent, avant la naissance de tout différend, de soumettre à des arbitres ce qui pourrait les opposer éventuellement*¹⁴⁴³ », est une véritable convention qui entraîne le dessaisissement des juridictions étatiques. C'est pour cette raison que la doctrine affirme que « *l'intérêt des litiges relevant [...] du droit du travail est en général incompatible avec le coût de l'arbitrage. Dès*

¹⁴³⁹ Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, op. cit., p. 372.

¹⁴⁴⁰ Ici, il y a le fait que la notion d'ordre public se confond toujours avec celle d'impérativité. C'est pour cette raison qu'il « *est tentant de constater que le législateur de notre époque, quand il qualifie un texte d'ordre public, le fait moins en fonction d'un contenu, qu'ainsi il contribuerait à sacraliser, qu'en fonction d'un but à atteindre, et l'on entre alors dans la confusion entre ordre public et caractère impératif. L'ordre public est en effet devenu la seule cause de nullité de la convention d'arbitrage en vertu des règles matérielles. L'ordre public deviendrait ainsi une notion fonctionnelle et au fond purement technique, ce ne serait plus qu'un échelon dans la gradation du caractère obligatoire des textes* ». (J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, op.cit., p. 25).

¹⁴⁴¹ Art. 826-1 alinéa 3 COCC.

¹⁴⁴² Civ., 10 juillet 1843, DP 1843, I, 343.

¹⁴⁴³ Ch. CARABIBER, « La clause compromissoire en général et en matière commerciale en particulier — Le compromis d'arbitrage », dans L'évolution de l'arbitrage commercial international, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, Vol. 99, 1960, 144p. ; p. 167.

*cet instant, la clause compromissoire peut être l'instrument d'un déni de justice économique en dissuadant la partie faible d'exercer son droit d'ester en justice*¹⁴⁴⁴». C'est pour cette raison que la Cour de cassation condamna la clause compromissoire pour protéger une partie faible au contrat¹⁴⁴⁵.

Il faut signaler que depuis un certain temps, le législateur français a semblé avoir compris la position de certains penseurs sur l'extension de la clause compromissoire en droit civil avec la relative aux nouvelles régulations économiques et la loi « Justice du 21e siècle ». La jurisprudence a clairement expliqué que la clause compromissoire est inopposable au salarié. Cela permet alors à ce dernier de pouvoir faire son choix sans subir aucune pression de la part de son employeur. Le travailleur a l'opportunité de choisir d'aller vers l'arbitre ou même de revenir à sa décision, d'appliquer la convention d'arbitrage.

Au niveau international, l'arbitrage des litiges individuels n'a pas de difficultés, car le contrat de travail s'émancipe de la législation impérative qui l'enserme en droit interne. De ce fait, le contrat international de travail peut contenir des clauses de compétence différentes, plus souples, que celles du contrat interne de travail. Et, la pratique de l'arbitrage est devenue une réalité en France et surtout dans les pays où les législations sont dites « libérales » comme les États-Unis et la Suisse. Depuis quelques années, la validité de la clause compromissoire dans le contrat de travail est consacrée par le législateur français (A) et par la jurisprudence (B).

A. La consécration légale de la clause compromissoire en droit du travail

Au Sénégal, le législateur a un penchant protecteur du salarié à travers le droit du travail. Cette tendance est compréhensible dans la mesure où il est à une vocation de protection¹⁴⁴⁶ de la partie faible, en l'occurrence le salarié. Il faut faire remarquer qu'en droit communautaire « *la législation Ohada ne contient aucune disposition particulière sur*

¹⁴⁴⁴ É. LOQUIN, La soumission de l'arbitrage international à un régime protecteur du consommateur, *Revue critique de droit international privé*, 2021/1 (N° 1), 212p ; p.154 <https://www.cairn.info>, lu le 12/07/2019.

¹⁴⁴⁵ Ch. JARROSSON, La clause compromissoire, *Rev. arb.* 1982, spéc. 298p. ; p. 260.

¹⁴⁴⁶ Le législateur a mis la procédure amiable comme principale façon de régler les litiges même s'il à l'intérieur de l'organisation judiciaire. Au moment où l'État manifeste sa volonté réitérée pour trouver des solutions à la problématique de l'accessibilité, de l'efficacité et la qualité de la justice, il serait important, non pas d'orienter fondamentalement le système vers l'arbitrage mais vers une vision qui confèrera au règlement alternatif une légitimité comme la conciliation. La conciliation a pour but de faire amener les différentes parties aux litiges à un accord amiable tout en mettant fin aux difficultés de l'entreprise. Ainsi, elle vise à formuler des propositions de nature à garantir la sauvegarde de l'entreprise, la poursuite de l'activité économique et le maintien de l'emploi. La particularité de ce mode règlement est qu'il peut se faire avant, pendant et après même le jugement. Cependant, il faut reconnaître que le système judiciaire sénégalais est très marqué par les lenteurs dans le traitement des dossiers. Il faudra faire en sorte qu'il y ait une justice intégrée, performante et efficace avec la réduction du temps de travail de ceux qui l'exécutent, mais également la réduction des lenteurs judiciaires qui font que les dossiers durent longtemps. Et cela doit passer nécessairement par le recrutement massif de magistrats et surtout bien spécialisés en droit social et particulièrement en contentieux social.

l'arbitrabilité des litiges pour les contrats individuels de travail [...] C'est sans doute regrettable car il s'agit de matières dans lesquelles la concrétisation de la disponibilité des droits pourrait considérablement varier d'un État à l'autre. Il n'est évidemment nulle part question de considérer les droits du travailleur [...] comme indisponibles. En effet, ils doivent pouvoir recourir à l'arbitrage s'ils le souhaitent. En revanche, ce qui doit être évité, c'est le fait de les obliger à recourir à la justice arbitrale par l'effet d'une clause, qu'ils se sont obligés d'accepter et dont ils n'ont à aucun moment mesuré la portée¹⁴⁴⁷». Cette position semble être adoptée par le législateur français qui est favorable à l'utilisation de la clause compromissoire. Il faut signaler qu'en droit français la tendance a changé par le fait que le régime de la clause compromissoire en droit de l'arbitrage interne vient d'être réformé. Il s'agira ici de voir d'abord la validité de la clause compromissoire dans les nouvelles réglementations économiques (1) puis de voir par la suite (2).

1. La validité de la clause compromissoire dans les nouvelles réglementations économiques (NRE)

L'arbitrage est perçu comme un truchement ou un appareillage inégal de dénouement des litiges. Étant d'origine contractuelle, sa convention relève de la catégorie particulière des contrats de procédure. La doctrine a toujours pensé que l'obstacle à l'arbitrage est seulement dû à une méfiance envers l'arbitre qui est insensible à la protection du salarié¹⁴⁴⁸. Le législateur français a semblé avoir compris la position de certains penseurs sur l'extension de la clause compromissoire en droit civil. Ainsi, la loi du 15 mai 2001, dite loi NRE, relative aux nouvelles réglementations économiques, a apporté un nouveau visage au niveau de l'entreprise. De façon plus inopinée et imprévue, elle a sensiblement transformé le droit du droit en étendant le domaine de validité de la clause compromissoire¹⁴⁴⁹. Il faut signaler que sa première version, le

¹⁴⁴⁷ M. DIAKITE, L'arbitrage institutionnel Ohada, instrument émergent de sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques en Afrique, Toulouse : Université de Toulouse I - Capitole, 2016 ; 562p ; p.165, <https://www.theses.fr>, lu le 12/05/2020.

¹⁴⁴⁸ À travers les propos du Monsieur Jean DEPREZ, la doctrine a toujours pensé que l'obstacle à l'arbitrage « traduit une défiance probablement exagérée envers la justice des arbitres, ceux-ci étant a priori présumés moins portés à protéger les intérêts des salariés. Il y a là un procès d'intention. L'arbitre n'est pas insensible aux données du litige et peut appliquer des lois qui satisfassent le souci de protection du salarié. (...) Il n'y a pas de raison de penser a priori qu'un juge d'État sera plus attentif aux intérêts du salarié qu'un arbitre. [...] On ne saurait, sur un plan général, poser la supériorité en soi des juridictions étatiques » (J. DEPREZ : « Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international », RDAI 1990.833, op. cit. p.42).

¹⁴⁴⁹ Il faut ici préciser que « de tout temps, le recours à la clause compromissoire a été interdit dans les contrats concernant certaines parties réputées plus faibles. Après une ancienne interdiction absolue, la clause fut longtemps réservée aux contrats conclus entre les commerçants. Ainsi, la loi du 15 mai 2001 dite « NRE », a modifié l'article 2061 du code civil pour étendre la validité des clauses compromissoires aux contrats conclus « à raison d'une activité professionnelle », étendant ainsi la possibilité d'arbitrage aux artisans, professions libérales [...] » (J-M. BLAMOUTIER, Loi Justice XXIe siècle : L'arbitrage à la portée des assurés, édit. L'argus de l'assurance, 2017, <https://www.argusdelassurance.com>, lu le 22/04/2017, 187p. ; p. 2.

législateur à travers l'article 2061 du Code civil disposait que « *la clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi*¹⁴⁵⁰ ». Cette disposition prohibe totalement la validité des clauses compromissoires conclues dans le cadre des relations non commerciales¹⁴⁵¹. Cette nouvelle loi a apporté en France, une importante nouveauté sur la gestion des conflits de travail. Cette innovation de taille qui est de nature à influencer sur les relations entre employeur et employé, vise essentiellement à privilégier la philosophie de la discussion, du rapprochement comme principes de base dans les relations humaines. Cependant, aujourd'hui, les données ont bien changé. Le législateur en modifiant le code civil est passé du principe de nullité de la clause compromissoire, à un principe de validité¹⁴⁵². La doctrine n'hésite pas à affirmer positivement que « *ce texte a été salué avec enthousiasme par les praticiens de l'arbitrage et a depuis lors pris sa dimension dans la pratique*¹⁴⁵³ ». Cette réforme¹⁴⁵⁴ a fait de la clause compromissoire, un instrument qui n'est plus opposé aux principes généraux du droit processuel. De ce fait, elle réduit plus le droit d'accès à la justice des justiciables faibles comme les travailleurs¹⁴⁵⁵.

Le recours à l'arbitrage, à travers la clause compromissoire devient moins contraignant car le simple fait de permettre à des non commerçants de pouvoir conclure des clauses compromissoires a poussé aussi le législateur français à diminuer le formalisme. Il faut rappeler que de façon générale, avec la clause compromissoire, la Loi avait placé l'écrit comme étant la première obligation pour la validité de la convention arbitrale. Le législateur a jugé opportun avec la réforme du Code de procédure civile¹⁴⁵⁶ de prendre la procédure accessible et moins formaliste. Il précise à travers l'article 1443 dispose que maintenant, « *à peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale* ». Il faut aussi préciser qu'il y a une autre loi qui a validé la clause compromissoire.

¹⁴⁵⁰ Loi n° 72-626 du 5 juillet 1972.

¹⁴⁵¹ T. com. Lyon, 17 sept. 1948 : D. 1948, jurispr. p. 588.

¹⁴⁵² L'article 126 de la loi 2001-420 portant sur les nouvelles régulations économiques (NRE) a catégoriquement changé l'ancien article 2061 du Code civil qui est désormais rédigé comme suit : « *sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* ».

¹⁴⁵³ B. MOREAU, L'arbitrage au XXIème Siècle, La validité affirmée de la clause compromissoire, Éditorial, N°20, Juillet 2016, 17p. : p. 1, <http://www.afa-arbitrage.com>, lu le 12/05/2019.

¹⁴⁵⁴ De ce fait, de ces dispositions, il apparaît clairement que la clause compromissoire est, en principe, valable toutes les fois qu'elle figure dans un contrat conclu en raison d'une activité professionnelle. Il est retenu que le contrat de travail intègre la catégorie des contrats conclus à raison d'une activité professionnelle, et ce, aussi bien pour le salarié que pour l'employeur. Étant une technique de résolution des litiges très ancienne et pratiquée du monde du commerce, la clause compromissoire devient valable par principe, si elle est conclue lors des activités professionnelles.

¹⁴⁵⁵ La doctrine a tenu à rassurer que « *la loi NRE contient d'importantes innovations en matière d'organisation du pouvoir au sein des sociétés anonymes, ajustant le rôle des principaux organes sociaux et reconnaissant des droits nouveaux aux salariés, aux actionnaires et à d'autres acteurs extérieurs de la vie des entreprises. Ces aménagements des rapports de pouvoirs dans les entreprises s'inscrivent à notre sens dans les mouvements fondamentaux actuels de la « gouvernance » des États ou des institutions, marqués par le « déclin de l'autorité » et l'accélération du « dynamisme social* ». (G. ÉLIET, *La loi NRE, le gouvernement d'entreprise et le développement durable, Rapport moral sur l'argent dans le monde en 2002, les grands dossiers d'éthique financière 2003*, 12p ; p .8.).

¹⁴⁵⁶ D. n° 2011-48, 13 janv. 2011 : JO 14 janv. 2011, 814p. ; p. 777.

2. La validité de la clause compromissoire dans la loi « Justice du 21^{ème} siècle »

Pour mieux renforcer la réforme, en 2016, dans la loi « Justice du 21^{ème} siècle », le législateur est allé encore plus loin transformant à nouveau l'article 20161 qui énonce que : « *la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée*¹⁴⁵⁷ ». Il faut signaler que le législateur a fait du régime de la clause compromissoire, le principal apport dans le domaine de règlement alternatif des différends. Dans cette nouvelle réforme, le législateur ne fait plus référence à la validité de la clause en droit civil mais met l'accent sur ses effets. Autrement dit, le législateur met en exergue les conditions d'efficacité de la clause compromissoire. Ainsi, il s'agira de ne plus voir la clause compromissoire comme une exception mais comme un principe en droit du travail. L'obligation est mise sur le fait qu'elle doit être acceptée¹⁴⁵⁸. Ce qui est important à retenir dans cette nouvelle réforme c'est que le législateur a renforcé le principe du consensualisme liant les parties signataires à la clause compromissoire. Sa nouvelle vision est directement rattachée à la question de l'acceptation.

Le 21^{ème} semble être la période de promotion des modes alternatifs de résolutions de conflits. C'est dans ce sens qu'intervient la « Loi Macron ». La « loi Macron¹⁴⁵⁹ » a pour but de véritablement réformer la procédure du tribunal du travail tout en mettant surtout en exergue la résolution amiable des conflits. Il s'agit désormais, préalablement à la saisine du juge, de la possibilité de recourir à la médiation conventionnelle qui consiste à faire appel à un tiers dans la résolution du conflit. Ainsi, tout litige né à l'occasion d'un contrat de travail peut faire l'objet d'une médiation conventionnelle. Il faut rappeler que le principal objectif de cette réforme est de pouvoir considérablement limiter le contentieux et surtout d'éviter un engorgement des juridictions étatiques. Elle donne aussi la possibilité à l'employeur et l'employé de s'engager, pour une durée déterminée, à rechercher une solution amiable à leur litige. Ainsi, ils ont la

¹⁴⁵⁷ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle.

¹⁴⁵⁸ La doctrine a tenu à préciser dans ce cas que depuis « longtemps, la clause compromissoire n'était examinée qu'au regard de sa validité. Telle était même la dialectique imposée par les deux rédactions antérieures de l'article 2061, qui ont successivement posé une nullité de principe puis une validité de principe. Suivant l'évolution des choses, celle-ci est désormais dépassée par la seule question qui vaille vraiment: est-ce que la clause compromissoire a été véritablement voulue ? En d'autres termes, la clause compromissoire, longtemps suspecte, bénéficie aujourd'hui, comme tous les autres contrats du reste, d'un principe de validité si prégnant qu'il n'est plus utile de l'énoncer. Elle s'éloigne définitivement du halo sulfureux qui l'entourait parfois pour, à l'égalité des autres clauses, être présumée valable dès lors que les parties l'ont voulu » (T. CLAY, « L'arbitrage des conflits du travail »; op.cit., p. 47.)

¹⁴⁵⁹ La Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

possibilité, durant la durée de la convention, de ne pas aller au tribunal pour saisir le juge pour trancher le litige. Le législateur a souhaité mettre en exergue le rôle de conciliateur du conseiller prud'homme puisqu'il affirme solennellement que celui-ci est chargé de concilier les parties¹⁴⁶⁰. Cette Loi a le mérite d'avoir prôné le recours aux modes alternatifs de règlement de conflits. L'arbitrage dans les relations individuelles de travail est une grande opportunité. La doctrine¹⁴⁶¹ a tenu à préciser que l'arbitrage n'est pas imposé aux salariés et aux employeurs. Il s'agit d'une alternative à choisir par les acteurs¹⁴⁶². L'arbitrage en droit du travail est aussi consacré par la jurisprudence.

B. La consécration jurisprudentielle de la clause compromissoire en droit du travail

Malgré l'interdiction du législateur de compromettre sur des matières d'ordre public, il est devenu courant de voir la jurisprudence prendre des décisions surprenantes sur l'insertion des clauses d'arbitrage dans un contrat civil. La Cour n'a pas manqué de rappeler que cette interdiction a un objet bien précis¹⁴⁶³. La jurisprudence a retenu que « *la clause compromissoire est licite dans un tel contrat quelle que soit la nature civile, commerciale ou mixte de l'engagement souscrit ou la qualité des signataires en raison de l'autonomie qui doit lui être reconnue par rapport au contrat principal*¹⁴⁶⁴ ». D'ailleurs, malgré le fait que perdure le critère de libre disponibilité des droits qui exclut l'arbitrage, une observation a relevé que beaucoup de décisions de justice ont abordé le fait que l'ordre public ne doit pas être réfractaire à

¹⁴⁶⁰ Il a également offert au bureau de conciliation et d'orientation la faculté d'auditionner les parties séparément tout en garantissant la confidentialité de l'échange « *la réforme Macron, en ce qu'elle permet par exemple de faire venir directement l'affaire devant le juge départiteur, va peut-être accélérer le traitement de certains dossiers prud'homaux ; encore faut-il que le Ministère mette à disposition suffisamment de magistrats. Pour pallier au manque de juges, professionnels ou non, le recours à l'arbitrage doit être encouragé. L'arbitrage permet, en effet, un traitement non seulement plus rapide mais aussi plus approfondi des dossiers. Cette accélération est profitable au salarié, bien entendu, impatient de recevoir l'indemnisation qui lui est due, mais aussi d'en terminer avec le conflit qui l'oppose à son employeur. Il a besoin, pour retrouver un emploi, d'être mentalement disponible. Il lui faut, pour cela, oublier la querelle qui l'occupait jusque-là ; il a besoin de passer à autre chose. C'est aussi dans l'intérêt de l'entreprise* ». (H. FLICHY, *Le Centre national d'arbitrage du travail (CNAT) : Une innovation juridique au service du justiciable, Le Droit Ouvrier, Mars 2016, n°812, p. 134*).

¹⁴⁶¹ H. FLICHY, *Le centre national d'arbitrage du travail (CNAT) – Une innovation juridique au service du justiciable*, 40e colloque organisé par la Commission de droit social du SAF : loi Macron, rapport Combrexelle, quels enjeux, quel avenir, pour la justice prud'homale ?, Dr. Ouvr., 2016, 189p. ; p. 134.

¹⁴⁶² L'insertion de la clause compromissoire dans le contrat de travail pourra apporter beaucoup de garanties aux travailleurs qui sont considérés comme la partie faible au contrat de travail. C'est d'ailleurs, l'une des principales raisons qui poussent la doctrine à préciser qu'il ne faut pas, « *par effet de balancier, basculer du "tout judiciaire" au "tout alternatif", mais plutôt considérer que la Justice (...) doit se nourrir de toutes les méthodes qui conduisent à l'harmonie sociale. Donc alternatif ne saurait être pris dans le sens de substitutif mais de complémentaire* ». (P. BAYLAC-MARTRES, *Contributions des modes alternatifs et plus particulièrement de la médiation à l'évolution du règlement des conflits, Univ. de Paris II Panthéon-Assas, 2002, 547p. ; p. 150*).

¹⁴⁶³ En réalité, elle vise à « *préserver ou garantir un certain nombre de règles protectrices du salarié : notamment les facilités d'accès au conseil de prud'hommes, la mise en œuvre d'une procédure obligatoire de conciliation des parties, la possibilité pour certains syndicats de se substituer au salarié pour exercer une action individuelle dans un certain nombre de cas prévus par la loi* ». (Cass. Civ. 1re, 4 juil. 1972, Hecht).

¹⁴⁶⁴ Cass. Civ. 1re, 4 juil. 1972, Hecht, JDI 1972.843.

l'arbitrage¹⁴⁶⁵. C'est dans ce sens que la doctrine affirme que « *la jurisprudence française a maintes fois décidé que le caractère d'ordre public d'une matière ne suffit pas à rendre le litige inarbitrable. Par conséquent, son évolution a rendu lettre morte les termes de l'article 2060 du Code civil, lesquels visent les « matières qui intéressent l'ordre public », pour déterminer l'inarbitrabilité des litiges*¹⁴⁶⁶ ». C'est pour cette raison¹⁴⁶⁷ que la doctrine affirme que « *l'intérêt des litiges relevant [...] du droit du travail est en général incompatible avec le coût de l'arbitrage. Dès cet instant, la clause compromissoire peut être l'instrument d'un déni de justice économique en dissuadant la partie faible d'exercer son droit d'ester en justice*¹⁴⁶⁸ ». La principale innovation¹⁴⁶⁹ concernant le droit de l'arbitrage consiste dans la refonte de l'article 2061 qui permet à la jurisprudence de consacrer la validité de la clause compromissoire dans les litiges individuels de travail. Il s'agira alors de voir dans un premier temps la notion d'inopposabilité au salarié (1) puis de voir dans un second temps le consentement du salarié (2).

1. L'inopposabilité

L'inopposabilité trouve sa cause dans le non-respect d'une condition destinée à protéger une personne. Ce qui signifie que le contrat reste valable mais la partie protégée l'ignore. D'ailleurs, la doctrine a apporté des éclaircissements en précisant que nullité et inopposabilité convergent en ce qu'elles résultent d'une imperfection contemporaine de la formation de l'acte juridique. La différence réside dans les effets: en cas d'inopposabilité, l'irrégularité de l'acte n'affecte pas les relations entre les parties en ce sens que seuls les tiers ou certains d'entre eux pourront l'ignorer. Tout se passera comme si l'acte n'avait jamais existé, n'incarne aucune réalité à l'égard des tiers¹⁴⁷⁰. En déclarant la clause compromissoire inopposable au travailleur, le juge met en garde l'employeur qui tenterait d'imposer son choix

¹⁴⁶⁵ Cass. com., 29 nov. 1950 : JCP G 1951, IV, 5 ; D. 1951, p. 170 ; RTD civ. 1951, p. 105, P. HÉBRAUT ; RTD com. 1951, p. 275, M. BOITARD ; S. 1951, I, p. 120, J. Robert. – CA Paris, 19 mai 1993 : RTD com. 1993, p. 494 ; Rev. Arb. 1993, p. 644, Ch. Jarrosson ; JDI 1993, 957.

¹⁴⁶⁶ G. BARBE, M. DE FONTMICHEL, Les clauses compromissoires en droit de la famille, Droit de la famille - N° 4 - AVRIL 2020, 158p. ; p.17. -

¹⁴⁶⁷ Les auteurs évoquent l'exemple des droits patrimoniaux d'un salarié qui sont indisponibles pendant la durée du contrat de travail. De tels droits ne sont pas régis au fond par des règles d'ordre public, mais, pour protéger le salarié contre un abus éventuel de l'employeur, en raison de sa position, ils restent temporairement indisponibles jusqu'à la cessation du contrat de travail. Les clauses compromissoires ont toujours été considérées comme dangereuses en droit du travail. Elles sont perçues un moyen d'un refus de rendre la justice car elles entraînent le dessaisissement des juridictions étatiques.

¹⁴⁶⁸ É., LOQUIN, La soumission de l'arbitrage international à un régime protecteur du consommateur, Revue critique de droit international privé, 2021/1 (N° 1), pp.202-222 ; p.v212. <https://www.cairn.info>, lu le 12/07/2019.

¹⁴⁶⁹ La réforme de la Justice française opérée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, a véritablement changé le visage du droit du travail et de l'arbitrage. Il s'agit d'une modernisation de la justice qui a essentiellement pour but d'encourager les modes alternatifs de règlement des différends.

¹⁴⁷⁰ Y. PICOD, « Nullité », Rép. Droit civil, Dalloz, n° 12 ; 25p. ; p. 18.

à l'arbitre. Il est interdit à l'employeur de s'en prévaloir. « *La Cour de cassation juge très clairement que la clause compromissoire est inopposable au salarié, mais elle se garde bien de dire que la clause est nulle*¹⁴⁷¹ ». Cela permet alors aux salariés de pouvoir faire leur choix sans subir aucune pression de la part de leur employeur. Les parties conviennent d'écarter volontairement le juge étatique et de confier la résolution du litige à un arbitre impartial et indépendant, dont la décision est souvent finale et sans appel. Il s'agit de la renonciation qui est perçue comme l'abandon d'un droit. En acceptant la clause compromissoire, le salarié et l'employeur s'engagent donc à régler de manière extrajudiciaire tout conflit qui naîtrait de leurs relations individuelles. Dans la vie pratique de l'entreprise, il est très courant de trouver l'insertion d'une clause compromissoire dans un contrat de travail¹⁴⁷². Il faut cependant signaler que le débat est loin d'être tranché. La Cour de cassation, « *en retenant que la convention d'arbitrage était inopposable (aux salariés)* » n'a pas déclaré que la convention d'arbitrage était nulle. La doctrine pense que la Cour de cassation fait preuve de plus de souplesse. L'inopposabilité se définit comme une « *impossibilité de faire valoir, à l'égard d'un tiers, un droit ou un moyen de défense ; qualité d'un acte dont un tiers peut écarter les effets, bien qu'il soit valable pour tout autre*¹⁴⁷³ ». Autrement dit, c'est un droit dont une personne est fondée à ignorer ou à en faire écarter les effets. L'inopposabilité est aussi perçue comme étant « *la sanction des circonstances de l'acte*¹⁴⁷⁴ ». Il s'agit de la neutralisation des actes accomplis pendant une période. Le travailleur a l'opportunité de choisir d'aller vers l'arbitre ou même de revenir à sa décision d'appliquer la convention d'arbitrage. Le juge permet ainsi au salarié de bénéficier de l'arbitrage, s'il pense que cela est conforme à ses intérêts. « *Le salarié peut donc, soit refuser l'arbitrage qui était prévu dans son contrat, soit, au contraire, l'accepter et s'y soumettre*¹⁴⁷⁵ ». Cela veut dire que la clause compromissoire stipulée dans le contrat de travail obligeant de saisir l'arbitre en cas de différend entre un employeur et son employé, se verra alors écartée par le juge. De ce fait la clause compromissoire est inopposable au salarié pour

¹⁴⁷¹ H. FLICHY, Le Centre national d'arbitrage du travail (CNAT): Une innovation juridique au service du justiciable, Le Droit Ouvrier, Mars 2016, n°812, 158p. ; p. 135.

¹⁴⁷² La Cour de cassation a pu dans ce sens se prononcer. Après avoir constaté l'existence d'une charte auxquels adhèrent les salariés, affirme la Cour affirme que « *la cour d'appel en a déduit à bon droit, sans encourir les griefs du moyen, que la charte constituait pour les stipulations concernées un avenant au contrat de travail et que, dès lors, la clause compromissoire qui y était stipulée était inopposable aux salariés en application de l'article L.1411-4 du Code du Travail* ». À travers cette décision, la jurisprudence confirme l'inapplicabilité des clauses compromissoires en droit du travail. Il faut en ce sens rappeler qu'aussi bien qu'en droit sénégalais qu'en droit français, la clause compromissoire a toujours été prohibée dans le contrat de travail. Ainsi, en toute évidence, en application des articles 42 du COCC, 2061 du Code civil et L. 1411-4 du Code du Travail, les clauses compromissoires insérées dans les contrats de travail deviennent sans aucun doute nulles. Ch. Soc. 16 février 1999 n° 96-40.643, Bulletin 1999, N° 78, 158p. ; p. 57.

¹⁴⁷³ <https://www.cnrtl.fr/definition>, lu le 23/07/2020.

¹⁴⁷⁴ <https://www.droit.fr/definition>, lu le 23/07/2020.

¹⁴⁷⁵ H. FLICHY, Le Centre national d'arbitrage du travail (CNAT): Une innovation juridique au service du justiciable, op. cit. , p.135.

éviter que l'employeur ne soit obligé de discuter le caractère abusif de la clause devant l'arbitre, comme l'impose le principe selon lequel celui-ci est le juge de sa propre compétence. Le salarié qui a bien conclu la clause compromissoire dans le cadre de son activité professionnelle, bénéficie, dans l'objectif de sa protection, de l'inopposabilité. Dans cette situation, il convient de signaler que la clause compromissoire devient clause facultative.

Le législateur a pris l'option de cette nouvelle vision de l'article 2061, de maintenir la protection du salarié devant les pouvoirs exorbitants de l'employeur. La position du législateur semble un peu mitigée, car d'une part, il prône l'ouverture du contrat de travail à la clause compromissoire afin de permettre le recours à l'arbitrage et d'autre part, il prône la protection du salarié, partie faible du contrat de travail en faisant de la clause compromissoire facultative. Il s'agit alors de la consécration de la validité d'une clause qui est inefficace, car inopposable. Il ne devient plus un doute que « *la clause compromissoire est valable. Toutefois, dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels et dans les contrats de travail, elle est réputée non écrite à la demande du non-professionnel ou du salarié*¹⁴⁷⁶ ». De ce fait, « *la clause compromissoire est valable s'il n'est disposé autrement par la loi*¹⁴⁷⁷ ». Il suffit seulement que le salarié accepte la clause compromissoire.

2. Le consentement du salarié devant la clause compromissoire

Le législateur a précisé au niveau du nouvel article 2061 qu'actuellement « *la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée* ». Il s'agit d'une véritable révolution pour le droit du travail. C'est dans ce sens que la doctrine précise que « *le nouveau texte ne restreint plus la validité de la clause compromissoire aux activités professionnelles. Par conséquent, de manière implicite, il faudrait en déduire que le seul critère de validité de la clause compromissoire est désormais [...] son acceptation ! Le principe est la liberté contractuelle : à défaut de restrictions prévues quant au champ d'activités dans lequel la clause compromissoire est valable – anciennement, les contrats conclus entre professionnels –, le principe est celui de la validité de la clause compromissoire, pour tous. “Le changement de paradigme” résulterait de la substitution du “critère de l'activité professionnelle” par “le critère de l'acceptation”. Le critère de l'acceptation serait désormais le seul nouveau critère de validité de la clause compromissoire interne*¹⁴⁷⁸ ». Il est évident que le monde actuel a

¹⁴⁷⁶ Ch. JARROSSON, « La clause compromissoire », op. cit. , p. 259, n° 40.

¹⁴⁷⁷ J. –B. RACINE, Droit de l'arbitrage, PUF, 2016, p. 145, n° 193

¹⁴⁷⁸ M. B–NARDETTO, La réforme de l'article 2061 du Code civil français, Arbitrage, vol. X, n° 1, 2017, 258p ; p. 120.

considérablement valorisé le salarié. Ce dernier possède d'énormes privilèges au sein de son entreprise et a la possibilité d'engager sa propre responsabilité devant beaucoup de situations. Le salarié est très autonome dans sa relation professionnelle. L'explication de la théorie de l'autonomie de la volonté est à rechercher dans les idées de la philosophie des Lumières¹⁴⁷⁹. D'ailleurs, la doctrine ne cesse de rappeler que « *c'est la volonté individuelle qui peut être la source essentielle de toute obligation*¹⁴⁸⁰ ». Seule la volonté est source d'obligations. Personne ne peut obliger quelqu'un contre sa volonté car « *le contrat repose sur la volonté de ceux qui s'engagent*¹⁴⁸¹ ». La volonté des parties confère au contrat une force obligatoire. Elle est l'élément essentiel qui permet d'impulser la liberté contractuelle¹⁴⁸². Ce domaine qui traduit la pure liberté¹⁴⁸³ des parties au contrat, montre la manifestation de toute la puissance du détenteur des droits. C'est d'ailleurs la principale raison qui a poussé le législateur à préciser en son article 4 que la convention d'arbitrage « *est appréciée d'après la commune volonté des parties*¹⁴⁸⁴ ». C'est dans cet ordre d'idée que la doctrine affirme que « *non seulement il serait inconcevable d'engager une personne en dehors de sa volonté puisqu'on violerait sa liberté, mais de plus les résultats pratiques auxquels aboutit l'action de la volonté sont nécessairement équitables*¹⁴⁸⁵ ». La convention d'arbitrage revêt alors d'une importance capitale. « *La méfiance envers l'arbitrage, qui caractérisait autrefois le droit français, est révolue. Cette affirmation ne souffre plus de discussions en droit français de l'arbitrage international, qui se singularise au contraire par la favor arbitrandum. L'affirmation est moins évidente en droit interne*¹⁴⁸⁶ ». Bien que son efficacité ne fasse plus de doute, la pratique de l'arbitrage dans la résolution des litiges

¹⁴⁷⁹ Il faut rappeler que cette conception trouve sa justification dans l'existence de droits naturels de l'Homme, selon lesquels l'Homme à l'état de nature est libre. Le principe de l'autonomie de la volonté repose essentiellement sur l'idée d'une valeur universelle de la liberté humaine. L'Homme est libre. Il s'agit de l'exaltation de la liberté individuelle. C'est ce qui poussa PORTALIS à déclarer que « *la volonté de l'homme, aidé de la puissance de la foi, franchit toutes les distances, surmonte tous les obstacles, et devient présente partout comme la loi même* ». J. E. PORTALIS, Présentation au corps législatif et exposé des motifs, in P. A. FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Paris, 1836, vol. 14, 241p ; p. 113.

¹⁴⁸⁰ J. L. CORREA, Contribution à l'étude de l'obligation de donner en droit sénégalais des obligations, Paru à la Revue Annales africaines, Déc. 2014, vol. 2, 36p ; p. 13.

¹⁴⁸¹ E. GOUNOT, Le principe de l'autonomie de la volonté, 158p. ; p. 73.

¹⁴⁸² Il est impératif de signaler que le droit des contrats repose sur l'autonomie de la volonté qui est un principe selon lequel seule la volonté est créatrice de droits et d'obligations. Dans l'orientation et la gestion des relations contractuelles, il y a une prédominance de la volonté des contractants. Les parties au contrat ont l'opportunité de pouvoir choisir de soumettre à un tiers pour éviter les juridictions étatiques. C'est d'ailleurs, tout le sens des propos de monsieur Manuel GORGE qui précise que « *dans le domaine des droits disponibles, la volonté des parties joue ainsi un rôle déterminant par rapport à l'application de la règle de conflit qui désignera, par la suite, la compétence de la loi à régir le rapport juridique de droit international privé, qu'elle soit étrangère ou nationale* ». M. JORGE, « La loi étrangère devant le juge du fond : office du juge et substitution », PA, 26 juillet 2000, n° 148 ; 327p. ; p. 158.

¹⁴⁸³ Le vocable « liberté vient du latin « libertas ». C'est l'état d'une personne qui n'est pas soumise à la servitude. Autrement dit, la possibilité de se mouvoir sans entrave selon sa propre volonté. (<http://www.toupie.org/Dictionnaire/Liberte.htm#>, lu le 15 novembre 2020). Le droit Ohada a mis en exergue l'autonomie de la volonté en précisant la place de choix. Le recours à l'arbitrage est conditionné par le consentement sans équivoque des parties en conflit. Le support des règlements de litiges par la voie arbitrale est essentiellement dans la volonté des parties litigantes.

¹⁴⁸⁴ Art. 4, Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, adopté le 11 mars 1999, JO OHADA n°08 du 15 mai 1999.

¹⁴⁸⁵ A. RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en Droit Civil Français et Allemand, Paris, 1961 ; 128p. ; p. 2.

¹⁴⁸⁶ M. B-NARDETTO, La réforme de l'article 2061 du Code civil français, Arbitrage, vol. X, n° 1, 2017, 248p. ; p. 110.

individuels de travail est très timide en droit interne. Cependant, il faut signaler qu'au niveau international, l'arbitrage est utilisé en droit du travail.

Paragraphe II : La validité de la clause compromissoire dans les activités professionnelles

Le législateur français avait précisé dans l'ancienne version de son code civil, au niveau de l'article 2061, que « *sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* ». Actuellement, la situation a changé. Comme vu dans les lignes précédentes, avec la réforme des textes, le législateur a pris l'option d'orienter vers un nouvel angle les relations contractuelles. Dans sa nouvelle vision, avec la modification du code civil, il a pris le soin de préciser à travers l'article 11 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 que « *la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée* ». La clause compromissoire qui peut être stipulée entre professionnels et interdite entre deux non-professionnels, est maintenant valide dans le cadre d'une activité professionnelle. Il s'agit de voir d'abord la détermination de l'activité professionnelle (A) puis de voir par la suite les critères d'identification d'activité professionnelle (B).

A. La détermination de l'activité professionnelle

La disparition de la distinction entre ces deux disciplines pourra permettre au salarié de pouvoir conclure des conventions arbitrales sur la base de son activité professionnelle. Le travailleur est lié par une obligation de prestation envers l'entreprise. Son travail est alors une activité liée à l'exercice de son métier ou bien de sa profession.

De façon générale, il est évident que l'activité professionnelle nécessite formellement au préalable une formation professionnelle. Il faut rappeler que chaque personne possède le droit de travailler. Elle peut alors exercer la profession de son choix. Il faut à ce niveau préciser que la mise en pratique de la liberté n'est pas complète. Elle est relative, car même si le travailleur détient le droit à l'emploi, il est évident que c'est l'employeur qui possède le droit de disposer et de choisir ses collaborateurs. Ici, il est important de signaler que la pratique montre que l'imbrication de cette liberté, dans la pratique, peut s'avérer ésotérique à concrétiser. C'est pour cette raison que l'État intervient dans les relations contractuelles et joue un rôle de veille et d'alerte puisqu'il ne peut pas se désintéresser des problèmes économique et social. Il

ne doit aucunement démissionner dans les relations de travail individuel. La présence de l'État est essentielle du fait du déséquilibre contractuel et des conséquences qui en découlent sur le consentement du salarié.

Cet aspect mérite d'être davantage analysé en profondeur pour persuader de la nécessité d'une synergie afin d'avoir un texte commun pour la protection des libertés fondamentales des salariés et la sauvegarde de l'intérêt des entreprises. Il s'agira pour mieux appréhender le sujet dans cette partie, de voir d'abord dans un premier temps, la notion d'activité professionnelle (1) avant d'envisager dans un second temps, d'étudier les critères d'identification d'activité professionnelle (2).

1. L'activité professionnelle

La notion d'activité professionnelle, en tant que telle, est insuffisamment définie par le législateur¹⁴⁸⁷. Celui-ci l'envisage essentiellement au regard du statut du travailleur. D'ailleurs, la doctrine a expliqué la difficulté à saisir la quintessence de la notion d'activité professionnelle car « *à l'image du terrorisme, de la laïcité ou de la religion, il est très difficile d'en donner une acception juridique satisfaisante*¹⁴⁸⁸ ». Cette tendance de non clarification conceptuelle est très étonnante et ne passe pas inaperçue. Des interrogations se lèvent pour enlever ce mystère juridique qui semble planer à travers toutes les normes juridiques. Il faut rappeler que le 10 décembre 1946, le législateur a abordé la notion en définissant le travailleur. Ce dernier a tenu à préciser, à travers le décret, « *est considérée comme exerçant une activité professionnelle, toute personne qui consacre à cette activité le temps moyen qu'elle requiert et en tire des moyens normaux d'existence*¹⁴⁸⁹ ». À ce niveau, il est important de signaler que la définition de la notion d'activité professionnelle n'est pas bien cernée¹⁴⁹⁰. Une partie de la doctrine a conseillé de voir dans la profession d'une personne « *l'activité qu'elle exerce de manière habituelle en vue d'en tirer un revenu permettant de vivre*¹⁴⁹¹ ». Une autre partie de la doctrine définit la notion comme étant la « *somme des actes ou prestations définies par contrat*

¹⁴⁸⁷ Dans le Code du Travail, la notion d'activité professionnelle n'a pas de définition légale. Ce silence de définition juridique de l'activité professionnelle semble être un choix du législateur. Dans cette même logique, il a été constaté que le droit sénégalais a aussi préféré être muet sur la définition de la notion. Il n'y a pas de précisions assez importantes permettant de bien cerner la notion dans le Code du Travail.

¹⁴⁸⁸ P. DURAND, « Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », Droit social 1952, publié à nouveau in Droit social 2010, 1589p. ; p. 1246.

¹⁴⁸⁹ Art. 1^{er}, Décret no 46-2880 portant règlement général d'administration publique pour l'application de la loi du 22-08-1946 fixant le régime des prestations familiales.

¹⁴⁹⁰ Le législateur n'a pas pris le soin de donner des précisions. Il a fallu s'orienter vers les penseurs pour avoir une vision sur la notion. L'ensemble des éléments permettant d'éclaircir et de pouvoir bien identifier la notion a été mis en place par la doctrine. Cependant, il faut signaler que face à ce manque de définition, la doctrine n'est pas restée amorphe.

¹⁴⁹¹ J. SAVATIER, « Contribution à une théorie générale de la profession », dans Dix ans de conférences d'agrégation, Études offertes à Joseph Hamel, Dalloz, 1961, 158p. ; p. 3.

et accomplies pour autrui par un travailleur dans le but de subvenir (à titre principal) à son existence¹⁴⁹²».

Plus précisément, « *la notion juridique d'activité professionnelle embrasse toutes les activités que l'homme déploie au profit d'autrui et en échange d'une rémunération¹⁴⁹³»*. C'est pour cette raison, l'activité professionnelle mène essentiellement à la question¹⁴⁹⁴ du statut. De façon générale, le vocable « statut », dans sa perception large est perçue comme étant « *un ensemble de règles juridiques applicables à des personnels déterminés, et il est synonyme dans ce sens générique, de condition juridique ou de régime juridique, alors que dans son sens le plus étroit, il ne désigne que les seules règles unilatérales (législatives et réglementaires), et ce par opposition aux règles contenues dans des actes bilatéraux (conventions collectives)¹⁴⁹⁵»*. Ce statut est une protection du salarié qui lui permet de bien mener son métier.

À travers cette définition, il est possible d'appréhender le statut comme un élément qui encadre et règlement un métier. Définissant le cadre juridique qui précise l'exercice d'une prestation, il faut à ce niveau préciser que le statut est principalement lié à une activité spécifique. Il peut alors dans certaines situations faire référence aux notions de droits et de devoirs donnés à une catégorie de travailleurs. Il est aussi bien de faire remarquer que le « statut » peut parfois faire refléter certaines formes de travail qui peuvent ne pas être professionnelles. Ainsi, il met en évidence l'insertion personnelle du travailleur dans une entreprise. Il s'agit ici des relations de travail. D'ailleurs, c'est ce qui a poussé la doctrine à expliquer que « *ce sont les rapports entre les personnes fondant la collectivité de travail qui prédominent ici, et qui supplantent l'idée d'échange marchand, comme caractéristique essentielle de la relation de travail. De plus, au sein de la logique contractuelle, les droits et obligations garantis au travailleur naissent et sont issus d'un contrat, alors que selon la logique statutaire, c'est la communauté elle-même qui est entrevue comme une « source vivante du droit¹⁴⁹⁶»*. Autrement, il est possible d'affirmer que c'est que « *la condition du travailleur est régie par le droit de la*

¹⁴⁹² J.-P. CHAUCHARD, « Les avatars du travail indépendant », Droit social 2009, 1065p. ; p. 1072, note 84.

¹⁴⁹³ G. DOLE, « La qualification juridique de l'activité religieuse », Dr. soc. 1987, 381p. ; p. 385.

¹⁴⁹⁴ En droit du travail, et au niveau des entreprises, il faut signaler les acteurs n'éprouvent nullement de difficultés sur la notion, car ils considèrent que le travailleur est un salarié qui exerce une véritable activité professionnelle dans le cadre d'un contrat de travail. D'ailleurs, c'est pour cette raison que Monsieur SAVATIER a tenu à préciser que « *les juristes réservent habituellement le mot travail à l'activité professionnelle salariée : le travailleur, c'est le salarié* ». (J. SAVATIER, « Contribution à une théorie générale de la profession », dans Dix ans de conférences d'agrégation, Études offertes à Joseph Hamel, Dalloz, 1961, 125p ; p. 3). L'activité professionnelle permet alors au travailleur de se procurer d'un travail rémunéré. La notion d'activité professionnelle suppose d'abord l'accomplissement d'une activité présentant une nature économique.

¹⁴⁹⁵ C. P. DURAND et A. VITU, Traité de droit du travail, Paris, Dalloz, Tome II, 1950 GARBAR, « Le travail de l'élu », in Le travail en perspectives, LGDJ, 1998,256p. ; p. 265.

¹⁴⁹⁶ A. SUPIOT, Critique du droit du travail, op.cit. p. 16.

*communauté de travail*¹⁴⁹⁷». Pour mieux cerner la question, il est important alors de pouvoir identifier les critères d'activité professionnelle.

2. Les critères d'identification d'activité professionnelle

La doctrine a donné une définition positive qui permet de pouvoir identifier la profession. La profession d'une personne est « *l'activité qu'elle exerce de manière habituelle en vue d'en tirer un revenu permettant de vivre*¹⁴⁹⁸ ». De cette définition sortent les différents critères de l'activité professionnelle comme une activité permanente avec une rémunération. La doctrine fait référence à l'activité qui est un élément très important dans la détermination de la profession. Une autre partie de la doctrine définit la notion comme étant la « *somme des actes ou prestations définies par contrat et accomplies pour autrui par un travailleur dans le but de subvenir (à titre principal) à son existence*¹⁴⁹⁹ ». La notion d'activité professionnelle suppose d'abord l'accomplissement d'une activité présentant une nature économique¹⁵⁰⁰. Plus précisément, « *la notion juridique d'activité professionnelle embrasse toutes les activités que l'homme déploie au profit d'autrui et en échange d'une rémunération*¹⁵⁰¹ ». Quel que soit une de ces formes citées, l'activité doit nécessairement correspondre à l'exercice d'un travail¹⁵⁰². Cela traduit tout simplement le fait que l'activité doit avoir une reconnaissance légale. Elle doit être conforme au droit positif.

Il convient de préciser que l'activité est, dans son existence, reconnue. En tant que telle, le droit qui y fait référence ne l'écarte pas complètement de la sphère juridique. C'est pour cette raison que la doctrine précise toujours que « *lorsque l'activité est captée par le droit et hissée au rang de « travail », ceci aura pour conséquence juridique essentielle de garantir à la personne l'exerçant un statut professionnel. Dans ce cas, le lien entre travail (professionnel) et statut semble automatique. Celui-ci se présente comme une contrepartie « obligatoire », comme l'une des finalités essentielles de son exercice*¹⁵⁰³ ».

¹⁴⁹⁷ P. DURAND, A. VITU, Traité de droit du travail, Paris, Dalloz, Tome II, 1950, 298p. ; p. 206.

¹⁴⁹⁸ J. SAVATIER, Contribution à une théorie générale de la profession, dans Dix ans de conférences d'agrégation, Études offertes à Joseph Hamel, Dalloz, 1961, p. 3.

¹⁴⁹⁹ J.-P. CHAUCHARD, « Les avatars du travail indépendant », op. cit., p. 1072.

¹⁵⁰⁰ Il faut signaler ici que l'activité permet de pouvoir faire la différence entre un travail personnel, c'est-à-dire une activité exercée principalement pour soi-même et un travail pour autrui, c'est-à-dire une activité exercée dans un cadre contractuel. En des termes plus clairs, il s'agit d'activité professionnelle subordonnée ou indépendante.

¹⁵⁰¹ G. DOLE, « La qualification juridique de l'activité religieuse », Dr. soc. 1987, 381p ; p. 385.

¹⁵⁰² J. SAVATIER, loc. cit. p. 158 ; G. LYON-CAEN, « L'exercice par un salarié d'une activité indépendante à titre accessoire », Dr. soc. 65, p. 564

¹⁵⁰³ D. GARDES, Essai et enjeux d'une définition juridique du travail, Open Edition Books, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, 458p. ; p. 352.

Il faut aussi signaler que l'activité doit être exercée de manière habituelle. L'accomplissement d'une activité professionnelle ne peut se faire à titre occasionnel. La permanence dans l'exercice d'une activité est caractérisée par la constance.

Le deuxième critère de l'activité professionnelle est le revenu. L'activité exercée de manière habituelle par une personne a pour but d'en tirer un revenu permettant de vivre. En droit du travail Sénégal, l'aspect rémunération est essentiel dans le dispositif juridique. D'ailleurs, en définissant la notion du travailleur, l'argent est mis en relief. « *Est considéré comme travailleur [...], toute personne qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération [...]*¹⁵⁰⁴ ». Dans la disposition citée, il ressort que le législateur montre que la rémunération¹⁵⁰⁵ est un indicateur¹⁵⁰⁶ secondaire, mais essentiel dans l'analyse de la relation d'activité professionnelle. D'ailleurs, la jurisprudence a précisé que le versement d'une rémunération est une conséquence, du salariat, lorsque celui-ci est démontré¹⁵⁰⁷.

B. La clause compromissoire dans les activités professionnelles

Il est évident que les relations d'affaires sont le plus souvent susceptibles de donner naissance à la survenance de conflits entre les différentes parties contractuelles. Ces dernières, ne désirant pas porter un coup négatif à l'image de leur entreprise, évitent que leurs conflits soient soumis à une procédure juridictionnelle de droit commun. Elles vont alors mettre en place un mécanisme juridique qui visera essentiellement à écarter le juge étatique dans la gestion des différends. À ce niveau, une clause compromissoire est le plus souvent incluse dans le contrat pour permettre de faire trancher le litige dans le cadre d'une procédure arbitrale¹⁵⁰⁸. Au Sénégal, c'est la raison pour laquelle, le droit positif a confié au juge la mission de protéger le travailleur, partie faible au sein de ce rapport de force objectivement déséquilibré qui l'oppose à l'employeur. Il est alors noté de façon évidente que le bannissement de la clause compromissoire en droit du travail est d'ordre public¹⁵⁰⁹. Elle est considérée comme une

¹⁵⁰⁴ Art. L.2 alinéa 2 du Code du Travail sénégalais.

¹⁵⁰⁵ « Une rémunération est une somme d'argent que perçoit un individu en échange de son travail. Son montant est déterminé sur un contrat de travail, et peut être fixe ou variable. La rémunération nette correspond au montant que va effectivement percevoir le salarié. Les dirigeants peuvent décider d'accorder une rémunération supplémentaire sous forme de prime ». (<https://www.daf-mag.fr/Definitions-Glossaire>, lu le 23/09/2021).

¹⁵⁰⁶ Cass. Crim. N° 01-87300 du 14 janvier 2003, Témoins de Jéhovah ; Cass. Crim. N° 03-81687 du 17 février 2004, Céline ; Cass. Soc. N° 06-45243 du 13 décembre 2007, Hervé.

¹⁵⁰⁷ Cass. Civ. 2 n° 10-12194 du 3 février 2011, Urssaf de la Haute-Vienne

¹⁵⁰⁸ Il est bien de rappeler que le législateur est très préoccupé par la protection de la partie faible au contrat. Cette protection occupe une place très importante pour maintenir la paix sociale. Elle est centrale en droit du travail. Ainsi, Il faut préciser, qu'à travers beaucoup de législations, pour des raisons de protection des travailleurs que la clause compromissoire ne reflète pas le mode de règlement habituel des litiges individuels de travail.

¹⁵⁰⁹ Ainsi, le législateur sénégalais sans hésitation, s'est très vite montré hostile vis-à-vis de l'insertion de clauses compromissoires au sein des contrats de travail dont les parties étaient dans un rapport déséquilibré. Il est important que signaler

renonciation anticipée à l'usage des voies de recours¹⁵¹⁰. Le législateur français¹⁵¹¹, à travers le code civil, plus précisément au niveau de l'article 2061 du code civil, a tenu à faire remarquer que la clause compromissoire ne peut être insérée que dans le cadre d'un contrat conclu à raison d'une activité professionnelle. La nouvelle formulation de l'article 2061 a étendu le champ d'application de la clause compromissoire. Il s'agira dans cette partie de voir d'abord la neutralisation de la clause compromissoire en droit du travail (1) avant d'aborder la clause compromissoire comme étant une source d'équilibre en droit du travail (2).

1. La neutralisation de la clause compromissoire en droit du travail

Il est évident que la clause compromissoire est un système dérogatoire du droit commun. Elle a pour principal but d'exclure la compétence du tribunal du travail sur tout litige survenant dans le cadre du contrat de travail. En acceptant la clause compromissoire, les parties conviennent d'écarter volontairement le juge étatique. Elles optent ainsi de confier volontairement la résolution du litige à un arbitre impartial et indépendant, dont la décision est souvent finale et sans appel. Il s'agit de la renonciation qui est perçue comme l'abandon d'un droit. En acceptant la clause compromissoire, le salarié et l'employeur s'engagent donc à régler de manière extrajudiciaire tout conflit qui naîtrait de leurs relations individuelles.

De façon générale, elle s'impose au juge qui a l'obligation de veiller à ce que les parties respectent leur engagement de compromettre. Le juge ne doit normalement pas s'abstenir de s'emparer du litige. Cela traduit l'incompétence du tribunal de travail à connaître le litige.

Il faut rappeler que la clause compromissoire a un double effet. Elle implique, d'une part, la renonciation du tribunal de travail d'une part et, d'autre part, l'obligation de compromettre. Le mécanisme de la clause compromissoire devrait s'imposer aux travailleurs, une fois que la convention est valable. Il faut préciser que les salariés et les employeurs seront alors liés à la convention d'arbitrage qui s'impose aux contractants. Cependant, la particularité

que la clause compromissoire n'a pas une bonne presse auprès des parties faibles au contrat de travail. Elle est perçue comme un outil assez dangereux pour ces dernières.

¹⁵¹⁰ Au Sénégal, « *le pouvoir judiciaire est gardien des droits et libertés définis par la Constitution et la loi* » (art. 91 de la Constitution sénégalaise). Le législateur sénégalais a consacré le principe de hiérarchie appelé principe du double degré de juridiction comme l'un des piliers essentiels de la démocratisation de la justice. Ce principe a pour finalité de permettre à la partie non satisfaite d'un premier jugement de pouvoir saisir une juridiction supérieure à celle qui a statué. En France, la situation semble évolutive.

¹⁵¹¹ La loi 2016-1547 en matière de règlement alternatif des différends prend en charge le régime de la clause compromissoire. La réforme a véritablement changé la vision de la clause compromissoire en droit du travail. Il est bien de rappeler qu'une clause compromissoire contractée dans une relation entre une professionnelle et un non professionnelle n'était pas valable. C'était interdit par la loi. Actuellement, il y a une grande évolution. Cette réforme a fait passer la clause compromissoire, au degré de validité par exception, à un degré de validité dans son principe.

de la clause compromissoire dans cette situation est qu'elle ne neutralise pas les juridictions étatiques. Le salarié n'est pas privé de son droit de recours au tribunal du travail.

Les salariés ont la possibilité de les saisir pour la résolution des litiges, car la signature de la convention ne lie pas totalement le salarié partie au contrat. Ainsi, les salariés ne seront plus dans une obligation de respecter la convention arbitrale signée qui était devenue irrévocable. Par la clause compromissoire, la convention d'arbitrage ne devient plus obligatoire pour les salariés et les employeurs qui ne sont plus obligatoirement obligés de saisir l'arbitre pour soumettre leurs litiges contractuels. L'arbitrage ne serait plus une procédure dangereuse pour la partie faible. La validité de la clause compromissoire dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ne semble plus faire de doute. Avant la réforme, c'était par la nullité, et même par une nullité de caractère absolu¹⁵¹² que les juridictions étatiques donnaient lieu à des sanctions pour les clauses souscrites par des non-professionnels. Cependant, depuis que la loi sur la modernisation de la justice, le législateur tenu à préciser lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée. Ici, il faut signaler que le législateur n'a pas dit que la clause souscrite par un non-professionnel est frappée de nullité. Ce dernier n'a pas non plus fait savoir que la cause est non écrite. Dans cette disposition, le législateur a tout simplement tenu à préciser que la clause compromissoire est inopposable au non-professionnel. À travers cette sanction qui est moins sévère et moins radicale que la nullité et la déclaration de non-écrite, le législateur ne fait plus de la clause compromissoire une source de danger pour les parties faibles comme le salarié et le non-professionnel. Il est assez courant de voir le juge opter de préférence à la nullité la technique voisine consistant à réputer la condition non écrite¹⁵¹³ en contentieux social surtout lorsque le salarié met en cause la distinction opérée entre les différents cas de rupture du contrat de travail.

Cette nouvelle disposition donne la possibilité aux salariés et aux non-professionnels la totale liberté sur le choix à faire concernant les modes de règlement de litige. Conscient des dangers de l'arbitrage pour les parties faibles, le législateur est intervenu avec la loi « Justice du 21^e siècle », pour neutraliser la clause compromissoire. Cette mesure est destinée à permettre aux parties faibles qui ne souhaitent pas recourir à l'arbitrage, il lui suffira de faire valoir que la clause compromissoire lui est inopposable. Il faut aussi préciser une chose importante. Le salarié qui souhaite recourir à la justice arbitrale pourra se prévaloir de la clause d'arbitrage sans que rien ne puisse l'en empêcher. Le tribunal du travail intervient pour permettre un

¹⁵¹² Cass. com., 2 déc. 1964, Bull. civ. No 533, D. 1965.

¹⁵¹³ Cass. soc., 8 avril 2010, n° 08-43.056.

maintien de l'équilibre. Ce principe de neutralisation s'avère indispensable pour le contentieux social. Ainsi, le choix laissé à la partie faible de saisir l'arbitre ou le juge, est un élément déterminant pour cerner la protection accordée au travailleur. L'inopposabilité donne aux salariés et aux non professionnels par rapport à la sanction que constitue la nullité qui, une fois prononcée, anéantit la clause et la prive d'efficacité. La souplesse de l'inopposabilité fait qu'elle n'aliène pas l'avenir. Ainsi, elle donne la possibilité aux salariés et aux non professionnels de revendiquer l'application de la clause compromissoire.

2. La clause compromissoire, une source d'équilibre en droit du travail

La réforme du code civil prend en charge la défense du contractant vulnérable, c'est-à-dire la partie réputée faible du contrat et aussi la promotion de l'équilibre contractuel. Il est vrai que dans un contrat, le salarié devrait être incontestablement le meilleur juge de son intérêt. Cependant, il faut qu'il soit en mesure ou en capacité de pouvoir apprécier tous les éléments du contrat pour négocier. Il y a ici le principe de commutativité subjective qui est très central dans les relations contractuelles. Il faut préciser que *« le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit¹⁵¹⁴ »*. *« Un contrat est dit commutatif lorsque les prestations que chacune des parties s'est engagée à fournir à l'autre, sont d'une valeur équivalente¹⁵¹⁵ »*. Cela sous-entend que le salarié, en tant que contractant, dispose entre ses mains, au moment d'accepter les conditions contractuelles pour pouvoir s'engager, la contrepartie qu'il va recevoir en échange de celle qu'il va fournir lors de sa prestation de service. Les différentes parties au contrat ont alors élaboré et ont fixé les devoirs et obligations mises à la charge pour chaque partie. La formation et son exécution doivent être encadrées par la bonne foi. D'ailleurs, la doctrine ne cesse de rappeler que *« le contrat de travail est par nature un contrat déséquilibré mettant le salarié en état de subordination moyennant rémunération du temps de travail, le législateur et le juge entendent la loyauté de l'employeur de manière extensive. Il en résulte une distinction nette entre les obligations de bonne foi respectivement de l'employeur et du salarié. De longue date, l'exigence de bonne foi est enfin requise dès la phase des pourparlers et la procédure*

¹⁵¹⁴ Art.1108 alinéa 1 du Code civil.

¹⁵¹⁵ <https://www.dictionnaire-juridique.com>, lu le 23/09/2021.

*d'embauche pour se poursuivre tout au long de l'exécution du contrat jusqu'à son extinction*¹⁵¹⁶».

Avec la réforme du code civil, il est apparu un grand changement. La clause compromissoire n'est plus perçue comme une clause déséquilibrée entre le salarié et son employeur. Le plus souvent, dans les relations contractuelles, l'employeur peut vouloir se prévaloir à l'égard du travailleur des dispositions qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle. Ainsi, à travers la clause compromissoire, l'employeur impose au salarié la saisine de la cour arbitrale et exclut toute possibilité de recours aux juridictions étatiques. Il s'agit ici d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. C'est pour cette raison que la clause compromissoire est neutre du fait de son objet purement processuel. De ce fait, « *le seul choix de recourir à la justice arbitrale serait insusceptible de créer un déséquilibre*¹⁵¹⁷».

Le plus souvent, le déséquilibre est soulevé pour la remise en cause de la convention arbitrale, c'est-à-dire de la clause compromissoire. Il s'agit pour ce cas du non-acceptation de la compétence de l'arbitre. Le déséquilibre peut être aussi évoqué dans le cadre du contrat, plus précisément du contenu du contrat. La jurisprudence avait énoncé que « *l'existence d'une clause compromissoire ne porte pas en elle-même privation de l'accès au juge et à un procès équitable*¹⁵¹⁸». Depuis longtemps la doctrine a tenu à faire expliquer la méfiance à l'égard de la clause compromissoire dans le domaine civil. Elle expliquait que « *ce n'est pas la clause elle-même qui pose problème, mais ce sont ses modalités*¹⁵¹⁹».

Pour une illustration, il peut être cité, une clause compromissoire qui, pour un litige entre un salarié sénégalais et son employeur ivoirien, prévoit un arbitrage à Yamoussoukro, une présence physique obligatoire à l'audience. Ces genres de situations ont été vécus¹⁵²⁰ en Europe surtout avec les clauses abusives. La doctrine a, dans ce cas, tenu à signaler que le fait de recourir à un arbitre à travers la clause compromissoire ne doit pas être remis en cause. Il s'agira ici de soumettre à un examen et à une sanction les modalités de la clause¹⁵²¹. L'évolution de la situation a d'ailleurs poussé les juridictions étatiques, dans le cadre de la protection de la partie faible, à l'examen du déséquilibre économique. C'est dans ce sens que la jurisprudence a admis

¹⁵¹⁶ F. CAMPAGNOLA, Bonne foi et loyauté en droit des contrats, Actualités juridiques du village, 16 septembre 2016, <https://www.village-justice.com>, lu le 23/09/2021.

¹⁵¹⁷ J. JOURDAN-MARQUES, Chronique d'arbitrage : l'arbitrage à l'épreuve du déséquilibre significatif, Dalloz, actualité quotidienne du droit, édition du 29 juillet 2020, 125p. ; p. 4.

¹⁵¹⁸ Cour fédérale de Justice d'Allemagne, [Bundesgerichtshof], 14 sept. 2000, III ZR 33/00.

¹⁵¹⁹ M. DE FONTMICHEL, L'équilibre contractuel des clauses relatives au litige, JCP, 2019. Doctr. 583, 154p. ; p. 45.

¹⁵²⁰ Soc. 30 nov. 2011, nos 11-12.905 et 11-12.906, D. 2011. 3002.

¹⁵²¹ H. MOTULSKY, L'efficacité de la clause compromissoire en matière internationale, in Écrits. Études et notes sur l'arbitrage, 2e éd., préf. C. Reymond, Dalloz, 2010, 458p ; p. 335, n° 7.

que « *l'impécuniosité est de nature à remettre en cause la compétence du tribunal arbitral*¹⁵²² ». À travers cette décision, le tribunal a élargi le champ de protection de la partie faible. Il a examiné la situation non pas sous l'angle d'un déséquilibre juridique, mais plutôt sous l'angle d'un déséquilibre économique. Il est bien de rappeler que tous les travailleurs admettent que leurs activités professionnelles sont dans une certaine mesure dirigées par l'employeur. Ils ont accepté de déléguer à l'employeur la possibilité de pouvoir organiser et de pouvoir diriger leurs activités. Donc, c'est important de rappeler que « c'est le consentement du travailleur qui fonde l'autorité du chef d'entreprise¹⁵²³ ». De même, l'employeur, lors de la conclusion du contrat de travail, consent à exercer ce pouvoir et entend l'exercer ainsi, il s'engage nécessairement à assumer les responsabilités dont le pouvoir s'accompagne. Il ne conçoit pas une relation de travail dans laquelle il ne dirigerait pas l'activité professionnelle du salarié.

¹⁵²² T. com. Paris, 17 mai 2011, n° 2011003447.

¹⁵²³ J. RIVERO et J. SAVATIER, Droit du travail, Thémis, 13e éd., PUF, 1993, 258p. ; p. 341.

CHAPITRE II : LE RECOURS À L'ARBITRAGE EN DROIT INTERNATIONAL DU TRAVAIL

Le monde des affaires est soumis à de nombreuses mutations. L'une des causes de ces évolutions vient de la concurrence accrue des marchés. Étant conscientes de l'importance de l'innovation pour rester compétitives dans le marché. Il est important de signaler que l'affolement constant des règles de l'économie en faveur d'une concurrence mondialisée pousse les acteurs du monde des entreprises à transformer leurs structures pour faire face à de nouvelles préoccupations émergentes¹⁵²⁴. Il s'agit alors d'une volonté de construire la paix sur une mise en commun des intérêts économiques. Il n'y a aucun doute que la paix entre les différentes nations a pour conséquence le rapprochement des hommes¹⁵²⁵. Il s'agit de mettre en jeu des systèmes qui permettent de contourner la prétendue rigidité du contrat de travail. C'est à ce niveau qu'intervient le développement des accords collectifs qui ont essentiellement comme principal objectif de flexibiliser les relations de travail¹⁵²⁶. Le déplacement des travailleurs s'entend actuellement comme une mobilité sur le marché du travail, et non plus seulement dans l'entreprise. Il devient alors impératif pour les autorités étatiques de sécuriser la mobilité de ces salariés. Il est bien de préciser l'émigration des sénégalais est une réalité dans ce monde¹⁵²⁷. Le déplacement¹⁵²⁸ des travailleurs s'est diversifié à travers le monde grâce aux groupes

¹⁵²⁴ Les entreprises mettent alors en place des stratégies qui vont permettre la bonne gestion des ressources humaines. Tout juste après la Seconde Guerre mondiale qui était un conflit armé à l'échelle planétaire qui dure du 1er septembre 1939 au 2 septembre 1945, une nouvelle conception du vouloir vivre en commun fit jour.

¹⁵²⁵ Autrement dit, il s'agit de l'internationalisation des échanges économiques. Actuellement, la volonté politique est passée la réalité économique. Avec l'essor de l'implantation des entreprises dans beaucoup de pays étrangers, les travailleurs salariés sont devenus des éléments indispensables sur ce nouvel échiquier économique. Il est alors essentiel pour les entreprises de recherche de la souplesse dans la gestion des activités.

¹⁵²⁶ Sur l'immigration internationale, selon les dernières études de l'ASND, « *le Sénégal est un pays d'accueil traditionnel de populations d'origines diverses. Cette immigration reste dominée par les pays limitrophes et notamment la Guinée (43%), le Mali (10%), la Gambie (7%) et la Guinée-Bissau (6%). Ces quatre pays représentent 66% de la population étrangère établie au Sénégal. À cet égard, la Mauritanie, autre pays limitrophe, se distingue par l'importance de ses ressortissants parmi les réfugiés au Sénégal (94% des effectifs) selon les données fournies par le HCR. La répartition de ces immigrés internationaux par rapport à leurs régions d'établissement au Sénégal montre une forte concentration à Dakar (57%). Quelle que soit la nationalité, la région de Dakar accueille l'essentiel des immigrés établis au Sénégal ; les autres régions d'accueil les plus importantes étant Ziguinchor (6,7%) et Kolda (6,1%)* ». ANSD-OIM, Migration au Sénégal - Profil Migratoire du Sénégal 2018, p. 16.

¹⁵²⁷ Les données du dernier recensement de la population de 2013, ont montré que « *les 10 premiers pays de destination des Sénégalais se répartissent entre l'Europe occidentale (France, Italie, Espagne), l'Afrique de l'Ouest (Mauritanie, Gambie, Côte d'Ivoire, Mali), l'Afrique Centrale (Gabon, Congo) et l'Afrique du Nord (Maroc)* ». Par ailleurs, « *le nombre de travailleurs immigrés au Sénégal pour des raisons strictement professionnelles (contrats de travailleurs déplacés hors de leur résidence habituelle visés par la Direction Générale du Travail et de la Sécurité sociale) est de 871 pour l'année 2017. Ces travailleurs migrants se répartissent entre 684 contrats à durée indéterminée et 187 contrats à durée déterminée, et concernent 830 hommes contre 41 femmes* ». ANSD-OIM, Migration au Sénégal - Profil Migratoire du Sénégal 2018, p. 83.

¹⁵²⁸ Ces statistiques prouvent que le droit du travail possède une obédience internationale. D'ailleurs, avec la mondialisation, il est constaté comme conséquence la multiplication des relationnelles d'affaires et aussi celle des travailleurs dans différents pays. Il faut signaler que le mouvement des travailleurs d'un État à un autre n'est pas le déplacement des hommes un phénomène nouveau. La mutation des salariés hors de leur travail d'origine est une chose courante. Cependant, la nouveauté réside sur la diversification du modèle économique. Il faut signaler qu'au début, le déplacement des travailleurs à travers le concept dès « l'immigration du travail », ne concernait que les salariés nécessaires qui ne parvenaient pas à couvrir ses charges sociales. Ils se déplacent dans un pays pour trouver un travail descend. Si les conditions de travail sont acceptables, ils pourraient séjourner

internationaux qui ont une nouvelle orientation du statut du travailleur en déplacement. Ils préconisent des carrières internationales. Autrement dit, il s'agit de recruter des travailleurs disponibles et engagés à se déplacer fréquemment de pays en pays là où les intérêts de l'entreprise se font sentir. Ainsi, ces travailleurs, durant toutes leurs carrières, seront en contact avec plusieurs systèmes juridiques. Le rattachement des travailleurs à plusieurs ordres juridiques complique la situation des déplacés. Ces personnes sont dans des situations plus compliquées. Il paraît évident qu'avec la mondialisation, les législations du travail doivent obligatoirement s'adapter à l'ouverture des marchés très compétitifs et surtout aux organisations industrielles plus complexes. Il s'agira ici de voir dans un premier temps le contrat de travail international (section 1) puis de voir dans un second temps l'admission de la clause compromissoire en droit international du travail (section 2).

Section I : Le contrat de travail international

Il peut arriver qu'un salarié désire partir travailler hors de son pays d'origine. Dans ce genre de situation, le salarié peut rester attaché au droit de son pays d'origine ou s'attacher au droit du pays dans lequel il s'installe. Les relations de travail, aussi bien collectives qu'individuelles, dans les différentes entreprises présentent de nombreuses problématiques juridiques. Ces relations de travail constituent un assez large carrefour concernant des questionnements liés aux typologies de contrats et sur le déplacement des travailleurs. Il faut noter actuellement que le droit international du travail s'inscrit dans un réseau contractuel d'entreprises avec des États d'accueil et certaines entreprises transnationales¹⁵²⁹. L'OIT a fait une priorité la «*défense des intérêts des travailleurs occupés à l'étranger*¹⁵³⁰». Cette vision¹⁵³¹ sur la protection des travailleurs étrangers a été renforcée par deux déclarations extrêmement importantes sur les principes et droits fondamentaux au travail¹⁵³². Ces orientations internationales permettent à chaque État membre de mettre en place une politique valorisant le traitement équitable pour les travailleurs déplacés, car une «*approche équitable pour tous les*

longtemps dans le pays. Actuellement, l'immigration du travail a pris une autre tournure avec la variété d'organisations qui permet de mettre en place différents outils juridiques pour mieux organiser les relations d'affaires.

¹⁵²⁹ Au niveau international, la situation des travailleurs étrangers a toujours occupé une place de choix. L'Organisation Internationale du Travail (OIT) est la principale source du droit international du travail grâce à ses instruments juridiques: les conventions et les recommandations. Si les conventions sont des traités internationaux obligatoires par ses États Membres, une fois ratifiées, les recommandations, par contre n'ont pas le même degré d'importance comme les conventions, car elles ne sont pas obligatoires. Les recommandations sont des propositions de directives qui visent à la mise en place des politiques nationales des États membres.

¹⁵³⁰Préambule de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail de 1919, <https://www.ilo.org>, lu le 23/29/2020.

¹⁵³¹ «*La contribution des migrations de main-d'œuvre à l'emploi, à la croissance économique, au développement et à la réduction de la pauvreté devrait être reconnue et portée à son niveau le plus élevé, au bénéfice tant des pays d'origine que des pays de destination*». Principe 15 du Cadre multilatéral de l'OIT pour les migrations de main-d'œuvre.

¹⁵³² La Déclaration de Philadelphie de 1944 et la Déclaration de 1998.

*travailleurs migrants requiert une approche fondée sur les droits, conformément aux normes internationales du travail et aux principes de l'OIT existants*¹⁵³³». La protection des travailleurs déplacés a pour but de mieux contribuer non seulement au développement des pays d'origine, par l'allègement des tensions du marché du travail, par le transfert de l'épargne, en améliorant leurs compétences et au développement dans les pays de destination, avec l'augmentation de la demande de main-d'œuvre, en faisant augmenter la demande de biens et de services. Il s'agira d'étudier dans un premier temps la qualification du contrat de travail international (paragraphe 1) et de voir dans un second temps le droit applicable en droit du travail international (paragraphe 2).

Paragraphe I : La qualification du contrat de travail international

Avec les grandes mutations intervenues dans les relations contractuelles du monde du travail, il est apparu de nouvelles formes de travail qui ne respectent pas toujours les paramètres de la relation de travail. À travers plusieurs pays, les acteurs du monde des affaires ont usé de la flexibilité pour innover de nouvelles approches sur le statut du travailleur qui se déplace pour des raisons professionnelles. Beaucoup de travailleurs sont dans des situations de mutations qui ne sont pas assez précises en matière d'emploi. Malheureusement, certains peuvent se retrouver dans une position où ils ne bénéficient d'une protection¹⁵³⁴. La doctrine avait attiré l'attention sur le fait que « *le droit du travail doit [...] être perçu, à l'instar de toute autre politique étatique, comme le résultat d'un jeu de pouvoir entre les différents acteurs sociaux. La mondialisation de l'économie menace l'équilibre actuel du droit du travail, que celui-ci soit perçu d'une façon ou de l'autre. Par contre, le droit interne recèle certaines facultés d'adaptation à l'internationalisation de l'économie. De plus, toute action de l'État visant à assurer certains acquis sociaux dans un contexte de mondialisation doivent aussi miser sur un niveau transnational ou international de régulation*¹⁵³⁵ ». Au niveau interne, chaque législateur est soucieux de la protection des salariés et de la structure économique et sociale. Ce qui le pousse à clarifier la notion des relations internationales de travail. Cette qualification a donc

¹⁵³³ 92e session de la Conférence internationale du Travail, 1-17 juin 2004.

¹⁵³⁴ D'ailleurs, le rapport du Bureau international du Travail a fait remarquer que « *les experts constatent que différentes études nationales ont grandement contribué à alimenter les banques d'informations disponibles sur la relation de travail et sur la mesure dans laquelle des travailleurs dépendants ont cessé d'être protégés par la législation du travail. Ils sont convenus que les pays devraient adopter ou poursuivre une politique nationale aux termes de laquelle ils devraient, à des intervalles appropriés, réviser et, si nécessaire, clarifier ou adapter le champ d'application de la relation de travail dans la législation en prenant en considération les réalités de l'emploi* ». La relation de travail, Conférence internationale du Travail, 95^e session, 2006, p. 5.

¹⁵³⁵ M.-A. MOREAU, « Les transformations des normes du travail et des relations du droit de travail à la mondialisation de l'économie: comment construire des nouvelles réponses ? », dans *Mondialisation : Utopie, fatalité ou alternatives ?*, Coll. Philosophie, Université Saint-Louis, Bruxelles, 2008, 245p. ; p. 169.

des implications qui acceptent la seule volonté des parties, d'où la qualification volontaire ne s'impose pas au juge. C'est à ce dernier de qualifier la nature de la relation par son aptitude souveraine. Il s'agira essentiellement de déterminer dans un premier le contrat de travail international (A) avant de voir les différents statuts du travailleur étranger au Sénégal (B).

A. La détermination du contrat de travail international

Le développement du secteur économique se traduit par l'interdépendance des frontières. Avec l'ouverture des frontières, les territoires nationaux, les entreprises étrangères se sont considérablement implantées à travers le monde. « *Le trait commun de penseurs et économistes du 19^{ème} siècle est qu'il ne faut pas que le progrès social en matière de droit du travail soit freiné par la crainte de chaque pays de se mettre en position défavorable -ce qui correspond, déjà, à une vision économique du droit puisque l'on raisonne en terme de coût, et qui n'est pas sans rappeler l'analyse économique du droit qui a tant le vent en poupe¹⁵³⁶* ». Les pouvoirs de l'employeur semblent s'exercer au niveau de plusieurs États. D'une façon générale, il est assez courant que la détermination du contrat de travail international soit faite en rapprochement avec les éléments de définition du contrat de travail au niveau national. Il s'agit ici de préciser que la qualification du contrat de travail international n'est pas une chose aisée, ni facile à appréhender, car le contrat se positionne à travers plusieurs ordres juridiques. Cette situation crée l'internationalisation des relations contractuelles, surtout avec le lien de subordination. La doctrine a précisé que « *les caractéristiques juridiques propres au contrat de travail international, un réseau de droits et d'obligations liés à la mobilité ou à l'expatriation du salarié¹⁵³⁷* ». De ce fait, il est évident de préciser que l'internationalisation du droit du travail a une relation très rapprochée avec l'économie. *C'est pour cette raison que le contrat du travail international est appréhendé « comme un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières, des conséquences payées dans un pays comme dans l'autre¹⁵³⁸* ». Les positions de dominations économiques poussent à la protection des travailleurs, parties faibles, contre les abus des parties fortes. Il s'agira essentiellement de déterminer dans un premier la notion du contrat de travail international (1) et de voir les sources du contrat de travail international (2).

¹⁵³⁶ A. DONNETTE- BOISSIERE, *Leçons de Droit social international et européen*, Collection « Leçons de droit », éd. Ellipses, 2015, 158p. ; p. 36.

¹⁵³⁷G. LYON-CAEN, *Les relations de travail internationales*, éd. Laisn, 1991, 158p. ; p. 67.

¹⁵³⁸ Cass. civ. (fr.) 17 mai 1927, *Dalloz périodique*, 1928.1.25, note H. CAPITANT ;128p.; p. 58.

1. Le contrat de travail international

En droit du travail, lorsqu'un salarié est envoyé à l'étranger, cette opération se désigne par le terme « contrat de travail international ». Cependant, ce dernier n'est pas défini dans le Code du Travail. Il n'y a pas de définition légale de la notion de contrat de travail international. Il a été fait un rapprochement avec le contrat international pour cerner la notion. D'une façon générale, il est assez courant que la détermination du contrat de travail international soit faite en accommodement avec les éléments de définition du contrat de travail au niveau national.

Il s'agit ici de la qualification du contrat de travail international faite sur la base de la définition fournie par le droit interne¹⁵³⁹. La conclusion du contrat de travail obéit à des conditions de fond et à des conditions de forme. La doctrine précise que « *le contrat de travail international peut se définir comme mettant en présence plusieurs systèmes juridiques de nationalités différentes (nationalité d'une des parties ou exécution à l'étranger)*¹⁵⁴⁰ ». Le contrat de travail international permet la rencontre de diverses ramifications juridiques. Certains penseurs le qualifient comme étant un « *contrat de travail au pluriel, car il en existe différentes formes en fonction de la situation juridique et professionnelle du travailleur*¹⁵⁴¹ ». Le contrat de travail international présente un paramètre d'extranéité qui le raccorde à une situation internationale. En terme facile, la doctrine a précisé qu'un « *contrat de travail est international lorsque, conclu dans un pays, il est exécuté dans un autre pays*¹⁵⁴² ». Avec ces éléments d'extranéité, il est évident que le contrat international va exister dans différents milieux juridiques et géographiques qui dépassent considérablement les espaces d'un seul État. Il s'agit de l'internationalisation des rapports de travail. Le caractère international est appréhendé en fonction du rapport de droit rattaché par l'un des éléments déterminants ou bien à un ou plusieurs ordres, différents l'ordre juridique étatique. Cependant, il faut signaler que la doctrine a tenu à préciser que « *les éléments de rattachement n'ont pas le même poids, seuls peuvent faire passer le rapport de droit de l'ordre interne à l'ordre international les éléments*

¹⁵³⁹ Paradoxalement, le Code du Travail sénégalais ne définit pas le contrat de travail et pourtant c'est l'existence d'un tel contrat qui détermine l'application du droit du travail. Il est possible néanmoins de relever les critères constitutifs du contrat de travail à partir de la définition du travailleur telle que prévue par l'article L2 du Code du Travail. Le législateur précise qu'est « *considéré comme travailleur au sens de la présente loi, quel que soit son statut et sa nationalité, toute personne qui s'est engagé à mettre son activité professionnelle moyennant rémunération sous la direction et l'autorité d'une autre personne, physique ou morale [...]* ». Par ces éléments, le contrat de travail peut alors être défini comme une convention par laquelle l'une des parties appelée salarié s'engage à fournir à l'autre partie appelée employeur ses services personnels sous la direction et le contrôle de celle-ci, promet une rémunération. Contrairement au contrat de travail national qui est régi par le droit interne étatique, le contrat de travail international est essentiellement associé à la présence de droits plurinationaux.

¹⁵⁴⁰ M. BOURGUIGNON, Mobilité internationale: un contrat de travail pertinent, Mines – 20 mars 2007, VAE SOLI, <https://www.inter-mines.org>, lu le 23/09/2020

¹⁵⁴¹ A. HAUMONTE, Le Contrat de Travail International, l'essentiel à savoir, publié, le 15 octobre 2021, <https://www.l-expert-comptable.com>, lu le 12/12/2021.

¹⁵⁴² C. BRAZ, Le contrat de travail international, publication, 3 février 2003, <https://www.village-justice.com>, lu le 23/09/2021.

*déterminants ou pour être clair, les éléments significatifs*¹⁵⁴³». Il faut préciser à ce niveau que le contrat conclu dans un pays donné comme par exemple au Sénégal, devra être exécuté dans un autre pays. Avec l'existence du lien d'extranéité, le salarié devra alors impérativement exécuter ses prestations de services dans un autre État différent de son pays. Autrement dit, le salarié doit satisfaire ses obligations à l'étranger. À ce niveau, le contrat de travail international donne un visage assez singulier avec la présence d'une clause. Il s'agit de la clause de mobilité. Une clause de mobilité¹⁵⁴⁴ est une clause par laquelle le salarié accepte, à l'avance, que son lieu de travail puisse être modifié. Elle est appréhendée comme un instrument juridique par lequel l'employeur se donne le droit, dans certaines conditions et circonstances, de modifier le lieu d'exécution du travail d'un salarié dans une zone géographique donnée. La jurisprudence impose l'observation de certaines formalités. La Cour de Cassation a précisé que « *l'ajout d'une clause de mobilité au contrat de travail pour un motif économique constitue une modification du contrat de travail et impose l'observation de la formalité prévue*¹⁵⁴⁵ ». Au niveau international, « *toute modification des éléments visés à l'article 2 paragraphe 2 et à l'article 4 paragraphe 1 doit faire l'objet d'un document écrit à remettre par l'employeur au travailleur dans les plus brefs délais et au plus tard un mois après la date de la prise d'effet de la modification concernée*¹⁵⁴⁶ ». Le contrat de travail international comporte une caractéristique assez particulière. De cette particularité sont dégagés des critères importants qui permettent de mieux appréhender la notion de contrat international de travail.

2. Les sources du contrat de travail international

Avec l'objectif de promouvoir l'attraction des investisseurs au niveau national, le législateur prône l'externalisation du travail, mais tout en luttant contre les abus du libre marché.

¹⁵⁴³ A. MEZGHANNI, Commentaires du Code de droit international privé, CPU, 1999, 187p. ; p. 28.

¹⁵⁴⁴ La clause de mobilité est insérée au contrat de travail, permet à l'employeur de déplacer le travailleur d'un pays à un autre. À travers cette clause, ce dernier prend l'engagement à exécuter des changements. Il faut expliquer que le contrat de travail doit mentionner clairement sans aucune nuance, la possibilité pour le travailleur d'exécuter ses obligations contractuelles dans une localité précise. Après conclusion du contrat de travail, toute modification de la localité d'exécution de prestations de travail, est considérée comme une modification du contrat de travail avec des conséquences assez considérables pour le travailleur.

¹⁵⁴⁵ Cour de Cassation, Chambre sociale, du 25 janvier 2006, 03-46.794, Inédit

¹⁵⁴⁶ Art. 5, Directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail.

Le contrat international est un contrat qui a la particularité pour le travailleur d'effectuer ses prestations de travail dans un pays étranger¹⁵⁴⁷. La mobilité externe des travailleurs est appréhendée comme celle qui engendre une séparation permanente entre le travailleur et l'entreprise. Dans cette situation, il convient de veiller à approcher le désir de mobilité du salarié en fonction de sa satisfaction déclarée dans l'emploi et de ses avantages pécuniaires ou non liés à l'emploi. Au niveau international, deux conventions de l'OIT spécifiques aux travailleurs migrants ont été élaborées. Il s'agit essentiellement de la convention pour la migration pour le travail de l'OIT¹⁵⁴⁸, et de la convention sur les travailleurs migrants de l'OIT¹⁵⁴⁹. À ces deux conventions s'ajoutent deux autres textes assez importants. Il s'agit de la recommandation concernant les travailleurs migrants¹⁵⁵⁰ et celle concernant la migration pour le travail¹⁵⁵¹. Tous les États ont pris l'engagement de mettre en place une politique et une législation nationale relative à l'émigration et à l'immigration, de prendre des dispositions particulières des accords généraux et des arrangements concernant le mouvement des travailleurs migrants et leurs conditions de travail et de vie¹⁵⁵².

Au Sénégal, il existe des dispositions législatives et réglementaires relatives à certains aspects des migrations internationales. Les autorités sénégalaises ont aussi développé divers partenariats dans le domaine de la migration. Le Sénégal s'est engagé dans une dynamique de coopération bilatérale et multilatérale en vue d'une gestion efficace des problèmes de migration et de développement. Les autorités étatiques pour mieux consolider les liens d'amitié existant

¹⁵⁴⁷ Avec le contrat international du travail, il faut préciser que le déplacement du travail de son pays d'origine à son pays d'accueil, peut prendre plusieurs visages. Il s'agit de la mobilité du salarié. Avec la récente crise financière de 2008, le monde économique beigne dans un contexte d'incertitude des entreprises. Le travail devenu central, les salariés assistent à la modification de leurs carrières due par de nombreux changements. Il est important de préciser que ces mobilités sont parfois désirées et parfois contraintes. L'internationalisation du contrat de travail doit obligatoirement répondre aux exigences de protection des travailleurs. Il s'agit d'un souci lié à l'impératif de la protection du salarié dans un milieu avec un essor économique dynamique.

¹⁵⁴⁸ Convention n° 97 de l'OIT de 1949.

¹⁵⁴⁹ Convention n° 143 de l'OIT de 1975.

¹⁵⁵⁰ Recommandation n° 151 de l'OIT.

¹⁵⁵¹ Recommandation n° 86 de l'OIT.

¹⁵⁵² « Tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à appliquer, sans discrimination de nationalité, de race, de religion ni de sexe, aux immigrants qui se trouvent légalement dans les limites de son territoire, un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'il applique à ses propres ressortissants en ce qui concerne les matières suivantes: (a) dans la mesure où ces questions sont réglementées par la législation ou dépendent des autorités administratives: (i) la rémunération, y compris les allocations familiales lorsque ces allocations font partie de la rémunération, la durée du travail, les heures supplémentaires, les congés payés, les restrictions au travail à domicile, l'âge d'admission à l'emploi, l'apprentissage et la formation professionnelle, le travail des femmes et des adolescents; (ii) l'affiliation aux organisations syndicales et la jouissance des avantages offerts par les conventions collectives; (iii) le logement; (b) la sécurité sociale (à savoir les dispositions légales relatives aux accidents du travail, aux maladies professionnelles, à la maternité, à la maladie, à la vieillesse et au décès, au chômage et aux charges de famille, ainsi qu'à tout autre risque qui, conformément à la législation nationale, est couvert par un système de sécurité sociale), sous réserve: (i) des arrangements appropriés visant le maintien des droits acquis et des droits en cours d'acquisition; (ii) des dispositions particulières prescrites par la législation nationale du pays d'immigration et visant les prestations ou fractions de prestations payables exclusivement sur les fonds publics, ainsi que les allocations versées aux personnes qui ne réunissent pas les conditions de cotisation exigées pour l'attribution d'une pension normale; (c) les impôts, taxes et contributions afférents au travail, perçus au titre du travailleur; (d) les actions en justice concernant les questions mentionnées dans la présente convention ». Art. 6, C097 - Convention (n° 97), sur les travailleurs migrants (révisée), 1949.

entre le pays, pour mieux coopérer dans le domaine social sur la base de la réciprocité, du respect et de l'intérêt mutuels, mettent en place des conventions qui affirment leur attachement au principe de l'égalité de traitement des ressortissants des États au regard de la législation de sécurité sociale de chacun d'eux. Ces conventions ont pour finalité de continuer à assurer à leurs ressortissants les droits acquis en vertu de la législation de l'un des États. De ce fait, les conventions nouvellement conclues sont destinées à se substituer aux règles internes. C'est pour cette raison qu'il a ratifié la plupart des conventions internationales relatives à la migration¹⁵⁵³. Il a également signé des accords bilatéraux¹⁵⁵⁴ et multilatéraux de gestion des migrations avec un certain nombre de pays et d'organisations communautaires¹⁵⁵⁵ régionales et d'institutions internationales dans le domaine de la migration. Les accords bilatéraux sont des « *actes juridiques résultant de la rencontre des volontés de deux sujets de droit international, et soumis par eux à ce droit*¹⁵⁵⁶ ». Certains accords bilatéraux portent spécifiquement sur le droit du travail. Ils stipulent des normes minimales sur le droit matériel et sur l'application du droit de la sécurité sociale. Ils sont généralement conclus entre différents pays. Il faut signaler qu'au niveau du

¹⁵⁵³ Les conventions relatives à la migration ratifiées sont : Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1866 ; - Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 1966 ; - Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 1979 ; - Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ; - Convention internationale relative aux droits de l'enfant ; - Protocole additionnel à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés ; - Protocole additionnel à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfant, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants ; - Convention internationale contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (CAT), décembre 1984 ; - Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées ; - Convention internationale relative à la protection de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille ; - Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ; - Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage ; - Convention des NU contre la criminalité transnationale organisée ; - Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées ; - Protocole additionnel à la Convention des NU contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants ; - Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer ; - Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés ; - Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés.

¹⁵⁵⁴ Convention d'établissement avec le Maroc (1964) et la Mauritanie (1978) ; Convention sur la circulation des personnes avec le Gabon (1979) ; Accord relatif à l'emploi et au séjour des travailleurs mauritaniens au Sénégal et des travailleurs sénégalais en Mauritanie (1972) ; avec la France, Convention sur la circulation et le séjour des personnes (1995, 2002), conventions d'établissement et de co-développement (2000) et accord relatif à la gestion concertée des flux migratoires (2006).

¹⁵⁵⁵ Protocole de 1979 A/P.1/5/79 relatif à la libre circulation des personnes, le droit de résidence et d'établissement ; Protocole additionnel de 1985 A/SP.1/7/85 portant Code de conduite pour l'application du

Protocole sur la libre circulation des personnes, le droit de résidence et d'établissement ; Protocole additionnel de 1986 A/SP.1/7/86 relatif à l'exécution de la deuxième étape (droit de résidence) du Protocole sur la libre circulation des personnes, le droit de résidence et d'établissement ; Protocole additionnel de 1989 A/SP.1/6/89 modifiant et complétant les dispositions de l'article 7 du Protocole sur la libre circulation, le droit de résidence et d'établissement ; Décision de 1990 A/DEC.2/5/90 portant institution d'une carte de résidence des États membres de la CEDEAO ; Protocole additionnel de 1990 A/SP.2/5/90 relatif à l'exécution de la troisième phase (droit d'établissement) du Protocole sur la libre circulation des personnes, le droit de résidence et d'établissement ; Acte additionnel de 2013 A/SA.1/07/13 relatif à la création et à l'implantation de postes de contrôle juxtaposés aux frontières des États membres de la CEDEAO ; Acte additionnel de 2014 A/SA.1/07/14 portant amendement de l'alinéa 8 de l'article 1, des alinéas 1 et 2 de l'article 3, Et des alinéas 1 et 2 de l'article 5 du protocole a/p1/5/79 sur la libre circulation des personnes, le droit de résidence et d'établissement, relatifs aux documents de voyage ; Acte additionnel de 2014 A/SA.2/07/14 portant amendement de l'alinéa 9 de l'article 1er du protocole a/sp.1/7/85 sur le Code de conduite pour l'application du protocole sur la libre circulation des personnes, le droit de résidence et d'établissement ; Acte additionnel de 2014 A/SA. 3/07/14 abrogeant les articles 5, 6, 7, 8 et 9 relatif à la carte et permis de résidence du chapitre iii du protocole A/SP.1/7/86 sur la mise en œuvre de la seconde phase (droit de résidence) du protocole sur la libre circulation des personnes, le droit de résidence et d'établissement ; Décision ALDEC.1/07/14 modifiant la décision ALDEC 2/7/85 portant institution d'un carnet de voyage des États-membres de la CEDEAO.

¹⁵⁵⁶ <https://www.universalis.fr>, lu le 12/08/2021.

partenariat, le Sénégal a signé beaucoup d'accords visant à sécuriser ses travailleurs ressortissants ou bien les travailleurs étrangers. Ces accords visent essentiellement la protection des salariés déplacés surtout par rapport au statut.

B. Le statut de travailleur étranger

En droit du travail, lorsqu'un salarié est envoyé à l'étranger, le terme « contrat de travail international » fait surface. Le salarié en déplacement hors de son territoire d'origine peut être dans une juridiquement complexe et la détermination de son statut s'avère difficile¹⁵⁵⁷. « *De plus en plus, les travailleurs sont contraints de se déplacer dans le monde ou en Europe*¹⁵⁵⁸ ». Il faut cependant préciser que le droit international a fait état du statut du travailleur étranger¹⁵⁵⁹. Si la convention de Rome a mentionné a fait cas du salarié étranger à titre temporaire dans un État, le règlement européen donne des précisions en affirmant que « *le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays*¹⁵⁶⁰ ». Le salarié détaché¹⁵⁶¹ n'est pas pareil et n'a pas le même statut que le travailleur migrant¹⁵⁶². « *Les salariés étrangers ont en général un contrat de travail écrit, pour les formalités de permis de travail*¹⁵⁶³ ». Il faut préciser que les éléments fournis par le Code du Travail ne sont pas suffisants pour déterminer le statut juridique du salarié déplacé. « *Un statut un ensemble de dispositions contractuelles, légales ou réglementaires qui définissent les règles impersonnelles et objectives applicables à une situation juridique déterminée*¹⁵⁶⁴ ». Il faudra recourir à divers textes pour saisir la situation du salarié déplacé qui se retrouve rattaché à plusieurs ordres

¹⁵⁵⁷ « *Le Droit du travail se préoccupe principalement de régler les rapports entre les employeurs et les travailleurs salariés de toutes les professions* ». Au niveau mondial, il est de plus en plus courant pour les employeurs, de mettre des travailleurs à la disposition d'utilisateurs. C'est une branche du Droit qui a un caractère dynamique. De ce fait pour ne pas tomber dans des carcans de définitions mécaniques, la doctrine conseille plutôt « *d'en avoir une notion fonctionnelle sinon opératoire, rendant compte d'une action ou même d'une pratique* » (C. LYNCK et L. CAEN, Précis de Droit du Travail. Dalloz, 1965, 158p. ; p. 3).

¹⁵⁵⁸ : C-E. CLESSE, M. MORSA, Travailleurs détachés et mis à disposition, Éditions Larcier, publié, 2015, 689p. ; p. 607

¹⁵⁵⁹ Article 6 § 2 a de la convention de Rome de 1980 « Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, le contrat de travail est régi : a) par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays ; ».

¹⁵⁶⁰ Règlement CE n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I », JO n° L177 du 4 juillet 2008, article 8§2.

¹⁵⁶¹ Cette définition est renforcée par la définition du législateur français qui précise à l'article L.1261-3 du Code que le travailleur détaché est « *tout salarié d'un employeur régulièrement établi et exerçant son activité hors de France et qui, travaillant habituellement pour le compte de celui-ci, exécute son travail à la demande de cet employeur pendant une durée limitée sur le territoire national dans les conditions définies [...]* ».

¹⁵⁶² Ce dernier qui s'installe dans un autre pays pour y exercer une activité professionnelle de manière pérenne. Le contrat de travail international se définit en mettant en présence plusieurs systèmes juridiques appartenant à des entités territoriales différentes. Le contrat de travail est soit oral soit formalisé par un écrit.

¹⁵⁶³ J-R. GAUTIER, Je m'installe en Australie, publié en juin 2011, 258p. ; p. 116.

¹⁵⁶⁴ <https://www.dictionnaire-juridique.com>, lu le 23/09/2020.

juridiques¹⁵⁶⁵. Cependant, il est bien de préciser que le déplacement du salarié peut ne pas se faire l'objet d'un nouveau contrat de travail, mais plutôt d'un avenant¹⁵⁶⁶ au contrat existant. Avec le contrat de travail international, il est possible de distinguer deux principaux modes d'exécution du travail à l'étranger : le détachement (1) et l'expatriation (2).

1. Le détachement

Au Sénégal, ces notions de détachement et de l'expatriation n'ont pas une définition bien qu'elles soient régies par la réglementation en matière de sécurité sociale ainsi que l'existence ou d'une convention¹⁵⁶⁷ bilatérale de sécurité sociale signée entre le Sénégal et la France. « *Ne sont pas assujettis au régime de sécurité sociale du pays du lieu de travail et demeurent soumis au régime de sécurité sociale du pays d'origine : les travailleurs salariés détachés par leur employeur dans l'autre pays pour y effectuer un travail déterminé, pour autant que la durée du détachement n'excède pas trois ans, y compris la durée des congés*¹⁵⁶⁸ ». De cette disposition, sortent les différents éléments qui permettent de définir le détachement. « *Le détachement se définit comme l'affectation temporaire par l'employeur d'un salarié à un lieu d'exécution du contrat de travail différent de celui fixé par le contrat. S'entend, en droit de la Sécurité sociale, d'un travailleur envoyé à l'étranger pour une durée limitée, avec maintien d'un lien de subordination avec l'entreprise qui le détache*¹⁵⁶⁹ ». Dans le détachement, l'employeur met pour un temps assez limité son employé à la disposition d'une autre entreprise située hors de son pays. Donc, le travailleur détaché hors de son pays d'origine, à l'étranger, est le salarié ou bien l'employé qui, sous contrat avec son employeur, est mis, dans le cadre d'une mission hors de la zone d'implantation de l'entreprise par son employeur. *Le détachement est le fait pour un employeur établi au Sénégal de faire travailler en France ses salariés pour un objet et une durée limitée.* Il est alors évident de retenir que l'exécution d'une prestation de

¹⁵⁶⁵ Cette situation est assez particulière car « *le Code du Travail a adapté une formulation à la fois plus simple et plus conforme à l'esprit des pays de droit écrit, en procédant à partir d'une définition tenant lieu en quelque sorte de principe général. Cette méthode, tout en assurant plus de simplicité et répondant « grosso modo » aux exigences du Droit du travail, peut cependant entraîner de graves complications lorsqu'elle n'est employée que partiellement, ou lorsque le principe que l'on veut poser à la base n'est pas suffisamment défini pour nous permettre une application facile aux situations de faits* ». (G. TOUCHETTE et G. WELLS, *La détermination du statut de salarié, Les Cahiers de droit, Volume 8, numéro 3, 1966, 485p. ; p. 311.*)

¹⁵⁶⁶ L'avenant est un instrument juridique qui permet aux différentes parties du contrat de travail, d'effectuer une modification du contrat déjà établi. Autrement dit, c'est un acte juridique qui se traduit par la rédaction d'une clause ou d'une convention additionnelle. Avec le contrat international du travail, l'avenant règle l'ensemble des questions matérielles et pratiques liées à la mission, et fixe un complément de rémunération préalablement négocié avec le salarié.

¹⁵⁶⁷ Convention générale de sécurité sociale entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Sénégal (ensemble cinq protocoles), signée à Paris le 29 mars 1974 (telle que modifiée par l'avenant n° 1 du 21 décembre 1992).

¹⁵⁶⁸ Art. 5, Convention générale de sécurité sociale entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Sénégal (ensemble cinq protocoles), signée à Paris le 29 mars 1974 (telle que modifiée par l'avenant n° 1 du 21 décembre 1992).

¹⁵⁶⁹ <https://www.editions-tissot.fr>, lu le 13/05/2020.

travail donne une possibilité de conduire un salarié à être détaché à l'étranger. Cette possibilité du détachement est liée essentiellement aux clauses du contrat qui obéissent à des règles bien spécifiques.

Il est intéressant de rappeler que le détachement se caractérise par le maintien au régime de protection sociale du pays habituel d'emploi du travailleur durant un temps déterminé, dont, il exerce son activité professionnelle sur le territoire d'un autre pays¹⁵⁷⁰. Autrement dit, un salarié sénégalais est « détaché » lorsque son employeur décide que pendant sa mission professionnelle temporaire dans un autre pays, il continuera à relever de la législation sénégalaise de sécurité sociale. La particularité du détachement est qu'il a une durée de vie limitée à trois ans. Il faut préciser à ce niveau qu'il y a une possibilité de prolonger le détachement au-delà de la durée initialement prévue¹⁵⁷¹. Puisque le salarié détaché est amené à travailler temporairement à l'étranger, pour le compte de son employeur, il convient de retenir, à ce niveau, qu'il y a toujours la conservation du lien contractuel pendant le temps de la mission. Ainsi, la caractéristique principale du détachement consiste à affecter, par exemple, au Sénégal, un travailleur étranger salarié dans un établissement, sans rompre le contrat de travail initial¹⁵⁷².

Le détachement de salariés peut intervenir dans le cadre de l'exécution d'un contrat de prestation de services transnationale entre deux sociétés ou bien dans le cadre d'une mobilité intra-groupe¹⁵⁷³ ou bien dans le cadre de la réalisation d'une opération pour compte propre¹⁵⁷⁴ ou bien dans le cadre d'une mise à disposition de salariés au titre du travail temporaire. À ce niveau, il est important de préciser que dans les États de détachement, les chefs d'entreprises ne sont pas tenus par l'obligation de verser les cotisations lorsque les travailleurs sont détachés dans des États signataires de conventions bilatérales de Sécurité sociale. Cependant, si d'une part, les travailleurs n'ont pas les nationalités requises par rapport aux États signataires de la convention et si d'autre part, il y a dépassement de la période normale du détachement, la dispense des obligations de cotisations de l'employeur ne sera pas assurée. Dans de telles

¹⁵⁷⁰ « Dans tous les cas et quel que soit le lieu du détachement, en Europe ou ailleurs, pendant toute la durée de son séjour à l'étranger, le salarié reste juridiquement lié à son entreprise d'origine, c'est-à-dire au droit français : l'ensemble de son statut social et fiscal reste inchangé. Un avenant est simplement ajouté à son contrat de travail, sous la forme d'une « lettre de détachement » stipulant les conditions de la mission: nature, durée, modalités pratiques, avantages éventuels, remboursements de frais, notamment le logement, la nourriture et les déplacements ». (L. DE PERCIN, Partir travailler et vivre à l'étranger, 2e édition, Avril 2009, 236p. ; p. 123).

¹⁵⁷¹ Art. 5, Convention générale de sécurité sociale entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Sénégal (ensemble cinq protocoles), signée à Paris le 29 mars 1974 (telle que modifiée par l'avenant n° 1 du 21 décembre 1992).

¹⁵⁷² Le lien de subordination entre l'employeur d'origine et le travailleur détaché, reste dans ce cas, maintenu. Il faut préciser que l'employeur est toujours à l'initiative du détachement. Pour pouvoir détacher un salarié, le siège social de l'entreprise doit être situé en France et l'employeur est tenu d'accomplir l'ensemble des formalités requises.

¹⁵⁷³ Il peut s'agir des prestations par exemple, qui se font entre des entreprises ou établissements d'un même groupe.

¹⁵⁷⁴ Cette situation vise le cas de détachement de salariés pour le compte d'un employeur établi, par exemple, hors de France, sans qu'il existe de contrat commercial, le bénéficiaire de l'opération étant l'employeur lui-même

situations, l'employeur sera dans l'obligation de verser les cotisations sociales dans les États de détachement.

2. L'expatriation

L'expatriation est une notion qui est la plupart du temps définie par opposition au terme de « détachement ». Il est bien de préciser que ce qui n'est pas un détachement est le plus souvent une expatriation. Il y a ici une autonomie en ces deux notions, car chaque régime est réfractaire et exclusif l'un de l'autre. Le détachement est temporaire alors que l'expatriation est définitive. Lorsque l'employeur envoie un salarié à l'étranger dans des conditions ne relevant pas du détachement, le salarié est, au sens de la sécurité sociale, un salarié expatrié. Il n'est plus soumis au régime de son pays d'origine. La distinction entre détachement et expatriation repose principalement sur l'affiliation ou non au régime de sécurité sociale du pays d'origine. L'expatriation signifie que le travail sera exécuté sur un autre territoire hors du lieu d'origine du salarié¹⁵⁷⁵. Avec la suspension du contrat d'origine, les relations contractuelles entre l'employé et l'employeur n'ont pas les mêmes teneurs. Il est important de signaler que le lien de subordination, entre l'employeur d'origine et le travailleur expatrié, est devenu véritablement très atténué. Les travailleurs expatriés n'ont plus de lien de subordination avec leur employeur du contrat d'origine. Ils ne sont plus comptabilisés dans l'effectif de l'entreprise du pays d'origine. À ce niveau, il est important de signaler que leur rémunération est fixée par l'entreprise d'accueil, car le contrat de travail d'origine est suspendu durant la mission à l'étranger. Au niveau européen, le législateur communautaire a prévu des dispositions visant à soumettre les relations de travail à des exigences à respecter¹⁵⁷⁶. La finalité de ces conditions vise essentiellement, d'une part, à mieux renforcer la protection des travailleurs salariés à l'étranger contre une éventuelle méconnaissance de leurs droits. Elle vise, d'autre part, à permettre d'avoir une plus grande transparence sur le marché du travail. De ce fait, le législateur communautaire européen a énuméré un ensemble d'obligations mis sur l'employeur. Pour une bonne élaboration du texte contractuel permettant l'installation volontaire du salarié à

¹⁵⁷⁵ « Pour les missions plus longues à l'étranger en tant que salarié et les installations au long court en tant qu'indépendant, il n'existe qu'un statut : celui d'expatrié. Comme salarié sous contrat de travail international, le statut d'expatrié peut recouvrir lui-même deux types de régimes : le contrat d'expatrié de droit français – rattaché ou non à la protection sociale française – et le contrat dit « local » régi par la législation sociale du pays d'installation. Comme travailleur indépendant, l'entreprise créée ou reprise dans le pays d'accueil ne peut être que de droit local, mais l'entrepreneur peut choisir de rester attaché à la protection sociale française, par exemple pour sa retraite. En la matière, tout dépend du projet d'activité, de l'entreprise de rattachement, mais aussi et surtout des moyens dont va disposer l'expatrié ». L. DE PERCIN, Partir travailler et vivre à l'étranger, op.cit. , p. 139.

¹⁵⁷⁶ Directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail.

l'étranger, l'employeur a une obligation d'information¹⁵⁷⁷. L'importance de ces mentions vise à protéger le salarié. Les deux parties contractuelles doivent impérativement respecter ces exigences lors de l'élaboration de l'avenant d'expatriation ou du contrat international, au risque de nullité.

Paragraphe II : Le droit applicable au contrat de travail international

Le développement des relations commerciales avec l'accroissement des échanges a facilité les déplacements des personnes à l'intérieur des espaces communautaires. Le plus souvent, l'intégration se matérialise par la mise en place des politiques d'accords commerciaux et surtout des accords diplomatiques. Ces instruments ont pour principale mission d'accroître le renforcement des échanges de biens entre les pays ainsi qu'une libre circulation des personnes entre les États. D'ailleurs, certaines organisations communautaires ont décidé d'apporter leur soutien pour une intégration harmonieuse¹⁵⁷⁸.

L'ouverture des frontières a permis le déplacement des travailleurs. Il faut aussi signaler que l'intégration a favorisé le fait que ces derniers soient impliqués dans des litiges qui ont la particularité que tous les éléments ne sont pas regroupés à l'intérieur de l'État de leur résidence habituelle. Il convient de préciser qu'avec la mondialisation du droit, les différentes parties du contrat international de travail sont angoissées devant le fait que le système de droit national se dissipe. C'est pour cette raison que la doctrine a précisé que *« les parties sont souvent découragées de faire valoir leurs droits dans un pays étranger en raison de l'incompatibilité*

¹⁵⁷⁷ La Directive précise à son article 2 que *« l'employeur est tenu de porter à la connaissance du travailleur salarié auquel la présente directive s'applique, ci-après dénommé « travailleur », les éléments essentiels du contrat ou de la relation de travail. L'information visée au paragraphe 1 porte au moins sur les éléments suivants :*

a) l'identité des parties; b) le lieu de travail; à défaut de lieu de travail fixe ou prédominant, le principe que le travailleur est occupé à divers endroits ainsi que le siège ou, le cas échéant, le domicile de l'employeur; c) i) le titre, le grade, la qualité ou la catégorie d'emploi en lesquels le travailleur est occupé ou ii) la caractérisation ou la description sommaires du travail; d) la date de début du contrat ou de la relation de travail; e) s'il s'agit d'un contrat ou d'une relation de travail temporaire, la durée prévisible du contrat ou de la relation de travail; f) la durée du congé payé auquel le travailleur a droit ou, si cette indication est impossible au moment de la délivrance de l'information, les modalités d'attribution et de détermination de ce congé; g) la durée des délais de préavis à observer par l'employeur et le travailleur en cas de cessation du contrat ou de la relation de travail, ou, si cette indication est impossible au moment de la délivrance de l'information, les modalités de détermination de ces délais de préavis; h) le montant de base initial, les autres éléments constitutifs ainsi que la périodicité de versement de la rémunération à laquelle le travailleur a droit; i) la durée de travail journalière ou hebdomadaire normale du travailleur; j) le cas échéant: i) la mention des conventions collectives et/ou accords collectifs régissant les conditions de travail du travailleur ou ii) s'il s'agit de conventions collectives conclues en dehors de l'entreprise par des organes ou institutions paritaires particuliers, la mention de l'organe compétent ou de l'institution paritaire compétente au sein duquel/de laquelle elles ont été conclues ».

¹⁵⁷⁸ Ainsi, dans l'espace UEMOA, *« relativement à la libre circulation des personnes, des biens, des services et du droit d'établissement, la Commission a, d'une part, apporté des appuis techniques aux États pour l'application des textes communautaires et, d'autre part, poursuivi ses actions d'identification des barrières non tarifaires, de plaidoyer et de sensibilisation ».* Rapport annuel 2020 sur le fonctionnement et l'évolution de l'union, décembre 2020, 235p ; p.12.

*ou de la complexité des systèmes juridiques et administratifs nationaux*¹⁵⁷⁹». Pour enlever ces inquiétudes qui peuvent considérablement porter atteinte à la protection des salariés, des politiques visant à instaurer des règles pour déterminer la loi applicable ont été adoptées¹⁵⁸⁰. Il faut préciser que les conflits de lois ne sont pas pris en compte dans le cadre de la migration volontaire du salarié. C'est pour cette raison que la doctrine a précisé que « *ne concernent pas le travailleur migrant qui quitte son pays pour se rendre dans un autre à la recherche d'un emploi chez un employeur dans le second pays. Un travailleur de ce genre se trouve intégré dans une collectivité de travail dudit pays et y devient assujéti à sa législation ainsi que, le cas échéant, à ses conventions collectives*¹⁵⁸¹ ». Dans cette partie, il convient d'abord d'étudier le principe du libre choix de la loi applicable (A) puis d'aborder la limite de l'autonomie de la volonté (B).

A. La liberté de choix des parties dans la loi applicable au contrat international de travail

Il est établi comme principe le fait que le contrat de travail est régi par la loi sélectionnée par les différentes parties. Ce choix de ces dernières s'impose au juge. Plusieurs États ont pris l'option de consacrer le principe de l'application de l'autonomie de la volonté au contrat international de travail. Cette consécration donne la possibilité à l'employeur et au salarié le droit de choisir le système juridique applicable à leurs relations contractuelles. Il s'agit principalement de la loi d'autonomie déterminée par le rattachement dit subjectif. Il faut noter que cette loi d'autonomie se détermine de façon très expresse par les deux parties. Il peut arriver que la volonté des parties ne soit pas clairement exprimée. À ce niveau, la volonté est qualifiée d'une manière implicite. L'autonomie de la volonté se définit en droit international privé comme étant « *la faculté offerte aux individus de localiser un rapport de droit privé en le rattachant à un ordre juridique proche par choix de la loi qui y est applicable*¹⁵⁸² ». Dans le choix de la détermination de la loi applicable, le rôle du juge est essentiel. Ce dernier use de méthodes pour trouver la loi du contrat.

¹⁵⁷⁹ R. DEL PICCHIA, Rapport sur la loi autorisant la ratification de la convention relative à l'adhésion des nouveaux États membres de l'Union européenne à la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, Annexe au procès-verbal de la séance du 2 juillet 2008, 258p. ; p. 1.

¹⁵⁸⁰ Plusieurs États ont mis en place des instruments juridiques qui visent essentiellement à instaurer, entre les États ou États membres, des règles qui permettent de déterminer de la loi applicable aux relations contractuelles de travail. Il s'agira de voir les règles prévues par les conventions qui sont applicables en droit international du travail. Dans ce domaine, la situation transfrontalière se traduit par le fait que l'employeur et l'employé, parties au contrat, soient de nationalités différentes ou bien soient domiciliés dans des États différents, ou bien que le contrat est conclu ou exécuté dans plusieurs États.

¹⁵⁸¹ F. MORGENSTERN, Les conflits de lois en droit du travail : étude de la loi applicable à la relation de travail international, Genève, 1ère éd. Bureau international du travail, 1986, 1258p. ; p. 3.

¹⁵⁸² J.-Y. CARLIER, Autonomie de la volonté et statut personnel, travaux de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, Bruxelles, 1992, 258p. ; p. 108.

À partir d'indices de localisation, il parvient à trouver la loi applicable¹⁵⁸³. Il s'agit du maintien du mur de la souveraineté des États. Ces pays ont d'énormes difficultés de pouvoir concéder au transfert de leurs compétences normatives. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'une partie de la doctrine attirent l'attention sur le fait que ces normes ne doivent pas changées du simple fait de leur passage de l'ordre interne à l'ordre international¹⁵⁸⁴. Cependant, il faut signaler aussi que la relation de travail est l'effet du contrat et elle permet aux parties d'exercer l'autonomie de la volonté est un principe contractuel qui s'applique au contrat de travail. Dans cette partie, il convient d'abord d'étudier le principe du libre choix de la loi applicable (1) puis d'aborder la limite de l'autonomie de la volonté (2).

1. Le principe du libre choix de la loi applicable

Le constat général est que les différents États sont soucieux de poursuivre, dans le domaine du droit international privé, l'œuvre d'unification juridique, notamment en matière de compétence judiciaire et d'exécution des jugements. C'est pour cette raison que la plupart des conventions ont pour finalité d'établir des règles uniformes concernant la loi applicable aux contrats de travail internationaux¹⁵⁸⁵. Elle prône que les parties sont libres de déterminer la loi qui régira leurs relations contractuelles. « *Le contrat individuel de travail est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat*¹⁵⁸⁶ ». À travers cette disposition, il est noté que le principe posé est celui de la liberté de choix des parties sur la loi qui régite le contrat de travail. « *Une personne ne peut être soumise à d'autres lois que celles qu'elle se donne à elle-même*¹⁵⁸⁷ ». Il s'agit principalement de la doctrine de l'autonomie de la volonté. Puisque les relations de travail individuelles sont de natures contractuelles, alors l'autonomie de la volonté devient le facteur principal de rattachement. C'est un principe presque universel qui fait que les parties disposent d'une certaine faculté du choix, car c'est la volonté

¹⁵⁸³ Il faut signaler que le contrat international du travail est différent des autres types de contrats internationaux. Le contrat international de travail à un régime assez spécial avec l'application du principe de l'autonomie de la volonté contribue. Il faut noter que la relation de travail est un domaine assez particulier qui est régi par l'ordre public. De ce fait, contrairement aux autres contrats internationaux, le contrat international de travail est encadré par certaines dispositions. Il échappe alors au principe de l'autonomie. Il faut préciser ici que les États, en tant qu'entités souveraines, mettent en place un ensemble de règles impératives qui visent essentiellement à garantir le socle social.

¹⁵⁸⁴ Ph. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail, étude en droit international privé français*. Paris. L.G.DJ, t.230, 259p. ; p. 52.

¹⁵⁸⁵ Au niveau international, c'est la Convention de Rome, caractérisée par son caractère universel qui encadre la loi applicable en droit international du travail. Cette convention repose à titre principal sur l'autonomie de la volonté.

¹⁵⁸⁶ Le règlement CE 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit Règlement « Rome I »

¹⁵⁸⁷ I. KANT, *Doctrine du droit*, trad. Barni, Paris, 1853, 259p. ; p. 33.

des parties qui assure à titre principal la désignation de la loi applicable¹⁵⁸⁸. Le salarié et l'employeur ont le droit de choisir le système juridique applicable «*à leurs relations: c'est la loi d'autonomie déterminée par le rattachement dit subjectif, parce qu'il consiste à analyser leur volonté subjective*¹⁵⁸⁹». C'est dans ce sens que la doctrine¹⁵⁹⁰ affirme que «*le principe de l'autonomie ne s'applique que dans la mesure où la volonté des parties est souveraine*¹⁵⁹¹».

Étant une des pierres angulaires du système de résolution des conflits de lois en matière contractuelle, la loi d'autonomie doit être clairement définie. Le contrat qui est régi par la loi choisie par les parties, peut être un choix tacite. D'ailleurs, le législateur communautaire pousse, le cas échéant, à se fonder sur une volonté tacite réelle et non sur une volonté hypothétique. «*Le juge à chercher la volonté tacite réelle au lieu d'une volonté purement hypothétique : elles suggèrent la prise en considération du comportement des parties, d'une part, et tendent à clarifier le rôle d'un choix de for, d'autre part, de façon à renforcer la prévisibilité juridique*¹⁵⁹²».

En droit international du travail, il convient de signaler l'importance de la primauté de la volonté. La loi choisie par les parties qui est également appelée la loi d'autonomie des parties, donne beaucoup de possibilités aux différentes parties contractuelles. Le salarié et l'employeur ont la capacité de désigner comme loi applicable à un contrat une loi qui ne présente aucun lien objectif avec la situation des parties ou le contrat. Ils peuvent même désigner la loi d'un État tiers. En effet, «*l'article 3 permet aux parties de choisir une loi dénuée de tout lien avec le contrat. Le principe d'autonomie y est donc affranchi de toute considération de proximité*¹⁵⁹³». Cette possibilité donnée aux salariés et aux employeurs montre l'importance de la loi d'autonomie des parties qui est devenue l'affirmation des intérêts communs¹⁵⁹⁴. Il faudra veiller à ce que le contrat international de travail ne soit pas un contrat d'adhésion. Le contrat

¹⁵⁸⁸ J-C. POMMIER, *Principes d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, economica, Paris, 19991, 125p. ; p. 34.

¹⁵⁸⁹ G. GOLDSTEIN, «*Les règles générales du statut des obligations contractuelles dans le droit international privé du nouveau code civil du Québec*», (1993) 53 R. du. B. 205, 245p, p. 145.

¹⁵⁹⁰ La doctrine précise une chose très intéressante sur la liberté de choix des parties. Ainsi, en ce qui concerne les contrats individuels de travail, le texte consacre la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable au contrat. Autrement dit, l'employeur et les salariés qui sont les différentes parties au contrat de travail, sont entièrement libres de déterminer la loi qu'ils souhaitent voir s'appliquer. Cette autonomie de la volonté est conçue comme la possibilité qui est surtout offerte au salarié, partie faible au contrat, de pouvoir se prononcer. Il s'agit alors pour lui, de choisir par lui-même le droit qu'il voudrait voir appliquer aux relations contractuelles de travail. Dans cette situation, il faut préciser que le salarié est complètement libéré de toutes contraintes.

¹⁵⁹¹ A. WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. III, 2e éd., Paris, 158p. ; p. 114.

¹⁵⁹² Exposé des motifs, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

¹⁵⁹³ D. SINDRES, *Choix de la loi applicable au contrat de travail et dispositions impératives protectrices du salarié*, *Revue critique de droit international privé*, 2017, n° 3, 413p ; p.145.

¹⁵⁹⁴ Il s'agit essentiellement d'une possibilité accordée par le législateur afin de permettre au salarié et à l'employeur de choisir en toute liberté la loi qui est particulièrement favorable à leur situation. À ce niveau, il faut attirer l'attention sur la possibilité pour l'employeur de vouloir imposer son choix au salarié. Il est bien de rappeler que les relations de travail sont principalement caractérisées par la fragilité de l'une des parties.

d'adhésion est un contrat qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties. Les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées. Le choix de la loi des parties est déterminant en droit international du travail. L'application de la loi est une obligation même s'il y a défaut de choix.

2. Le droit applicable à défaut de choix

En droit international du travail, l'autonomie de la volonté est assez importante. Le législateur communautaire a toujours mis l'accent sur le choix des différentes parties au contrat afin de pouvoir déterminer la loi applicable. Son intervention est purement limitative en cas d'absence de choix des parties. À défaut de choix, la Convention de Rome a mis en place des mécanismes juridiques qui permettent de trouver des solutions dans la détermination de la loi à appliquer au contrat. Le fait de n'avoir pas fait ne doit en aucun moment priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable¹⁵⁹⁵.

La convention¹⁵⁹⁶ a alors tenu à indiquer qu'à défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel de travail est régi par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail¹⁵⁹⁷. Pour résoudre les conflits de lois et de juridictions, il est nécessaire de rattacher le contrat à un système juridique particulier. Il faut alors impérativement sélectionner la loi applicable parmi les différents droits en conflit. De ce fait, trois corps de règles permettent d'identifier la loi applicable dans le système français et permettent d'identifier la loi applicable. Il y a d'abord, le premier corps qui a été consacré par la jurisprudence¹⁵⁹⁸. La chambre sociale de la Cour de cassation a affirmé que la loi applicable est la loi du lieu d'exécution du travail, sauf dispositions plus favorables issues de la loi choisie par les parties. Il est bien de préciser qu'à ce niveau, ce sont seulement les contrats conclus avant le 1^{er} avril 1991 qui sont concernés. Concernant le deuxième corps de règle, l'article 6 de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, applicable à tous les contrats conclus à partir du 1^{er}

¹⁵⁹⁵ Art. 8.1 du règlement CE 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit Règlement « Rome I ».

¹⁵⁹⁶ Il faut ici préciser que le Règlement « Rome I » du 17 juin 2008, est le nouveau texte qui remplace la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles internationales. L'innovation majeure est la mise en place d'un principe important qui affirme l'idée selon laquelle le contrat international du travail est régi par la loi choisie par les parties, et même cette loi n'a aucun lien avec le contrat.

¹⁵⁹⁷ Art. 8.2 du règlement CE 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit Règlement « Rome I ».

¹⁵⁹⁸ Soc. 25 mai 1977, n° 75-40.810, Monfort et 31 mars 1978, n° 76-41.190, Société Royal Air Maroc.

avril 1991. En premier lieu, à défaut de lieu d'exécution habituelle, un rattachement subsidiaire est prévu: le lieu de l'établissement qui a embauché le travailleur. En second lieu, une clause d'exception est introduite. Pour le troisième corps de règles, c'est l'article 8 du règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles surnommé règlement Rome I qui a vocation à jouer pour tous les contrats conclus après le 17 décembre 2009. Le règlement Rome 1 précise qu'à défaut de loi choisie par les parties, le contrat est toujours régi par la loi du pays dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail.

Il faut alors indiquer à ce niveau que la détermination de la loi applicable est guidée par le principe de proximité. Ce principe de proximité met en exergue qu'un contrat doit être régi par l'ordre juridique avec lequel il présente les liens les plus étroits. Autrement dit, c'est « *l'idée du rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique avec lequel il présente les liens les plus étroits*¹⁵⁹⁹ ». Il s'agit de rechercher non pas un lien purement matériel, mais plutôt un lien intellectuel entre le rapport de droit et l'ordre juridique auquel on doit le soumettre. Alors la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat devra être favorisée. À ce niveau, il est bien de rappeler que le contrat de travail international est défini comme un contrat qui entretient des liens avec plus d'un système juridique. Ainsi, il y a l'existence d'une pluralité de circonstances de rattachement qui rend envisageable l'application de plusieurs lois pour résoudre la question de droit litigieux. Il s'agit alors d'un conflit de lois¹⁶⁰⁰.

En droit international du travail, la doctrine¹⁶⁰¹ a précisé que la quête de la loi applicable prend des chemins variés, car les formes de relations de travail internationales sont variées. C'est pour cette raison que la Convention précise au niveau de son article 4 que « *dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits* ». Cette disposition vise essentiellement à mieux protéger les salariés.

B. Les exigences de protection des salariés

Il est bien de signaler à travers le monde entier l'existence de grandes disparités concernant les normes législatives du travail. De ce fait, il est évident de constater que les degrés de protection diffèrent d'un pays à l'autre. Le développement des entreprises et la mondialisation du domaine du travail sont des causes qui peuvent renforcer le déséquilibre contractuel entre l'employeur et le salarié. Il est tentant pour beaucoup d'employeurs de vouloir

¹⁵⁹⁹ P. LAGARDE, « Le principe de proximité en droit international privé », RCADI, 1986, t. 196, 158p. ; p. 15

¹⁶⁰⁰ J.-C. POMMIER, Principes d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, Economica, Paris. 1992, 258p. ; p. 143.

¹⁶⁰¹ F. MORGENSTERN, Les conflits de lois en droit du travail: étude de la loi applicable à la relation de travail international, Genève, 1ère éd. Bureau international du travail, 1986, 145p. ; p. 3.

profiter sur le fait de la liberté du choix sur la loi pour trouver des moyens de contourner les législations qui leur sont moins favorables¹⁶⁰². *Il est alors important de miser sur la nécessité d'améliorer la situation des travailleurs.* La spécificité internationale du contrat de travail peut être à l'origine des abus. La partie forte du contrat peut, en choisissant d'appliquer une loi étrangère, avoir dans l'intention de contourner le droit du for¹⁶⁰³. Les lois contraignantes ont un impact économique assez important sur l'entreprise. C'est pour cette raison que la doctrine avance que « *les lois contraignantes restreignent le comportement des acteurs et même leur souveraineté* ¹⁶⁰⁴ ». *Pour les employeurs, les entreprises qui sont régies par des législations non contraignantes s'adaptent mieux aux circonstances économiques.* La souplesse des normes permet aux employeurs de mieux appréhender et d'analyser les effets de l'application des normes. La souplesse des normes permettra alors de profiter des avantages et contourner les situations en cas de conséquences non favorables pour l'entreprise. Pour pallier d'éventuels abus, il faut impérativement que les autorités étatiques mettent en place des mécanismes de protection de leurs intérêts fondamentaux. Il s'agira de voir dans un premier temps les dispositions impératives (2), puis de voir dans un second temps le renforcement considérable de la protection du salarié (1).

1. Une liberté orientée vers la protection du salarié

Au niveau international, des engagements sont pris pour mettre des « *moyens de prévenir le chômage et de remédier à ses conséquences* ¹⁶⁰⁵ ». Face à la montée en puissance du chômage, beaucoup de personnes acceptent toutes les clauses contractuelles. Le salarié, soucieux de trouver un travail, n'hésite pas à accepter un contrat ayant des conditions de vie minimales. Il ne désire pas rater l'occasion de travailler. Il accepte le plus souvent les

¹⁶⁰² L'OIT, dans son préambule a attiré l'attention sur le fait « *qu'il existe des conditions de travail impliquant pour un grand nombre de personnes l'injustice, la misère et les privations, ce qui engendre un tel mécontentement que la paix et l'harmonie universelles sont mises en danger, et attendu qu'il est urgent d'améliorer ces conditions : par exemple, en ce qui concerne la réglementation des heures de travail, la fixation d'une durée maximale de la journée et de la semaine de travail, le recrutement de la main-d'œuvre, la lutte contre le chômage, la garantie d'un salaire assurant des conditions d'existence convenables, la protection des travailleurs contre les maladies générales ou professionnelles et les accidents résultant du travail, la protection des enfants, des adolescents et des femmes, les pensions de vieillesse et invalidité, la défense des intérêts des travailleurs occupés à l'étranger, l'affirmation du principe «à travail égal, salaire égal», l'affirmation du principe de la liberté syndicale, l'organisation de l'enseignement professionnel et technique et autres mesures analogues* ».

¹⁶⁰³ Le principal but de ce choix est de contourner des dispositions de droit qui reflètent l'orientation et la politique de l'État en matière du travail. Pour les entreprises, une loi contraignante baisse drastiquement les coûts d'engagements sûrs, en augmentant la crédibilité de l'engagement, elle limite les frais sur les différentes occasions économiques de l'entreprise. Une telle situation augmente la crédibilité des engagements. Cela implique alors pour l'entreprise à diminuer les coûts engendrés par des contrats incomplets.

¹⁶⁰⁴ K.W ABOT et D. SNIDAL, « Hard and Soft Law in International Governance », 2000, International Organization, vol. 54, n° 3, 426p. ; p. 158.

¹⁶⁰⁵ Convention (n° 2) sur le chômage, 1919.

propositions de l'employeur sans résistance. C'est pour cette principale raison qu'une partie de la doctrine affirme que le contrat de travail est devenu un contrat d'adhésion¹⁶⁰⁶.

Dans ce genre de situation, l'inquiétude pour le législateur est de voir l'employeur se servir du principe de la liberté contractuelle pour forcer ses opinions aux travailleurs. Les acteurs puissants financièrement peuvent tenter d'imposer leurs idées en faisant usage de leurs supériorités économiques. Les salariés, dans cette position, peuvent se voir obligés d'accepter avec une soumission totale l'application du contrat à une loi moins protectrice de ses intérêts. Il faut signaler qu'en droit des entreprises, le plus souvent, les employés sont moins soucieux des intérêts du salarié qui est la partie faible au contrat. Les employés sont tentés pour mieux défendre leurs intérêts d'exprimer avec certitude et précision leurs intentions aux travailleurs. Ces derniers ne doivent pas être la proie des employeurs. Il faut alors obligatoirement prendre des dispositions pour mettre en sécurité la partie faible. Afin de mettre un terme à l'exploitation des employeurs, il est alors obligatoire, pour les autorités étatiques de chaque pays, de protéger les travailleurs. L'interventionnisme étatique est une politique qui vise à stabiliser les relations contractuelles. La protection des salariés a toujours été une finalité les différentes formes d'exploitation. Au niveau international, le salarié se trouve en présence de situations comportant plusieurs éléments d'extranéité. Ainsi, devant l'internationalisation des relations contractuelles de travail, le travailleur, partie faible au contrat, doit être protégé. À travers, plusieurs ordres juridiques, la protection de la partie faible est une primauté en droit du travail.

À ce niveau, il est important de signaler que le juge a les prérogatives d'appliquer le dépeçage. Face à des situations complexes liées à la difficulté de trouver la solution sur la détermination de la loi applicable, le juge a la possibilité de procéder au dépeçage. C'est pour cette raison que la doctrine précisait que *«ce dépeçage volontaire, conséquence de l'adoption du principe d'autonomie de la volonté, est la contrepartie du dépeçage impératif que l'on admet en acceptant de donner au juge le pouvoir de faire appel aux règles d'application nécessaire d'un autre système juridique que celui gouvernant le contrat en vertu de la règle de conflit¹⁶⁰⁷»*.

Le dépeçage¹⁶⁰⁸ du contrat est l'illustration parfaite de la volonté des parties au contrat. C'est une technique contractuelle, un mode d'accomplissement de la volonté contractuelle. Le

¹⁶⁰⁶ G. BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, Paris, 2e édition, Paris, L.G.D.J, 1973, 158p. ; p. 13.

¹⁶⁰⁷ G. GOLDSTEIN, « La protection du consommateur : nouvelle perspective de droit international privé dans le code civil du Québec » dans Développements récents en droit de la consommation. Edition Yvon. Blais, 1994, pp.143-229 ; p. 155.

¹⁶⁰⁸ Le dépeçage est une action *«de mettre en morceaux»*. (<https://dictionnaire.lerobert.com>). Dans le domaine juridique, cette notion met en exergue l'autonomie de volonté des différentes parties du contrat. En droit international du travail, la volonté des parties fait face à beaucoup facteurs assez divers et complexes. Il s'agit alors des possibilités données aux employeurs et aux salariés de pouvoir soumettre le contrat à plusieurs lois à la fois. C'est pour cette raison que la doctrine a tenu à préciser que le dépeçage est *« inhérent à la méthode des conflits de lois. Il est le corollaire nécessaire de la pluralité des règles de conflits »*. (P. LAGARDE, « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », 43 *Rivista di diritto internazione privato e processuale*, 1975- NA, p. 649). Dans la même logique, à travers son article 3.1, la convention de Rome a consacré ce sens en

dépeçage permet aux différentes parties de soumettre certains éléments du contrat international du travail d'un régime à un autre selon les différentes lois choisies. Cependant, il faut signaler que cette méthode de dépeçage ne doit nullement constituer une occasion ou un moyen, surtout pour l'employeur, de contourner certaines lois jugées non favorables à ses intérêts. De façon précise, cela ne doit pas être une stratégie pour soustraire le contrat international du travail aux normes d'ordre public. D'ailleurs, la doctrine déconseille l'application du dépeçage, s'il doit avoir comme résultat, en cas de contentieux, une contradiction de solutions¹⁶⁰⁹. Il ne faut pas oublier que les normes impératives ont essentiellement pour finalité de protéger les parties faibles au contrat.

2. Les dispositions impératives

Les législations sont alors dans une politique de protéger la partie faible au contrat. C'est d'ailleurs, la raison de mettre en place des carcans de protection pour le salarié. Il est important de signaler que les normes contraignantes « *permettent la mise en place de standards minimum élevés mais sont coûteuses par leur manque de flexibilité selon les caractéristiques des firmes*¹⁶¹⁰ ». La mise en place des mécanismes de protection des travailleurs est une obligation pour chaque État. C'est pour cette raison que le législateur sénégalais a prévu l'application de son droit national. Donc, la possibilité accordée aux différentes parties du contrat international de travail, ne donne pas prérogatives aux employeurs de priver les salariés de l'armure de protection que leur accordent les législateurs. Il s'agit essentiellement des normes auxquelles les parties au contrat ne peuvent déroger par accord en vertu de la loi qui est choisie pour l'application¹⁶¹¹. Il faut préciser que les législations nationales ont pris l'option d'extraire progressivement les règles de rattachement spéciales au contrat de travail d'un État de droit dans lequel prévalait l'autonomie de la volonté. Cependant, le choix des parties au contrat ne doit pas être arbitraire. Au contraire, cette possibilité donnée doit impérativement renforcer les droits des travailleurs.

permettant aux différentes parties du contrat international du travail la possibilité de « *désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat* ». Cette liberté est qualifiée par la doctrine comme étant la faculté donnée aux différentes parties du contrat de choisir, d'une part, une loi qui sera appliquée pour une partie de leur contrat, et d'autre part, de désigner d'autres normes différentes applicables à divers éléments liés au contrat. Cette méthode, voulue par les parties, est une originalité liée au contrat du travail international. (Y. LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, droit international privé, 4 e, Paris. Edition Dalloz 1993. 589p. ; p. 401).

¹⁶⁰⁹ P. LAGARDE, « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », 43 Rivista di diritto internazionale Privato e processuale, 1975- NA, 789p. ; p. 649.

¹⁶¹⁰ R. V. AGUILERA. M. GOYER et L.R KABBACH DE CASTRO, « Regulation and Comparative Corporate Governance », 2012, in M. Wright, D. S. SIEGEL, K. KEASEY, and I. Filatotchev (Eds.) Handbook of Corporate Governance, Oxford University Press, 185p. ; p. 25.

¹⁶¹¹ Art. 8.1, Convention Rome.

Ainsi, à travers certaines normes appelées « lois de police », les législateurs ont régi les relations internes et internationales. La notion de « loi de police » n'est pas facile à définir. Elle n'est pas simple à cerner de façon précise, car d'une part, il n'y a pas de différence de nature entre la loi de police et les autres lois ; et d'autre part, il y a l'absence de critères qui permettent d'identifier une loi de police. La loi de police est une norme qui régit des faits ou bien des actes. Cette norme a des implications assez importantes sur le plan social et économique. C'est pour cette raison que la doctrine précise que la Loi de police est la norme « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays¹⁶¹² ». De ce fait, avec cette loi de police, il s'agit d'une intervention de l'État à travers l'assimilation de la relation internationale à la relation interne qui a pour but de garantir une bonne réglementation des relations de travail. Par cette action, les États visent une meilleure harmonisation des intérêts de droits des salariés par les orientations législatives. De cette vision, il faut comprendre que la loi de police vient limiter la liberté contractuelle consacrée par la convention de Rome. Cette limitation de la liberté doit se comprendre comme une finalité qui marque essentiellement la protection du travailleur. Il s'agit de ne pas donner la possibilité aux différentes parties du contrat de pouvoir écarter des dispositions par leur seule volonté. La loi de police fait partie des lois d'application immédiates¹⁶¹³.

La loi de police¹⁶¹⁴ a essentiellement une fonction sociale qui doit être obligatoirement mise en œuvre de façon immédiate dans un État donné¹⁶¹⁵. C'est dans cette même logique que la Convention de Rome a mis en exergue l'importance de la loi de police. Elle dispose que « *Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat*¹⁶¹⁶ ». C'est dans cette logique qu'il est mis en place un comité¹⁶¹⁷ qui a pour objectif d'assurer la coordination de la politique en matière d'émigration¹⁶¹⁸. Les travailleurs doivent être informés de manière complète des risques professionnels existants sur

¹⁶¹² Ph. FRANCESKAKIS, « y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public », dans travaux du comité de droit international privé, 1966- 69, Paris, Dalloz, 1970, 149, 258p. ; p. 165.

¹⁶¹³ G. GOLDSTEIN, De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire, étude impérative en droit international privé canadien, Montréal. Themis.1996. 156p. ; p. 10.

¹⁶¹⁴ Le Code du Travail contient de nombreuses dispositions impératives qui s'appliquent obligatoirement aux salariés exécutant leur prestation de travail sur un territoire étranger. Au Sénégal, le législateur a mis en place des dispositions législatives et réglementaires relatives sur certains aspects de la protection des salariés. (P. FRANCSCAKIS, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiates et leurs rapports sur les règles de conflits de lois » (1966) Rev.crit.d.i.p., 258p. p. 55).

¹⁶¹⁵ P. FRANCSCAKIS, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiates et leurs rapports sur les règles de conflits de lois » (1966) Rev.crit. d.i.p. 158p. ; p. 55.

¹⁶¹⁶ Art. 7 de la convention de Rome, paragraphe 2.

¹⁶¹⁷ Ce comité a pour principale mission de définir des orientations de la politique concernant les conditions de séjour dans les pays d'accueil, la maîtrise des flux migratoires et la réinsertion des émigrés. Dans le cadre de la protection, le législateur sénégalais met à la charge de l'employeur l'obligation d'informer.

¹⁶¹⁸ Le décret n° 91-041 du 16 janvier 1991 portant création d'un comité de coordination de la Politique en faveur des émigrés.

les lieux de travail¹⁶¹⁹. Dans ce même sens, l'employeur a l'obligation de mettre le salarié dans une position acceptable. C'est pour cette raison, il doit obligatoirement donner à ce dernier un salaire au moins égal à celui offert aux nationaux, ainsi qu'une prime par rapport au salaire offert aux nationaux¹⁶²⁰. Ainsi, le salarié et l'employeur, quel que soit le choix de la loi au contrat, ne peuvent pas se soustraire au contrôle des institutions étatiques de lieu d'exécution du contrat. Cette limitation ne nuit en rien à l'émancipation du contrat de travail en droit du travail international.

Section II : L'admission de la clause compromissoire en droit international du travail

Dans le contexte d'internationalisation, en droit du travail, le lien de subordination devient moins rigide qu'en droit interne. Il s'agit ici de l'assouplissement des relations contractuelles du travail. Le droit du travail fait preuve d'élasticité au niveau international. Il s'est adapté aux transformations profondes qui le traversent à travers les différents ordres juridiques. Dans ce contexte international, le rôle de l'État dans la relation contractuelle entre le salarié et l'employeur devient moins rigide. Ainsi, se manifeste le repli de l'ordre public interne. Les motifs qui évoquent l'assouplissement de certains États vers une ouverture de la clause compromissoire en droit du travail, résultent du phénomène globalisant de l'économie. Cette économie tend à réduire considérablement les normes internes des États dans le cadre du nouvel ordre économique mondial.

En international, l'arbitrage à travers le compromis est reconnu sans réserve. L'arbitrage est autorisé en droit international du travail depuis longtemps avec d'abord le compromis d'arbitrage. La clause compromissoire qui était d'abord interdite, fut successivement autorisée en matière internationale. La doctrine a reconnu la pertinence de la clause compromissoire qui a un rôle préventif extrêmement important. Une bonne clause arbitrale, bien rédigée, joue un rôle préventif considérable, de même qu'un arbitrage bien engagé se termine dans de nombreux cas par une transaction, ce qui est un succès en soi. Elle servira à faciliter la limitation de la compétence des arbitres. La validité de la clause compromissoire dans un contrat international de travail. Le contrat de travail est international, lorsqu'il est susceptible d'être cliqueté à

¹⁶¹⁹ Art. L. 177 du Code du Travail.

¹⁶²⁰ Il a aussi l'obligation de déposer une caution pour garantir le retour des travailleurs migrants. Autrement dit, le législateur impose à l'employeur d'assurer au salarié le logement et le transport. En droit international du travail, le but social des règles protectrices des travailleurs est d'une importance capitale. C'est pour cette raison que les législateurs ont mis en place des gardes fous.

plusieurs ordres juridiques. D'ailleurs, c'est pour cette raison que la précise que « *les caractéristiques juridiques propres au contrat de travail international, un réseau de droits et d'obligations liés à la mobilité ou à l'expatriation du salarié*¹⁶²¹ ». Avec le phénomène de l'internationalisation, il est de plus en plus constaté, le recul des normes impératives qui se traduit par l'affaiblissement de l'autorité étatique¹⁶²².

Il s'agira de voir, dans un premier temps, l'émancipation de la clause compromissoire dans le contrat de travail international (paragraphe 1) et de voir, dans un deuxième temps, les conditions de l'admission de la clause compromissoire dans le contrat de travail international (paragraphe 2).

Paragraphe I : L'émancipation de la clause compromissoire dans le contrat de travail international

L'arbitrage en droit international du travail a pour finalité de supplanter la protection salariée qui était pendant un temps révolu uniquement géré par les tribunaux étatiques. Seul le tribunal du travail avait compétence des litiges individuels de travail. Il est évident que la vulnérabilité du salarié est toujours prise en compte par le juge. Ce dernier a pris compte dans ses décisions de garantir la protection de la partie faible au contrat. Cette vulnérabilité est prise en charge au niveau international. D'ailleurs, la jurisprudence¹⁶²³ a admis que le contrat international de travail pouvait posséder des clauses de compétence différentes, plus souples et moins rigides que celles du contrat interne de travail¹⁶²⁴. Il faut noter que la clause compromissoire a pris du temps pour être acceptée au niveau international. En ce qui concerne des litiges individuels de travail, la majeure partie des États avaient écarté d'office la clause compromissoire. Ce procédé de règlement de conflit était écarté quand il était question de trouver des solutions aux problèmes touchant les relations individuelles du droit travail. Les législateurs, de façon générale, ont pris l'option d'être moins rigides en ce qui concerne le contexte international des relations économiques. « *L'internationalité de l'arbitrage fait exclusivement appel à une définition entièrement économique selon laquelle il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul*

¹⁶²¹ G. LYON-CAEN G., Les relations de travail internationales, éd. Laisson, 1991, 258p. ; p. 67.

¹⁶²² P. FOUCHARD, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », dans philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, Frison-Roche, 1999, note 6, 458p. ; p. 381.

¹⁶²³ Cass. soc., 30 janv. 1991, Bull. civ. V, n° 41; RJS 1991/11, 785p. ; p. 618.

¹⁶²⁴ La doctrine a précisé à ce niveau sans réserve qu'il « *n'est donc pas étonnant que la solution ait été étendue à la clause compromissoire, même si cela s'est fait progressivement. En effet, lorsque la question s'est posée à la Cour de cassation, celle-ci, s'appuyant sur la prétendue compétence exclusive de la juridiction prud'homale, a dans un premier temps refusé les clauses compromissoires dans les contrats internationaux de travail* ». (T. CLAY, *L'arbitrage des conflits du travail*, in *Cahiers du Conseil National des Barreaux*, 3e éd., 2017, 125p. ; p. 48).

État, et ce, indépendamment de la qualité ou de la nationalité des parties, de la loi applicable au fond ou à l'arbitrage, ou encore du siège du tribunal arbitral ¹⁶²⁵». En France, la Cour de cassation annulait une clause compromissoire insérée dans un contrat international de travail. «Lorsqu'il s'internationalise, le contrat de travail s'émancipe aussi d'une partie de la législation impérative qui l'enserme en droit interne ¹⁶²⁶». Le salarié est alors libre d'écartier le tribunal étatique et de désigner un arbitre pour prendre en charge le litige individuel de travail. « En dehors de ce cas de recours à une commission arbitrale catégorielle reconnue par le législateur, tout salarié et tout employeur demeurent, a priori, libres de prévoir une clause compromissoire au moment de la conclusion d'un contrat de travail. L'objet d'une telle clause consiste à prévoir, en cas de litige relatif à l'exécution ou à la rupture du contrat de travail, qu'il sera dérogé à la compétence du Conseil de prud'hommes en recourant à l'arbitrage. Toutefois, le salarié peut facilement neutraliser une telle clause¹⁶²⁷ ». Cependant, il faut signaler qu'une partie de la doctrine a une lecture très critique sur l'utilisation de la notion de compétence exclusive pour déterminer l'arbitrabilité.

Le critère de « compétence exclusive » est largement contesté par certains penseurs de la doctrine. Une partie des auteurs pensent que « la notion de compétence exclusive ne sert jamais qu'à déterminer la compétence au sein de l'ordre des juridictions étatiques [...] Le domaine de l'arbitrage est défini par l'article 2059 (C.civ.). Ce texte ne vise pas la compétence exclusive et je ne connais pas de texte qui vienne dire que compétence exclusive veut dire compétence nécessairement étatique¹⁶²⁸ ». Ainsi, ils prônent la clarification des concepts pour mieux appréhender les limites tracées par une mauvaise interprétation des textes. Pour eux, « il semble nécessaire de distinguer compétence exclusive et compétence impérative : la notion de compétence exclusive implique seulement qu'un tribunal se voit confier la connaissance étendue de certaines catégories de litiges, par dérogation aux règles habituelles de compétence, et notamment au principe selon lequel le juge de l'action est le juge de l'exception. Il en résulte que le tribunal saisi d'un litige dont la solution dépend d'une décision relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction doit se dessaisir jusqu'à ce que cette autre juridiction ait statué. Ainsi conçue, la notion de compétence exclusive paraît sans rapport avec la possibilité ou l'impossibilité de l'arbitrage¹⁶²⁹ ».

La compétence exclusive n'interdit pas à l'arbitre de statuer sur un domaine d'ordre

¹⁶²⁵J-B, RACINE, Le Droit de l'arbitrage, Presses Universitaires de France, 2016, §2 225p. ; p. 2.

¹⁶²⁶ T. CLAY, L'arbitrage des conflits du travail, in Cahiers du Conseil National des Barreaux, 3e éd., 2017, 148p. ; p. 48.

¹⁶²⁷ G. TALNEAU, litiges du travail : peut-on se passer du conseil de Prud'hommes ?, 28 janvier 2019, <https://www.village-justice.com>, lu le 23/02/2020.

¹⁶²⁸ D. FOUSSARD, L'arbitrage en droit administratif, Rev.Arb, 1990.

¹⁶²⁹ P. ANCEL, procédure civile, convention d'arbitrage, conditions de fond, litiges arbitrables, Fasc. 1024, 145p. ; p. 10.

privé. Pour les penseurs, c'est plutôt la compétence impérative qui peut empêcher celui-ci de toucher à une matière qui est attribuée d'une manière impérative de compétence à une juridiction étatique. D'ailleurs, Monsieur SAVATIER avait attiré l'attention sur le fait que l'octroi d'une compétence exclusive n'opère qu'une répartition à l'intérieur de l'organisation judiciaire et ne vise pas *ipso facto* l'arbitrage qui se place en marge de cette organisation¹⁶³⁰. C'est dans cette même logique que la jurisprudence a estimé « *lorsqu'il précise que la dissolution judiciaire de la société pour quelque cause que ce soit est de la compétence du tribunal de commerce, désigne celles des juridictions de l'ordre judiciaire qui est compétente en la matière, mais n'exclut nullement la compétence de la juridiction arbitrale en vertu d'une clause compromissoire*¹⁶³¹ ». La doctrine a précisé le fait que le législateur attribue une compétence exclusive à une juridiction étatique ne signifie pas automatiquement que le litige soit inarbitrable¹⁶³². La clause compromissoire, au niveau international, s'est fait progressivement en droit du travail. La Cour de cassation avait dans un premier moment valorisé la compétence exclusive de la juridiction sociale. Il va préciser que cette valorisation se concrétisait par le rejet¹⁶³³ des clauses compromissoires dans les contrats internationaux de travail. Ainsi, il s'agira dans cette partie de voir d'abord l'admission successive de la clause compromissoire en droit international du travail (A) puis de voir les conditions de l'admission de la clause compromissoire dans le contrat de travail international (B).

A. L'admission successive de la clause compromissoire en droit international du travail

Devant les lenteurs de la justice décriées par les acteurs économiques, certains États comme la France ont pris l'option de favoriser le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges¹⁶³⁴. Cette réforme a fait un énorme progrès en prônant le développement de l'arbitrage au-delà des relations entre professionnels. Avec l'essor de la mondialisation, le contexte actuel semble être propice au développement des modes alternatifs de règlement des différends (MARD) est une occasion unique pour les avocats de développer en droit interne l'arbitrage qui, face à une justice en crise, répond parfaitement aux attentes des clients, entreprises comme personnes physiques, y compris pour des litiges à moindre enjeu financier.

¹⁶³⁰ Note sous Arrêt, 27/03/1953, D 1954, 407.

¹⁶³¹ Ch. MORIN, Sarl M. MORIN et autres C. G MORIN, Rev.Arb, 1994, 458p ; p. 348, note D. Cohen.

¹⁶³² Ch. JAROSSON, l'arbitrabilité..., précité, p. 05.

¹⁶³³ Cass. soc., 9 déc. 1960, Bull. civ. IV, n° 1164; JCP 1961; Cass. Soc, 25 mai 1977, Bull. civ. V, n° 338 ; RCDIP 1978.701.

¹⁶³⁴ LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.

Actuellement, les stratégies et les techniques employées pour parvenir à régler pacifiquement les litiges en dehors des institutions étatiques sont de plus en plus encouragés. Ces modes alternatifs de résolution de conflits sont mis en exergue pour privilégier le règlement amiable des litiges afin d'assurer et l'apaisement des relations contractuelles dans le monde des affaires. De ce fait, la doctrine pense que l'arbitrage n'est plus l'outil qui peut nuire aux salariés. Il ne devient plus « *une arme du fort contre le faible, ou du spécialiste contre le profane*¹⁶³⁵ ». Ainsi, avec la réforme de la loi du 18 novembre 2016 qui a visé à mettre en place une politique de modernisation de la justice du 19^{ème} siècle à travers l'article 2061 du Code civil. Il est maintenant prévu que « *lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée* ». Cette réforme a donc levé la restriction posée sur l'arbitrage.

Il s'agira de voir la possibilité pour les non professionnels de recourir à l'arbitrage dans certaines conditions. Cette innovation du droit français à propos du règlement extrajudiciaire des litiges pousse certains penseurs de la doctrine la possibilité de pouvoir ajuster le régime juridique de la clause compromissoire¹⁶³⁶ qui est passée en plusieurs étapes avant de voir sa validité autorisée en droit international du travail (2). Mais il s'agira d'abord de voir les motifs qui ont révolutionné la perception positive de la clause compromissoire (1).

1. Les raisons de l'acceptation de la clause compromissoire en droit international du travail

Ce n'est que récemment qu'il a été démontré que l'arbitrage¹⁶³⁷ pouvait être très bénéfique pour les salariés considérés comme parties faibles du contrat¹⁶³⁸. Dans l'international, l'arbitrage est plus libéral qu'en matière interne. Les litiges individuels de travail pouvant être portés devant les arbitres sont vastes. C'est d'ailleurs dans ce sens que la doctrine a précisé que le droit Ohada de l'arbitrage « *est conforme à la tendance économique mondiale et à la liberté individuelle. Elle est totalement en phase avec le libéralisme ambiant*¹⁶³⁹ ». Il faut préciser que le danger dû à la non-distinction en droit Ohada de l'arbitrage interne et de l'arbitrage

¹⁶³⁵ Ch. JARROSSON, La clause compromissoire, op. cit., p. 45.

¹⁶³⁶ M. DE FONTMICHEL : Le faible et l'arbitrage. Préface de Th. Clay. Economica, coll. Recherches juridiques, 2013, 548p. ; p. 248.

¹⁶³⁷ L'arbitrage a toujours été perçu comme un instrument dangereux pour le salarié. Considéré comme un outil inégal de résolution des litiges, l'arbitrage n'a pas une assez bonne renommée auprès des salariés qui sont considérés comme les parties faibles du contrat de travail. Les salariés ont toujours perçu l'arbitrage comme une justice « de riche » exclusivement réservée aux grandes entreprises qui sont des acteurs économiquement puissants dans le monde des affaires.

¹⁶³⁸ E. LOQUIN : « Arbitrabilité et protection des parties faibles », op. cit., p. 135 ; voir aussi, Kl. SACHS : « La protection de la partie faible en arbitrage », Gaz. Pal., cah. Arb., 13-17 juill. 2007, 125p. ; p. 22.

¹⁶³⁹ A. SAKHO, Deux clés de compréhension des atouts de l'arbitrage dans l'espace Ohada, mars 2020, <http://www.cres-sn.org>, lu le 23/09/2020, pp. 56-72 ; p. 59.

international est désormais écarté. Le salarié ne peut plus être dérouté dans la recherche à la solution de son problème. Autrement dit, la partie faible est libre de pouvoir choisir l'arbitre dans la résolution des litiges individuels de travail. Cependant, la clause compromissoire n'était pas acceptée dans le contexte international. En France, la chambre de la Cour de cassation n'avait pas vu d'un bon œil l'insertion de la clause compromissoire dans un contrat international de travail. De ce fait, elle n'a pas hésité à l'écartier. La jurisprudence française a toujours retenu l'application de la loi française¹⁶⁴⁰ et écartait d'office la clause compromissoire au niveau international. Cette position était étonnante, mais tout semblait indiquer que cela n'allait pas durer. La doctrine estime que cette position « *heurte la philosophie même de l'arbitrage international qui n'existe que dans le dépassement des particularismes nationaux, incarnés dans les lois nationales, au profit de règles matérielles*¹⁶⁴¹ ». Cette idée est confirmée un autre penseur qui précise qu'en « *raison de son origine conventionnelle et de son champ excédant, par hypothèse, le cadre d'un seul ordre juridique, l'arbitrage international apparaît comme un mode de règlements des litiges singulier caractérisé par sa souplesse et par son autonomie par rapport aux ordres juridiques étatiques. Cette autonomie semble même au regard de la pratique être la raison principale du succès rencontré par cette justice privée dans les relations commerciales internationales*¹⁶⁴² ». Il s'agit aussi de la philosophie liée à la liberté. Les parties au contrat ont préféré écartier les juridictions étatiques au profit de l'arbitre, un juge privé.

La première raison de cette liberté permet aussi pour les parties au contrat de forger en commun accord la procédure qui leur paraît mieux adaptée au règlement de leur conflit et surtout la possibilité de choisir les règles de droit applicables au litige.

La deuxième raison qui marque la position assez précaire de la Cour de cassation sur l'interdiction de la clause compromissoire en droit du travail international, c'est réservé de commercialité. Il est bien de rappeler que la Convention de New York¹⁶⁴³ appréhende la notion de la commercialité de l'arbitrage par référence aux normes étatiques. C'est pour cette raison qu'elle a prévu des restrictions en autorisant une réserve de commercialité. Un État a la possibilité de n'appliquer la Convention « *qu'aux différends issus de rapports de droit, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale*¹⁶⁴⁴ ». Il faut signaler que la France avait levé la réserve de commercialité. Cela a des incidences non seulement sur l'arbitrage international en ce qui concerne le domaine de la

¹⁶⁴⁰ Cass. soc., 12 févr. 1985, Bull. civ. V, n° 97; Rev. arb. 1986.47.

¹⁶⁴¹ Th. CLAY, « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthelemy-Cette ?, op. cit. . p. 49.

¹⁶⁴² M. CHAMBON, L'arbitrage international en Droit Administratif, où l'impossible conciliation de deux phénomènes antagonistes, Dans Civitas Europa 2013, N° 31 ; 358p. ; p. 283.

¹⁶⁴³ Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

¹⁶⁴⁴ Art. 1^{er}, paragraphe 3, Convention de New York.

validité de la clause compromissoire, mais également sur celui interne, ce qui fait parfois échec à l'application de l'article 2061 du Code civil. Ici, il faut préciser qu'en disposant que « *sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* », l'article 2061 permet aux dispositions législatives particulières d'y déroger.

La troisième raison, c'est que, l'arbitrage international s'émancipait progressivement. Il faut signaler qu'il y avait une véritable suspicion envers l'arbitrage. En ce sens, la doctrine avait attiré l'attention sur le fait que le blocage à l'arbitrage « *traduisait une défiance probablement exagérée envers la justice des arbitres, ceux-ci étant a priori présumés moins portés à protéger les intérêts des salariés. Il y a là un procès d'intention. L'arbitre n'est pas insensible aux données du litige et peut appliquer des lois qui satisfassent le souci de protection du salarié. [...] Il n'y a pas de raison de penser a priori qu'un juge d'État sera plus attentif aux intérêts du salarié qu'un arbitre. [...] On ne saurait, sur un plan général, poser la supériorité en soi des juridictions étatique*¹⁶⁴⁵ ». Actuellement, certains auteurs ont pu démontrer que « *cette mauvaise réputation était donc infondée, et une imbrication harmonieuse du droit du travail et de l'arbitrage est possible*¹⁶⁴⁶ ».

2. La validité de la clause compromissoire dans le contrat international du travail

Le rayonnement de la clause compromissoire dans le contrat de travail international est envisageable dans de diverses situations. C'est pour cette raison que la doctrine a tenu à préciser que « *l'arbitrage international s'émancipait progressivement de cette encombrante tutelle pour parvenir par poser, dans les célèbres arrêts Dalico, puis Zanzi, qu'il n'était pas soumis aux règles internes*¹⁶⁴⁷ ». Il est bien de rappeler que la clause compromissoire est un contrat¹⁶⁴⁸ dans le contrat principal. Cette conception de l'autonomie a pour conséquence de mettre la convention d'arbitrage à l'abri des causes d'invalidité qui peuvent affecter le contrat principal. Elle traduit le fait que la validité de la clause compromissoire doit être appréciée de façon distincte de celle du contrat auquel elle se rapporte. Le principe d'autonomie de la clause compromissoire est confirmé avec l'arrêt Dalico qui précise que « *la clause compromissoire est*

¹⁶⁴⁵ J. DEPREEZ, « Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international », RDAI 1990.833, spéc. N° 12 ; 258p. ; p. 158.

¹⁶⁴⁶ Th. CLAY, « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthelemy-Cette ?, op. cit., p. 930.

¹⁶⁴⁷ Th. CLAY, Iblid, p. 49.

¹⁶⁴⁸ Y. GUYON, « L'arbitrage », *Economica*, 125p. ; p. 23.

*indépendante juridiquement du contrat principal*¹⁶⁴⁹». C'est à travers cet arrêt Dalico que la Cour de cassation a pris en compte la validité de la clause compromissoire au niveau international. Elle a précisé « *qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient [...] d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique* ».

Le principe d'autonomie a également comme conséquence un effet d'indépendance de la clause compromissoire par rapport à tout droit étatique qui pourrait s'imposer au contrat principal. Cela a pour effet de mettre la clause compromissoire à l'abri des motifs de défauts de validités pouvant entraîner la nullité du contrat principal. Le deuxième aspect de l'autonomie de la clause compromissoire fait apercevoir l'obligation d'examiner sa validité au regard de règles matérielles spéciales. La Cour d'Appel française considérait que « *sa dimension juridictionnelle explique la séparabilité de la clause compromissoire du contrat qui la contient pour tout ce qui concerne son existence, sa validité et sa force obligatoire, c'est-à-dire son efficacité, que le principe de la séparabilité conforme aux prévisions raisonnables des parties en obligeant celles-ci à différer à l'arbitre tout litige susceptible de naître [...] n'est pas contradictoire avec la dimension contractuelle de la clause compromissoire*¹⁶⁵⁰». La Cour de cassation française a ensuite proclamé dans son arrêt Ciments d'Abidjan de 2002 qu'en « *matière internationale, la clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui, quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels*¹⁶⁵¹».

La jurisprudence française admet donc une transmission automatique de la clause compromissoire avec le contrat principal qui la contient qui ne demande aucune déclaration de la volonté des parties, ni expresse, ni tacite. La Cour de cassation française a par la suite validé cette transmission automatique en 2007 à travers l'arrêt ABS dans le cadre d'une chaîne translatrice de propriété. La Cour¹⁶⁵² d'appel de Paris s'est favorablement exprimée pour l'extension de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international depuis la fin des années 1980. En 2007, la Cour de cassation française a dans son arrêt ABS affirmé que « *l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter*¹⁶⁵³ » et a ainsi donné naissance au

¹⁶⁴⁹ C. Cass., Ch. Civ. 1, du 20 décembre 1993, N°91-16.828. [www.legifrance.gouv.fr.Vu](http://www.legifrance.gouv.fr/Vu) le 23/10/2015.

¹⁶⁵⁰ C.A de Paris du 10 septembre 2003. <http://legifrance.gouv.fr>. Vu le 20/10/2015.

¹⁶⁵¹ Cass. civ. 1re, 28 mai 2002, Sté Burkinabé des Ciments et Matériaux c. Société des Ciments d'Abidjan, Rev. Arb., 2003, p. 397.

¹⁶⁵² C.A Paris, 7 décembre 1994, Jaguar, R.T.D. Com., 1995, p. 401.

¹⁶⁵³ Cass. civ. 1re, 27 mars 2007, ABS (Alcatel Business Systems) c. Société Amkor, Rev. Arb., 2007, p. 786.

principe général d'extension de l'effet de la clause compromissoire en droit de l'arbitrage français. Dans ces cas, les arbitres doivent déterminer, à travers la situation et les activités des parties et de la partie non signataire, si cette dernière a eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause compromissoire ».

Par la suite, la Cour de cassation a fini par accepter solennellement la validité de la clause compromissoire insérée dans un contrat international de travail. Elle a estimé que « *la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction française compétente en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail*¹⁶⁵⁴ ». La jurisprudence dans une même lancée a retenu la licéité de la clause compromissoire figurant dans un contrat de travail à la condition que la clause soit opposable au salarié, c'est-à-dire à la condition que ce dernier puisse s'opposer à sa mise en œuvre¹⁶⁵⁵. La position de la chambre sociale a d'ailleurs nourri le droit de l'arbitrage avec beaucoup de décisions qui ont confirmé la clause de compromissoire en droit international du travail. La jurisprudence a eu à se prononcer, d'une part, sur l'exécution à l'étranger d'un contrat international de travail¹⁶⁵⁶. La jurisprudence a montré en fin de compte que l'insertion de la clause compromissoire dans le contrat de travail est devenue une réalité. Elle reconnaît la validité de la clause compromissoire entre un employeur et un salarié, sous réserve de respecter certaines conditions.

B. Les conditions de l'admission de la clause compromissoire dans le contrat de travail international

Actuellement, la mobilité internationale des travailleurs permet de prendre conscience de l'essor de l'arbitrage dans le règlement des différends sociaux. Les acteurs économiques, aussi bien les employeurs que les employés, peuvent être attirés par l'arbitrage pour sauvegarder les relations professionnelles dans le monde de l'entreprise. Il faut rappeler à ce niveau que le droit de l'arbitrage est mis sur pied de façon à assurer aux travailleurs et aux employés un traitement non discriminatoire sur la base du principe d'égalité. Le principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage est un principe particulier. Le droit à l'égalité de traitement est l'un des droits fondamentaux de l'arbitrage. Il faut signaler que le droit du travail qui régit l'ensemble des relations entre employeurs et salariés, a une signification philosophique, dans la mesure où il procède nécessairement d'une certaine conception du travail humain. Il faut

¹⁶⁵⁴ Cass. soc., 16 févr. 1999, Bull. civ., V, n° 78.

¹⁶⁵⁵ Cass. Soc 30 novembre 2011, n° 11-12.905, 11-12.906, 2512.

¹⁶⁵⁶ Cass. Soc, 4 mai 1999, Bull. civ., V, n° 191 ; Rev. Arb., 1999. Voir aussi Cass. Soc, 9 oct. 2001, Bull. civ. V, n° 312 ; Rev. Arb. 2002. Voir également Cass. Soc, 28 juin 2005, Bull. civ. V, n° 216 ; RCDIP 2006. Voir enfin Cass. Soc, 12 mars 2008 (Sté sportive Il Gabbiano), pourvoi n° 01-44654, inédit.

obligatoirement protéger le salarié de sorte que son travail ne soit pas considéré comme une simple marchandise ou, au contraire, comme un engagement de toute la personne. C'est pourquoi, d'ailleurs, il entretient un rapport si étroit avec les idéologies¹⁶⁵⁷. Cependant, il est bien vite apparu que cette liberté et cette égalité étaient rendues illusoires par la situation d'infériorité économique et psychologique où se trouve normalement le salarié face à son employeur. C'est donc justement pour compenser cette situation et rétablir une sorte d'équilibre que le besoin s'est fait sentir d'avoir un droit du travail protecteur du salarié. Monsieur CORREA avait prévenu que « *le droit du travail est un lieu de tensions entre plusieurs intérêts que sont ceux des employés et ceux des employeurs*¹⁶⁵⁸ ». Étant un environnement de conflits, il est alors important de ne pas laisser le salarié entre les mains du puissant patron. C'est pour cette raison qu'il est mis en place des conditions de l'admission de la clause compromissoire dans le contrat de travail international. « *La clause compromissoire internationale traduit une certaine fuite des contractants devant les incertitudes de lois de procédure, parfois trop restrictives, et une recherche de sécurité. Pour assurer cette sécurité - et cette sérénité - Il fallait que la clause compromissoire ne puisse pas être remise en cause à tout propos ; il fallait établir une protection juridique particulière pour cette convention particulière, afin d'en assurer l'efficacité, faute de quoi l'arbitrage international risquerait de conduire aux mêmes difficultés et aux mêmes aléas qu'une procédure judiciaire internationale, en exigeant des parties un long débat préliminaire sur l'existence et la validité de la convention d'arbitrage au regard des différents systèmes de droit impliqués dans l'affaire - ce qui imposerait, comme préalable au préalable, un débat sur la définition du droit applicable*¹⁶⁵⁹ ». Il s'agira de voir en premier lieu l'option de compétences offerte au salarié (1) et de voir en second lieu la protection spéciale accordée au salarié en droit international du travail (2).

1. L'option de compétences offerte au salarié

¹⁶⁵⁷ D'une manière générale, plus un droit sera envisagé comme instrument de protection d'une personne, plus il sera indisponible. Au plan individuel, il a une incidence directe sur la vie des salariés, et il influe sur les conditions d'existence de la population. Au plan collectif, il joue un rôle capital pour le maintien de la paix sociale, et sa portée politique apparaît de plus en plus nettement de nos jours. Point n'est besoin, enfin, de mettre l'accent sur ses répercussions économiques. Celles-ci n'ont, certes, été perçues d'abord que de manière empirique – les « conquêtes sociales » ayant pour effet d'accroître les coûts de production –, mais on s'est efforcé bien vite de les faire jouer de façon systématique : dans bien des cas, le droit du travail est ainsi devenu un instrument de la politique économique, au niveau de l'État comme à celui de la profession ou de l'entreprise. À l'inverse, d'ailleurs, il faut noter que les décisions d'ordre économique conditionnent dans une très large mesure le développement du droit de travail.

¹⁶⁵⁸ J. L. CORREA, « *L'éclairage sur un acte uniforme toujours attendu : L'acte uniforme relatif au droit du travail* » ; Nouvelles annales africaines, 2013, 29p. ; p.5.

¹⁶⁵⁹ J-P, ANCEI, L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, Éd. PEDONE, Paris, 1994, Travaux du Comité français de droit international privé, 145p. ; p. 79.

Avec la mondialisation de l'économie, par son interventionnisme, l'État devient le garant d'une certaine vision de l'utilité sociale visant à limiter l'initiative individuelle privée, économique. Pour certains employeurs, il est tentant de prévoir une clause arbitrale dans le contrat pour que les litiges individuels de travail soient gérés confidentiellement par des arbitres. Le souci de réguler les relations de travail afin d'éviter l'implosion sociale a toujours été à l'origine du droit du travail. Il faut également noter qu'à la faveur d'adapter l'entreprise aux mutations économiques, l'évolution du droit du travail semble donner de plus en plus place aux possibilités de renonciation du salarié à sa protection. La renonciation est la manifestation de volonté par laquelle une prérogative est abandonnée par son titulaire. La détermination du domaine de la renonciation en droit du travail permet de mesurer la place laissée à la volonté dans l'aménagement des rapports de travail. La possibilité et le mécanisme de la renonciation par une partie à un droit qu'elle tient d'une disposition d'ordre public varient selon le type d'ordre public en cause. La renonciation à un droit relevant de l'ordre public social comme il a déjà été indiqué, l'ordre public social vise à garantir au salarié un minimum de droits : il s'agit donc d'un ordre public érigé dans l'intérêt d'une partie, présumée faible ou dans une situation d'infériorité. Cette transformation est marquée par l'accroissement considérable de décisions de justice destinées à compenser l'inégalité et surtout à protéger les travailleurs. Il peut arriver dans le domaine du travail que l'autonomie de la volonté soit un danger de nature à soumettre les travailleurs, parties faibles, aux employeurs, parties plus puissantes. Face à cette menace, la jurisprudence a conçu un système qui permet de s'opposer à l'autonomie de la volonté dans la mesure où ces concepts revêtent des exigences contradictoires¹⁶⁶⁰.

La stratégie adoptée par la justice est d'offrir aux salariés ayant accepté l'insertion de la clause compromissoire dans un contrat international de travail, un véritable choix de compétences qui leur permet de saisir soit la juridiction arbitrale, soit la juridiction étatique. Les salariés ne sont pas alors enfermés dans les obligations contractuelles de la clause compromissoire. C'est pour cette raison que la doctrine pense que « *c'est naturellement une option dont ne bénéficie pas l'employeur auquel la clause compromissoire est toujours opposable. Ce mécanisme inégal a fait dire à la doctrine autorisée qu'il s'agissait là d'un arbitrage unilatéral du type de celui que l'on trouve dans les traités bilatéraux d'investissement*¹⁶⁶¹ ». Les salariés ont la possibilité de les aller saisir pour la résolution des

¹⁶⁶⁰ C'est dans cette perspective, pour protéger le salarié que la Cour de cassation a pris la décision que la clause compromissoire insérée dans un contrat international de travail était valable mais inopposable au salarié. Cependant, la particularité de la clause compromissoire dans cette situation est qu'elle ne neutralise pas les juridictions étatiques. Le salarié n'est pas privé de son droit de recours au tribunal du travail. La Cour de cassation permet aux travailleurs de ne pas être enfermés dans le carcan de la clause compromissoire qui écarte d'office la compétence du juge étatique.

¹⁶⁶¹ Th. CLAY : « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthelemy-Cette ?, op. cit. ., p. 86.

litiges car la signature de la convention ne lie pas totalement le salarié partie au contrat¹⁶⁶². Cette position de la justice semble considérablement affecter la valeur de la convention arbitrale et met les différentes parties au contrat dans une position entièrement déséquilibrée en faveur des travailleurs. Une partie de la doctrine. Si certains pensent que « *ce déséquilibre entre employeur et employé, parfaitement légitime en ce qu'il permet à celui-ci d'actionner la clause compromissoire uniquement s'il le souhaite vraiment une fois le litige né, peut juridiquement s'analyser comme une loi de police, même si la Cour de cassation ne l'avoue pas expressément. Il n'y a en effet que si la compétence prud'homale est une loi de police que l'on peut comprendre que celle-ci puisse défaire la clause compromissoire. Ce n'est donc pas la loi applicable au contrat qui décide de l'inopposabilité de la clause compromissoire au salarié*¹⁶⁶³ ». Dans la même lancée, d'autres estiment que le déséquilibre doit, d'ailleurs, « *bénéficier d'un jugement de valeur a priori favorable*¹⁶⁶⁴ ». Ce choix est renforcé par la Cour de cassation qui précise que « *la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction française compétente en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail*¹⁶⁶⁵ ». La jurisprudence a continué dans sa logique en déclarant valable l'insertion de la clause compromissoire dans le contrat international de travail. Mais, elle précise toujours qu'elle est inopposable au salarié, reprenant ainsi l'équilibre de la solution du droit international¹⁶⁶⁶. De ce fait, la clause compromissoire était valable dans le contrat de travail, aussi bien qu'en droit interne qu'international¹⁶⁶⁷.

2. La protection spéciale du salarié

La jurisprudence a pris l'option de maintenir la protection du salarié devant les pouvoirs exorbitants de l'employeur. Cette position semble critiquable, car d'une part, il prône l'ouverture du contrat de travail international à la clause compromissoire afin de permettre le recours à l'arbitrage et d'autre part, il prône la protection assez spéciale du salarié, partie faible

¹⁶⁶² Ainsi, les salariés ne seront plus une obligation de respecter la convention arbitrale signée qui était devenue irrévocable. Par la clause compromissoire, la convention d'arbitrage ne devient plus obligatoire pour les salariés et les employeurs qui ne sont plus obligatoirement obligés de saisir l'arbitre pour soumettre leurs litiges contractuels. L'arbitrage ne serait plus une procédure dangereuse pour la partie faible, le travailleur. Consciente des dangers de l'arbitrage pour les parties faibles, la jurisprudence a décidé de neutraliser la clause compromissoire. Cette mesure est destinée à permettre aux parties faibles qui ne souhaitent pas recourir à l'arbitrage, il lui suffira de faire valoir que la clause compromissoire lui est inopposable.

¹⁶⁶³ Th. CLAY : « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthelemy-Cette ?, op. cit., spéc. n° 92-95, p. 86.

¹⁶⁶⁴ Chr. SERAGLINI : Lois de police et justice arbitrale internationale, op. cit. , spéc. n° 1105, p.123.

¹⁶⁶⁵ Cass. soc., 16 févr. 1999.

¹⁶⁶⁶ M. DANIS : « Les questions soulevées hors la loi « Justice du XXIe siècle ». La nouvelle convention d'arbitrage dans le contrat de travail », spéc. p. 64.

¹⁶⁶⁷ Cass. soc., 30 nov. 2011 (Deloitte), pourvoi n° 11-12-905 et 11-12.

du contrat de travail en faisant de la clause compromissoire facultative. Il faut signaler qu'en France, en matière d'arbitrage international, il a toujours été question de ne pas appliquer la règle de l'inopposabilité ou bien la sanction de la nullité de la clause compromissoire insérée dans un contrat conclu pour des raisons professionnelles. La jurisprudence estime « *qu'il résulte du principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité [...] que l'article 2061 du code civil est sans application dans l'ordre international*¹⁶⁶⁸ ». Il faut noter que cette position est compréhensible dans la mesure¹⁶⁶⁹ où l'existence d'une norme du droit international de l'arbitrage rend la clause compromissoire indépendante juridiquement du contrat principal. La jurisprudence avait précisé lorsqu'un contrat mettait en cause les intérêts du commerce international, il faut obligatoirement en déduire que « *la clause compromissoire devait recevoir application*¹⁶⁷⁰ ». Ce principe important n'est pas respecté en droit social. La Cour de cassation française a voulu avoir une approche assez particulière sur la convention arbitrale insérée dans un contrat international du travail. Il semblerait que le juge a pris en considération les cadres juridiques internationaux¹⁶⁷¹ qui ont considérablement une influence croissante sur les droits nationaux des pays. La protection sociale est un élément essentiel dans la vie du travailleur. Elle est devenue un droit humain consacré aux niveaux national et international¹⁶⁷². La Cour de cassation a pris un engagement de prendre et renforcer des mesures de protection durables et adaptées aux circonstances internationales.

La chambre sociale de la Cour de cassation a pris l'option d'écarter volontairement le principe de la validité internationale de la clause compromissoire. Elle a précisé que « *la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi la juridiction française compétente en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail*¹⁶⁷³ ». Il s'agit d'une position qui vise énormément à renforcer la protection du travailleur. Il faut surtout prévenir les risques dans le cadre professionnel international. La protection sociale est perçue comme « *un investissement dans*

¹⁶⁶⁸ Civ. 1re, 5 janv. 1999, n° 96-21.430.

¹⁶⁶⁹ L'autonomie de la convention d'arbitrage a pour conséquence d'apprécier son efficacité en fonction de la volonté des parties, mais aussi tout en prenant en compte les normes impératives étatiques et de l'ordre public international. À ce niveau, il est vraiment essentiel de signaler que la particularité de la convention arbitrage se fait remarquer à travers la validité de la clause compromissoire dans les contrats internationaux. Cette validité donne la possibilité de mettre de côté toutes les prohibitions d'un droit étatique.

¹⁶⁷⁰ Civ. 1re, 21 mai 1997, n° 95-11.427.

¹⁶⁷¹ Convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930, Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949, Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération, 1951, Convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé, 1957, Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, Convention (n° 138) sur l'âge minimum, 1973, Convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants, 1999.

¹⁶⁷² Convention (n° 118) sur l'égalité de traitement (sécurité sociale), 1962, Convention (n° 157) sur la conservation des droits en matière de sécurité sociale, 1982, Recommandation (n° 202) sur les socles de protection sociale, 2012.

¹⁶⁷³ Soc. 16 févr. n° 96-40.643, voir aussi Soc. 4 mai 1999, n° 97-41.860.

*les hommes et les femmes leur donnant la capacité de s'adapter aux changements de l'économie et du marché du travail et que les systèmes de sécurité sociale agissent en tant qu'amortisseurs sociaux et économiques automatiques et qu'ils contribuent à stimuler la demande globale en période de crise et au-delà ainsi qu'à favoriser la transition vers une économie plus durable*¹⁶⁷⁴». La décision de la Cour de cassation était une innovation majeure pour la protection rapprochée du travailleur. Cette approche est par la suite confirmée par une autre décision qui précise que les réponses aux problèmes soulevés dans une relation individuelle de travail doit être trouvées dans la loi régissant le contrat de travail¹⁶⁷⁵. C'est pour cette raison que la doctrine a affirmé que « *la méthode utilisée par la Chambre sociale était également nouvelle dès lors qu'elle prenait appui, non plus sur la méthode des conflits de lois comme auparavant pour apprécier la validité du contrat d'arbitrage, mais sur celle des conflits de juridictions*¹⁶⁷⁶ ». La Cour de cassation, « *en retenant que la convention d'arbitrage était inopposable (aux salariés)* » n'a pas déclaré que la convention d'arbitrage était nulle. La doctrine pense que la Cour de cassation fait preuve de plus de souplesse. « *La Cour de cassation juge très clairement que la clause compromissoire est inopposable au salarié mais elle se garde bien de dire que la clause est nulle*¹⁶⁷⁷ ». Le travailleur a, de ce fait, l'opportunité de choisir d'aller vers l'arbitre ou même de revenir à sa décision de la convention d'arbitrage. La jurisprudence permet ainsi au salarié de bénéficier de l'arbitrage, s'il pense que cela est conforme à ses intérêts. « *Le salarié peut donc, soit refuser l'arbitrage qui était prévu dans son contrat, soit, au contraire, l'accepter et s'y soumettre*¹⁶⁷⁸ ». Cela veut dire que la clause compromissoire stipulée dans le contrat de travail obligeant de saisir l'arbitre en cas de différend entre un employeur et son employé, se verra alors écartée par le juge. De ce fait, la clause compromissoire est inopposable au salarié pour éviter que l'employeur ne soit obligé de discuter le caractère abusif de la clause devant l'arbitre, comme l'impose le principe selon lequel celui-ci est le juge de sa propre compétence. Le salarié qui a bien conclu la clause compromissoire dans le cadre de son activité professionnelle, bénéficie, dans l'objectif de sa protection, de l'inopposabilité. Il convient de signaler dans cette situation que la clause compromissoire devient clause facultative. Il s'agit alors de la consécration de la validité d'une clause qui est inefficace, car inopposable. Il ne devient plus un doute que « *la clause*

¹⁶⁷⁴ R202 - Recommandation (n° 202) sur les socles de protection sociale, 2012.

¹⁶⁷⁵ Soc. 9 oct. 2001, Rev. arb. 2002.

¹⁶⁷⁶ É. LOQUIN, La soumission de l'arbitrage international à un régime protecteur du consommateur, Revue critique de droit international privé, 2021, N° 1, p. 212.

¹⁶⁷⁷ H. FLICHY, Le Centre national d'arbitrage du travail (CNAT): Une innovation juridique au service du justiciable, Le Droit Ouvrier, Mars 2016, n°812, p.135.

¹⁶⁷⁸ H. FLICHY, Le Centre national d'arbitrage du travail (CNAT): Une innovation juridique au service du justiciable, op. cit. p.135.

compromissoire est valable. Toutefois, dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels et dans les contrats de travail, elle est réputée non écrite à la demande du non-professionnel ou du salarié¹⁶⁷⁹». De ce fait, « la clause compromissoire est valable s'il n'est disposé autrement par la loi¹⁶⁸⁰». Il suffit seulement que le salarié accepte la clause compromissoire. Il faut signaler que cette protection n'a pas semblé décourager la pratique de l'arbitrage des litiges individuels dans le monde des affaires.

Paragraphe II : La pratique de l'arbitrage des litiges individuels de travail dans le contrat de travail international

Les partisans de l'arbitrage pensent que le droit du travail doit faire preuve d'élasticité et surtout s'adapter aux transformations profondes qui le traversent. Ils estiment qu'en droit social, et particulièrement dans les relations individuelles du travail, qu'il devrait avoir une profonde redéfinition du rôle de l'État dans la relation contractuelle entre le salarié et l'employeur. La concrétisation de cette idée se manifeste par un mouvement de repli de l'ordre public. En d'autres termes, cela signifie que l'État doit obligatoirement être neutre dans les relations contractuelles de travail. Il doit s'abstenir de se comporter en acteur dans le droit social. La puissance publique devra faire des efforts pour s'immiscer le moins possible dans la vie des entreprises. Ils estiment aussi que l'intervention de l'État, en principe, ne devrait être qu'exceptionnelle et, voire, justifiée par des considérations particulières. Il s'agit d'une série de contributions qui met en exergue l'impératif de réformer le droit social au profit de l'efficacité économique.

Cette branche libérale est prônée par les « commercialistes ». Elle consiste à s'en remettre le plus possible aux intéressés eux-mêmes du soin de régler leurs rapports et qui continue à voir dans le droit du travail une branche du droit privé.

Elle prône ainsi la refondation du droit social avec trois grandes orientations envisagées: la libéralisation qui consiste à réduire le droit réglementaire, l'encouragement au développement d'un droit plus conventionnel, et la réduction du droit réglementaire par le développement du droit conventionnel. Cette branche est essentiellement composée par les législations dites « libérales », dont celle des États-Unis, du Canada, du Néerlande, de la Belgique, de l'Allemagne, de la Suède, la Suisse, de la Côte d'Ivoire où l'arbitrabilité est énoncée comme principe, ne connaissant que de rares exceptions. Il s'agira pour cette partie de

¹⁶⁷⁹ Ch. JARROSSON, « La clause compromissoire », op. cit., p. 259.

¹⁶⁸⁰ J. -B. RACINE, Droit de l'arbitrage, op. cit., p. 145.

voir dans un premier temps la pratique de l'arbitrage des litiges individuels de travail en droit français et américain (A) et de voir en second temps la pratique de l'arbitrage en droit du travail en droit Suisse (B).

A. La pratique de l'arbitrage des litiges individuels de travail en droit français et américain

La plupart des auteurs que le Conseil de prud'hommes ne bénéficie pas d'une compétence exclusive qui écarterait l'arbitrage pour régler le litige lié à l'exécution ou la rupture du contrat de travail. Ils pensent que l'exclusivité fait seulement obstacle à ce que d'autres juges étatiques comme le Tribunal de commerce ou l'ancien Tribunal d'instance statuent sur les litiges individuels de travail comme ils en ont eu le droit par le passé. Mais cette exclusivité n'interdit pas de recourir à l'arbitrage. La pratique de l'arbitrage en droit travail est devenue une chose courante. Une décision de la Cour Suprême américaine¹⁶⁸¹ peut illustrer l'arbitrabilité. Dans une affaire plus récente¹⁶⁸², la Cour suprême a admis la validité d'une clause compromissoire dans le contrat de travail d'un salarié, en dehors de toute procédure conventionnelle. Cette faveur reconnue à l'arbitre et aux parties de recourir à l'arbitrage s'explique par le fait que les américains considèrent le procédé comme plus rapide, moins coûteux et à l'abri des contraintes judiciaires, assurant ainsi la confidentialité. Mais c'est le coût qui est l'élément primordial, non le coût de l'arbitrage en soi, mais le coût de l'absence d'arbitrage pour l'économie américaine. L'arbitrage permet un traitement rapide du conflit qui ne paralyse pas l'économie et l'absence d'arrêt d'activité des salariés.

Au fil de la pratique, des organismes d'arbitrage ont vu le jour et se sont développés, tels le Federal Mediation and Conciliation Service qui est un organisme public fondé en 1947 et l'American Arbitration Association qui est un organisme privé à but non lucratif fondé en 1926. Leur fonction est de procéder au choix de l'arbitre et de garantir le bon déroulement de la procédure. Le recours à ce type d'organisme peut être imposé par la convention ou bien être laissé au choix des parties qui peuvent nommer un ou plusieurs arbitres. Le principe, conformément à l'article 20 (1) de la loi-modèle sur l'arbitrage commercial international de la CNUDCI44, est que les parties sont libres de décider du lieu de l'arbitrage. Cette idée est reprise avec simplicité par l'article 176 de la Loi fédérale sur le droit international privé suisse (LDIP),

¹⁶⁸¹ Dans l'affaire *Alexander v. Gardner-Denver Co.* 49 de 1974, l'hypothèse était la suivante : le salarié avait contesté son licenciement au cours d'une procédure conventionnelle d'arbitrage et il soulevait au fond le caractère discriminatoire de son licenciement. La Cour a décidé que l'arbitre avait compétence pour juger de la procédure de licenciement tandis que le juge étatique avait compétence pour juger si le licenciement contesté avait un caractère discriminatoire et était contraire au Civil Rights Act de 1964 car l'arbitre n'était habilité qu'à trancher les questions touchant à la convention collective et non à la loi. En l'occurrence, la sentence arbitrale ne privait pas le salarié d'une action en justice pour licenciement discriminatoire.

¹⁶⁸² *USSC, Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991).

qui dispose que « les parties en cause ou l'institution d'arbitrage désignée par elles ou, à défaut, les arbitres, déterminent le siège du tribunal arbitral ». D'une façon critiquable, cette autonomie des parties dans le choix du siège arbitral semble contrariée par le Federal Arbitration Act (FAA) en droit américain : Monsieur Gary B. Born relève que le FAA (§4, §206 et §303) semble permettre aux cours nationales de situer l'arbitrage aux États-Unis alors même que les parties s'étaient accordées sur une méthode alternative de détermination du siège arbitral⁴⁵. Il qualifie alors cette approche de déconcertante et lourdement autoritaire. La médiation est plus récente dans la culture juridique américaine et date de la fin du XIXe siècle, très développée dans les relations collectives de travail. Il s'agira de voir dans un premier temps la pratique de l'arbitrage des litiges individuels en France (1) puis de voir dans un second temps la pratique de l'arbitrage en droit du travail américain (2).

1. La pratique de l'arbitrage en droit du travail français

En droit français, il est clairement établi et tout à fait légal de faire appel à l'arbitrage pour résoudre les litiges individuels. Ayant constaté que l'évolution de la juridiction spéciale en matière sociale ne répondait pas à certains enjeux économiques, ces acteurs ont décidé de mettre en place le Centre national d'arbitrage du travail créé en 2015 qui est devenu par la suite le Centre de Médiation et d'Arbitrage du Travail. C'est le premier centre d'arbitrage du travail en France. Il faut signaler que le tribunal du travail était critiqué du fait d'une « *absence de sécurité constituant un frein au droit de l'emploi, une formation insatisfaisante des conseillers prud'homains ne permettant pas de répondre à un droit de plus en plus complexe, des délais trop longs sanctionnés au titre du déni de justice par la Cour européenne des droits de l'Homme, et enfin, surtout, une juridiction inadaptée aux modes hiérarchiques modernes d'organisation du travail et à son modèle le plus emblématique, les plateformes numériques. Le CNAT entendait ainsi notamment répondre au besoin d'appréhender le « droit de l'Activité économique¹⁶⁸³».*

Le Centre de Médiation et d'Arbitrage du Travail est une réponse apportée à l'engouement pour les modes contractuels de résolution des conflits. Il met à la disposition des salariés et des employeurs des services pour la prévention et la résolution des litiges individuels de travail. Il permet de pouvoir mettre en place une procédure efficace et rapide qui « *est profitable au salarié, bien entendu, impatient de recevoir l'indemnisation qui lui est due, mais*

¹⁶⁸³ F. CASSEREAU, Le CNAT est mort, vive le CMAT !, publié, 2019, <https://www.gazette-du-palais.fr>, le 23/06/2021.

aussi d'en terminer avec le conflit qui l'oppose à son employeur. Il a besoin pour retrouver un emploi d'être mentalement disponible. Il lui faut, pour cela, oublier la querelle qui l'occupait jusque-là ; il a besoin de passer à autre chose. C'est aussi dans l'intérêt de l'entreprise. Les contentieux qui durent plusieurs années coûtent cher en avocat car à chaque fois qu'il se remet au dossier il lui faut réapprendre. Celui qui a commencé à suivre une affaire n'est pas forcément celui qui, quelques années plus tard, la plaidera. À cela s'ajoute la perte naturelle de l'information dans les entreprises du fait de changements dans les directions des ressources humaines¹⁶⁸⁴».

Le règlement du centre a précisé que le Centre « *peut être saisi par demande unilatérale d'une partie ou par demande conjointe des parties, en application d'une convention d'arbitrage conforme à la loi. Si la demande unilatérale procède d'une clause compromissoire et émane de l'employeur, le salarié a la possibilité de s'y opposer*¹⁶⁸⁵ ». La particularité du centre est que chaque partie peut se faire assister ou bien se faire représenter au cours de la procédure par un avocat ou bien par un défenseur syndical dûment mandaté¹⁶⁸⁶. Il est connu de tous que les salariés et les employeurs ne sont pas dans les mêmes dispositions financières. C'est pour cette raison que le Centre a mis en place une stratégie qui permet de prendre en charge le coût de l'arbitrage. D'une manière générale, les charges peuvent être prises de façon intégrale ou bien de façon partielle. Au niveau du Centre d'arbitrage, la particularité de la gestion des frais se caractérise par sa répartition proportionnelle entre l'employeur et le travailleur.

Le Centre a mis en place le principe de la répartition proportionnelle. Cette méthode consiste à organiser les frais de l'arbitrage en fonction des ressources financières entre salarié et employeur. La répartition proportionnelle sert à prendre en compte la situation financière précaire du travailleur et permet aussi de pouvoir ajuster le coût de l'arbitrage pour chacune des parties en fonction de leurs moyens. Il s'agira alors de faire la répartition des frais de l'arbitrage en fonction du salaire du travail et aussi de la capacité financière de l'entreprise. Il est important de signaler que la politique du Centre est de pousser la partie la plus puissante financièrement, l'employeur à prendre en charge la majeure partie des frais. Il est même possible pour l'entreprise de supporter tout le coût supérieur de l'arbitrage.

¹⁶⁸⁴ H. FLICHY, Le centre national d'arbitrage du travail (CNAT) – Une innovation juridique au service du justiciable, 40e colloque organisé par la Commission de droit social du SAF : loi Macron, rapport Combrexelle, quels enjeux, quel avenir, pour la justice prud'homale ?, Dr. Ouvr., 2016, 358p. ; p. 134.

¹⁶⁸⁵ Art. 2, Règlement d'arbitrage CNAT.

¹⁶⁸⁶ Art. 5, Règlement d'arbitrage CNAT.

Le Centre de médiation d'arbitrage de droit du travail prévoit un taux de répartition des honoraires et des frais d'arbitrage. Lorsque l'employeur est une personne morale soumise à la TVA, le financement de l'arbitrage repose aux trois quart sur l'employeur. Lorsque l'employeur est une personne morale non soumise à la TVA, l'arbitrage repose aux deux tiers sur celui-ci. Enfin, lorsque l'employeur est une personne physique, les deux parties prennent en charge 50% des honoraires et frais de l'arbitrage. Ici, les parties à l'arbitrage sont liées au respect du règlement de l'institution. Pour autant, cette répartition proportionnelle entre les parties au contrat de travail n'est pas une obligation légale. Soucieux d'assurer l'efficacité de la justice arbitrale, le Centre se fonde sur certains mécanismes qui lui sont propres pour montrer l'efficacité de son cadre. C'est dans cette situation qu'il est possible de comprendre le fait que « *la sentence arbitrale n'est pas susceptible d'appel, sauf volonté contraire des parties exprimée au plus tard lors de la première audience du tribunal arbitral. Il en est de même des sentences partielles et intermédiaires* ¹⁶⁸⁷ ». Ici, il s'agit d'une possibilité de faire un recours pour les parties.

Il est bien de rappeler que le plus souvent les voies de recours ordinaires contre une sentence arbitrale sont interdites. Beaucoup de législateurs, comme celui de l'Ohada, ont pris l'option de verrouiller la possibilité de faire recours à la décision arbitrale. Donc, c'est une originalité pour le CMTA de permettre aux parties de prévoir des recours, si elles le désirent. Cette situation est profitable aux salariés ce qui peut les encourager à faire recours au centre. L'arbitrage des litiges individuels de travail est aussi pratiqué aux États-Unis.

2. La pratique de l'arbitrage en droit du travail américain

La réglementation du travail aux États-Unis se singularise par sa complexité. Pour mieux cerner le droit du travail américain, il faut impérativement soulever la différence qui existe entre le droit fédéral¹⁶⁸⁸ et le droit des États¹⁶⁸⁹. La jurisprudence américaine avait signalé la non existence d'une Loi commune en droit du travail. Elle a précisé qu'il « *n'y a pas de common law générale fédérale. Le Congrès n'a pas le pouvoir de déclarer des règles de fond de common law applicables dans un État, qu'elles soient de nature locale ou « générale* »,

¹⁶⁸⁷ Art. 27, Règlement d'arbitrage CNAT.

¹⁶⁸⁸ Les lois contre la discrimination (Titre VII (Civil Rights Act, 1964, Age Discrimination Employment Act ADEA, 1967, Pregnancy Discrimination Americans with Disabilities Act, ADA, 1990).

¹⁶⁸⁹ Les Lois législatives qui concernent les Lois contre la discrimination, Lois d'extension des droits fédéraux (assurance chômage, travail des enfants, droits des immigrés), Législation locale (restrictions des organisations et des activités syndicales, réglementation de l'intérim), Les lois whistleblower protégeant ceux qui dénoncent les illégalités, National Labor Relations Act (1935/1947, NLRA), Fair Labor Standards Act (FLSA, 1938), Family and Medical Leave Act (FMLA, 1993), Employee Retirement Income Security Act (ERISA, 1974), Occupational Safety and Health Act (OSHA, 1970), Worker Adjustment and Retraining Notification Act (WARN, 1988).

qu'elles relèvent du droit commercial ou fassent partie du droit de la responsabilité délictuelle. Et, aucune clause de la Constitution ne prétend conférer un tel pouvoir aux tribunaux fédéraux. Sauf dans les matières régies par la Constitution fédérale ou par des lois du Congrès, la loi applicable dans tous les cas est la loi de l'État¹⁶⁹⁰». De ce fait, il est possible d'affirmer que le droit social américain n'est pas un droit global et harmonieux. C'est un droit qui est le fruit d'une condensation de normes législatives, de règles jurisprudentielles et de pratiques. Il se caractérise par le manque d'homogénéité dans la mesure où les différentes normes sociales s'appliquent différemment selon les situations. La législation appliquée aux travailleurs américains peut varier d'un État à un autre. Chaque État a la possibilité d'adopter ses propres normes. Cependant, il est bien de signaler que les minimums de droits sont prévus par les lois fédérales. De ce fait, ce sont les lois fédérées qui donnent les détails des normes. La même situation semble se remarquer en droit de l'arbitrage.

Aux États-Unis, la loi fédérale la plus importante est la Loi fédérale sur l'arbitrage ou «FAA¹⁶⁹¹». Elle est la principale source qui prend en charge les deux régimes de l'arbitrage: l'arbitrage national et l'arbitrage international. Considérée comme la plus ancienne loi, concernant l'arbitrage, la « FAA » est la principale référence du système juridique américain. Ainsi, il est essentiellement organisé en trois chapitres qui traitent les litiges nationaux appelés « domestiques », les litiges gouvernés par la Convention de New York, et les litiges gouvernés par la Convention de Panama¹⁶⁹². Cette loi est la norme nationale américaine qui met en œuvre les conventions de New York et de Panama. Elle sert de guide aux différentes juridictions américaines lorsqu'elles sont interpellées en cas de litiges relatifs à une procédure arbitrale internationale. Il faut rappeler que les solutions alternatives aux litiges ne sont pas récentes dans la culture américaine. L'arbitrage était très répandu pour régler les conflits commerciaux et maritimes. Au 19ème siècle, il est devenu un mode de plus en plus pratiqué dans tous les domaines du droit.

Concernant l'arbitrage des litiges individuels de travail, il faut préciser que le droit américain a opté pour une démarche particulière. La loi fédérale sur l'arbitrage a prohibé de son champ d'application certaines catégories de contrat de travail. Elle précise que « *les contrats de travail des marins, des employés des chemins de fer ou de toute autre catégorie de travailleurs engagés dans le commerce extérieur ou interétatique*¹⁶⁹³ ». Toutes les juridictions américaines

¹⁶⁹⁰ La Cour Suprême *Erie Railroad Co. v. Tompkins*.

¹⁶⁹¹ « Federal Arbitration Act » a été adopté en 1925.

¹⁶⁹² Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international. Conclue Panama le 30 janvier 1975. Cette Convention était ouverte à la signature de tous les 35 Membres de l'Organisation des États américains (oasis). Elle est entrée en vigueur le 16 juin 1976.

¹⁶⁹³ Art.1, 9 USC § 1, de la loi fédérale sur l'arbitrage (FAA).

ont respecté la disposition en excluant de l'arbitrage les contrats de travail des travailleurs des transports. De ce fait, les autres types de contrats de travail étaient du champ d'application de la FAA. Cependant, il faut signaler qu'avec le vent du libéralisme, beaucoup de changement étaient en vogue. Déjà dans trois décisions¹⁶⁹⁴ du 20 juin 1960, la jurisprudence américaine a jeté les jalons d'une ouverture de l'arbitrage des relations individuelles de travail. Elle a donné la possibilité aux différentes parties du contrat de pouvoir écarter les juridictions étatiques tout en saisissant un juge indépendant. La jurisprudence a ainsi créé un système de régulation autonome de l'entreprise. La jurisprudence a ainsi posé le principe de la compétence aux arbitres sur tout litige individuel de travail. Ces décisions ont pour principales missions de contribuer à désengorger les juridictions étatiques, dont la lenteur accusée est grandement due au nombre important d'affaires à trancher. Le recours à un arbitre permet d'éviter les risques de léthargie et de paraplégie. C'est une même logique, la jurisprudence apporte une nouvelle vision sur l'arbitrage des litiges individuels de travail. Il faut noter que la jurisprudence américaine avait une nouvelle perception sur l'arbitrage en droit du travail. Ses décisions étaient qualifiées comme pro-arbitrage¹⁶⁹⁵ car elles encourageaient la compétence des arbitres dans les conflits sociaux. Les juridictions américaines avaient une tendance progressiste envers les avantages de l'arbitrage dans le contexte des conflits du travail. C'est pour cette raison qu'une décision de principe fut prise pour révolutionner l'arbitrage en droit social. Elle a annulé une décision de la Cour d'appel fédérale du neuvième circuit qui affirmait l'impossibilité d'arbitrer les litiges individuels de travail aussi bien qu'en arbitrage fédéral qu'en international. La Cour Suprême affirme que « *seuls les contrats de travail qui portent sur les métiers de transport rentrent dans les exceptions de la section première du Federal Arbitration Act (FAA)*¹⁶⁹⁶ ». Cette décision de justice permet de ne plus faire aspect l'arbitrage des litiges individuels de travail qui est très pratiqué en droit suisse.

B. La pratique de l'arbitrage en droit du travail Suisse

L'arbitrage international est devenu actuellement un outil extrêmement répandu dans le secteur de l'économie. Il s'est largement diffusé dans le monde des affaires pour régler des différends contractuels. Il est noté que l'arbitrage, en tant qu'instrument de règlement, est particulièrement utilisé dans les affaires. Les domaines qui relèvent du commerce, des

¹⁶⁹⁴ USSC, *Steelworkers v. American Mfg. Co.*, 363 U.S. 564 (1960) ; USSC, *Steelworkers v. Warrior & Gulf Co.*, 363 U.S. 574 (1960) ; USSC, *Steelworkers v. Enterprise Car*, 363 U.S. 593 (1960).

¹⁶⁹⁵ *Textile Workers Union of Am. v. Lincoln Mills*, 353 U.S. 448 (1957) et la « *Steelworkers Trilogy* », *United Steelworkers of America v. Am. Mfg. Co.*, 363 U.S. 564 ; *United Steelworkers of Am. v. Warrior & Gulf Nav. Co.*, 363 U.S. 574 ; et *United Steelworkers of America v. Enterprise Wheel & Car Corp.*, 363 U.S. 593 (1960).

¹⁶⁹⁶ *Suprem Court, CIRCUIT CITY STORES, INC. v. ADAMS*, 21 mars 2001.

investissements, surtout en droit international, connaissent mieux le droit de l'arbitrage. La doctrine précisait à ce point que « *l'arbitrage est sans doute l'une des disciplines dans lesquelles le droit comparé trouve à exprimer de la façon la plus complète l'ensemble des fonctions qui sont susceptibles d'être les siennes. Celles-ci sont au nombre de trois, le droit comparé étant tantôt source d'inspiration, tantôt source de légitimité, tantôt encore source de droit positif*¹⁶⁹⁷ ». Contrairement à la situation qui prévaut en France, le recours à l'arbitrage pour la résolution de litiges individuels de travail n'est pas en soi contraire au droit suisse. Il faut attirer l'attention sur la singularisation de la législation suisse en matière du droit de l'arbitrage de manière générale et sa spécificité sur l'arbitrage des litiges individuels de travail.

En Suisse, la tendance actuelle du droit de l'arbitrage est très libérale. Le législateur Suisse a pris l'option de mettre des dispositions faciles à utiliser, surtout pour les acteurs internationaux. Son droit de l'arbitrage est non seulement flexible et, mais aussi accessible. Cette simplicité de ce mode de résolution de conflits est souple en droit de l'arbitrage international qui est un mode très autonome. Il faut préciser que la loi suisse d'arbitrage international s'est largement imposée comme l'une des lois les plus favorables à l'arbitrage existant dans le monde. Pour l'arbitrage international, le critère de l'arbitrabilité n'est plus la libre disposition de l'objet du litige, mais le législateur a mis en exergue le caractère patrimonial pour faciliter le déclenchement de la procédure arbitrale. L'intervention du salarié au niveau de l'arbitrage à travers le litige individuel de travail semble être une réalité en droit Suisse. Cependant, il faut veiller à ce que la liberté de ce dernier ne soit pas viciée. C'est pour cette raison que la doctrine a eu à préciser que « *la liberté de l'arbitrage serait illusoire sans la protection de la loi, qui en définit le champ et en fixe les modalités d'exercice. Aussi bien, le consentement à l'arbitrage n'a de raison d'être qu'en l'absence d'une prescription légale lui soumettant certaines catégories de litiges*¹⁶⁹⁸ ». Il est évident que l'affirmation de la liberté des salariés à travers l'arbitrage comporte toutefois un risque. Ainsi, il s'agira de voir dans un premier temps le caractère libéral de l'arbitrage international Suisse (1) puis de voir dans un second temps l'arbitrage des litiges individuels de travail en droit Suisse (2).

1. Le caractère libéral de l'arbitrage international Suisse

Les conflits individuels du travail ont la possibilité de se mouvoir pleinement dans

¹⁶⁹⁷ E. GAILLARD, Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international (II. – L'arbitrage, Deuxième séance); Rev. arb. 2005, 489p. ; p. 375.

¹⁶⁹⁸ O. DIALLO, Le consentement des parties à l'arbitrage international, OpenEdition, 2015, 318p. ; p. 85, <https://books.openedition.org>, Vu le 15/10/2017.

l'arbitrage. Il est fréquent de voir des États qui ont développé de l'arbitrage en droit du travail tant dans les systèmes de common law que de civil law. Certains pays appartenant au civil law, ont permis la possibilité d'insérer une clause compromissoire dans leur contrat de travail. Il peut être cité le droit néerlandais qui est très favorable à l'arbitrage des clauses compromissoires insérées dans les contrats de travail. *« C'est aussi le cas du droit fédéral suisse qui admet les clauses d'arbitrage dans les contrats internationaux de travail dès lors que le critère de la patrimonialité de la loi fédérale suisse est rempli (art. 177, al. 1er, LDIP). Pour ce qui est du droit cantonal suisse, il faut distinguer selon les différents cantons. Ceux de Berne et du Jura acceptent l'arbitrage sans restriction, alors que ceux de Bâle, Genève, Lucerne et Soleure l'excluent. Les autres cantons adoptent des solutions intermédiaires en combinant deux critères : la nature de l'instrumentum où figure la convention d'arbitrage et le moment où elle est conclue¹⁶⁹⁹»*. Comme en France, l'arbitrage Suisse fait la différence entre arbitrage interne et arbitrage international. Autrement dit, c'est un système dualiste avec, d'une part, l'arbitrage interne qui est réglementé par la troisième partie du Code de procédure civile¹⁷⁰⁰ et avec, d'autre part, l'arbitrage international est régi par le chapitre 12 de la Loi fédérale sur le droit international privé¹⁷⁰¹.

Il faut rappeler qu'au niveau du système suisse, le régime juridique de l'arbitrage était régi par le « Concordat intercantonal » de 1969. C'était une convention conclue entre plusieurs cantons pour légiférer sur un plan régional dans un domaine donné. En droit Suisse, le concordat intercantonal visait essentiellement à s'appliquer à toute procédure arbitrale qui se déroule sur le territoire de l'un des cantons concordataires. Appelé aussi « convention intercantonale » ou « accord intercantonal », le Concordat intercantonal, avec l'ancienne répartition des compétences fédérales et cantonales, est à l'origine du dualisme de l'arbitrage suisse. La convention avait rétabli la compétence des cantons en matière d'arbitrage interne et international. De ce fait, après son remplacement le 1^{er} janvier 2011, par le Code de procédure civile suisse (CPC), un chapitre concernant l'arbitrage international fut intégré dans la nouvelle Loi. L'arbitrage international est pris en charge au niveau du chapitre 12 de la Loi sur le droit international privé suisse (LDIP) de 1987. De ce fait, dans ce chapitre, il traite plusieurs domaines relatifs à l'arbitrabilité, à la validité formelle de la convention d'arbitrage, à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales.

¹⁶⁹⁹ T. CLAY, « L'arbitrage en droit du travail: quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ? »; op. cit., p. 33.

¹⁷⁰⁰ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC).

¹⁷⁰¹ Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP).

L'arbitrage est qualifié « international » lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse d'une part et il faut, d'autre part, qu'une des parties au moins ait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse¹⁷⁰². D'ailleurs, il est bien de signaler une particularité de l'arbitrage Suisse. La jurisprudence a admis la possibilité qu'un arbitrage soit international alors même qu'il n'y aurait plus aucun lien d'extranéité au moment de la procédure¹⁷⁰³. Le législateur a précisé que peut faire l'objet d'un arbitrage international « *toute cause de nature patrimoniale*¹⁷⁰⁴ ». Il s'agit ici de la mise en évidence du critère matériel. La particularité de ce critère Suisse est qu'il renvoie spécialement et seulement uniquement à la nature de la cause. De ce fait, il met de côté les règles juridiques applicables. Il faut préciser à ce niveau que même si le législateur valorise ce critère avec les élections de for « *en matière patrimoniale*¹⁷⁰⁵ », il n'a cependant pas pris la peine d'éclaircir les notions. Face à ce silence, ce sont les juridictions qui ont pris la peine de donner un contenu à ces termes.

Dans l'exercice d'élucidation des notions, ces dernières ont pris la peine d'élargir le champ de vision pour rendre l'arbitrage efficace. Avec, le souhait d'étendre l'accès de l'arbitrage international, elles ont opté pour une interprétation extensive¹⁷⁰⁶ de la notion. Ainsi, la jurisprudence a tenu à préciser que sont de nature patrimoniale « *toutes les prétentions qui ont une valeur pécuniaire pour les parties, à titre d'actif ou de passif, autrement dit les droits qui présentent, pour l'une au moins de celles-ci un intérêt pouvant être apprécié en argent*¹⁷⁰⁷ ». En arbitrage international suisse, beaucoup de contraintes sont levées pour permettre le bon déroulement de la procédure. Dans la pratique courante, il a été noté que les notions pouvant porter atteintes à l'arbitrage à cause des divergences sont évitées. De ce fait, en droit de l'arbitrage international suisse, la jurisprudence¹⁷⁰⁸ ne fait pas de fixation sur les prétentions qui peuvent être à la libre disposition des parties ou bien des prétentions qui peuvent être de nature pécuniaire. C'est pour cette raison que l'arbitrage des litiges individuels de travail ne constitue pas un grand problème dans le système juridique suisse.

¹⁷⁰² Art. 176, al. 1 LDIP.

¹⁷⁰³ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_254/2013 du 19 novembre 2013 et Arrêt du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017.

¹⁷⁰⁴ Art. 177, al. 1 LDIP.

¹⁷⁰⁵ Art. 5, al. 1 LDIP.

¹⁷⁰⁶ FF 1983 I 255; ATF 118 II 353, consid. 3a.

¹⁷⁰⁷ ATF 118 II 353, consid. 3b.

¹⁷⁰⁸ ATF 118 III 353, consid. 3b.

2. L'arbitrage des litiges individuels de travail en droit Suisse

En droit Suisse, la notion de conflit individuel de travail prend en compte tous les litiges qui entrent dans le champ d'application des dispositions des différents textes du pays. Ces références textuelles sont spécialement prévues par le législateur. Il s'agit essentiellement du CPC, de la LDIP¹⁷⁰⁹ ou bien la Convention de Lugano¹⁷¹⁰. Il faut préciser que pour effectuer cette qualification, la Suisse a adopté un critère basé sur le domicile des parties. En vertu de l'article 176 de la LDIP, les dispositions du chapitre 12 de la LDIP s'appliquent lorsque l'arbitrage a son siège en Suisse et, en outre, lorsque l'une des parties au moins n'avait pas son domicile¹⁰ ou sa résidence habituelle en Suisse au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage. De même, pour l'application de l'article 353 du CCP, il faut que l'arbitrage ait son siège en Suisse et que toutes les parties soient domiciliées en Suisse.

Le législateur, en matière de conflits du travail, a prévu sans réserve que tout litige qui concerne un intérêt économique peut faire l'objet d'un arbitrage¹⁷¹¹. Pour le CPC et la LDIP, les litiges individuels de travail ont leur source dans le contrat individuel de travail qui est défini à travers le Code des obligations¹⁷¹². Il faut noter qu'en arbitrage international Suisse, le législateur a retenu sans réserve que l'élément indispensable est celui de la nature patrimoniale. De ce fait, sans aucune hésitation, il est admis que les litiges individuels de travail sont des causes de nature patrimoniale¹⁷¹³. Le législateur Suisse a pris l'option de mettre en exergue le critère de l'intérêt économique. Ce choix a été volontairement consacré par le législateur qui a une aspiration libérale. Le souci de permettre l'accès à l'arbitrage international en Suisse, il a donné une interprétation large de la notion d'arbitrabilité expliquée à travers la LDIP qui précise que « *toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage*¹⁷¹⁴ ». Ainsi, le législateur estime sans réserve que la notion d'intérêt économique prend en considération toutes les demandes qui ont une valeur économique et financière pour les parties au contrat. Autrement dit, il s'agit essentiellement de tous les droits qui ont un intérêt évalué en termes financiers. Cela est totalement indépendant par rapport au fait que les parties puissent disposer librement des droits juridiques soumis à l'arbitrage.

Par cette notion large de l'arbitrabilité qui consacre une approche très libérale du droit de l'arbitrage Suisse, la perception du salaire qui a un caractère économique donne aux litiges

¹⁷⁰⁹ Loi Fédérale de Droit International Privé du 18 décembre 1987.

¹⁷¹⁰ Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

¹⁷¹¹ Art. 177, al. 1, de la LDIP.

¹⁷¹² Art. 319 du Code des obligations Suisse.

¹⁷¹³ Art. 177 al. 1 LDIP.

¹⁷¹⁴ Loi Fédérale de Droit International Privé du 18 décembre 1987.

individuels de travail la possibilité soumis à l'arbitrage. Il est bien de rappeler qu'en arbitrage interne Suisse, les prétentions du travailleur visées par le Code des Obligations ne sont pas à la libre disposition des parties et donc pas arbitrables. En arbitrage interne, le législateur estime que « *le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective* ¹⁷¹⁵ ». Il faut préciser à ce niveau peu avant l'entrée en vigueur du CPC, le Concordat sur l'arbitrage prévoyait que « *l'arbitrage peut porter sur tout droit qui relève de la libre disposition des parties, à moins que la cause ne soit de la compétence exclusive d'une autorité étatique en vertu d'une disposition impérative de la loi* ¹⁷¹⁶ ». Ici, en arbitrage interne Suisse, en matière de droit du travail, à travers cette disposition, le législateur estime que le salarié, partie au faible du contrat de travail ne puisse renoncer aux créances qu'il détient des dispositions impératives de la loi. Il s'agit ici d'une option qui a pour finalité de protéger la partie faible qui est le travailleur, qui a une relation de dépendance avec son employeur. Ce dernier pourrait et qui pourrait contraindre le travailleur à consentir à une restriction de ses droits pour éviter de perdre son travail. Cette interdiction vise à garantir pleinement l'application des dispositions impératives édictées afin de protéger le travailleur. La doctrine a d'ailleurs, l'interdiction a une posture non rigide. Elle précise que « *cette interdiction n'est toutefois pas absolue. En effet, elle n'empêche pas une renonciation qui interviendrait dans le cadre d'un arrangement entre le travailleur et l'employeur pour autant qu'il comporte des concessions réciproques. Pour vérifier si cette exigence de réciprocité est réalisée, il faut alors procéder à une pesée des intérêts en vérifiant que les prétentions auxquelles les parties renoncent soient de valeur comparable* ¹⁷¹⁷ ». Contrairement à l'arbitrage national, l'arbitrage international s'étend à toute cause de nature patrimoniale. Donc, les prétentions des parties qui viennent directement du droit du travail sont en principe arbitrables, et cela, sans aucune limitation. Cependant, il faut préciser que bien que les règles de l'arbitrage donnent la liberté, la protection du travailleur ne doit pas être réduite. Même s'il est évident que les parties au contrat savent à quoi elles s'engagent, car maîtrisant mieux leurs intérêts, il ne faut pas oublier que l'employeur pourra toujours tenter à imposer sa volonté parce qu'il est indéniable qu'un contrat de travail individuel reste dans les faits un contrat d'adhésion.

¹⁷¹⁵ Art. 341, al. 1 Code des Obligations.

¹⁷¹⁶ Art. 5 du Concordat sur l'arbitrage (CIA).

¹⁷¹⁷ J. SCHWAB, Arbitrage et conflits individuels de travail, De l'admissibilité des conventions d'arbitrage, 2020, 358p. ; p. 158. <https://serval.unil.ch>, lu le 23/08/2021.

Conclusion partielle

Au cours de cette étude, il est apparu que l'arbitrage a une mauvaise réputation auprès des salariés. Cependant, il est sans doute permis de penser qu'une imbrication harmonieuse entre le droit du travail et l'arbitrage est possible. Le droit du travail doit faire preuve de plasticité et s'adapter aux transformations profondes qui le traversent. Le droit Ohada a changé la donne en estimant qu'il n'y a aucune difficulté juridique à l'arbitrage en droit positif du travail, de sorte qu'aujourd'hui de nombreux penseurs soutiennent, sans hésitation, l'idée selon laquelle les litiges individuels de travail sont bien arbitrables. L'arbitrabilité des litiges individuels de travail dans l'espace communautaire Ohada passe par la fusion entre le droit commercial et le droit civil. Le droit Ohada a opté pour s'inscrire dans un dynamisme de renouvellement d'une philosophie unitaire du domaine civil et commercial. Le décloisonnement des droits semble être un des objectifs du droit Ohada. La possibilité de recourir à l'arbitrage pour toute sorte de litige naît d'une relation contractuelle est une forte innovation. Cette distinction paraît avoir perdu de sa pertinence et que le besoin d'une réforme s'est fait sentir. Justement, hormis les outrecuidances liées à la séparation, le droit commercial et le droit civil ne paraissent pas répondre efficacement à la réalité socioéconomique de ses acteurs économiques. Le droit Ohada en optant pour l'unification du droit privé, semble se muer vers une adaptation au monde de l'économie et des affaires. L'arbitrage est le principal agent de l'extension économique du droit commercial au-delà de ses frontières, voire de son dépassement.

La concrétisation de cette idée se manifeste par un mouvement de repli de l'ordre public. L'effritement des lois impératives a la vocation de permettre de recourir à des clauses permettant d'écarter les juges étatiques dans les litiges individuels de travail. La compétence impérative des juridictions étatiques en matière de litiges individuels de travail ne semble plus disqualifier d'office toute dérogation contractuelle entre parties pouvant permettre l'insertion dans le contrat de travail des clauses d'attribution de compétences à une autre juridiction autre le tribunal du travail. La compétence exclusive n'interdit pas à l'arbitre de statuer sur un domaine d'ordre privé. Pour les penseurs, c'est plutôt la compétence impérative qui peut empêcher celui-ci de toucher à une matière qui est attribuée d'une manière impérative de compétence à une juridiction étatique. Cela signifie que l'État doit obligatoirement être neutre dans les relations contractuelles de travail. Il doit s'abstenir de se comporter en acteur dans le droit social. La puissance publique devra faire des efforts pour s'immiscer le moins possible dans la vie des entreprises. C'est aussi pour cette raison que le droit Ohada a inscrit le droit du

travail sur le registre du droit des affaires. Avec le droit africain, le droit du travail est plus proche du droit commercial que du droit civil. Le législateur Ohada semble promouvoir l'extension du domaine de l'arbitrage, surtout avec l'élargissement de l'office de l'arbitre à l'égard de l'arbitrage. La première chose à retenir c'est que l'arbitre est perçu comme étant « juge » car il a une mission de résoudre des litiges comme le fait le juge ordinaire. L'arbitre, dans sa mission qui est en principe délimitée par la convention arbitrale, est investi de la juridiction dans toute sa plénitude. Cela fait de l'arbitre un véritable acteur de l'ordre public. Il ne s'agit plus pour l'arbitre de se voir interdire d'appliquer des règles ou des normes impératives. En tant que collaborateur du juge de l'ordre public, l'arbitre a non seulement la possibilité d'appliquer des règles d'ordre public, mais aussi, il a le pouvoir de sanction de la violation de l'ordre public. Le droit Ohada s'est inspiré du système juridique de la Common Law qui fait bénéficier à l'arbitre de l'immunité de juridiction. L'arbitre devient ainsi, à l'abri des poursuites pour les décisions prises dans l'exercice de ses fonctions. Cela veut dire que sa responsabilité ne doit pas être mise en cause pour des actes directement liés à sa mission juridictionnelle. Toute action en responsabilité contre un arbitre est déclarée irrecevable. Il faut cependant préciser que seul l'arbitre désigné par la CCJA est protégé. L'arbitrage émerge avec de nouveaux domaines, surtout avec les relations contractuelles déséquilibrées. La validité de l'arbitrage en droit du travail est devenue une réalité. Actuellement, l'arbitrage est devenu un nouvel instrument proposé au non professionnel pour trouver des solutions aux litiges qui les opposent à un cocontractant professionnel ou non. Ainsi, cette possibilité permet aux travailleurs de pouvoir faire appel à une juridiction arbitrale dans le cadre d'un litige né dans la sphère des contrats du travail. Le recours au compromis dans les litiges individuels de travail en est une parfaite illustration. La clause compromissoire, quant à elle, est considérée comme appartenant à la catégorie des clauses d'accompagnement. Elle agit sur les relations d'obligation n'affectant pas l'économie de ce rapport, qui n'a de raison d'être qu'en relation avec ces obligations, puisque la réciprocité de ces obligations va éloigner son application.

La principale innovation concernant le droit de l'arbitrage consiste dans la refonte qui permet à la jurisprudence de consacrer la validité de la clause compromissoire dans les litiges individuels de travail. Donc, la validité de la clause compromissoire dans les activités professionnelles est consacrée. L'arbitrage des litiges individuels de travail qui est rejeté au Sénégal est accepté en Côte d'Ivoire par le compromis ; ce qui traduit un malaise au sein de l'espace Ohada. La Cour d'Appel de la Côte d'Ivoire a admis le compromis après la rupture du contrat de travail. Dans cette même logique, l'arbitrage est autorisé en droit international du travail depuis longtemps avec d'abord le compromis d'arbitrage. La clause compromissoire qui

était d'abord interdite, fut successivement autorisée en matière internationale. Les partisans de l'arbitrage pensent que le droit du travail doit faire preuve d'élasticité et surtout s'adapter aux transformations profondes qui le traversent. Cette branche est essentiellement composée par les législations dites « libérales », dont celle des États-Unis, du Canada, du Néerlande, de la Belgique, de l'Allemagne, de la Suède, la Suisse, de la Côte d'Ivoire où l'arbitrabilité est énoncée comme principe, ne connaissant que de rares exceptions.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Ceci n'est guère une conclusion, mais une sorte de mise au point de tout ce qui a été dit à propos des réflexions menées sur l'arbitrage des litiges individuels de travail. Le débat sur cette question est loin de connaître son épilogue, car il est inextinguible à travers des positions très variées. Au cours de cette étude, il est apparu que l'arbitrabilité des litiges individuels de travail suscite d'intenses controverses aussi bien qu'en droit Ohada et en droit français.

Face aux lenteurs de procédure, à la corruption du système judiciaire et aux problèmes de l'exécution des décisions de justice, les modes alternatifs de règlement des conflits sont de plus en plus jugés intéressants tant pour les justiciables que pour le système judiciaire.

Ohada a opté de se tourner vers les modes alternatifs des litiges de résolution plutôt que d'assainir les systèmes judiciaires. Son choix s'est tourné vers l'arbitrage qui n'est pas retenu par la conception française au nombre des Modes Alternatifs de Résolution de Conflits (MARC) car étant un mode de solution juridictionnelle. Le fait d'introduire, par le biais du Traité, le droit du travail dans le registre du droit des affaires constitue le premier pas pour le sortir du domaine des droits indisponibles. Cela est renforcé par l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage qui consacre une disposition militant fortement pour une arbitrabilité des litiges individuels de travail au sein de ses États-Membres. Cependant, l'arbitrage et le droit du travail en matière de litiges individuels sont deux territoires juridiques « inconciliables ». Leur rapprochement devient subitement un affrontement, car ils sont réfractaires à toute extension de leur domaine.

Le droit du travail est non seulement un domaine de prédilection de l'ordre public, mais aussi un droit protecteur du salarié. C'est un droit providentiel du salarié. Il vise à mettre en place des stratégies et un cadre qui permettent de contrer toutes les formes d'exploitation dont les salariés peuvent être objet. L'infériorité économique entre l'employé et l'employeur traduit parfaitement la notion de la partie faible en droit du travail. Il s'agit essentiellement de la dépendance économique. La notion de dépendance économique est très importante dans la qualification de contrat de travail. Elle s'entend d'une situation qui amène une personne à se financer par le biais d'un travail rémunéré. Ce droit a toujours été considéré comme un outil permettant à l'autorité étatique la mise en œuvre de sa politique d'orientation économique. L'État montre sa position partisane en imposant aux employeurs de ne déroger aux lois que dans l'intérêt des travailleurs. Ce principe, bien que partisan de la part de l'État, protecteur des intérêts du salarié, est perçu comme une restriction à la liberté du chef d'entreprise. Il permet l'application de la disposition la plus favorable pour le salarié.

Le principe de faveur, au-delà de tout dans les relations individuelles de travail, est le pilier central des relations de travail dans l'entreprise. Il est un principe qui possède une autorité, car il est applicable même en dehors des cas qui sont spécialement prévus par la loi. La finalité du droit du travail est d'empêcher le patron de l'entreprise de pouvoir abuser de sa situation économique pour imposer des conditions de travail difficiles aux salariés. L'État vient naturellement, à travers des lois plus protectrices, soutenir les travailleurs face aux abus multiformes des employeurs afin d'assurer le maintien de l'ordre public. Le législateur sénégalais, pour garantir et sauvegarder les droits des parties faibles du contrat de travail, a mis en place des textes assez importants pour assurer la protection des salaires. L'inclinaison du contrat de travail est de régir les relations contractuelles entre employeur et l'employé. Ce contrat de travail repose essentiellement sur la liberté contractuelle qui symbolise la conséquence de l'autonomie de la volonté. Les salariés et les chefs d'entreprises disposent d'une grande liberté contractuelle. Cependant, cette liberté contractuelle n'est pas totale puisque la loi prohibe l'existence de certaines clauses. De plus, elles doivent être proportionnées au but recherché et mises en œuvre loyalement.

La doctrine attire l'attention sur le danger lié aux clauses. Il convient de veiller soigneusement à la rédaction de certaines clauses semées d'embûches. Le risque peut porter sur des clauses qui déséquilibrent les droits et obligations des parties, surtout du salarié. En usant de sa supériorité économique et de ses pouvoirs juridiques, l'employeur a la possibilité d'influencer unilatéralement le contrat de travail pour satisfaire ses intérêts. La protection des employés au travail contre les abus de domination des employeurs est une préoccupation ancienne pour les pouvoirs étatiques et les partenaires sociaux. Cette protection au travail est un élément de la politique de l'État, et de la politique de santé publique. Le législateur sénégalais, dans le but de protéger les salariés d'un déséquilibre dans les relations contractuelles, a prohibé l'insertion de la convention d'arbitrage dans le contrat individuel du travail. Le salarié, sur proposition de l'employeur, et ne maîtrisant pas tous les rouages du droit de l'arbitrage, pour faire plaisir à celui-ci ou pour conserver son emploi, peut vouloir accepter des clauses d'attributions de compétence appelées clauses d'accompagnement. Ainsi, il faut signaler que la dépendance économique à l'employeur restreint drastiquement son pouvoir de conviction et son esprit d'initiative à vouloir refuser certaines propositions. De ce fait, la clause d'accompagnement devient une véritable source de versatilité en litige individuel.

Dans le domaine du droit du travail, une clause compromissive est considérée comme un phénomène d'inconstance et d'instabilité pour les droits sociaux. C'est l'une des principales raisons de son invalidité. Elle est alors une véritable convention qui entraîne le dessaisissement

des juridictions étatiques. C'est pour cette raison que la doctrine affirme que l'intérêt des litiges relevant du droit du travail est en général incompatible avec le coût de l'arbitrage. Dès cet instant, la clause compromissoire peut être l'instrument d'un déni de justice économique en dissuadant la partie faible d'exercer son droit d'ester en justice. Les salariés, le plus souvent, sont considérés comme des profanes du droit du travail et du droit de l'arbitrage. En tant que profane, c'est-à-dire un non-initié du droit, le salarié ne maîtrise pas tous les contours du droit de l'arbitrage. Ce dernier ne parvient pas à opérer la distinction entre différentes catégories d'arbitrage ainsi que leurs effets. Le droit du travail étant du domaine de l'ordre public, donc cette clause est interdite dans les relations individuelles entre employeur et employé. Le salarié ne peut pas être privé de son droit de recours au tribunal du travail. Toute clause incluse dans le contrat de travail ayant pour effet d'attribuer compétence à une juridiction autre que le tribunal du travail un litige relatif à l'exécution d'un contrat opposant un employeur et un salarié est nulle. La protection des salariés est liée au système judiciaire qui constitue l'un des piliers de la protection de l'emploi, et à son rôle dans les litiges du travail commencent à émerger. La prise en charge des conflits est une source de stabilité de l'environnement de travail.

Les inspecteurs du travail ont aussi la vocation à prendre en main les litiges individuels de travail. Ils sont perçus comme des instances de surveillance qui ne délivrent pas de jugements, mais seulement des recommandations juridiquement non contraignantes. C'est pour cette raison que le législateur sénégalais a organisé le droit du travail en écartant l'arbitre dans les litiges individuels de travail. Ainsi, quand la loi détermine une compétence judiciaire, elle précise simplement la division du travail qu'elle établit entre les juges mandatés par elle. Elle n'envisage pas le cas où les plaideurs préfèrent se passer de ces juges. D'ailleurs, l'exclusivité de la compétence d'un tribunal est à distinguer de son caractère impératif.

Le droit du travail a aussi la particularité d'être un droit très réglementaire faisant obstacle à l'autonomie de volonté. Certains qualifient même cette réglementation de très rigide. Ce qui paraît être un handicap pour la compétitivité des entreprises. C'est pour cette raison qu'une réforme en profondeur du droit devrait permettre de concilier la protection sociale et l'efficacité économique. En d'autres termes, la réforme doit nécessairement passer par le rétrécissement du droit du travail au profit du droit de l'arbitrage qui a la particularité d'être une institution privée avec des arbitres saisis par la volonté des parties.

L'arbitrage est un droit disponible et est fondamentalement contractuel en ce sens qu'il tire sa raison d'être de la convention d'arbitrage. Il relie des parties qui ont presque les mêmes capacités financières. Cependant, tel n'est pas le cas entre l'employé et l'employeur où le rapport contractuel est considérablement inégal et déséquilibré. Le système Ohada regorge de

controverses au sein des États-Membres à propos de l'arbitrage des litiges individuels de travail. Il y a une divergence dans l'appréciation du concept d'arbitrabilité même au sein du système unifié. Il faut faire remarquer que le législateur Ohada est sorti du domaine du droit des affaires pour s'immiscer dans le droit civil des personnes. Les deux critères¹⁷¹⁸ choisis par le législateur communautaire sont loin d'harmoniser les différentes positions au niveau des États-Membres.

En droit du travail, la concrétisation de la libre disponibilité des droits qui est le premier critère, varie considérablement d'un État-Membre de l'Ohada à un autre, de sorte que certains litiges seraient arbitrables dans certains États et inarbitrables dans d'autres. Ce n'est pas mieux adapté pour harmoniser les différentes visions d'arbitrabilité dans une législation uniforme. C'est précisément pour cette raison qu'il y a des réserves sur l'utilisation de ce critère dans une législation communautaire uniforme de l'arbitrage.

Concernant le second critère principal qui est le contrat, les litiges arbitrables doivent impérativement être d'ordre contractuel dans la mesure où le champ visé pour le développement de l'arbitrage est le droit des affaires. Ainsi, peuvent être tranchés par voie d'arbitrage les litiges concernant la validité, l'exécution et l'interprétation du contrat. Ce critère exclut les rapports extra-contractuels. Cela veut dire qu'un tiers au contrat ayant des rapports avec une partie contractante, ne peut pas recourir à l'arbitrage. Tous les litiges délictuels, les litiges quasi-délictuels et les litiges quasi-contractuels ne peuvent pas être arbitrables. Ce critère d'arbitrabilité objective de la CCJA divise la doctrine. Certains estiment qu'un différend extracontractuel peut être administré par la CCJA si la convention d'arbitrage le prévoit expressément, alors que d'autres réclament une stricte application des textes.

Ces différentes positions doctrines au sein d'un espace comme Ohada aboutissent sans nul doute à un désordre qui pourra toucher à la stabilité sociale. D'ailleurs, c'est la raison pour laquelle l'Acte Uniforme sur le Droit du Travail n'a pas encore vu le jour, car l'arbitrage des litiges individuels de travail remet en cause la protection des intérêts fondamentaux du travailleur. Par conséquent, Ohada devra éclaircir les imprécisions conceptuelles. Le critère de la patrimonialité semble être le meilleur critère d'arbitrabilité dans une législation uniforme. La notion de patrimonialité est moins susceptible de différences juridiques entre les systèmes de droit que le critère de la libre disposition. Il paraît évident qu'une juridiction comme l'arbitrage, n'est pas aussi appropriée pour trancher les litiges découlant de l'imperium de l'État.

La compétence impérative des juridictions étatiques en matière de litiges individuels de travail disqualifie d'office toute dérogation contractuelle entre parties pouvant permettre

¹⁷¹⁸ La libre disposition des droits et l'ordre contractuel (contrat).

l'insertion dans le contrat de travail des clauses d'attribution de compétences à une autre juridiction autre le tribunal du travail. Le législateur sénégalais a opté pour la prohibition des clauses contractuelles attributives de compétence en matière de litiges individuels de travail. Les acteurs agissant dans les litiges individuels, aussi bien l'inspecteur du travail que le juge, ont comme mission d'éviter les différends de travail, promouvoir et maintenir la paix sociale au sein de l'entreprise, car la perturbation de celle-ci peut avoir des conséquences néfastes sur les performances de l'économie.

Les partisans de l'arbitrage pensent que le droit du travail doit faire preuve d'élasticité et surtout s'adapter aux transformations profondes qui le traversent. Avec le développement des activités économiques, le droit Ohada aspire, à travers son espace, à promouvoir des règles souples et adaptées aux besoins économiques. Contrairement au droit français qui opère une distinction entre le droit civil et le droit commercial, le droit Ohada semble assouplir la rigidité de la distinction entre ces deux droits. Le souci d'efficacité et du renforcement de la sécurité économique a poussé le législateur Ohada à combiner et à unir domaines du droit privé. Il faut rappeler que certains auteurs avaient déjà commencé à mettre en évidence l'idée d'une unification en matière contractuelle du droit civil et du droit commercial. Il est bien de signaler à ce niveau que certains pays, il n'y a pas de différenciation entre droit civil et droit commercial. Bien évidemment, le droit commercial n'a pas de raison d'être dans les États qui écartent l'économie de marché. La distinction entre droit civil et droit commercial est perçue comme une tradition inefficace pour booster le secteur de l'économie. Le droit du commercial, malgré son autonomie, garde un lien très étroit avec le droit civil. Il faut attirer l'attention sur le fait que les concepts du droit commercial sont essentiellement du droit civil. Il peut être cité les concepts de contrat, de solidarité, de prescription, d'intérêt, d'acte et de fait juridiques. D'autres principes très importants d'origine civiliste influencent le droit commercial et reposent sur la loyauté, la liberté, la fidélité, la cohérence ainsi que la promotion de la sécurité et de la justice contractuelles pour l'interprétation des règles. Dans la même situation se trouvent les règles et principes quant à sa formation, son exécution, son extinction, ses sources et ses méthodes d'interprétation qui sont celles du droit civil. Il s'agira de voir d'abord la dépendance du droit commercial en droit civil, puis de voir par la suite l'influence du droit civil sur le droit commercial. La concrétisation de cette idée se manifeste par un mouvement de repli de l'ordre public. En d'autres termes, cela signifie que l'État doit obligatoirement être neutre dans les relations contractuelles de travail. Il doit s'abstenir de se comporter en acteur dans le droit social. La puissance publique devra faire des efforts pour s'immiscer le moins possible dans la vie des entreprises. La doctrine estime que l'intervention de l'État, en principe, ne devrait

être qu'exceptionnelle et, voire justifiée par des considérations particulières. Il s'agit ici des droits partiellement disponibles. Ils sont aussi appelés des droits partiellement disponibles ou bien encore des droits partiellement ou temporairement indisponibles. Ce sont des droits issus d'une situation les rendant indisponibles et qui vont par la suite devenir disponibles en raison d'un critère dit de patrimonialité.

De façon générale, la disponibilité des droits partiellement disponibles réside dans le fait que leur objet tient au traitement des conséquences pécuniaires. Donc, certains droits issus de situations indisponibles peuvent devenir disponibles dans quelques-uns de leurs effets. Il ressort de cette présentation que le concept de disponibilité du droit semble couvrir l'ensemble de la problématique de l'arbitrabilité objective sous réserve de la limite de l'exclusivité de compétence accordée à certaines autorités administratives ou judiciaires. D'ailleurs, cette position a remis en cause la compétence exclusive des juridictions étatiques. L'exclusivité de la compétence d'un tribunal du travail est à distinguer de son caractère impératif. Cette compétence écarte d'office l'arbitre pour connaître des litiges individuels de travail. Une partie des penseurs pensent que « la notion de compétence exclusive ne sert jamais qu'à déterminer la compétence au sein de l'ordre des juridictions étatiques.

Le résultat de ce libéralisme est en faveur de l'effritement de certaines bases juridiques. En guise d'illustration, il faut faire remarquer que la différence qui signalait la *summa divisio* des matières juridiques entre le droit et le droit privé semble devenir inexistante. C'est pour cette raison que la doctrine a fait remarquer que « la *summa divisio* du droit, mais le fondement de la philosophie politique libérale, devient de plus en plus floue et poreuse ». De ce fait, l'arbitre, dans sa mission qui est en principe délimitée par la convention arbitrale, est investi de la juridiction dans toute sa plénitude. Cela fait de l'arbitre un véritable acteur de l'ordre public. La première chose à retenir c'est que l'arbitre est perçu comme étant « juge » car il a une mission de résoudre des litiges comme le fait le juge ordinaire. Le mot « arbitre » provient de l'expression latine « *arbitrari* » qui signifie « maître qui dispose à son gré, juge civile, privé ».

L'arbitre est la personne de la mission de trancher un litige déterminé. Il est investi par la convention d'arbitrage. L'arbitre exerce ainsi un véritable pouvoir juridictionnel. Il a plusieurs obligations : l'obligation d'indépendance et d'impartialité, l'obligation de confidentialité et l'obligation de révélation. Ainsi, la responsabilité de l'arbitre peut être déterminée en cas de manquement. Il sera alors dans une obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences pour effacer le désordre causé. De ce fait, la responsabilité de l'arbitre peut se présenter sous la responsabilité civile, contractuelle ou bien sous la

responsabilité pénale. L'intervention de l'arbitre dans le domaine d'ordre public, par le biais du compromis, est une réalité à travers plusieurs systèmes juridiques. Le législateur français a semblé avoir compris la position de certains penseurs sur l'extension de la clause compromissoire en droit civil avec la relative aux nouvelles régulations économiques et la loi « Justice du 21^e siècle ». La jurisprudence a clairement expliqué que la clause compromissoire est inopposable au salarié. Cela permet alors à ce dernier de pouvoir faire son choix sans subir aucune pression de la part de son employeur. Le travailleur a l'opportunité de choisir d'aller vers l'arbitre ou même de revenir à sa décision d'appliquer la convention d'arbitrage.

Au niveau international, l'arbitrage des litiges individuels n'a pas de difficultés, car le contrat de travail s'émancipe de la législation impérative qui l'enserme en droit interne. De ce fait, le contrat international de travail peut contenir des clauses de compétences différentes, plus souples, que celles du contrat interne de travail. Et, la pratique de l'arbitrage est devenue une réalité en France et surtout dans les pays où les législations sont dites « libérales » comme les États-Unis et la Suisse.

En Afrique, avec les résistances idéologiques, il sera profitable pour Ohada de faire la promotion de la conciliation plutôt que l'arbitrage en Droit social. La conciliation a toujours été le soubassement de la vie en harmonie dans la société. C'est pour cette raison qu'il est normal que l'État joue un rôle de veille et d'alerte puisqu'il ne peut pas se désintéresser des problèmes économique et social. Il ne doit aucunement démissionner dans les relations de travail individuel. La présence de l'État est essentielle du fait du déséquilibre contractuel et des conséquences qui en découlent sur le consentement du salarié.

Au Sénégal, le législateur a mis la procédure amiable comme principale façon de régler les litiges, même à l'intérieur de l'organisation judiciaire. Au moment où l'État manifeste sa volonté réitérée pour trouver des solutions à la problématique de l'accessibilité, de l'efficacité et la qualité de la justice, il serait important d'orienter fondamentalement le système vers l'arbitrage et vers une vision qui confèrera au règlement alternatif une légitimité comme la conciliation. La conciliation a pour but de faire amener les différentes parties aux litiges à un accord amiable tout en mettant fin aux difficultés de l'entreprise. Ainsi, elle vise à formuler des propositions de nature à garantir la sauvegarde de l'entreprise, la poursuite de l'activité économique et le maintien de l'emploi. La particularité de ce mode de règlement est qu'il peut se faire avant, pendant et après même le jugement. Cependant, il faut reconnaître que le système judiciaire sénégalais est très marqué par les lenteurs dans le traitement des dossiers. Il faudra faire en sorte qu'il y ait une justice intégrée, performante et efficace avec la réduction du temps de travail de ceux qui l'exécutent, mais également la réduction des lenteurs judiciaires qui font

que les dossiers durent longtemps. Et cela doit passer nécessairement par le recrutement massif de magistrats et surtout bien spécialisés en Droit Social et particulièrement en contentieux social.

Par ailleurs, pour une bonne intégration africaine et la promotion de la création d'emplois, une question essentielle se pose ; est-ce que les États-Membres de l'Ohada sont prêts à renoncer à leur souveraineté ? Bien qu'une telle volonté politique ne soit pas aussi évidente, sachant l'importance accordée à l'autonomie pour les États, une réponse positive permettrait l'émergence d'un droit du travail unique pour l'Ohada. Cet aspect mérite d'être davantage analysé en profondeur pour persuader de la nécessité d'une synergie afin d'avoir un texte commun pour la protection des libertés fondamentales des salariés et la sauvegarde de l'intérêt des entreprises.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

- L'Acte Uniforme relatif au droit d'arbitrage, adopté à Conakry (GUINÉE) le 23/11/2017 et publié au Journal Officiel de l'Ohada n° Spécial du 15/12/2017.
- L'Avant-Projet de l'Acte Uniforme sur le Droit du Travail (APAUDT). (Douala final 4 - 24/11/2006) Rapport, 178 p.
- La C081 - Convention n° 81 sur l'inspection du travail, 1947.
- La Loi-type de CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 (révisée en 2006), l'article 7, Option II, intitulé « Définition de la convention d'arbitrage ».
- Le CCQ-1991 - Code civil du Québec. Code civil du Québec, 12 décembre 1991.
- Le Code de procédure civile Néerlandais de 1992.
- Le Règlement d'arbitrage de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada du 11 mars 1999, révisé le 23 novembre 2017.
- Le Règlement de chambre de commerce internationale (CCI) publié en janvier 1990, révisé en mai 2005, novembre 2006.
- Les Lois des 2, 17 mars 1791 dites « décret d'Allarde ».
- Le RO 24 245 - Code civil suisse du 10 décembre 1907.
- La Loi française du 31 décembre 1925, validant la clause compromissoire dans les cas visés à l'article 631, alinéa 1^{er}, du Code de commerce.
- Le Décret royal n° 262 du 16 mars 1942 portant approbation du texte du Code civil italien.
- La Loi n° 52-1322 du 15 décembre 1952 instituant un Code du Travail des territoires d'outre-mer (CTTOM).
- Le Décret n°58-1292 du 22 décembre 1958 relatif aux conseils de prud'hommes, JORF du 23 décembre 1958.
- La Loi 61-34 du 15 juin 1961 instituant le Code du Travail de la République du Sénégal.
- La Loi n° 61-33 du 15 juin 1961 relative au Statut général des Fonctionnaires.
- Le Décret n° 64-572 du 30. Juillet 1964 portant Code de procédure civile sénégalais du 30 juillet 1964.
- Le Décret n° 64-572 du 30. Juillet 1964 portant Code de procédure civile sénégalais.
- L'ordonnance du 28 juillet 1967 portant promulgation d'un Code de procédure civile au Tchad.

- La Loi n° 1968/08 du 26 mars 1968 portant Code des obligations civiles et commerciales (C.O.C.C.).
- La Loi n° 72-61 du 12 juin 1972 portant Code de la Famille sénégalais.
- L'ordonnance n° 1/77/PR du 2 février 1977 portant Code de procédure civile gabonais.
- Le Décret 77-884 du 10 Octobre 1977 fixe le Statut Particulier du Cadre des Fonctionnaires du Travail et de la Sécurité sociale.
- La Loi n° 79-44 du 18 janvier 1979 portant modification des dispositions du titre 1^{er} du livre V du Code du Travail relatif aux conseils de prud'hommes.
- Le Décret no. 82-50 du 15 mars 1982 portant Code de procédure civile togolais du 15 mars 1982.
- La Loi n° 82-372 du 6 mai 1982 portant modification de certaines dispositions du titre 1^{er} du livre V du Code du Travail relatif aux conseils de prud'hommes.
- La Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP).
- Le Code tunisien de l'arbitrage : loi n° 93-42 du 26 avril 1993, portant promulgation du code de l'Arbitrage (JORT n° 33 du 4 mai 1993).
- La Loi 97-17 du 1^{er} décembre 1997 portant nouveau Code du Travail du Sénégal.
- Le Décret n° 98-493 du 5 juin 1998 relatif à la création d'institutions d'arbitrage : le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Dakar (CAMC).
- L'arrêté du 06 Octobre 1998 portant Agreement de la création de la CAMC.
- Le Décret n° 2004-627 du 7 mai 2004 fixant les modalités d'application de la loi n° 2004-06 du 6 février 2004 portant Code des Investissements.
- Le Traité Ohada adopté à Québec (CANADA) le 17/10/2008, publié au Journal Officiel de l'Ohada n° 20 du 01/11/2009.
- Le Décret n° 2014-1653 du 24 décembre 2014 sur d'une nouvelle réglementation sur le droit de la médiation et de la conciliation. (JORS no 6827 bis du mercredi 31 décembre 2014).
- Le Code de procédure civile français de 1806 du 24 avril au 9 mai 1806.
- Le Code de procédure civile algérien : loi n° 08-09 du 18 Safar 1429 correspondant au 25 février 2008.

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- ANSIER J., Stage ou exploitation abusive de l'étudiant, p. 134, n° 2.1.
- AREGBA P., L'OHADA: Histoire, objectifs, structures, in L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Bruxelles, Bruylant, 2000. p. 9.
- BEGUIN J., BOURDEAUX G., COURET A., LE BASS B., MAINGUY D., MENJUCQ M., RUIZ FABRI H., SERAGLINI C., SOREL J.M., Traité du droit du commerce international, Litec, 2005. p. 908.
- BERGEL J-L., Théorie générale du droit, Dalloz, Paris (1985), p.24.
- BERTRAND J. M., À propos de la Rhétorique d'Aristote (I, 1373b 1-1374b 23), analyse du processus judiciaire. IV. Épieikeia, Janvier 2009 Cahiers du Centre G. Glotz 2, Vol. 20, p.21.
- BLAISE J-B et DESGORCES R., Droit des affaires. Commerçant-Concurrence-Distribution, LGDJ, 8e éd., 2017, p.27
- NARDETTO B. M., La réforme de l'article 2061 du Code civil français, Arbitrage, vol. X, n° 1, 2017, p. 120.
- BOISSESON DE F., le droit français de l'arbitrage interne et international, GNL, Joly, Paris, 1990, p.403.
- BRUN A. et GALLAND H., Droit du Travail, SIREY, 1958, p. 9.
- BUCHER A., et BONOMI A., Droit international privé, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2001, p. 89.
- CAMERLYNCK G. H. et CAEN L., Précis de Droit du Travail. Dalloz, 1965, p.3.
- CAPITANT H., Introduction à l'étude du droit civil, Pedone, Paris (1904), p.7.
- CARBONNIER J., Droit Civil, Introduction, Puf Thémis, 27e édition, n°63.
- CHAMPAUD, D., Le droit des affaires, Que sais-je ?, PUF, 5e éd., Paris, 1994, p.16.
- CLAY Th, L'arbitre, Dalloz, 2001, n° 931.
- CLESSE C-E., MORSA M., Travailleurs détachés et mis à disposition, Éditions Larcier, publié, 2015, p. 607
- CORNU G., Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, 8ème édition, PUF, Paris, Novembre 2009, p. 555.
- CORNU G., Vocabulaire juridique, PUF, 2011, p. 79.
- DAVID R., L'arbitrage dans le commerce international, Economica, 1987, n° 2, p. 9.
- DAVID R., La technique de l'arbitrage, moyen de coopération pacifique entre nations de structure différente, in Problèmes de droit contemporains, Tokyo 1962, T.1, p. 33.

- DE BOISSESON M., Le droit français de l'arbitrage interne et international, GNL Joly Paris 1990, p.5.
- DE BOURNONVILLE Ph., Droit judiciaire – Arbitrage, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 55.
- DE PERCIN L., Partir travailler et vivre à l'étranger, 2e édition, Avril 2009, p.139.
- DONNETTE- BOISSIERE A., Leçons de Droit social international et européen, Collection « Leçons de droit », éd. Ellipses, 2015, p.36.
- DURAND P. et VITU A., Traité de droit du travail, Paris, Dalloz, Tome II, 1950, GARBAR, « Le travail de l'élu », in Le travail en perspectives, LGDJ, 1998, p. 265.
- EISEMANN F., La lex fori de l'arbitrage commercial international, In: Travaux du Comité français de droit international privé, 34-36 e années, 1973-1975. 1977. pp. 18-19;
- FARJAT G., Droit économique, P.U.F., Thémis, 1971, p.17.
- FOUCHARD P., L'arbitrage commercial international, Vol. 3, Paris, Dalloz, 1965, p. 53.
- FOUCHARD Ph., L'arbitrage dans l'OHADA, in International Law FORUM du droit international, 2001, Volume 3, p.181.
- FOUCHARD Ph., GAILLARD E., GOLDMAN B. B., Traité de l'arbitrage commercial international, Paris, Litec, 1996, p. 590.
- FRIDENSON P., Les apports de l'histoire des entreprises, in Pouchet A. (sous la coordination de), Sociologies du travail, 40 ans après, Paris : Elsevier, 2001, p. 283.
- GAUTIER J-R., Je m'installe en Australie, publié en juin 2011, p.116.
- GOLDSTEIN G., De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire, étude impératif en droit international privé canadien, Montréal. Themis.1996. p. 10.
- HENRY M., Le devoir d'indépendance de l'arbitre, LGDJ 2001
- HUMBLET M., et SILVA R., Sécurité sociale, Organisation internationale du Travail, 1er édition 2002, p.9.
- ISSA-SAYEGH J., Droit de travail sénégalais, Paris, LGDJ, 1987, p. 530.
- JACQUET J-M et DELEBECQUE Ph., Droit du commerce international, Dalloz, Cours, édition 3e, 2002. p. 387.
- JALLAMION C., Arbitrage et pouvoir politique en France du XVIIIe au XIXe siècle, revue de l'arbitrage 2005 n°1 page 4.
- JARROSSON Ch., La notion d'arbitrage, L.G.D.J, 1987, p. 372.

- JORGE M., « La loi étrangère devant le juge du fond : office du juge et substitution », PA, 26 juillet 2000, n° 148.
- KAGISYE E., Environnement institutionnel des affaires en Afrique : Contexte et structure d'harmonisation du droit Ohada, 2017, p.3.
- KANT E., Doctrine du droit, trad. Barni, Paris, 1853, p. 33.
- KANTE. A, Droit social sénégalais, L'Harmattan Sénégal, 2017, 354 p, page 18.
- KASSIS A., Réforme du droit français d'arbitrage international, p 36, L'Harmattan, 2008.
- KAUFMANN-KOHLER G., et RIGOZZI A., Arbitrage international droit et pratique à la lumière de la DIP, éd. Weblaw, Berne 2006, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 275.
- KENFACK H., Droit du commerce international, Dalloz, Mémentos, 2002. p. 42.
- KIRCH M., Le droit du travail en Afrique, Tome I, Le contrat de travail, EDIENA, 1987, p. 7.
- LA FONTAINE J., Les Femmes et le Secret, Fables VIII, 6.
- La relation de travail, Conférence internationale du Travail, 95e session, 2006, p.5.
- LALIVE P., Le choix de l'arbitre, in: Mélanges Jacques Robert, "Libertés", Montchrestien, Paris 1998, p.3. Propos du Délégué de Brésil lors de la Conférence de La Haye de 1907.
- LEGEAIS D., Droit commercial et des affaires, Dalloz, 13e éd., Paris, 2000, p.3.
- LENDONGO P., Bilan et perspectives de la gestion des affaires portées devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Ohada, de l'Ohada de l'installation à 2017, Edition mars 2018, P.11.
- LIGNEUL N., L'arbitrage et la lutte contre la corruption, Revue juridique de l'Océan Indien, 2017, p,24.
- LINHART D., RIST B. et DURAND J-P., Perte d'emploi, perte de soi, Toulouse, Érès, 2002, p,29.
- LOKIEC P., Droit du travail, tome 1 : Les relations individuelles de travail, PUF, Paris, 1ère éd., 2011, p. 304, n°324.
- LOQUIN E., Compromis d'arbitrage. Définition. Litige soumis à l'arbitre. Mission d'évaluation d'une clientèle. Absence de caractère juridictionnel de la mission confiée au tiers. RTD Com. 2001 p. 55 ; cour appel Paris 7 nov. 2000.
- LOQUIN E., JCl. Pr. Civ., Fasc. 1024 : Arbitrage. – Conventions d'arbitrage. – Conditions de fond. Litige arbitral, n°109.

- LOQUIN E., L'amiable composition en droit comparé et international, Paris, Librairies Techniques, 1980, à la p. 373.
- LOQUIN E., L'arbitrage du commerce international, Joly – Lextenso, 2015, n 259, p. 234.
- LOUSSOUARN Y., BOUREL P., droit international privé, 4 e, Paris. Edition Dalloz 1993. p.401.
- LYON-CAEN Ch., De l'influence du droit commercial sur le Code civil depuis 1804, Le Code civil 1804-1904, t. 1, p. 207.
- LYON-CAEN G., Les relations de travail internationales, éd. Laison, 1991, p.67.
- MALAURIE Ph., L'ordre public et le contrat, Éditions Matot-Braine, Reims, 1953, préface Esmein P.-E. ; Sous la direction de Revet Th., L'ordre public à la fin du XXème siècle, Dalloz, 1996.
- MARQUES J., Chronique d'arbitrage : l'arbitrage à l'épreuve du déséquilibre significatif, Dalloz, actualité quotidien du droit, édition du 29 juillet 2020, p.4.
- MERCADAL B., Préface du livre Encyclopédie du droit OHADA, dépôt légal n° 5492 du 6 décembre 2011, Bibliothèque nationale du Benin, 3e trimestre; p. X.
- MEYER P., Droit de l'arbitrage, Collection Droit Uniforme africain, éd Bruyant, Bruxelles, p.76.
- MEYER P., OHADA – Droit de l'arbitrage, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 86 et suivantes.
- MEYER P., OHADA Droit de l'arbitrage, Bruylant 2002, p. 191.
- MEZGHANNI A., Commentaires du Code de droit international privé, CPU, 1999, p.28.
- MONTESQUIEU Ch., « L'Esprit des lois », 1758, tome 1, chapitre 3, Paris, Éditions Gallimard, 1995, p.24.
- MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, 1748, XX, 18.
- MORERA R., Être arbitre à l'époque de la globalisation, in Liber Amicorum en l'honneur de Serge LAZAREFF, Paris, A. Pedone, 2011, p. 462.
- MORGENSTERN F., Les conflits de lois en droit du travail: étude de la loi applicable à la relation de travail international, Genève, 1ère éd. Bureau international du travail, 1986, p. 3.
- MORIN J., et LACHANCE M., Les modes alternatifs de résolution des litiges, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2006, p. 19.
- MOTULSKY H., Écrits, Études et notes sur l'arbitrage, Dalloz, 1972.

- MOTULSKY H., L'efficacité de la clause compromissoire en matière internationale, in *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*, 2e éd., préf. C. Reymond, Dalloz, 2010, p. 335, n° 7.
- MOUKALA-MOUKOKO C., L'état de l'application du droit pénal des affaires Ohada dans les États-parties, *École Régionale Supérieure de la magistrature (ERSUMA-BENIN)*, p.2, lu le 24/05/2021.
- MOULOUL A., *Comprendre l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)*, UNIDA, Paris, 2è éd., 2008, p.9.
- MOULOUL A., *L'arbitrage dans l'espace Ohada*, Conférence Internationale sur le Droit des Affaires de l'Ohada, Maison du Droit Vietnamo-Française, Hanoï (Vietnam), 2010, p.45.
- NAMMOUR F., *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, 3e édition Delta, juillet 2009, Bruylant, Delta, L.G.D.J, p.45.
- NARDETTO B., *La réforme de l'article 2061 du Code civil français*, Arbitrage, vol. X, n° 1, 2017, p. 110.
- NEE, *Arbitrage commercial international*, Deuxième édition 2014, Chapitre 15: Procédures d'arbitrage international, p. 2172.
- NELIDOFF Ph., *La naissance de la doctrine commercialiste au XIXe siècle*, Travaux de l'IFR, *Qu'en est-il du code du commerce 200 ans après ? Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2007*, 2008, p.40.
- NGUYEN QUOC P., DAILLIER P., PELLET A., *Droit international public*, 5e éd., 1994, p. 826, n° 541.
- OLAWALE ELIAS T., *La nature du droit coutumier africain*, Présence africaine, Paris, 1988, p.56.
- PELLETIER J., *L'amicable composition en arbitrage commercial international*, coll. CDACI Montréal, Thémis, 1998, p. 1.
- PEZARD A., *L'arbitrage, une procédure accessible aussi aux PME*, La Tribunes, 2013,
- PICOD Y., « Nullité », *Rép. Droit civil*, Dalloz, n° 12.
- POMMIER J- C, *Principes d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, economica, Paris. 1992, p.143.
- POUDRET J. F., et BESSON S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zurich, Schulthess Verlag, 2002, p.1190.
- POUÉGOUE P. G., TCHOOUAKOU J. M., FENEON A., *Droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada*, Pua 2000, p.9 et s.

- POUGOUÉ P. G., Présentation de l'Encyclopédie du livre Encyclopédie du droit OHADA, dépôt légal n° 5492 du 6 décembre 2011, Bibliothèque nationale du Benin, 3e trimestre; p. XVI.
- POUMAREDE M., La pénétration en droit civil des techniques du droit commercial, Travaux de l'IFR, Qu'en est-il du code du commerce 200 ans après ? Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2007, 2008, p.115.
- POUSSON A., La dissymétrie des sanctions contractuelles en droit français du travail, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2021, p.140.
- Proche-Orient Études Juridiques, 1991, p. 153.
- PRUJINER A., Validité et efficacité des conventions d'arbitrage. C.P. du N. 247. 268, 1995, 1, p. 251.
- RACINE B., Droit de l'arbitrage, PUF, 2016, p. 145, n° 193
- RACINE J. B., Préface du livre La protection de la partie faible dans l'arbitrage OHADA, L'Harmattan, 2018 ; p. 3.
- RACINE J-B., L'arbitre face aux pratiques illicites du commerce international, LPA, 8 octobre 2010, p.145.
- RACINE J-B., Le Droit de l'arbitrage, Presses Universitaires de France, 2016, §2 p. 2.
- RASSAT M.-L., Droit pénal général, Ellipse, 2e éd., 2006, p. 86.
- REDFERN A., et HUNTER M., Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 179.
- RIEG A., Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en Droit Civil Français et Allemand, Paris, 1961 ; P.2
- RIPERT G., Le déclin du droit, Paris, L.G.D.J., 1949, p. 155.
- RIPERT G., Traité élémentaire de droit commercial, 1948, n° 13, p. 116.
- RIVERO J. et SAVATIER J., Droit du travail, Thémis, 13e éd., PUF, 1993, p.341.
- ROBERT J. et MOREAU B., L'arbitrage, droit intermédiaire privé, 5e éd. Dalloz, 1987, n°1.
- ROUHETTE G., La définition du contrat et la méthode juridique française, Droits 1990/12, p. 60.
- RUBELIN-DEVICHI J., et LOQUIN E., Arbitrage, compromis et clause compromissoire. JCL Proc. civ. Fasc 1020, no 3.
- STOFFEL-MUNCK Ph., L'abus dans le contrat, préf. R. Bout, LGDJ, n°237.
- SUPIOT A., Critique du droit du travail, PUF, Quadrige, 2002, p.51.

- TAGUM FOMBENO H. J., Droit du travail sénégalais, L'harmattan Sénégal, 2017, p.19.
- TCHUNKAM J. D., La distinction droit civil - droit commercial à l'épreuve de l'Ohada : une prospective de droit matériel uniforme, Revue de droit uniforme UNIDROIT, ns Vol. XIV, 2009, p. 57, Ohadata D-10-25.
- TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y, (1996), Droit Civil, Les obligations, Paris, Dalloz, Précis droit privé, p. 300, n° 357.
- TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., Droit civil - Les obligations, op. cit, p 383, n°377 s.
- TIGER P., Le droit des affaires en Afrique, Que sais-je, PUF2001 3ème édition, p.116.
- TOUCHETTE G. et WELLS G., La détermination du statut de salarié, Les Cahiers de droit, Volume 8, numéro 3, 1966, p.311.
- VARAUT J. M., Le droit au droit, pour un libéralisme institutionnel, coll. « Libre Échange », PUF 1986. préf. J. MESTRE, PUAM 2004.
- VIVANTE C. et YSEUX V., Un code unique des obligations, histoire et polémique, ADC, 1893, p. 1.
- Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, Quadrige, 10ème édition, janvier 2014.
- WEISS O., Traité théorique et pratique de droit international privé, t. III, 2e éd., Paris, p. 114.
- WILLER L., La liberté procédurale du contractant, préf. J. MESTRE, PUAM 2004.

OUVRAGES SPÉCIALISÉS

- ANCEI J-P., L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, Éd. PEDONE, Paris, 1994, Travaux du Comité français de droit international privé, p. 79.
- BERLIOZ G., Le contrat d'adhésion, Paris. 2e édition, Paris, L.G.D.J, 1973, p.13.
- CANUT F., L'ordre public en droit du travail, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, LGDJ, 2007, n° 32.
- VALENCIA V. F., Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage, Rev. Arb. 2007 p 45.
- VERKINDT P-Y., Le contrat de travail, modèle ou anti modèle du droit civil des contrats ?, in La nouvelle crise du contrat, dir. C. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, 2003).

ARTICLES GÉNÉRAUX

- MEYER P., « L'interprétation des lois de police », L'Arbitrage Commercial International. L'apport de la jurisprudence arbitrale. Séminaire des 7 et 8 avril 1986, Paris, ICC Publishing S.A., 1986, pp. 31-66 ;
- ABOT K.W et SNIDAL D., « Hard and Soft Law in International Governance », 2000, International Organization, vol. 54, n° 3, p. 426.
- ALPA G., « La circulation des modèles de résolution extrajudiciaire des conflits », Revue internationale de droit comparé 1993, p. 755.
- ANCEL J.-P., « Le contrôle de la sentence », in Ph. FOUCHARD (dir.), L'Ohada et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, op. cit., p. 191.
- ANCEL P., « Convention d'arbitrage : conditions de fond; litiges arbitrables », (1986) J. Cl. Procédure, fasc. 1024, p. 9.
- ANCEL P., procédure civile, convention d'arbitrage, conditions de fond, litiges arbitrables, Fasc. 1024, p 10.
- ANSD-OIM, Migration au Sénégal - Profil Migratoire du Sénégal 2018, p. 16.
- ANTAKI N., « L'amicable composition », Actes du 1er Colloque sur l'arbitrage commercial international, Montréal, Wilson et Lafleur, 1986, p. 156.
- Arbitral Tribunals Take into Account Public Policy in the Jurisdictions of Prospective
- Arbitration Bulletin n° 2016-1, préc., pp. 3-10 ;
- Arbitration Journal n° 1, Octobre 2016, étude 4, p.4.

ARTICLES SPÉCIALISÉS

- ASSAKI N., « L'amicable composition », Actes du 1er Colloque sur l'arbitrage commercial international, Montréal, Wilson et Lafleur, 1986, p. 156.
- AYNÉS L., « Séparabilité de la clause compromissoire et transmission par accessoire ». Note sous Paris, 1er Ch. G, 10 septembre 2003, Rev. Arb., 2004, p. 628.
- AYNES L., note sous Civ. 1ère, 15 janvier 2014, Paris Journ. Intern. Arb., 2014.299 ;
- BADINTER R., et LYON-CAEN A., « Le travail et la loi », Paris, Fayard, 2015, p. 11.
- BARBE, M. DE FONTMICHEL, « Les clauses compromissoires en droit de la famille », Droit de la famille - N° 4 - AVRIL 2020, p.17.

- BEN HAMIDA W., et T. CLAY, « L'argent dans l'arbitrage », Colloque du 27 juin 2013, Paris, organisé par le Centre Léon Duguit de l'Université d'Évry-Val d'Essonne et le Laboratoire DANTE, Lextenso-Dalloz 2013, p.192.
- BOITARD M.; – CA Paris, 19 mai 1993 : RTD com. 1993, p. 494 ; Rev. Arb. 1993, p. 644.
- BONNARD S. et TOUCHARD S., revue du droit des affaires internationales no 5, octobre 2015, p. 453.
- Bordeaux, 1^{re} C., 14 octobre 1987, Sie de droit canadien B.E.L. Tronics Ltd c/ S.A.R.L. Portex, n° 2916 et 2917/87 R.G., inédit.
- BORGHETTI J.-S, note sous Cass. 1^{ère} civ., 15 janvier 2014 et Paris, 31 mars 2015, Rev. Arb. 2016, spéc. p. 511.
- BRÉMOND-SARR G, « Le droit des coopératives en Afrique : réflexions sur l'Acte uniforme de l'Ohada », ÉPURE - Éditions et presses universitaires de Reims, juin 2021, pp.221-235 ; p.230.
- BRUNHES, « La flexibilité du travail : Réflexions sur les modèles européens », Paris : Droit Social, n° 3, 1989, Page 252.
- BUREAU V. D. et MOLFESSIS N., « Le bicentenaire d'un fantôme », Le code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire, Dalloz, 2007, p. 61, sp. No 12.
- C E. COURTOIS-CHAMPENOIS, « L'arbitrage des litiges en droit du travail : à la redécouverte d'une institution française en disgrâce », Étude comparative des droits français et américain, Rev. Arb 2003 Doct p 349s. 10 juillet 1843, in Rev. Arb. 1992, p 399.
- CABANIS A. et DEVAUX O., « L'apparition de l'arbitrage comme mode alternatif de règlement des différends », (coll. O. Devaux), Les Annales de l'Université Alger 1, n° 3/2014, p. 86.
- CABRILLAC R., « La codification du droit des affaires au XXe siècle : les occasions manquées, Travaux de l'IFR, Qu'en est-il du code du commerce 200 ans après ? » Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2007, 2008, p.105.
- CADIET L., « Une justice contractuelle, l'autre », in Mélanges Jacques Ghestin, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, pp. 177.
- CADIET L., « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure d'arbitrage », Revue de l'arbitrage 1996, pp.3.
- Cahiers de droit de l'entreprise n° 4, juillet-août 2012, p. 39.

- CARABIBER Ch., « La clause compromissoire en général et en matière commerciale en particulier — Le compromis d'arbitrage », dans L'évolution de l'arbitrage commercial international, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, Vol. 99, 1960, p. 167.
- CARBONNIER J., « Sociologie et droit du contrat », annales de la faculté de Droit de Toulouse, tome VII, fasc. 1, p.112.
- CARLIER J-Y., « Autonomie de la volonté et statut personnel », travaux de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, Bruxelles, 1992, p. 108.
- CASTELLANI L. G., « Assurer l'harmonisation du droit des contrats aux niveaux régional et mondial : la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et le rôle de la CNUDCI », Rev. de droit Uniforme.2008, p.101.
- CHAMBON M., « L'arbitrage international en Droit Administratif, où l'impossible conciliation de deux phénomènes antagonistes », Dans Civitas Europa 2013, N° 31 p. 283.
- CHAUCHARD J.-P., « Les avatars du travail indépendant », Droit social 2009, p. 1065 et suivantes, particulièrement p. 1072, note 84.
- CHEDLY L., « Arbitrage commercial international et ordre public transnational », Tunis, Centre de Publication Universitaire, 2002 ; L'ordre public et l'arbitrage. Actes du Colloque des 15 et 16 mars 2013, éd. LOQUIN E. – MANCIAUX S.,
- CHEVALLIER J., « La gouvernance, un nouveau paradigme ? » (2003)105-106 Rev. Française d'adm. Pub. 203-217.
- CISSE A., « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : L'expérience de l'Ohada à l'épreuve de sa première décennie », Revue internationale de droit économique, 2004, t. XVIII, p. 199.
- CLAY Th., « L'arbitrage en droit du travail: quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ? »; Droit social n° 9/10 Septembre-Octobre 2010, p.3.
- CLAY Th., L'arbitrage des conflits du travail, in Cahiers du Conseil National des Barreaux, 3e éd., 2017, p. 48.
- CLAY Th., « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges : panorama 2005 », Recueil Dalloz, 15 décembre 2005, p. 3056.
- CLAY Th., « Liberté, Égalité, Efficacité : la devise du nouveau droit français de l'arbitrage », Journal du droit international (Clunet) n°2, Avril 2012, doctrine.

- CLAY Th., « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges : panorama 2005 », D. 2005, panorama, p. 3051.
- COHEN D., « Non-paiement de la provision d'arbitrage, droit d'accès à la justice et égalité des parties : avancée ou menace pour l'arbitrage ? », The Paris Journal of International Arbitration, 2012. P164.
- Consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971
- Consommateur, Revue critique de droit international privé, 2021, N° 1, p.212.
- CONTE Ph., FOURNIER S., MAISTRE DU CHAMBON P., « La responsabilité civile délictuelle », PUG, 4e édition, 2015
- CORNU G. et Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Quadridge », 2005, 7e éd., p.970.
- CORNU, Les définitions dans la loi, In: Mélanges VINCENT, Dalloz, 1981, p. 77.
- CORREA J. L., « La médiation et la conciliation en droit sénégalais : libres propos sur un texte réglementaire », Bulletin de droit économique, p. 4, 2017.
- CORREA J. L., « L'éclairage sur un acte uniforme toujours attendu : L'acte uniforme relatif au droit du travail » ; Nouvelles annales africaines, 2013, p.5.Chr. SERAGLINI : Lois de police et justice arbitrale internationale, spéc. N° 1105, p.123.
- CORREA J. L., Contribution à l'étude de l'obligation de donner en droit sénégalais des obligations, Paru à la Revue Annales africaines, Déc. 2014, vol. 2, p. 13.
- COURSIER Ph., Le conflit de lois en matière de contrat de travail, étude en droit international privé français. Paris. L.G.DJ, t.230, p. 52.
- CUQ M., « Le droit des investissements étrangers et l'accès à une alimentation adéquate », in Collart Dutilleul F., BRÉGER Th (dir.), Penser une démocratie alimentaire, vol. 1, Costa Rica, Inida, 2013.
- DANIS M., : « Les questions soulevées hors la loi « Justice du XXIe siècle ». La nouvelle convention d'arbitrage dans le contrat de travail », spéc. p. 64.
- DE BOISSESSON, « Réflexions sur l'espace et le temps dans l'arbitrage international », in Mélanges BELLET P., Litec 1991, p. 94.
- DE CASTRO M., « La clause compromissoire en arbitrage civil », Madrid, 1984, p. 25.
- DE FONTMICHEL M., « L'équilibre contractuel des clauses relatives au litige », JCP, 2019. Doctr. 583, p.45N.
- DE FONTMICHEL M.,: « Le faible et l'arbitrage ». Préface de Th. Clay. Economica, coll. Recherches juridiques, 2013.

- DE GAUDUSSON J. B., « La justice en Afrique : nouveaux défis, nouveaux acteurs, revue dans Afrique contemporaine », 2014 (n° 250), p.28.
- DECAUX E., Droit international public, 4e éd., Hyper Cours (Cours Documents Exercices) Dalloz, Paris, 2004, p. 222, n° 253.
- DELPECH X., « Paiement des honoraires des arbitres : obligation solidaires des parties à la convention d'arbitrage », Dalloz édition du 10 février 2021, lu le 05/01/2019.
- DEPREZ J., « Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international », RDAI 1990.833, spéc. N° 12.
- DIAB N. A., « Les clauses attributives de compétence et les clauses compromissoires en droit international privé libanais », Al Adl 1992, p 50 ; Cahier juridique et fiscaux de l'exportation, 1992, p. 143 ;
- DIALLO O., « Le principe compétence-compétence en matière d'arbitrage OHADA » (Notes sous Arrêts Assemblée Plénière de SERAGLINI C. et ORTSCHNEIDT J., Droit de l'arbitrage interne et international, préc., p.117 n° 108.
- DIMOLITSA A., « Autonomie et kompetenz-kompetenz », Rev. Arb. 1998, p. 305.
- DION G., Le droit au travail, revue Relations industrielles, volume 15, numéro 4, octobre 1960, p.398.
- DIOUF A. A., « Repenser le droit civil en Afrique noire francophone », Revue Internationale de Droit Comparé, n° 2, 2022, pp. 369-388.
- DIP 2004-2006, p. 135 ; voir aussi, Kl. SACHS : « La protection de la partie faible en arbitrage », Gaz. Pal., cah. Arb., 13-17 juill. 2007, p. 22.
- DOLE G., « La qualification juridique de l'activité religieuse », Dr. soc. 1987, p. 381, spéc. p. 385.
- Droit de l'art, vol. 11, Schulthess, Zurich, 1999, p. 235-240, spéc. p. 236.
- DUCLERCQ, « Les coûts de l'arbitrage sont-ils aménageables en présence d'une partie faible ? », Acte du colloque 9 mai 2016 relatif à l'Arbitrage et la partie faible, JDI n°1, 2017, p. 28.
- DURAND P., « Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », Droit social 1952, publié à nouveau in Droit social 2010, p. 1246.
- E. LOQUIN : « Arbitrabilité et protection des parties faibles », conférence au Comité fr. DIP, 25 nov. 2005, Trav. Comité fr.
- ELOI Y. K., « Uniformisation et droit pénal : esquisse d'un droit pénal des affaires dans l'espace Ohada ». In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 63 N°3, 2011. pp. 664.

- Enforcement of an Award? An Analysis of ICC Awards », ICC International Court of
 - Enquête SOAS sur l'Arbitrage en Afrique Arbitrage Interne et International: Perspectives par les praticiens africains de l'arbitrage 2018, p.7.
 - Exposé des motifs, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).
 - Extrait de l'exposé introductif de Kéba MBAYE in : Séminaire sur l'harmonisation du droit des affaires dans les États africains de la zone franc, Abidjan (Côte d'ivoire), 19 et 20 avril 1993.
 - FARNSWORTH A., « Le droit commercial aux États-Unis », cette Revue, 1962, p. 309 ; « Le Code de commerce uniforme des États-Unis d'Amérique », cette Revue, 1963, p. 733.
 - FENEON A., « L'influence de la CVIM sur le nouveau droit africain de la vente commerciale », Penant, 2006, p.465.
 - FLICHY H., « Le Centre national d'arbitrage du travail (CNAT): Une innovation juridique au service du justiciable », Le Droit Ouvrier, Mars 2016, n°812, p.135.
- C. FLICHY, « Le Centre national d'arbitrage du travail (CNAT): Une innovation juridique au service du justiciable », Le Droit Ouvrier, Mars 2016, n°812, p.134.**
- FONTAINE M., « Revue de droit uniforme », mai 2006, p. 7.
 - FOUCHARD P., « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international » in Mélanges en l'honneur de P. Kahn, « Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle », Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, n°20, p.107.
 - FOUCHARD P., « Où va l'arbitrage international », Revue de droit de McGill, 1989, p.15.
 - FOUCHARD Ph., « Quand un arbitrage est international ? », RA 1970, p. 59, reproduit dans Ph. Fouchard, Écrits, Droit de l'arbitrage, Droit du commerce international, CFA, 2007, spécialement p. 251
 - FOUCHARD Ph., « Typologie des institutions d'arbitrage », colloque des institutions d'arbitrage 1990, p.289.
 - FOUSSARD D., « L'arbitrage en droit administratif », Rev.Arb, 1990.
 - FRANCESKAKIS Ph., « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public », dans travaux du comité de droit international privé, 1966- 69, Paris, Dalloz, 1970, 149, p. 165.

- FRANSCKAKIS Ph., « Quelques précisions sur les lois d'application immédiates et leurs rapports sur les règles de conflits de lois » (1966) *Rev.crit.d.i.p.*, p.55.
- FRYDMAN B., « Rapport de synthèse : la fragilisation de l'ordre public économique et le contrôle des acteurs privés dans un environnement globalisé », *Revue internationale de droit économique*, 2019/1, T. XXXIII, p. 124.
- GAILLARD E., « Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international » (II. – L'arbitrage, Deuxième séance); *Rev. Arb.* 2005, p. 375.
- GARDES D., « Essai et enjeux d'une définition juridique du travail », *Open Edition Books, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole*, 2013, p. 352.
- GERARD F., « L'ordre public économique », *Revue internationale de droit comparé*, Vol.19 n°2 Avril-Juin, p.520.
- GOLDSTEIN G., « La protection du consommateur: nouvelle perspective de droit international privé dans le code civil du Québec » dans *Développements récents en droit de la consommation*. Edition Yvon Blais, 1994, pp. 143-229.
- GOLDSTEIN G., « Les règles générales du statut des obligations contractuelles dans le droit international privé du nouveau code civil du Québec », (1993) 53 *R. du. B.* 205.
- GRANDJEAN P., et FOUCHARD F., « Le choix de l'arbitre : de la théorie à la pratique », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°4, juillet 2012.
- GRÉGOIRE M., « Géométrie de l'instance », note sous *Cass.*, 24 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2008, p 21.
- GUYON Y., « L'arbitrage », *Economica*, p.23.
- HAMEL J., «Droit civil et droit commercial en 1950», *Le Droit privé français au milieu du XXe siècle, Mélanges offerts à Georges Ripert*, t. 2, p. 262.
- HENRI-JOËL T. F., *Regard critique sur le droit de l'arbitrage Ohada*, cit.p.9.
- HENRY M., « La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive », *Paris Journ. Intern. Arb.* 2015.313 ;
- HOCQUET - BERG S., « Le fabuleux destin de l'obligation de sécurité », *Resp.civ et assur.*, n°2, 2019, dossier 4
- ISSA-SAYEGH J., « Aspects techniques de l'intégration juridique des États africains de zone franc », communication à la session de formation du CFJ de Dakar du 27 au 30 avril 1998, sur le thème : « L'OHADA, un droit régional en gestation ».
- ISSA-SAYEGH J., « La fonction juridictionnelle de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA », in *Mélanges en l'honneur de Roger Decottignies*, Presses universitaires de Grenoble, 2003, pp. 175-184.

- ISSA-SAYEGH J., « Quelques aspects techniques de l'intégration : l'exemple des actes IV, pp. 615-652 ;
- JACQUEMIN J., et G. SCHRANS. A, Actes du Colloque sur la Magistrature économique, publié à la revue L'actualité économique, Vol. 46, numéro 3, octobre–décembre 1970, Paris, p.128, Collection « Que sais-je? ».
- JARROSON Ch., « Arbitrabilité : Présentation méthodologique », RJ. Com. 1996. n°1. p. 1
- JARROSSON Ch., « La clause compromissoire », Rev. Arb. 1992, p.259, n° 40.
- JARROSSON Ch., « L'arbitrabilité », RJC 1996, p 1, spé 3, n°9.
- JARROSSON Ch., « Les modes alternatifs de règlement des conflits présentation générale », Revue internationale de droit comparé, Année 1997, p.2.
- KAMTO M., « La participation des personnes morales de droit public à l'arbitrage OHADA », in Ph. Fouchard
- KANE K. A., « Politique portuaire et protection de l'environnement au Sénégal », Neptunus, revue Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, vol. 20, 2014 /1;112p. ; p.1 ;
- KENFACK DOUAJNI G., in « la notion d'ordre public international dans l'arbitrage Ohada » Revue camerounaise de l'arbitrage n° 29 Avril-Mai-Juin 2005 P. 3.
- KENFACK DOUAJNI G., « L'arbitrage OHADA », PUPPA, 2014, p.17.
- KIRSCH M., « Historique de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) », Rev. Penant, n°827, 1998, p. 131.
- LAGARDE P., « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », CEDAM, 1975, p.43.
- LAGARDE P., « Le principe de proximité en droit international privé », RCADI, 1986, p.145.
- LAITHIER, Y. M. , « Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé », Actes du colloque de la journée franco- italienne organisé à Bologne les 19 et 20 octobre 2012, RDC 2013/1.
- LALIVE P., « Dérives arbitrales », Bull. ASA, 2006, Vol. 24, p. 2.
- LALIVE P., « Inquiétantes dérives de l'arbitrage CCI », Bull. ASA, 1995, Vol. 13, p. 253.
- LEVEL P., « L'arbitrabilité », Rev. Arb. 1992. note 7, 219.
- LOQUIN E, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », conférence au Comité Fr. DIP, 25 nov. 2005, Trav. Comité Fr. DIP 2004-2006, p. 135.

- MEYER P., « Droit de l'arbitrage », p. 10, doc. ERSUMA, Octobre 2009, p.16.
 - MEYER P., « La règle morale dans l'arbitrage international », Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec, 1991, p. 379.
 - MEYER P., « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », RTDA, p.151.
 - MORIN Ch., Sarl M. MORIN et autres C. G MORIN, Rev.Arb, 1994, p 348, note D.
- D. MOTULSKY H et PLAISANT R, « L'arbitrage et les conflits de travail », RA, 1956, p. 78.**
- MOURALIS D., « La sentence contraire à l'ordre public au fond », Rev. Arb., 1994, n° 26, 1996, p. 233.
 - NAIRAC Ch. – ALEJNIKOVA A. – THADIKKARAN M., « To What Extent Do » p.103.
 - PAILLUSSAU J., « Le droit OHADA - Un droit très important et original », La semaine par l'OHADA », La Semaine juridique n° 44 du 28 oct. 2004, suppl. n° 5, p.5.
 - PAISANT E. et H. MOTULSKY, « Arbitrage et conflits du travail », Rev. Arb. 1956, p 78.
 - PAUTI M., « L'indépendance des juges et des juridictions », ACCPUF, OIF, Bulletin Penant, n°827, 1998, p. 126.
 - POMMIER J-C., « Principes d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel », economica, Paris, 1991, p.34.
 - PORTALIS E., « Présentation au corps législatif et exposé des motifs », in P. A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Paris, 1836, vol. 14, p. 113.
 - PORTALIS J. E., « Présentation au corps législatif et exposé des motifs », in P. A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Paris, 1836, vol. 14, p. 113.
 - POUIGOUE P.G., VTCHOUAKOU J.M., FENEON A., « Droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada », Pua 2000, p.9 et s.
 - POUIGOUE G., « Encyclopédie du droit Ohada », Lamy, 2011, p-p. 571-573.
 - RACINE B., « Droit de l'arbitrage », PUF, 2016, p. 145, n° 193
 - RACINE J. B., préc. ; SERAGLINI C., « Lois de police et justice arbitrale internationale », Dalloz, 2001);
 - RASSOT L., Droit pénal général, 5e éd., Paris, Dalloz, 2006, p.356.
 - RAVILLON L., « Que reste-t-il de l'inarbitrabilité ? », in L'ordre public et l'arbitrage, RTD. com. 1948, p. 57.

- REINCHARD Y., ANCEL P., RIVIER M.C., BOYER A., « Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale », Paris, LexisNexis/Litec, 2004.
- ROBERT J., MOREAU B., « L'arbitrage », droit intermédiaire privé, 5e éd. Dalloz, 1987, n°1.
- ROBINE E., « Le choix des arbitres », Rev. Arb, 1990, No. 2, pp. 315-336.
- ROLAND H. et BOYER L., « Locutions latines du droit français », Paris, Litec, 4e éd., 1998, p. 469
- SACHS K., « la protection de la partie faible en arbitrage » in Gazette du Palais du 17 juillet 2007, n° 198 page 22.
- SAVATIER J., « Contribution à une théorie générale de la profession », dans Dix ans de conférences d'agrégation, Études offertes à Joseph Hamel, Dalloz, 1961, p. 3.
- SAVATIER J., « Le travail non marchand », Droit social 2009, p. 73 et suivantes, spécialement p. 73.
- SERAGLINI Ch., ORTSCHIEDT J., « Droit de l'arbitrage interne et international », Paris, Montchrestien Lextenso éditions, 2013, p. 479.
- SOCKENG R., « Les effets de la Convention d'Arbitrage en droit camerounais », Revue Camerounaise de l'Arbitrage n° 4 – Janvier - Février - Mars 1999, p. 10.
- TALLON D., « Le Code de commerce uniforme des États-Unis », Revue internationale de droit comparé Année 1971- 23-3 pp. 617.
- TATY G., « Quelques réflexions à propos de l'entrée en vigueur d'une réglementation commune du droit des affaires des États membres de la zone franc », Penant n° 830, 1999, p. 228.
- TCHANTCHOU H., « L'arbitrage en droit du travail (Rétrospective et perspectives à la veille de l'Acte Uniforme sur le droit du travail) », Revue Camerounaise de l'arbitrage n° 28 janvier-février- mars 2005, p. 8.
- THALLER, E. « De l'attraction exercée par le Code civil et par ses méthodes sur le droit commercial », Le code civil, Livre du centenaire, 1904, p. 224.
- VINEY G., cité par MUBALAMA ZIBONA J.C., « le concept de la responsabilité. Regard du juriste et du philosophie », in Revue scientifique de l'Université Laïque Adventiste de Kigali, n°3, 2008, p.150.
- WAMBO J., « L'arbitrage CCJA », Revue semestrielle d'Études, de Législation, de Jurisprudence et de Pratique Professionnelle en Droit des affaires et en Droit Communautaire, N° Spécial - Nov-Déc 2011, p.2.

- WAQUET P., « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS 1996, p. 791.

NOTES DE JURISPRUDENCE

- Cass., soc., 5 novembre 1984, Société H. c/ T., JCP G. 1985, II, 20510, note N.S. : Rev. Arb. 1986, p. 47, note M.A. MOREAU.
- Arrêt de la deuxième ch. civ. du 29 juin 1960, Dalloz. 1960. P.262.
- Arrêt n° 963 du 20 octobre 2010 (09-68.997) - C. Cass., Ch. Civ..
- Arrêt-11-11084-Cour-Cass-1er-fev-2012 du 1er février 2012.
- Arrêt-11-11084-Cour-Cass-1er-fev-2012 du 1er février 2012.
- C. Cass. 1re civ., 15 janvier 2014, no 11-17.196, Azran, Bull. civ. 2014, I, no 1.
- C. Cass., Ch. Civ. ; Arrêt n° 963 du 20 octobre 2010 (09-68.997) - C. Cass., Ch. Civ. .
- C. Cass., Ch. Civ. 1, du 7 mai 1963
- C. Cass., Ch. Civ. 2, du 6 décembre 2001, 00-10.711, Inédit. Arrêt n° 962 du 20 octobre 2010 (09-68.131) -
- C. Cass., Ch. Civ. civile 6 décembre 2005. BICC n°636 du 15 mars 2006, Legifrance.
- C.A Dakar, 17 juillet 1963, TPOM n°134 du 16 janvier 1964, p.2974.
- C.A Dakar, 20 novembre 1980, TPOM 548, p.30.
- C.A Dakar, le 4 janvier 1974, TPOM n°397 du 16 juin 1973, p.246.
- C.A Paris, 14 déc. 1990, n° 8916.638: JurisData n° 1990-025181.
- C.A Paris, 1re ch. Suppl., 19 mai 1993, Rev. Arb. 1993.645, note C. Jarrosson.
- C.A Paris, 1re ch. Suppl., 29 mars 1991, Rev. Arb. 1991.478, note L. Idot.
- C.A Paris, 4 juin 1992, Rev. Arb., 1993, p. 449.
- C.A Paris, 4 juin 1992.
- C.A, 11 avril 1984, TPOM n°630, p.338.
- C.A, 25 avril 1984, TPOM n°634, p.440.
- C.C.J.A., Arrêt du 24/04/2008, n° 020/2008, Actualités juridiques, n° 63, p. 14.
- CA Paris (1 er Ch. Suppl.), 20/01/1989, Rev. Arb 1989, note. Oppetit.
- CA Paris, 14 déc. 1990, n° 8916.638: JurisData n° 1990-025181.
- CA Paris, 4 juin 1992.
- CA Paris, 7 décembre 1994, Jaguar, R.T.D. Com., 1995, p. 401.
- CA Paris, Revue de l'arbitrage 2003, p. 1322 (P v. V); Cass.civ, Revue de l'arbitrage 2006, p. 127 (Juliet v. Castagnet).

- CA, Ch. Civ., Paris, 29 mai 1992, Epoux Rouny C/ Sté Holding RC, RTD Com. 1992, 588, obs. J.- C. Dubbary et E. Loquin ; Rev. Arb. 1996, 409.
- Cass, civ. 6 juillet 1931. Préfet de la Haute-Garonne c. / Bardou, DP1931. I. 131, note, P. Pic.
- Cass, civ. 6 juillet 1931. Préfet de la Haute-Garonne c. / Bardou, DP1931. I. 131, note, P. Pic.
- Cass, soc 4 mars 2020, n 19-13.316.
- Cass. 10 juillet 1843, in Rev. Arb. 1992, p 399.
- Cass. 1re civ., 17 novembre 2010, pourvoi n° 09-12352 ; Bull. civ. I, n° 233 ;
- Cass. 1re civ., 6 décembre 2005 (L. et B. Juliet c. Messieurs P. Catagnet, P. Couilleaux et A. Biotteau),
- Cass. Civ, 25 avril 2006, n° 05-13749.
- Cass. Civ. 1e, 16 octobre 2001, Rev. Arb. 2002 p919 spéc., p925, note Daniel COHEN.
- Cass. civ. 1re, 27 mars 2007, ABS (Alcatel Business Systems) c. Société Amkor, Rev. Arb., 2007, p. 786.
- Cass. civ. 1re, 28 mai 2002, Sté Burkinabé des Ciments et Matériaux c. Société des Ciments d'Abidjan, Rev. Arb., 2003, p. 397.
- Cass. Civ. 1re, 4 juil. 1972, Hecht, JDI 1972.843
- Cass. Civ. 2 n° 10-12194 du 3 février 2011, Urssaf de la Haute-Vienne
- Cass. civ. 6 juillet. 1931: DP 1931, p. 121, note P. Pic; Cass. Soc., 13 novembre 1996: Bull. Civ.1996, V, n° 386.
- Cass. Com. 23/04/2013 Rôle 1212 101 Revue SCAPEL 2013 p.215.
- Cass. com., 2 déc. 1964, Bull. civ. No 533, D. 1965.
- Cass. com., 28 novembre 1950, Bull. civ. III, n. 355; D. 1951, 170.
- Cass. com., 29 Nov. 1950 : JCP G 1951, IV, 5 ; D. 1951, p. 170 ; RTD civ. 1951, p. 105, P. Hébraut ; RTD com. 1951, p. 275,
- Cass. Com., 29 Nov. 1950, Tissot.
- Cass. Com., 29 novembre 1950, Tissot.
- Cass. Crim. N° 01-87300 du 14 janvier 2003, Témoins de Jéhovah ; Cass. Crim. n° 03-81687 du 17 février 2004, Céline ;
- Cass. Soc 30 novembre 2011, n° 11-12.905, 11-12.906, 2512.
- Cass. Soc, 25 mai 1977, Bull. civ. V, n° 338 ; RCDIP 1978.701.
- Cass. Soc, 4 mai 1999, Bull. civ., V, n° 191 ; Rev. Arb., 1999. Voir aussi Cass. Soc, 9 oct. 2001, Bull. civ. V, n° 312 ; Rev. Arb. 2002. Voir également Cass. Soc, 28 juin 2005,

Bull. civ. V, n° 216 ; RCDIP 2006. Voir enfin Cass. Soc, 12 mars 2008 (Sté sportive II Gabbiano), pourvoi n° 01-44654, inédit.

- Cass. Soc, 4 mai 1999, pourvoi n° 97-41860.
- Cass. Soc. 12 février 1985 cité par P. ANCEL art. préc. n° 95.
- Cass. Soc. 5 novembre 1984: JurisData n° 1984-799541: JCP G 1985, II, 20510.
- Cass. Soc. 9 octobre 2001, pourvoi n° 99-43.228.
- Cass. Soc. N° 06-45243 du 13 décembre 2007, Hervé.
- Cass. soc., 12 févr. 1985, Bull. civ. V, n° 97; Rev. Arb. 1986.47.
- Cass. soc., 16 févr. 1999, Bull. civ., V, n° 78.
- Cass. Soc., 22 juillet 1954.
- Cass. soc., 30 janv. 1991, Bull. civ. V, n° 41; RJS 1991/11, p. 618.
- Cass. Soc., 30 nov. 2011 (Deloitte), pourvoi n° 11-12-905 et 11-12.
- Cass. Soc., 4 juill. 2002, no 00-19.297; Cass. 2e civ. 25 mai 2004, no 02-31.203.
- Cass. soc., 5 Nov. 1984: JurisData n° 1984-799541: JCP G 1985, II, 20510.
- Cass. Soc., 8 avril 2010, n° 08-43.056.
- Cass. Soc., 9 déc. 1960, Bull. civ. IV, n° 1164; JCP 1961 ;
- **Cass., Ch. Civ. 2, du 6 décembre 2001, 00-10.711, Inédit. Arrêt n° 962 du 20 octobre 2010 (09-68.131) -**
- **Cass., Ch. Civ.; Arrêt n° 963 du 20 octobre 2010 (09-68.997)**
- CCJA, 28 mai 2020, arrêt n° 193/2020.
- CCJA, arrêt n° 004/2006, 9 mars 2006, Aka Bélinda c./Société ivoirienne de promotion de supermarchés dite PROSUMA, in Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA.
- Civ. 1re, 21 mai 1997, n° 95-11.427.
- Civ. 1re, 5 janv. 1999, n° 96-21.430.
- Civ., 10 juillet 1843, DP 1843, I, 343.
- Civ., 25 mars 1958, Bull.1, n°178, p. 139.
- Cour d'appel de Colmar, 1er avril 2010 n° 4 A 09/00184.
- Cour d'appel de Colmar, 1er avril 2010 n° 4 A 09/00184.
- Cour d'Appel du Littoral, Arrêt n° 39/REF du 08 janvier 1997, Revue Camerounaise de l'Arbitrage n° 11 – Octobre -
- Cour de Cassation, Chambre sociale, du 25 janvier 2006, 03-46.794, Inédit
- FOUSSARD D., L'arbitrage en droit administratif, Rev.Arb, 1990.

- L'arrêt du 14 décembre 1990.
- L'arrêt du 5 novembre 1984.
- La CCJA du 31 janvier 2011, PLANOR Afrique c/ Atlantique TELECOM), Ohadata D-12-04, Revue Jurifis Infos – 11e numéro – sept/déc. 2011, p. 18.
- Novembre - Décembre 2000, p. 12 ;
- Paris 15 Juin 1956, Rev. Arb. 1956, p 97; Gaz Pal 1956, 2, p 123.
- Paris 1ère Ch., 12 octobre 1995, Merkorja Sucden c/ société Raoul Duval, Revue de l'arbitrage. 1999 P.324.
- Paris, 22 mai 1991 (Bompard), Rev. Arb., 1996, p. 476.
- Soc. 16 févr., n° 96-40.643, voir aussi Soc. 4 mai 1999, n° 97-41.860.
- Soc. 25 mai 1977, n° 75-40.810, Monfort et 31 mars 1978, n° 76-41.190, Société Royal Air Maroc.
- Soc. 30 nov. 2011, nos 11-12.905 et 11-12.906, D. 2011. 3002.
- Société Almira Films c Pierre lès qual, Rev.Arb.1989 p.71, note L. Idot.
- Suprem Court, CIRCUIT CITY STORES, INC. v. ADAMS, 21 mars 2001.
- T. com. Paris, 17 mai 2011, n° 2011003447.
- Textile Workers Union of Am. v. Lincoln Mills, 353 U.S. 448 (1957) et la « Steelworkers Trilogy », United Steelworkers of America v. Am. Mfg. Co., 363 U.S. 564 ; United Steelworkers of Am.v. Warrior & Gulf Nav. Co., 363 U.S. 574; et United Steelworkers of America v. Enterprise Wheel & Car Corp., 363 U.S. 593 (1960).
- TGI Paris 9 déc. 1992, 1ère chambre, 1re section, 9 déc. 1992, RG 18352/90.
- TGI Paris, 13 janvier 1990, Bompard c/ C, Gaz. Pal. 1990 II, somm. p.417.
- TGI Paris, 13 juin 1990, Bompard c/ C., Gaz. Pal. 1990 II sommaire p.417.
- TGI Paris, 19 déc. 2012, Fairplus, Civ. 1re, 13 mars 2013, n° 12-20.573.
- TGI Paris, 19 déc. 2012, Fairplus, Civ. 1re, 13 mars 2013, n° 12-20.573.
- TGI Paris, Revue de l'arbitrage 1996, p. 415 (Raul Duval v. V.).
- Tr. Azzi, note sous CA Paris, 1re ch. C, 17 juin 2004, Rev. Arb. 2006, p. 178.
- Tr. Azzi, note sous CA Paris, 1re ch. C, 17 juin 2004, Rev. Arb. 2006, p. 178.
- Trib. Travail Dakar, 13 juillet 1963, PENANT n°703 et 704, p.585 du 8 février 1965.
- Trib. Travail Dakar, 13 juillet 1967, TPOM n°244 du 2 novembre 1968, p.5400.
- Trib. Travail Dakar, 15 décembre 1966, TPOM n°217 du 2 septembre 1967, p.4806.
- Trib. Travail Dakar, 17 juin 1982, TPOM n°619, p.74.
- Trib. Travail Dakar, 17 mars 1983, TPOM n°622, p.153 ;
- Trib. Travail Dakar, 18 mars 1982, TPOM n°571, p.28.

- Trib. Travail Dakar, 22 avril 1983, TPOM n°618, p.56.
- Trib. Travail Dakar, 23 mars 1964, TPOM n°153 du 16 novembre 1964, p.3397.
- Trib. Travail Dakar, 4 juin 1971, TPOM n°339 du 16 décembre 1972, p.7497.
- Trib. Travail de Kaolack, 24 avril 1963, TPOM n°126 du 16 septembre 1963, p.2796.
- USSC, *Steelworkers v. American Mfg. Co.*, 363 U.S. 564 (1960); USSC, *Steelworkers v. Warrior & Gulf Co.*, 363 U.S. 574 (1960); USSC, *Steelworkers v. Enterprise Car*, 363 U.S. 593 (1960).

WEBOGRAPHIE

- Actualité Arbitrage, Indépendance et impartialité des arbitres, <http://www.Ohada.com>, lu le 01/01/2021.
- Arrêt n° 145 du 01 février 2017.
- Article 10 de la loi N°2017-24 en date du 28 juin 2017.
- Article 10 de la loi type de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) de 1985.
- ATIAS C., *Le droit civil*, Collection : Que sais-je ?, Édition : Presses Universitaires de France, 2004, p.31.
- BARBIN J., « *Compromis et clause compromissoire* », www.universalis.fr/encyclopedie. Vu le 15/10/2015.
- Baromètre mondial de la corruption Afrique 2019, perceptions et expériences de la corruption par les citoyens, <https://www.afrobarometer.org/fr>, lu le 22/11/2020, p. 12.
- Baromètre mondial de la corruption Afrique 2019, perceptions et expériences de la corruption par les citoyens, <https://www.afrobarometer.org/fr>, lu le 22/11/2020, p. 8.
- Bilan des activités du Tribunal de Commerce Hors Classe de Dakar de son installation le 23 février 2018 au 14 février 2020, publié le 19 février 2020, <http://tribunaldecommerce.sn>.
- BOGGS S. P., *Maîtrise du temps et des coûts dans l'arbitrage*, le 1 novembre 2007 publié dans *arbitrage - médiation*, <https://larevue.squirepattonboggs.com>, lu le 12/03/2018.
- BOUQUET V., *Les entreprises préfèrent les arbitres aux juges*, *Droit des affaires*, 2014, <https://business.lesechos.fr>, lu le 23/04/2016.
- BOURGUIGNON M., *Mobilité internationale: un contrat de travail pertinent*, *Mines* – 20 mars 2007, VAE SOLI, <https://www.inter-mines.org>, lu le 23/09/2020

- BRAZ C., Le contrat de travail international, publication, 3 février 2003, <https://www.village-justice.com>, lu le 23/09/2021.
- Bulletin d'information, Publication bimensuelle 15 avril 2011. N° 740, www.courdecassation.fr. Vu le 15/09/2014.
- C. Cass., Ch. Civ. 1, du 20 décembre 1993, N°91-16.828. www.legifrance.gouv.fr. Vu le 23/10/2015.
- CA Abidjan, n° 1435, 02-07-2003. www.Ohada.com. Ohadata J-04-177; observations de Joseph ISSA-SAYEGH.
- CADIET L., *La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure d'arbitrage*, Revue de l'arbitrage 1996, pp.3.
- CALIXTE L., Les limites, risques, périls et dérives de l'arbitrage, Revue Challenge Septembre 29 août / 4 septembre 2013,
- CAMPAGNOLA F., Bonne foi et loyauté en droit des contrats, Actualités juridiques du village, 16 septembre 2016, <https://www.village-justice.com>, lu le 23/09/2021.
- CARDENAS Y.-V., « L'arbitrage international dans le domaine de l'eau », in L'eau, enjeu de pouvoirs, objet de tensions, Colloque organisé par le CQEG le 31 octobre 2016, <https://cqegheulaval.com>.
- CASSEREAU F., Le CNAT est mort, vive le CMAT !, publié, 2019, <https://www.gazette-du-palais.fr>, le 23/06/2021.
- CETTE G., et BARTHELEMY B., « Réformer le droit du travail » ; Editions Odile Jacob ce jeudi 3 septembre 2015. <https://tnova.fr/rapports/reformer-le-droit-du-travail>, lu le 05/09/2020n.
- CETTE G., et BARTHELEMY B., « Réformer le droit du travail » ; Éditions Odile Jacob ce jeudi 3 septembre 2015. <https://tnova.fr/rapports/reformer-le-droit-du-travail>, lu le 05/09/2020.
- CETTE G., et BARTHELEMY B., « Réformer le droit du travail » ; Éditions Odile Jacob ce jeudi 3 septembre 2015. <https://tnova.fr/rapports/reformer-le-droit-du-travail>, lu le 05/09/2020.
- Citation anonyme tirée du site <https://citation-celebre.leparisien.fr>, vu le 23/10/2020
- CJCE, 25 juillet 1991, Marc Rich, aff. C-190/89, Rec. I-3855, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61989CJ0190>, lu le 11/09/2020.
- Communiqué final de la 45e session du Conseil des Ministres de l'OHADA, publié le 25/11/2017, <http://www.Ohada.com>, le 12/12/2017.

- COSTEDOAT M.H.M, *Notre ambition: consolider l'influence mondiale de la culture juridique civiliste, celle du droit écrit !*
- DE FONTMICHEL A., et DONATO M., L'impécuniosité d'une partie à l'arbitrage : tendances, 2013, <https://www.magazine-decideurs.com>, lu le 25/02/2019.
- DIAKITE M., L'arbitrage institutionnel Ohada, instrument émergent de sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques en Afrique, Thèse, p.165, <https://www.theses.fr>, lu le 12/05/2020.
- DIALLO O., Le consentement des parties à l'arbitrage international, p. 85-170, <https://books.openedition.org/iheid/970?lang=fr>, Vu le 15/10/2015.
- DIALLO S., *Profil national de droit du travail: le Sénégal.* <http://www.ilo.org/ifpdial/information-resources>. Vu le 10 /09/2013.
- Dictionnaire juridique, <https://www.dictionnaire-juridique.com>.
- DIENG A., Approche culturelle des ADR en Ohada, 17 et 18 mars 2009, <http://www.Ohada.com>.
- *Droit Vietnamo-Française, Hanoi (Vietnam), le 28 janvier 2010.* <http://www.Ohada.com/doctrine>
- Extrait de l'évangile de Luc, chapitre 16, verset 13. <https://fr.wiktionary.org>, vu le 30/05/2019.
- FALL A. B., « Les menaces internes à l'indépendance de la justice », Nov. 2007, Dakar, Sénégal, p8. <https://hal.archives-ouvertes.fr>. Lu le 22/11/2020
- GLOCKSEISEN M., L'amicable composition: instrument fragile ou assise du renouveau juridique?, 19 avril 2000, <https://www.cfcj-fejc.org>. Lu le 23/10/2018.
- GLOCKSEISEN M., L'amicable composition: instrument fragile ou assise du renouveau juridique?, 19 avril 2000, <https://www.cfcj-fejc.org>, p. 13, Lu le 23/10/2018.
- GLOCKSEISEN M., L'amicable composition: instrument fragile ou assise du renouveau juridique?, 19 avril 2000, <https://www.cfcj-fejc.org>, p. 13, Lu le 23/10/2018.
- GRUYELLE A. , *L'arbitrage en droit du travail : vers une justice à deux vitesses ;* www.alternatives-economiques. Vu le 12/09/2014.
- GRUYELLE A. , *L'arbitrage en droit du travail : vers une justice à deux vitesses ;* www.alternatives-economiques. Vu le 12/09/2014.
- HAUMONTE A., Le Contrat de Travail International, l'essentiel à savoir, publié, le 15 octobre 2021, <https://www.l-expert-comptable.com>
- HENRI-JOËL T. F, *Regard critique sur le droit de l'arbitrage Ohada*, p.6. www.sire-Ohada.com vu le 24 /05/2014.

- <http://afrilex.u-bordeaux4.fr>, lu le 13/05/ 2020.
- <http://www.institut-idef.org>. Vu le 28 /10/2015.
- <http://www.Ohada.com>, lu le 04/09/2014.
- <http://www.toupie.org/Dictionnaire>, lu le 23/06/2020.
- <http://www.toupie.org/Dictionnaire>.
- <http://www.toupie.org/Dictionnaire/Liberte.htm#>, lu le 15 novembre 2020
- <http://www.toupie.org/Dictionnaire/Liberte.htm#>, lu le 15 novembre 2020
- <http://www.toupie.org/Dictionnaire/Liberte.htm#>, lu le 15 novembre 2020.
- <http://www.toupie.org/Dictionnaire/Travail.htm>. Vu le 02/07/2015.
- <http://www.walf-groupe.com/546-magistrats>, lu le mercredi 2 décembre 2020.
- <https://alsf.academy>, Lu le 14/01/2021.
- <https://dictionnaire.lerobert.com>, lu le 23/08/2021.
- <https://fr.coinmill.com>.
- <https://fr.wikipedia.org>, lu le 21/08/2018.
- <https://fr.wikipedia.org>, vu le 3/05/2019.
- <https://fr.wiktionary.org>, lu le 28/ 07/2020.
- <https://researcharbitrationafrica.com>, Lu le 09/06/2019.
- <https://www.arbitragemontreal.com/arbitrage>, lu le 02/11/2020.
- https://www.brainyquote.com/quotes/walter_savage_landor, lu le mercredi 2 décembre 2020.
- https://www.brainyquote.com/quotes/walter_savage_landor, lu le mercredi 2 décembre 2020.
- <https://www.cmap.fr>, lu le 12/11/2020.
- <https://www.cnrtl.fr/definition>, lu le 23/07/2020.
- <https://www.cnrtl.fr/definition/patrimoine>; consulté le 07/11/2020.
- <https://www.cnrtl.fr/etymologie/compromis>, Vu le 15/10/2020.
- <https://www.daf-mag.fr/Definitions-Glossaire>, lu le 23/09/2021.
- <https://www.dictionnaire-juridique.com>, lu le 07/10/2019.
- <https://www.dictionnaire-juridique.com>, lu le 23/09/2020.
- <https://www.dictionnaire-juridique.com>, lu le 23/09/2021.
- <https://www.dictionnaire-juridique.com>, lu le 27/01/2021.
- <https://www.droit.fr/definition>, lu le 23/07/2020.
- <https://www.editions-tissot.fr>, lu le 13/05/2020.

- <https://www.pressafrik.com/Accusations-de-corruption-dans-la-magistrature>, lu le 2 septembre 2020.
- <https://www.senat.fr>, Lu le 23/01/2021.
- https://www.toupie.org/Dictionnaire/Droit_civil.htm, lu le 23/06/2021.
- https://www.toupie.org/Dictionnaire/Droit_civil.htm, lu le 25/05/2019.
- https://www.toupie.org/Dictionnaire/Responsabilite_penale.htm, lu le 23/08/2020.
- <https://www.universalis.fr>, lu le 12/08/2021.
- <https://www.village-justice.com/articles>; lu le 13/05/ 2020.
- JACQUET J. M., La loi applicable au fond du litige dans l'arbitrage international; p. 206, <https://webcache.googleusercontent.com>. Lu le 12/04/2019.
- JARROSSON C., l'arbitrage interne Le contrôle de la sentence, Bulletin d'information de la Cour de cassation, <https://www.courdecassation.fr>, lu le 23/07/2019.
- JARROSSON C., l'arbitrage interne Le contrôle de la sentence, Bulletin d'information de la Cour de cassation, <https://www.courdecassation.fr>, lu le 23/07/2019.
- BLAMOUTIER J-M, Loi Justice XXIe siècle : L'arbitrage à la portée des assurés, édit. L'argus de l'assurance, 2017, <https://www.argusdelassurance.com>, lu le 22/04/2017, p.2.
- KADIGE G., « Les principes généraux en Droit Social », <https://ritachemaly.files.wordpress.com/2010/06/kadige-usj-cedroma-par-rita-chemaly-wordpress-com.pdf>, lu le 06/09/2020.
- KAGISYE K., Environnement institutionnel des affaires en Afrique : Contexte et structure d'harmonisation du droit Ohada. 2017, <https://hal-auf.archives-ouvertes.fr/hal-01495556>, lu le 13/05/ 2020.
- KEBE M., L'attractivité du nouveau droit OHADA de l'Arbitrage, Afrimag N° 124 - novembre 2018 dans A la une, Droit des affaires, <http://www.Ohada.com>, lu le 02/10/2020.
- L'Association américaine d'arbitrage (AAA) gère les procédures d'arbitrage, de médiation » <https://www.intracen.org>.
- La cour d'appel de Paris du 10 septembre 2003. <http://legifrance.gouv.fr>. Vu le 20/10/2015.
- Le General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) <https://fr.wikipedia.org>, lu le 22/10/2019.
- Le rapport sur l'investissement dans le monde de 2019, p.10. <https://unctad.org>, lu le 24/10/2020.

- Le rapport sur l'investissement dans le monde de 2019, p.10. <https://unctad.org>, lu le 24/10/2020.
- Le rapport sur l'investissement dans le monde de 2020, p.10. <https://unctad.org>, lu le 04/01/2021.
- LECLAIR J., Le droit et le sacré ou la recherche d'un point d'appui absolu, <https://papyrus.bib.umontreal.ca>, lu le 04 octobre 2020.
- LECLAIR J., Le droit et le sacré ou la recherche d'un point d'appui absolu, <https://papyrus.bib.umontreal.ca>, lu le 04 octobre 2009.
- LEKEBE OMUALI D., « Le contrat et le corps humain : un couple infernal ? » ; Collection, 2023, 13p. ; p.3, <https://fr.scribd.com>.
- Les chiffres-clés du contentieux traités par le Tribunal de Commerce Hors Classe de Dakar du 2 janvier au 31 décembre 2019. <http://tribunaldecommerce.sn>.
- Loi n° 2014-26 du 3 novembre 2014 abrogeant et remplaçant la loi n°84- 19 du 2 février 1984 fixant l'Organisation judiciaire du Sénégal.
- LOQUIN E., arbitrabilité et protection des parties faibles, In: Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, 17e année, 2004-2006. 2008. pp. 135-164, <https://www.persee.fr>, lu le 12/07/2019.
- LOQUIN É., La soumission de l'arbitrage international à un régime protecteur du consommateur, Revue critique de droit international privé, 2021/1 (N° 1), pages 212. <https://www.cairn.info>, lu le 12/07/2019.
- LOQUIN É., La soumission de l'arbitrage international à un régime protecteur du consommateur, Revue critique de droit international privé, 2021/1 (N° 1), pages 212. <https://www.cairn.info>, lu le 12/07/2019.
- MAFO DIFFO R., Vers la prévalence de l'irresponsabilité arbitrale en Droit OHADA?, Revue de l'ERSUMA: Droit des affaires – Pratique Professionnelle, N° 6 – Janvier 2016, <https://www.Ohada.org>, p.15.
- MAINGUY D., Solidarité dans le paiement des honoraires des arbitres, <https://www.daniel-mainguy.fr>, Lu le 24/07/2019.
- MAINGUY D., Solidarité dans le paiement des honoraires des arbitres, <https://www.daniel-mainguy.fr>, Lu le 24/07/2019.
- Maison du Droit Vietnamo-Française, Hanoi (Vietnam), le 28 janvier 2010 p.4. <http://www.Ohada.com>.
- MAYER P. , Le respect par l'arbitre de l'ordre public, www.actu-juridique.fr, lu le 27/09/2020

- MBAYE N. M., L'arbitrage OHADA: réflexions critiques, 2001, <http://lafrique.free.fr/memoires/htm>,
- MEYER P., La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA, www.Ohada.com, Ohadata D-06-50, n°20.
- MOREAU B., L'arbitrage au XXIème Siècle, La validité affirmée de la clause compromissoire, Éditorial, N°20, Juillet 2016, p.1, <http://www.afa-arbitrage.com>, lu le 12/05/2019.
- MOREAUX A., L'entreprise face au choix de l'arbitrage, Journal d'information juridique et d'annonces légales, 2014, <https://www.affiches-parisiennes.com>, Lu le 07/09/2020.
- MOULOUL A., « L'arbitrage dans l'espace Ohada », Conférence Internationale sur le Droit des Affaires de l'Ohada, Maison du Droit Vietnamo-Française Hanoï (Vietnam), le 28 janvier 2010. <https://www.Ohada.com>, lu le 23/09/2019, p. 26.
- MOULOUL A., « L'arbitrage dans l'espace Ohada », Conférence Internationale sur le Droit des Affaires de l'Ohada, Maison du Droit Vietnamo-Française Hanoï (Vietnam), le 28 janvier 2010. <https://www.Ohada.com>, lu le 23/09/2019, p. 13.
- MOULOUL A., l'arbitrage dans l'espace Ohada, *Conférence Internationale sur le Droit des Affaires de l'OHADA, Maison du Droit Vietnamo-Française, Hanoï (Vietnam), le 28 janvier 2010.* <http://www.Ohada.com/doctrine>
- N'GOUIN CLAIH L. M., L'exécution des sentences arbitrales et les voies de recours, p.8-12, Ohadata D-07-11, <http://www.daldewolf.com>.
- NDAM I., La protection du droit à un procès dans un délai raisonnable dans l'espace Ohada, <https://revue.ersuma.org/no-2-mars-2013/doctrine>, lu le mercredi 2 décembre 2020.
- NDAM I., La protection du droit à un procès dans un délai raisonnable dans l'espace Ohada, <https://revue.ersuma.org/no-2-mars-2013/doctrine>
- NDAM I., Ibid. , lu le mercredi 2 décembre 2020.
- NGWANZA A., « L'essor de l'arbitrage international en Afrique Sub-saharienne : les apports de la CCJA », Revue de l'ERSUMA: n°3-Septembre2013, Doctrine. <http://revue.ersuma.org/no-3-septembre-2013/doctrine-vu> le 15/05/2015.
- NORD N., Ordre public et lois de police en droit international privé, <https://cdpf.unistra.fr>, 2003. p. 141.
- Numéro d'arrêt : 047/2015, Juridiction: Cour commune de justice et d'arbitrage: 27/04/2015, <https://juricaf.org/arret/OHADA>, Cass. Civ, 25 avril 2006, n° 05-13749,

Cour d'Appel du Littoral, Arrêt n° 39/REF du 08 janvier 1997, Revue Camerounaise de l'Arbitrage n° 11 – Octobre - Novembre - Décembre 2000, p. 12 ; C.C.J.A., Arrêt du 24/04/2008, n° 020/2008, Actualités juridiques, n° 63, p. 147.

- PAUTI M., « L'indépendance des juges et des juridictions », ACCPUF, OIF, Bulletin n° 7, novembre 2005.
- Préambule de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail de 1919, <https://www.ilo.org>, lu le 23/29/2020.
- Présentation du droit Ohada, Le droit de l'arbitrage, Questions-réponses sur le thème : Arbitrage, p.9, www.Ohada.com , lu le 05/11/2014.
- RAOUF M. A., Le choix de l'arbitre : le point de vue des institutions d'arbitrage Vers une responsabilité partagée, Paris 13 juin 2007, p. 10; <https://www.courdecassation.fr>.
- Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription du 15 juin 2007 ; <http://courdecassation.fr>, (rubrique « archives », 2007), lu le 24/06/2020.
- Résultats du Recensement Général des Entreprises (RGE) 2016, <http://www.ansd.sn>. Lu le 13/02/2021
- ROCHEBLAVE E., « Méfiez-vous des « prud'hommes privés » ! L'arbitrage au travail ne vous évitera pas les prud'hommes... » ; <http://www.rocheblave.com>. Vu le 21/12/2014.
- ROUSSEY L., « Enjeux théoriques et opérationnels de l'analyse économique du système judiciaire », p.1, <https://journals.openedition.org>, lu 21/11/2020
- SAKHO A., Deux clés de compréhension des atouts de l'arbitrage dans l'espace Ohada, mars 2020, <http://www.cres-sn.org>, lu le 23/09/2020, p. 2.
- SAKHO A., Deux clés de compréhension des atouts de l'arbitrage dans l'espace Ohada, mars 2020, <http://www.cres-sn.org>, lu le 23/09/2020, p. 3.
- SCHWAB J., Arbitrage et conflits individuels de travail, De l'admissibilité des conventions d'arbitrage, 2020, <https://serval.unil.ch>, lu le 23/08/2021.
- SY D., La condition du juge en Afrique : l'exemple du Sénégal, publié en juin 2003, <http://afrilex.u-bordeaux4.fr>, lu le 13/05/ 2020.
- TAGUM FOMBENO H. J., *Regard critique sur le droit de l'arbitrage Ohada*, p.6. www.sire-Ohada.com vu le 24 /05/2014.
- TALNEAU G., litiges du travail : peut-on se passer du conseil de Prud'hommes ?, 28 janvier 2019, <https://www.village-justice.com>, lu le 23/02/2020.
- Vocabulaire Juridique, www.dictionnaire-juridique.com.

- WAMBO J., L'Arbitrage CCJA, Revue semestrielle d'Etudes, de Législation, de Jurisprudence et de Pratique Professionnelle en Droit des affaires et en Droit Communautaire, N° Spécial - Nov-Déc 2011, <https://revue.ersuma.org>, lu le 23/06/2019.
- WANE D. Y., « La réforme du droit Ohada des sociétés commerciales : modernisation du droit applicable ou conformisme législatif ? », 29p. ; p.17. <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex>.
- WANE S., et DIONE A., Réflexion sur les critères du délai raisonnable en matière de justice pénale au Sénégal, <https://www.village-justice.com/articles>; lu le 13/05/ 2020.
- WANE S., et DIONE A., Réflexion sur les critères du délai raisonnable en matière de justice pénale au Sénégal,
- www.dictionnaire-juridique.com/definition/litige.php. Vu le 24 /11/ 2014.

ANNEXES

QUESTIONNAIRE D'ENQUÊTE POUR LE TRAVAILLEUR
--

Secteur d'activité :

Responsabilité :

Questions pour le travailleur

En cas de litiges avec ton patron, quelle est l'autorité qui peut régler le problème ?

Le procureur Le juge L'arbitre L'inspecteur du travail

En cas de litige avec ton patron, quelle est la manière dont tu souhaiterais régler le problème ?

Médiation Conciliation Arbitrage Jugement

Es-tu prêt à dépenser au moins 500 000 frs pour saisir un arbitre pour régler le problème en secret alors que c'est gratuit chez le juge, mais en public ?

Oui Non

Pourquoi ?.....
.....
.....
.....

QUESTIONNAIRE D'ENQUÊTE POUR L'EMPLOYEUR

Secteur d'activité :

Responsabilité :

Questions pour le patron

En cas de litiges avec ton employé, quelle est l'autorité qui peut régler le problème ?

En cas de litige avec ton employé, quelle est la manière dont tu souhaiterais régler le problème ?

Médiation

Conciliation

Arbitrage

Jugement

Es-tu prêt à saisir un arbitre pour régler le problème en secret ?

Oui

Non

Pourquoi ?.....
.....
.....

QUESTIONNAIRE D'ENQUÊTE POUR LE JUGE

- 1- Quelles sont les missions du juge dans les litiges individuels ?
- 2- Le salarié peut-il saisir le médiateur de la maison de justice ou l'arbitre pour la conciliation ?
- 3- Doit-on saisir obligatoirement l'inspecteur du travail en cas de litiges individuels de travail ?
- 4- Dans ces cinq dernières années, combien de litiges avez-vous enregistré ? Et combien de cas avez-vous concilié ?
- 5- Quels sont les différents types d'entreprise qui sont le plus souvent concernés par les litiges individuels de travail ?

- 6- Dans la pratique, le juge est-il suffisamment satisfait de son implication dans les litiges individuels de travail ?

QUESTIONNAIRE D'ENQUÊTE POUR L'INSPECTEUR DU TRAVAIL

- 1- Quelles sont les missions de l'inspecteur du travail dans les litiges individuels ?
- 2- Le salarié peut-il saisir le médiateur de la maison de justice ou l'arbitre pour la conciliation ?
- 3- Doit-on saisir obligatoirement l'inspecteur du travail en cas de litiges individuels de travail ?
- 4- Dans ces cinq dernières années, combien de litiges avez-vous enregistrés ? Et combien de cas avez-vous concilié ?
- 5- Quels sont les différents types d'entreprise qui sont le plus souvent concernés par les litiges individuels de travail ?
- 6- Dans la pratique, le juge est-il suffisamment satisfait de son implication dans les litiges individuels de travail ?

QUESTIONNAIRE D'ENQUÊTE POUR LE CENTRE OHADA DE DAKAR

- 1- Combien de sentences arbitrales Ohada a eu à sortir ?
- 2- Quels sont les types d'entreprises qui font recours à l'arbitrage ?
- 3- Deux entreprises de formes différentes, comme une SA et un GIE, peuvent-elles recourir à l'arbitrage dans leur relation contractuelle ?
- 4- Pourquoi l'Acte Uniforme sur le droit du travail tarde à sortir.

QUESTIONNAIRE D'ENQUÊTE POUR LA CHAMBRE DE COMMERCE

- 1- Combien d'entreprises privées avons-nous au Sénégal ?
- 2- Quels sont les types d'entreprises qui sont les plus créés au Sénégal ?
- 3- Combien d'entreprises étrangères avons-nous au Sénégal ?
- 4- La Chambre de commerce intervient-elle dans la résolution des litiges au niveau des entreprises ?

QUESTIONNAIRE D'ENQUÊTE POUR APIX

- 1- Combien d'investisseurs avons-nous au Sénégal ?
- 2- Quels sont les types d'entreprises qui sont les plus créés au Sénégal ?
- 3- Combien d'entreprises étrangères avons-nous au Sénégal ?
- 4- L'APIX intervient-elle dans la résolution des litiges au niveau des entreprises ?

QUESTIONNAIRE D'ENQUÊTE POUR LE CENTRE D'ARBITRAGE DE MÉDIATION ET DE CONCILIATION DE DAKAR

- 1- Quelles sont les missions du CAMC ?
- 2- Le salarié peut-il saisir le CAMC pour la conciliation et arbitrage en cas de litige avec son employeur ?
- 3- Dans ces cinq dernières années, combien de litiges avez-vous enregistrés ? Et combien de cas avez-vous concilié ?
- 4- Quels sont les différents types d'entreprises qui sont le plus souvent concernés par les litiges ?
- 5- L'État du Sénégal reçoit-il une part de l'argent de l'arbitrage ?
- 6- Dans la pratique, le CAMC est-il suffisamment satisfait de son implication dans les litiges ?
- 7- Pourquoi l'Acte Uniforme sur le droit du travail tarde à sortir ?

QUESTIONNAIRE D'ENQUÊTE POUR LE MÉDIATEUR DE LA MAISON DE JUSTICE

- 1- Peut-on introduire dans le contrat de travail une clause de règlement à l'amiable des litiges individuels de travail ?
- 2- Dans ces cinq dernières années, combien de litiges avez-vous enregistré ? Et combien de cas avez-vous concilié ?
- 3- Dans la pratique, combien de temps peut durer la tentative de conciliation ?
- 4- Quels sont les différents types d'entreprise qui sont le plus souvent concernés par les litiges individuels de travail ?
- 5- L'arbitre, peut-il intervenir dans les relations individuelles de travail pour trancher un litige ?

QUESTIONNAIRE D'ENQUÊTE POUR L'AVOCAT

- 1- Peut-on introduire dans le contrat de travail une clause de règlement à l'amiable des litiges individuels de travail ?
- 2- Dans ces cinq dernières années, combien de litiges avez-vous enregistré ? Et combien de cas avez-vous concilié ?
- 3- Dans la pratique, combien de temps peut durer la tentative de conciliation ?
- 4- Quels sont les différents types d'entreprise qui sont le plus souvent concernés par les litiges individuels de travail ?
- 5- L'arbitre, peut-il intervenir dans les relations individuelles de travail pour trancher un litige.

INDEX ALPHABÉTIQUES

A

Affaires 5, 12, 13, 14, 21, 23, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 39, 41, 45, 47, 48, 57, 58, 60, 64, 65, 66, 72, 73, 74, 130, 131, 132, 136, 138, 139, 140, 141, 142, 156, 167, 179, 181, 185, 188, 196, 201, 202, 206, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 216, 217, 219, 220, 221, 222, 228, 229, 237, 243, 244, 246, 248, 249, 250, 251, 253, 256, 257, 258, 263, 265, 266, 267, 269, 271, 274, 275, 293, 310, 315, 316, 317, 341, 342, 352, 359, 365, 366, 368, 371, 378, 379, 382, 386, 387, 388, 390, 393, 399, 400, 401, 402, 403.

Alternatif de règlement 19, 163, 378.

Amiable composition 46, 47, 118, 377, 388, 390, 400, 404.

Appel.....57, 95, 105, 113, 117, 120, 125, 126, 128, 153, 161, 174, 175, 177, 178, 179, 180, 184, 189, 190, 191, 275, 278, 283, 284, 290, 292, 300, 302, 311, 335, 339, 345, 355, 357, 359, 366, 387, 397, 398, 404.

Arbitrabilité 1, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 28, 29, 83, 108, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 137, 138, 140, 141, 143, 147, 201, 202, 204, 205, 207, 212, 213, 214, 215, 224, 232, 233, 234, 236, 237, 238, 239, 257, 262, 264, 266, 268, 269, 272, 273, 274, 297, 340, 341, 353, 354, 360, 362, 363, 364, 365, 367, 368, 371, 372, 373, 385, 387, 401.

Arbitrage 1, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 67, 79, 81, 88, 90, 91, 93, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 153, 155, 169, 183, 184, 185, 187, 193, 194, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 211, 212, 213, 214, 215, 217, 218, 222, 223, 224, 225, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 311, 312, 314, 315, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 407, 408.

Arbitrage en droit du travail 22, 26, 28, 93, 108, 137, 138, 185, 201, 205, 206, 207, 212, 213, 216, 225, 233, 266, 273, 274, 275, 289, 291, 300, 343, 344, 349, 353, 354, 355, 357, 359, 361, 366, 393, 394, 395, 403.

Arbitrages ad hoc 275.

Arbitres.....14, 19, 20, 29, 30, 31, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 43, 47, 48, 49, 51, 52, 53, 54, 56, 57, 62, 110, 111, 112, 114, 119, 120, 122, 123, 127, 128, 129, 140, 142, 143, 148, 153, 193, 200, 205, 212, 223, 227, 237, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 247, 248, 249, 250, 251, 253, 254, 255, 257, 262, 265, 269, 272, 276, 277, 278, 280, 285, 294, 295, 297, 338, 342, 344, 346, 348, 354, 359, 370, 381, 387, 392, 401, 402, 403, 404.

Audiences 48, 62, 193, 194.

Avocat 37, 59, 180, 181, 189, 243, 244, 341.

B

Barème 49, 50, 51, 53, 56, 172.

C

Charte 36, 182, 246.

Clause compromissoire...1, 26, 48, 107, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 135, 136, 138, 201, 203, 207, 239, 266, 267, 274, 275, 277, 278, 280, 281, 283, 288, 290, 291, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 337, 338, 339, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 354, 356, 361, 366, 367, 369, 374, 376, 377, 379, 381, 385, 390, 392, 402, 403.

Compétence exclusive 46, 125, 168, 169, 237, 238, 239, 262, 283, 339, 340, 353, 364, 366, 373.

Conciliation 4, 19, 20, 23, 30, 40, 47, 66, 139, 148, 149, 152, 153, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 179, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 191, 192, 193, 194, 199, 206, 266, 275, 296, 300, 301, 343, 374, 375, 376, 379, 380, 407, 408, 409.

Confidentialité 39, 40, 41, 42, 54, 158, 165, 185, 186, 187, 242, 244, 246, 248, 268, 300, 354, 374.

Confidentielle 158, 248, 275.

Constitution 71, 77, 78, 117, 176, 311, 317, 357, 404.

Constitution du tribunal arbitral 35.

Contentieux social 21, 159, 163, 169, 170, 172, 176, 177, 180, 181, 182, 184, 185, 188, 189, 191, 192, 193, 194, 195, 200, 297, 312, 313, 375.

Contradictoires 79, 180, 34.8

Contrat de travail 1, 15, 16, 17, 21, 27, 68, 73, 75, 76, 84, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 97, 99, 101, 103, 105, 107, 108, 109, 119, 124, 125, 126, 130, 131, 136, 137, 140, 150, 158, 159, 165, 168, 169, 173, 179, 198, 199, 200, 202, 203, 204, 206, 212, 214, 225, 227, 228, 232, 235, 236, 238, 240, 256, 274, 276, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 295, 296, 297, 298, 300, 301, 302, 303, 307, 310, 311, 312, 313, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 336, 337, 338, 339, 341, 342, 344, 346, 347, 349, 350, 351, 352, 353, 357, 358, 361, 364, 365, 367, 368, 369, 370, 372, 374, 380, 381, 382, 386, 392, 393, 404, 408, 409.

Cour d'Appel 34, 87, 112, 113, 126, 183, 263, 284, 294, 345, 367, 397, 399.

Coûteuse 335.

D

Délais 33, 65, 178, 180, 188, 189, 196, 197, 228, 246, 247, 249, 321, 327, 355.

Demande.....17, 34, 38, 41, 49, 50, 51, 63, 75, 93, 103, 124, 126, 135, 145, 159, 161, 162, 163, 164, 171, 178, 180, 185, 188, 189, 196, 198, 245, 260, 271, 282, 284, 304, 317, 323, 345, 351, 356.

Déni de justice 115, 202, 252, 296, 301, 355, 370.

Désengorger les tribunaux 66.

Discrétion 41, 49, 150, 155, 157, 160, 165, 187, 188.

Disponible 135, 246, 300, 355.

Droit social21, 22, 24, 26, 67, 69, 76, 89, 106, 126, 137, 185, 188, 198, 203, 204, 205, 206, 207, 220, 224, 225, 240, 273, 274, 277, 283, 297, 300, 350, 352, 353, 355, 357, 359, 366, 373, 381, 395, 396.

E

Échec 11, 27, 34, 106, 124, 166, 167, 168, 169, 173, 184, 193, 194, 238, 283, 343.

Employeur.....16, 17, 21, 24, 69, 73, 74, 77, 78, 79, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 106, 107, 108, 109, 111, 115, 116, 126, 136, 137, 149, 153, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 167, 168, 171, 173, 175, 176, 177, 178, 182,184, 185, 187, 189, 191, 193, 194, 195, 198, 199, 201, 202, 204, 207, 226, 227, 228, 229, 232, 234, 235, 236, 237, 256, 273, 284, 285, 286, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294,

295, 296, 298, 300, 301, 302, 303, 306, 310, 311, 313, 314, 318, 319, 320, 321, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 330, 331, 333, 334, 335, 337, 339, 346, 347, 349, 350, 352, 355, 356, 364, 368, 369, 370, 371, 374, 408.

Équité 43, 45, 46, 85, 151, 184, 187, 188, 190, 191, 192.

Expertises 56.

F

Familiale 75.

Frais d'arbitrage 49, 50, 51, 53, 54, 55, 356, 389.

I

Impécuniosité 55, 56, 315, 403.

Indépendance 15, 32, 37, 38, 97, 113, 127, 128, 152, 153, 157, 158, 168, 172, 241, 242, 243, 244, 245, 247, 252, 268, 345, 374, 384, 390, 399.

Inégalité 21, 82, 88, 89, 94, 99, 108, 141, 145, 232, 270, 348.

Inopposable 296, 302, 303, 312, 313, 348, 349, 351, 374.

J

Juge privé 1, 39, 155, 240, 343, 374

Juges 32, 33, 46, 48, 65, 87, 107, 120, 127, 168, 170, 171, 173, 174, 175, 180, 188, 190, 191, 195, 197, 234, 236, 237, 269, 277, 293, 353, 365, 370, 390, 399, 401.

Justiciable 169, 178, 190, 191, 193, 255, 275, 300, 302, 303, 351, 352, 355, 383, 395, 396.

L

Lenteur 33, 39, 62, 181, 214, 248, 249, 359.

M

Manque de juges 300.

Matière sociale 179, 180, 190, 237, 355.

Médiation 3, 4, 19, 20, 23, 30, 37, 40, 47, 62, 66, 129, 139, 166, 186, 248, 266, 275, 300, 354, 356, 376, 378, 380, 392, 399, 400.

Mesures conservatoires 196

Mode 8, 17, 19, 20, 29, 31, 39, 42, 45, 47, 51, 77, 96, 103, 116, 121, 134, 142, 161, 163, 173, 174, 191, 198, 199, 223, 247, 272, 276, 277, 296, 310, 335, 343, 358, 360, 368, 375, 378.

N

Nullité 82, 87, 97, 112, 113, 122, 126, 127, 185, 189, 199, 227, 259, 261, 270, 280, 284, 290, 291, 294, 295, 298, 299, 302, 312, 313, 327, 345, 350.

O

Office....1, 19, 29, 31, 34, 47, 103, 126, 170, 181, 189, 195, 202, 205, 206, 211, 222, 225, 236, 237, 239, 260, 261, 284, 305, 339, 343, 348, 365, 372, 373, 385

Ordre public 1, 21, 23, 24, 25, 28, 47, 67, 69, 79, 80, 81, 82, 83, 86, 88, 89, 93, 94, 96, 97, 106, 107, 109, 112, 116, 118, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 139, 143, 144, 145, 146, 147, 170, 173, 182, 183, 185, 189, 201, 202, 204, 206, 207, 213, 215, 216, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 233, 234, 235, 236, 237, 240, 251, 256, 257, 258, 260, 261, 262, 263, 264, 266, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 277, 283, 284, 285, 295, 301, 310, 329, 335, 336, 338, 348, 350, 352, 365, 368, 369, 370, 373, 374, 379, 383, 384, 386, 387, 388, 390, 392, 402.

P

Paiement 17, 50, 53, 54, 55, 56, 57, 71, 75, 86, 91, 101, 108, 141, 164, 172, 192, 196, 219, 287, 380, 403, 404

Principe 1, 15, 18, 20, 22, 23, 26, 29, 30, 31, 34, 35, 39, 43, 46, 51, 54, 67, 70, 71, 72, 79, 82, 83, 86, 87, 90, 91, 94, 95, 96, 97, 101, 106, 111, 112, 113, 117, 118, 121, 123, 124, 125, 127, 130, 137, 141, 145, 148, 149, 152, 156, 160, 161, 162, 169, 170, 172, 173, 176, 177, 180, 184, 188, 190, 193, 194, 195, 196, 204, 205, 206, 207, 210, 214, 218, 222, 223, 224, 225, 230, 231, 232, 233, 239, 240, 242, 243, 244, 248, 252, 254, 255, 257, 259, 273, 276, 277, 279, 280, 282, 283, 287, 294, 298, 299, 303, 304, 305, 311, 313, 322, 324, 327, 328, 329, 331, 332, 333, 334, 335, 340, 344, 345, 346, 350, 351, 353, 354, 356, 359, 365, 366, 367, 368, 373, 378, 382, 384, 386.

Procédure....4, 15, 19, 20, 22, 24, 26, 29, 30, 31, 35, 36, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 59, 61, 62, 67, 91, 100, 104, 107, 108, 110, 111, 115, 121, 123, 124, 126, 130, 132, 133, 141, 142, 145, 152, 159, 161, 163, 164, 165, 170, 172, 177, 180, 182, 183, 184, 185, 186, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 198, 199, 201, 214, 220, 222, 224, 233, 234, 239, 244, 248, 251, 253, 254, 260, 267, 268, 269, 276, 281, 282, 283, 284, 287, 290, 292, 294, 296, 297, 299, 300, 301, 310, 312, 314, 340, 343, 347, 349, 353, 354, 355, 356, 358, 360, 361, 362, 367, 374, 376, 377, 378, 379, 390, 391, 400.

Professionnels 26, 65, 69, 108, 109, 138, 148, 155, 174, 175, 182, 183, 189, 205, 207, 208, 210, 218, 249, 266, 273, 274, 300, 303, 304, 306, 312, 337, 341, 342, 352.

R

Recours à l'arbitrage 65, 106, 110, 120, 123, 128, 138, 207, 216, 233, 266, 274, 277, 281, 287, 360

Recours en annulation 118, 145, 259, 271

Relations 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 22, 27, 29, 32, 33, 34, 36, 37, 39, 68, 69, 73, 76, 77, 79, 83, 84, 89, 90, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 103, 104, 107, 108, 109, 110, 115, 120, 136, 137, 138, 144, 150, 152, 154, 159, 183, 187, 188, 189, 192, 195, 197, 198, 200, 202, 204, 206, 207, 209, 210, 212, 213, 214, 217, 220, 222, 224, 225, 228, 229, 235, 236, 237, 243, 248, 254, 256, 268, 270, 273, 274, 277, 278, 293, 298, 300, 302, 305, 306, 308, 310, 311, 313, 314, 316, 317, 318, 319, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 334, 336, 337, 338, 339, 341, 343, 346, 348, 352, 354, 359, 366, 368, 369, 370, 373, 374, 387, 388, 389, 395, 409.

Rémunération 16, 49, 53, 56, 74, 75, 76, 82, 91, 92, 101, 150, 155, 157, 160, 191, 192, 231, 286, 307, 308, 309, 310, 313, 319, 322, 324, 326, 327, 350.

Répartition des frais 356.

Réputée non écrite 124, 126, 282, 284, 304, 352.

Rupture du contrat de travail 87, 124, 125, 200, 283, 291, 293, 339.

S

Salarié 1, 16, 17, 21, 25, 27, 28, 69, 70, 71, 73, 75, 76, 77, 78, 79, 82, 83, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 101, 102, 104, 105, 107, 108, 109, 114, 115, 116, 117, 123, 126, 131, 136, 137, 147, 157, 159, 162, 163, 164, 173, 176, 182, 185, 186, 187, 188, 191, 195, 198, 199, 201, 202, 203, 204, 207, 212, 214, 215, 227, 231, 232, 235, 236, 240, 256, 258, 273, 281, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 294, 295, 296, 297, 298, 300, 301, 302, 303, 304, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 316, 319, 320, 321, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 330, 331, 333, 334, 335, 337, 338, 339, 342, 344, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 360, 364, 368, 369, 370, 374, 392, 393, 407, 408

Sentence 19, 20, 30, 41, 44, 46, 56, 61, 117, 118, 122, 126, 132, 133, 135, 144, 145, 244, 247, 248, 251, 252, 255, 258, 259, 260, 268, 270, 279, 284, 291, 354, 357, 377, 384, 390, 400, 402.

Spécialisée 169, 170, 171, 179, 238, 275.

Spécialité 170.

T

Tribunal arbitral 20, 34, 35, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 55, 57, 62, 112, 115, 118, 133, 136, 193, 200, 205, 242, 244, 247, 249, 259, 260, 261, 294, 315, 339, 354, 357, 362.

V

Volonté des parties....27, 29, 30, 31, 34, 35, 43, 44, 46, 63, 86, 110, 111, 119, 120, 133, 137, 147, 205, 222, 223, 276, 278, 294, 305, 318, 328, 330, 335, 345, 350, 370.

TABLE DES MATIÈRES

AVERTISSEMENT	I
DÉDICACE	II
REMERCIEMENTS	III
ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES	IV
SOMMAIRE	VI
LISTE DES TABLEAUX	VII
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
PREMIERE PARTIE : L'INARBITRABILITE DE PRINCIPE DES LITIGES INDIVIDUELS DE TRAVAIL.....	28
TITRE I : L'OPPOSITION ONTOLOGIQUE ENTRE L'ARBITRAGE ET LE DROIT DU TRAVAIL EN MATIERE DE LITIGES INDIVIDUELS.	31
CHAPITRE I. L'ARBITRAGE : UN DROIT DISPONIBLE.....	32
Section I. Le fondement conventionnel de l'arbitrage	33
Paragraphe I : La primauté de la volonté des parties	34
A. L'évitement de la juridiction étatique	34
1. La méfiance envers le juge	35
2. L'arbitrage : un moyen d'isoler le juge	36
B. La liberté des parties dans l'office de l'arbitre	37
1. Le pouvoir de désignation des arbitres par les parties	38
2. Le pouvoir de révocation des arbitres par les parties	39
Paragraphe II : La liberté des parties quant aux règles applicables	41
A. La liberté des parties sur le mode d'arbitrage	42
1. L'arbitrage institutionnel	43
2. L'arbitrage ad hoc	44
B. La liberté des parties quant au droit applicable	45
1. Les règles de droit des parties	46
2. L'admission de l'équité	48
Section II : Le fondement économique de l'arbitrage	50
Paragraphe I : L'arbitrage, une justice payante.....	51
A. L'obligation pécuniaire aux frais d'arbitrage	52
1. Le préalable pécuniaire à l'engagement de la procédure arbitrale.....	52
2. L'existence des barèmes de coûts d'arbitrage	53

B.	L'arbitrage, le tribunal des privilégiés	55
1.	L'obligation de contribution aux frais	56
2.	L'obligation de solidarité dans le règlement des honoraires des arbitres....	57
Paragraphe II :	L'effectivité de l'arbitrage dans le monde des affaires	59
A.	L'arbitrage, un outil sous-exploité par les acteurs économiques	61
1.	L'arbitrage, une justice fastidieuse pour les acteurs économiques	62
2.	La faible fréquentation du centre d'arbitrage pour le règlement de litiges commerciaux.....	65
B.	L'utilisation concrète de l'arbitrage en droit Ohada.....	66
1.	La faible fréquentation du centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Dakar pour le règlement de litiges commerciaux.....	67
2.	La préférence de la voie judiciaire par les acteurs économiques pour le règlement de litiges commerciaux	68
CHAPITRE II :	LE DROIT DU TRAVAIL : UN DROIT INDISPONIBLE	71
Section I :	Les fondements du droit du travail	72
Paragraphe I :	Le droit du travail, un instrument de l'intervention étatique.....	73
A.	Le droit du travail, un droit du système politique	74
1.	Le droit du travail, un instrument d'amélioration des conditions sociales du travailleur	75
2.	Le droit du travail, un droit de l'entreprise	77
B.	La finalité sociale du droit du travail	79
1.	La stabilité du salaire.....	80
2.	La participation du salarié à la vie de l'entreprise	82
Paragraphe II :	Le droit du travail : un domaine saisi par l'ordre public	84
A.	Le caractère coercitif des dispositions du droit du travail	84
1.	L'impérativité des normes à travers l'ordre public	85
2.	L'originalité des normes impératives en droit du travail.....	86
B.	Le droit du travail, un droit rigide	88
1.	Le contrôle administratif des normes du droit du travail	89
2.	Le contrôle judiciaire des normes du droit du travail.....	91
Section II :	Le prisme inégalitaire du droit du travail	93
Paragraphe I :	Le droit du travail, rançon du salarié	93
A.	La prise en charge du déséquilibre relationnel	94
1.	La dépendance économique.....	95

2. La nature du lien ou le particularisme du lien	96
B. Le droit du travail, un droit partisan des intérêts du salarié	98
1. L'application de règles favorables au salarié.....	99
2. L'autorité du principe de faveur.....	100
Paragraphe II : La protection du salarié contre les choix unilatéraux de l'employeur	102
A. Le pouvoir de direction de l'employeur.....	103
1. La gestion économique de l'entreprise.....	104
2. La gestion du personnel.....	105
B. Le pouvoir normatif de l'employeur.....	107
1. Le pouvoir normatif de l'employeur dans son entreprise	107
2. Le pouvoir de sanction de l'employeur dans son entreprise	109
TITRE II : L'EXCLUSION DE L'ARBITRAGE DES LITIGES INDIVIDUELS DE TRAVAIL	111
CHAPITRE I. L'INHIBITION DES CLAUSES CONTRACTUELLES EN MATIERE DE LITIGES INDIVIDUELS DE TRAVAIL.....	112
Section I : L'interdiction des clauses contractuelles attributives de compétence en droit du travail.....	113
Paragraphe I : La prohibition de la clause d'accompagnement en litige individuel	114
A. La clause d'accompagnement	114
1. La clause compromissoire	115
2. L'autonomie de la clause compromissoire	116
B. La clause d'accompagnement : une source versatilité en litige individuel... 118	
1. La clause compromissoire: un danger pour le salarié	119
2. La clause compromissoire : une source d'insécurité pour le salarié	121
Paragraphe II : Le rejet du compromis en droit du travail.....	123
A. Le compromis.....	123
1. Le compromis : un contrat après litige.....	124
2. Les conditions de validité du compromis	125
B. L'ambiguïté du compromis	126
1. Le compromis en droit français	127
2. Le malaise du compromis au sein de l'espace Ohada.....	129
Section II : L'arbitrabilité : le contrôle de la disponibilité ou de l'indisponibilité des droits litigieux.....	130

Paragraphe I : L'arbitrabilité des litiges	131
A. L'arbitrabilité des litiges dans l'espace Ohada.....	133
1. La libre disposition des droits dans l'Acte Uniforme	133
2. Le contrat, principal critère dans l'arbitrage CCJA	135
B. L'arbitrabilité à l'aune de l'ordre public.....	137
1. L'arbitrabilité, une fonction de l'ordre public	137
2.L'ordre public en droit du travail : un obstacle au règlement par arbitrage ..	139
Paragraphe II : L'absence de règles protectrices de la partie faible en droit Ohada	141
A. La conception libérale du droit de l'arbitrage	142
1. L'absence de précisions en droit Ohada.....	143
2. La promotion de l'arbitrage international.....	145
B. L'absence de l'ordre public de référence	147
1. L'ordre public selon du Traité Ohada et du Règlement d'arbitrage de la CCJA	148
2. L'ordre public selon l'Acte Uniforme relatif à l'arbitrage	149
CHAPITRE II : L'EXCLUSIVITE DE COMPETENCES DES ACTEURS ETATIQUES	
EN MATIERE DE LITIGES INDIVIDUELS DE TRAVAIL.....	152
Section I : L'intervention des acteurs administratifs dans les litiges individuels de travail	
.....	152
Paragraphe I : L'inspecteur du travail dans les litiges individuels de travail	154
A. Les obligations internationales de l'inspecteur du travail.....	155
1. L'obligation d'impartialité de l'inspecteur du travail	156
2. L'obligation de se consacrer exclusivement à ses fonctions	157
B. L'inspecteur, un acteur de la déontologie	159
1. Les obligations de service de l'inspecteur du travail	160
2. Les obligations morales de l'inspecteur du travail.....	162
Paragraphe II : La conciliation extra-judiciaire	163
A. Les principes de la phase administrative en contentieux social	164
1. Le principe de la conciliation devant l'inspecteur du travail en droit	
sénégalais	165
2. Le principe impératif pour les conflits individuels de travail en droit	
Ohada.....	166
B. Les principes de la procédure de conciliation	168
1. L'allégement de la procédure de saisine de l'inspecteur du travail	168

2. Les obligations de l'inspecteur du travail dans la phase administrative ...	170
Section II : Le juge des litiges individuels de travail.....	172
Paragraphe I : Le juge-conciliateur dans les litiges individuels de travail	173
A. Les exigences de la conciliation devant le juge.....	173
1. La confidentialité de la conciliation	174
2. Le règlement de litige à l'amiable	175
B. L'équité, un principe fondamental dans la conciliation.....	177
1. L'interdiction de statuer en équité.....	178
2. La pratique de l'équité en contentieux social	180
Paragraphe II : Le juge-trancheur des litiges individuels de travail.....	181
A. Le contentieux devant le tribunal.....	182
1. La posture du juge	183
2. L'interdiction du juge en cas d'urgence lors du contentieux social.....	184
B. La possibilité d'une transaction en droit du travail	185
1. La transaction.....	186
2. La possibilité d'accord entre parties en plein contentieux	188
Conclusion partielle.....	189
DEUXIÈME PARTIE : L'ARBITRABILITÉ SOUHAITABLE DES LITIGES INDIVIDUELS DE TRAVAIL	192
TITRE I : L'ARTICULATION ENTRE LE DROIT DE L'ARBITRAGE ET LE DROIT DU TRAVAIL	195
CHAPITRE I : L'IMBRICATION ENTRE LE DROIT COMMERCIAL ET LE DROIT CIVIL.....	196
Section I : La philosophie unitaire du domaine civil et commercial	197
Paragraphe I : L'idée d'une unification en matière contractuelle du droit civil et du droit commercial	197
A. L'intérêt de l'harmonisation du domaine du droit des affaires	198
1. L'unification du droit privé	199
2. La philosophie de la dualité du droit privé	200
B. L'extension du domaine de l'arbitrage	202
1. Le droit du travail dans le registre du droit des affaires Ohada	203
2. La philosophie Ohada sur l'arbitrabilité.....	204
Paragraphe II : L'absence de distinction entre droit civil et droit commercial en droit Ohada.....	206

A.	L'irruption du droit commercial en droit civil	206
1.	La commercialité des activités civiles.....	207
2.	Le déploiement des mécanismes économiques du droit civil.....	208
B.	L'emprise du droit commercial par le droit civil	210
1.	La dépendance du droit commercial au droit civil.....	210
2.	L'influence du droit civil sur le droit commercial	212
Section II :	La flexibilité des règles impératives	214
Paragraphe I :	Le recul de l'ordre public par la classification	215
A.	L'ordre public absolu.....	216
1.	L'ordre public classique	216
2.	L'ordre public économique.....	218
B.	L'ordre public relatif.....	220
1.	L'ordre public social	220
2.	La particularité de l'ordre public social: la renonciation.....	222
Paragraphe II :	Le recul de l'arbitrabilité par la classification.....	223
A.	Le recul de l'ordre public à travers les degrés de disponibilités.....	224
1.	L'indisponibilité totale des droits	224
2.	L'indisponibilité partielle des droits	225
B.	L'effritement des lois impératives.....	226
1.	L'exclusion de l'arbitre en matière sociale.....	227
2.	La remise en cause de la compétence exclusive	229
CHAPITRE II :	L'OFFICE DE L'ARBITRE	230
Section I :	L'arbitre, un juge privé.....	230
Paragraphe I :	Les qualités de l'arbitre.....	231
A.	Les obligations permanentes de l'arbitre	232
1.	L'obligation d'indépendance et d'impartialité	232
2.	L'obligation de confidentialité et l'obligation de révélation	234
B.	Les obligations ponctuelles de l'arbitre	236
1.	L'obligation de disponibilité.....	236
2.	L'obligation de confidentialité.....	238
Paragraphe II :	Les responsabilités de l'arbitre.....	240
A.	La non responsabilité de l'arbitre	240
1.	L'immunité quasi-totale pour l'arbitre	241
2.	La reconnaissance potentielle de l'immunité relative de fonction.....	242

B.	La responsabilité civile de l'arbitre	243
1.	La responsabilité civile contractuelle	244
2.	La responsabilité pénale de l'arbitre	246
Section II :	L'arbitre, un garant de l'ordre public	247
Paragraphe I :	La conformité de la sentence à l'ordre public	248
A.	L'appréciation de la compétence de l'arbitre au regard de l'ordre public	248
1.	Le principe de compétence-compétence	249
2.	L'obligation de respect de l'ordre public	250
B.	L'arbitre, un collaborateur du juge de l'ordre public.....	251
1.	L'acteur, un acteur de l'ordre public	252
2.	Le pouvoir de sanction de la violation de l'ordre public	254
Paragraphe II :	L'extension des pouvoirs de l'arbitre aux litiges individuels	255
A.	L'intervention de l'arbitre à travers les instruments juridiques	256
1.	L'intervention de l'arbitre par le biais du Traité.....	256
2.	La compétence de l'arbitre par le biais du contrat	258
B.	L'intervention de l'arbitre par la déconnexion de l'arbitrabilité de l'ordre public	259
1.	L'affirmation d'un ordre public régional	259
2.	La compétence de l'arbitre à travers l'arbitrage délocalisé	261
TITRE II : L'ARBITRAGE CONCRET DES LITIGES INDIVIDUELS DE TRAVAIL ..		263
CHAPITRE 1 : L'IMPORTATION DES MECANISMES DE L'ARBITRAGE EN		
DROIT DU TRAVAIL.....		265
Section I :	Le recours au compromis dans les litiges individuels de travail	266
Paragraphe I :	Le compromis en droit du travail.....	266
A.	Le compromis	267
1.	Le compromis: un contrat après litige	268
2.	Les conditions de validité du compromis	269
B.	La légalité du compromis en droit du travail	271
1.	Le rappel historique du compromis en droit du travail français	272
2.	La validité du compromis en droit du travail français	273
Paragraphe II.	Les conditions du dessaisissement de la juridiction sociale au profit de	
l'arbitre		275
A.	La dépendance économique du salarié	276
1.	L'état de dépendance du salarié	276

2.	Les conséquences de l'état de dépendance du salarié	278
B.	L'expiration du contrat de travail	279
1.	La libération du salarié de l'emprise du lien de subordination juridique ..	280
2.	La libération du salarié de l'emprise du pouvoir disciplinaire	282
Section 2 : Le recours à la clause compromissoire dans les litiges individuels de travail		283
Paragraphe I : La légalité de la clause compromissoire		285
A.	La consécration légale de la clause compromissoire en droit du travail.....	286
1.	La validité de la clause compromissoire dans les nouvelles régulations économiques (NRE)	287
2.	La validité de la clause compromissoire dans la loi « Justice du 21 ^{ème} siècle ».....	289
B.	La consécration jurisprudentielle de la clause compromissoire en droit du travail	290
1.	L'inopposabilité	291
2.	Le consentement du salarié devant la clause compromissoire	293
Paragraphe II : La validité de la clause compromissoire dans les activités professionnelles.....		295
A.	La détermination de l'activité professionnelle	295
1.	L'activité professionnelle	296
2.	Les critères d'identification d'activité professionnelle	298
B.	La clause compromissoire dans les activités professionnelles	299
1.	La neutralisation de la clause compromissoire en droit du travail.....	300
2.	La clause compromissoire, une source d'équilibre en droit du travail.....	302
CHAPITRE II : LE RECOURS A L'ARBITRAGE EN DROIT INTERNATIONAL DU TRAVAIL		305
Section I : Le contrat de travail international		306
Paragraphe I : La qualification du contrat de travail international.....		307
A.	La détermination du contrat de travail international.....	308
1.	Le contrat de travail international	309
2.	Les sources du contrat de travail international	310
B.	Le statut de travailleur étranger	313
1.	Le détachement	314
2.	L'expatriation.....	316

Paragraphe II : Le droit applicable au contrat de travail international	317
A. La liberté de choix des parties dans la loi applicable au contrat international de travail	318
1. Le principe du libre choix de la loi applicable.....	319
2. Le droit applicable à défaut de choix	321
B. Les exigences de protection des salariés.....	322
1. Une liberté orientée vers la protection du salarié.....	323
2. Les dispositions impératives	325
Section II : L'admission de la clause compromissoire en droit international du travail	327
Paragraphe I : L'émancipation de la clause compromissoire dans le contrat de travail international	328
A. L'admission successive de la clause compromissoire en droit international du travail	330
1. Les raisons de l'acceptation de la clause compromissoire en droit international du travail.....	331
2. La validité de la clause compromissoire dans le contrat international du travail.....	333
B. Les conditions de l'admission de la clause compromissoire dans le contrat de travail international	335
1. L'option de compétences offerte au salarié	336
2. La protection spéciale du salarié.....	338
Paragraphe II : La pratique de l'arbitrage des litiges individuels de travail dans le contrat de travail international	341
A. La pratique de l'arbitrage des litiges individuels de travail en droit français et américain	342
1. La pratique de l'arbitrage en droit du travail français	343
2. La pratique de l'arbitrage en droit du travail américain	345
B. La pratique de l'arbitrage en droit du travail Suisse.....	347
1. Le caractère libéral de l'arbitrage international Suisse	348
2. L'arbitrage des litiges individuels de travail en droit Suisse	351
Conclusion partielle.....	353
CONCLUSION GENERALE.....	356
BIBLIOGRAPHIE	364

OUVRAGES GÉNÉRAUX	364
OUVRAGES SPÉCIALISÉS	372
LÉGISLATION	364
ARTICLES GÉNÉRAUX.....	373
ARTICLES SPÉCIALISÉS.....	373
NOTES DE JURISPRUDENCE.....	383
WEBOGRAPHIE	387
ANNEXES	395
INDEX ALPHABÉTIQUES.....	400
TABLE DES MATIÈRES	407