

**UNIVERSITÉ CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR**  
**Faculté des Sciences Juridiques et Politiques**  
**École doctorale des Sciences Juridiques, Politiques, Économiques et de Gestion**  
**Département de Droit privé**



**Année 2017**

**N° ordre :**

FORMATION DOCTORALE JUSTICE ET SCIENCES CRIMINELLES

**LA GESTION DES RISQUES CONTRACTUELS  
EN DROIT PRIVÉ**

**THÈSE**  
**POUR L'OBTENTION DU GRADE DE DOCTEUR EN DROIT PRIVÉ**

Par  
**Samba DABO**

**Soutenue publiquement le mardi 12 décembre 2017**

**JURY**

**Président : M. Isaac Yankhoba NDIAYE**, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire, Doyen honoraire de la FSJP-UCAD, ancien vice-Président du Conseil constitutionnel (SÉNÉGAL).

**Rapporteurs : M. Mamoudou NIANE**, Agrégé des Facultés de Droit, Maître de conférences, à l'UFR-SJP-Université Gaston Berger de Saint-Louis (SENEGAL).

**M. Mohamed Bachir NIANG**, Agrégé des Facultés de Droit, Maître de conférences à la FSJP-UCAD, Assesseur de la FSJP-UCAD (SÉNÉGAL).

**M. Abdoul Aziz DIOUF**, Agrégé des Facultés de Droit, Maître de conférences à la FSJP-UCAD (SÉNÉGAL).

**Examineurs : M. Massamba GAYE**, Agrégé des Facultés de Droit, Maître de conférences à la FSJP-UCAD (SÉNÉGAL).

**Mme Aminata Cissé NIANG**, Agrégée des Facultés de Droit, Maître de conférences à la FSJP-UCAD (SÉNÉGAL).

**Directeur de Thèse : M. Dieunedort NZOUABETH**, Agrégé des Facultés de Droit, Maître de conférences à la FSJP-UCAD, Chef du Département de Droit privé, Directeur du Laboratoire d'Études et de Recherches en Droit privé et Sciences criminelles (LER'DP-SCRIM).

## **AVERTISSEMENTS**

« La Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse. Celles-ci doivent être considérées comme propres au candidat ».

## **REMERCIEMENTS**

Mes remerciements les plus sincères et les plus chaleureux vont à tous ceux qui m'ont aidé et inspiré au cours de ce travail.

À Monsieur le Professeur Dieunedort NZOUABETH pour avoir accepté de diriger cette thèse, pour sa disponibilité et la bienveillance dont il a fait preuve à mon égard. Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma sincère reconnaissance et de mon plus grand respect.

Je remercie également les honorables membres de ce jury qui m'ont fait l'honneur de participer à l'évaluation de ce modeste travail.

Aux membres du Laboratoire d'Etude et de Recherches en Droit Privé et Sciences Criminelles (LER'DP-SCRIM) et du Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux (CREDIMI). Qu'ils trouvent ici toute ma reconnaissance et ma profonde gratitude pour leur soutien et leurs encouragements constants.

Je souhaite également adresser toute ma reconnaissance à l'égard de Monsieur Mamadou Falilou Diop, enseignant-checheur à l'UCAD pour ses précieux conseils et ses relectures.

À la mémoire de mon grand-frère

## LISTE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABREVIATIONS

### A

|                       |                                                                                                   |
|-----------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>AJDA</b>           | Actualité Juridique Droit Administratif                                                           |
| <b>Al.</b>            | Alinéa                                                                                            |
| <b>A. Colin.</b>      | Armand Colin                                                                                      |
| <b>Art.</b>           | Article                                                                                           |
| <b>A.U.D.C.G.</b>     | Acte uniforme relatif au Droit Commercial Général                                                 |
| <b>A.U.S.C.G.I.E.</b> | Acte uniforme relatif au droit des Sociétés Commerciales<br>Et du Groupement d'Intérêt Économique |
| <b>A.U.P.C.</b>       | Acte Uniforme portant Organisation des Procédures<br>Collectives d'apurement du passif            |
| <b>A.U.V.E.</b>       | Acte Uniforme portant organisation des procédures<br>Simplifiées et des Voies d'Exécution.        |
| <b>AP/A.U.C</b>       | Avant-Projet d'Acte Uniforme relatif au droit des Contrats                                        |
| <b>A.U.</b>           | Acte Uniforme                                                                                     |
| <b>A.U.S.</b>         | Acte Uniforme portant organisation des Sûretés.                                                   |

### B

|              |          |
|--------------|----------|
| <b>Bull.</b> | Bulletin |
|--------------|----------|

### C

|                   |                                                       |
|-------------------|-------------------------------------------------------|
| <b>C.A</b>        | Cour d'Appel                                          |
| <b>Cass. civ.</b> | Chambre civile de la Cour de cassation française      |
| <b>Cass. Com.</b> | Chambre commerciale de la Cour de cassation française |
| <b>C. civ</b>     | Code civil                                            |
| <b>C.C.J.A</b>    | Cour Commune de Justice et d'Arbitrage                |
| <b>C. D.</b>      | Cahier de Droit                                       |
| <b>Chr.</b>       | Chronique                                             |
| <b>C.O.C.C</b>    | Code des Obligations Civiles et Commerciales          |
| <b>Coll.</b>      | Colloque                                              |

**Cons. Const.**

Décision du conseil constitutionnel

**D**

**D.**

Recueil Dalloz

**E**

**Éd.**

Edition

**G**

**Gaz. Pal.**

Gazette du palais

**J**

**J.C.P.**

Jurisqueur périodique

**L**

**L.G.D.J.**

Librairie Générale et de Jurisprudence

**O**

**O.H.A.D.A.**

Organisation pour l'Harmonisation des droits des affaires  
en Afrique

**P**

**Préf.**

Préface

**N**

**N°**

Numéro

**P**

**PUAM**

Presse Universitaire d'Aix-Marseille

**P.U.G.**

Presse Universitaire de Grenoble

**R**

|                    |                                         |
|--------------------|-----------------------------------------|
| <b>Rev. arb.</b>   | Revue de l'arbitrage                    |
| <b>R.D.U.</b>      | Revue de Droit Uniforme                 |
| <b>R.D.U.S.</b>    | Revue d'arbitrage et de médiation       |
| <b>R.T.D.civ</b>   | Revue Trimestrielle de Droit civil      |
| <b>R.T.D. com.</b> | Revue Trimestrielle de Droit commercial |

**T**

|                     |                                                |
|---------------------|------------------------------------------------|
| <b>Th. L.G.D.J.</b> | Thèse, Collection Bibliothèque de droit privé. |
|---------------------|------------------------------------------------|

**R**

|                 |                                                     |
|-----------------|-----------------------------------------------------|
| <b>RCCM</b>     | Registre du Commerce et du Crédit mobilier          |
| <b>R.E.I.</b>   | <i>Revue d'Économie Industrielle</i>                |
| <b>R.E.</b>     | <i>Revue Économique</i>                             |
| <b>R.E.F.</b>   | <i>Revue d'Économie Financière</i>                  |
| <b>R.E.P.</b>   | <i>Revue d'Économie Politique</i>                   |
| <b>R.I.D.C.</b> | <i>Revue Internationale de Droit Comparé.</i>       |
| <b>R.D.U.S.</b> | <i>Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke</i> |

**U**

|                 |                                                           |
|-----------------|-----------------------------------------------------------|
| <b>UNIDROIT</b> | Institut International pour l'Unification du Droit privé. |
|-----------------|-----------------------------------------------------------|

**T**

|            |       |
|------------|-------|
| <b>T.</b>  | Tome  |
| <b>Th.</b> | Thèse |

**V**

|            |      |
|------------|------|
| <b>V°.</b> | Voir |
|------------|------|

# SOMMAIRE

|                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>INTRODUCTION</b> .....                                                                                            | 1   |
| <b>PREMIERE PARTIE. L'EFFICACITÉ RELATIVE DES INSTRUMENTS CONTRACTUELS DE GESTION DES RISQUES</b> .....              | 25  |
| <b>TITRE I. LA GESTION ALÉATOIRE DES RISQUES POSSIBLES</b> .....                                                     | 27  |
| <b>CHAPITRE I. LES ALÉAS EXTERNES AUX CLAUSES DE GESTION DES RISQUES</b> .....                                       | 28  |
| <b>CHAPITRE II. LES ALÉAS INTERNES AUX CLAUSES DE GESTION DES RISQUES</b> .....                                      | 71  |
| <b>TITRE II. LA GESTION ÉGOÏSTE DES RISQUES PROBABLES</b> .....                                                      | 105 |
| <b>CHAPITRE I. LA PARALYSIE DU CONTRAT CONSÉCUTIVE À LA GESTION DES RISQUES</b> .....                                | 107 |
| <b>CHAPITRE II. LE MAINTIEN DU CONTRAT CONSÉCUTIF À LA GESTION DES RISQUES</b> .....                                 | 152 |
| <b>CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE</b> .....                                                                        | 183 |
| <b>PARTIE II. L'EFFICACITÉ ÉPROUVÉE DES INSTRUMENTS EXTRACTIONNELS DE GESTION DES RISQUES</b> .....                  | 185 |
| <b>TITRE I. LES INSTRUMENTS EXTRACTIONNELS, GARANTS DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL</b> .....                             | 188 |
| <b>CHAPITRE I. LA GARANTIE DE L'ÉQUILIBRE JURIDIQUE DU CONTRAT PAR LA RECONNAISSANCE DE CERTAINS PRINCIPES</b> ..... | 190 |
| <b>CHAPITRE II. LA GARANTIE DE L'ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE DU CONTRAT PAR LA CONSÉCRATION DE CERTAINES MESURES</b> .....  | 231 |
| <b>TITRE II. LES INSTRUMENTS EXTRACTIONNELS, GARANTS DE LA COMPLÉTUDE CONTRACTUELLE</b> .....                        | 258 |
| <b>CHAPITRE I. LA COMPLÉTUDE DU CONTRAT GARANTIE PAR LE PRINCIPE DE LA BONNE FOI</b> .....                           | 261 |
| <b>CHAPITRE II. LA COMPLÉTUDE DU CONTRAT GARANTIE PAR L'ÉQUITÉ</b> ..                                                | 296 |
| <b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b> .....                                                                                     | 322 |



## **INTRODUCTION**

Il est un mot qui semble surgir du langage juridique de façon sporadique, sans pour autant que son aspect sémantique ne suscite une grande réflexion<sup>1</sup>. Il s'agit du risque, «*un mot qui désigne moins une réalité particulière qu'un faisceau de préoccupations humaines* »<sup>2</sup>.

En réalité, le risque est omniprésent dans notre vie quotidienne. Il existe dans le destin de tout un chacun car « *il se présente sans cesse de lui-même sans même qu'on le court* »<sup>3</sup>. On exprime sa permanence dans notre existence sous forme de devise : « *Qui ne risque rien n'a rien* ».

Véritable casse-tête, la morphologie du risque change en fonction des circonstances, ses sens sont multiples et évolutifs, son origine est assez obscure et son domaine d'emploi est très varié. Comme un labyrinthe, le risque embrasse tous les phénomènes qui sont plus ou moins liés à l'activité humaine.

## I. Le Risque

### ■ Un polysème

#### 1. Définitions

**Dans le lexique général.** Tout d'abord, le mot risque est évoqué lorsqu'on est en présence d'une situation ou d'une menace qui compromet l'existence de quelqu'un ou de quelque chose. Dans ce cas, on associe le risque à des dommages humains ou matériels. Ces dommages sont souvent attribués à la volonté humaine. Il s'agit des risques de la vie quotidienne (accidents domestiques, accidents de la route) ou des risques liés aux conflits (guerre, insurrections, attentats, etc.). Ils peuvent également résulter des forces extérieures d'origine divine ou maléfique. Ici, l'activité de l'homme ne doit être pour rien dans la réalisation du dommage. Ce sont des risques liés aux phénomènes naturels comme les tempêtes, les orages ou séismes.

Ensuite, le risque est lié à l'activité économique. Il s'agit des événements qui sont de nature à réduire la rentabilité de l'entreprise. Il peut s'agir aussi des menaces qui se réalisent à la suite

---

<sup>1</sup> V°. F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, Paris, L.G.D.J. 1999, p. 1.

<sup>2</sup> V°. L. MAGNE, « Histoire sémantique du risque et de ses corrélats: suivre le fil d'Ariane étymologique et historique d'un mot clé du management contemporain », in *Journée de la comptabilité et du management*, 2010, p. 1.

<sup>3</sup> Voir. L. MAGNE, *op. cit.*, p. 2.

d'une faute de gestion ou résultant de la survenance des circonstances exogènes défavorables. Les risques liés à l'activité économique peuvent être financiers, marketing et organisationnels.

**Dans le lexique juridique.** Enfin, le droit a recours à la notion de risque dans diverses situations et en fait un usage multiple et abondant<sup>4</sup>. Il s'est intéressé au risque à travers les contrats d'assurance maritime puisque l'idée de risque désignait la fortune de mer<sup>5</sup>. En effet, il fallait trouver un mécanisme qui garantirait la sécurité des transactions maritimes en cas de perte de la marchandise si le navire venait à sombrer. Ainsi, il est stipulé dans ces contrats d'assurances que « *les assureurs [...] couvrent le risque de Dieu et de la mer, et des pirates, et de tout genre de péril et d'accident de mauvais temps et de désastre qui peut survenir* »<sup>6</sup>. Au droit des assurances, il faut ajouter le droit de la responsabilité civile<sup>7</sup>. Celle-ci est l'obligation de réparation mise à la charge d'une personne pour le dommage causé à autrui<sup>8</sup>. Le fondement classique de la responsabilité civile c'est la faute<sup>9</sup>. Celle-ci est, aujourd'hui, fortement concurrencée par des nouveaux fondements<sup>10</sup> du fait de la multiplication des accidents anonymes dans lesquels il était difficile de prouver une quelconque faute. Ces nouveaux fondements sont notamment la théorie du risque et de garantie<sup>11</sup>. La théorie du risque est une idée qui a été mise en œuvre par **Saleilles** à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle puis développée par **Josserand** au début du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>12</sup>. Elle signifie que « *toute activité faisant naître un risque pour autrui rend son auteur responsable du préjudice qu'elle peut causer, sans qu'il y ait à prouver une faute à son origine* »<sup>13</sup>. En d'autres termes, elle réside dans la

---

<sup>4</sup> V°. N. VOIDEY, *Le risque en droit civil*, Aix-en Provence, PUAM 2005.

<sup>5</sup> V°. *ibid.*, p.14.

<sup>6</sup> V°. J. BIGOT, *Traité du droit des assurances*, Tome 1, entreprises et organismes d'assurance, cité par N. VOIDEY, *op. cit.*, p. 16

<sup>7</sup> Voir. G. CORNU, *Étude comparative de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, éd. La Mémoire du droit, 2010.

<sup>8</sup> V°. C.O.C.C. Art. 133.

<sup>9</sup> Le législateur sénégalais considère toujours la faute comme une condition *sine qua non* de la responsabilité civile délictuelle du fait personnel. Ainsi, selon l'article 118 C.O.C.C « Est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui ». Les théories de risque et de garantie ne sont pas expressément mentionnées dans le droit commun de la responsabilité civile.

<sup>10</sup> Voir. M. BOUTONNET, « Le risque condition "de droit" de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution », *D.* 2009 n° 12, p. 819 et s.

<sup>11</sup> V°. S. FOURNIER et alii, *La responsabilité civile délictuelle* 4<sup>e</sup> éd. PUAG. 2015, p. 13 et 14.

<sup>12</sup> V°. C. BLOCH et alii, *Droit de la responsabilité et des contrats: régimes d'indemnisation*, Dalloz. Action 2014/2015, n° 51, p. 45.

<sup>13</sup> V°. *ibid.*, p. 45.

possibilité qu'avait un responsable d'éviter la création d'un lien de causalité entre le risque qu'il a créé par son activité et le dommage qui est constaté.

Cette double appartenance du risque au langage juridique et courant rend complexe l'étude de notre sujet à savoir « *la gestion des risques contractuels en droit privé* ».

## ■ Distinction du risque des notions voisines

Le risque une notion polysémique qu'il convient de distinguer de certains concepts voisins tels que la condition, le danger et le péril.

**2. Risque et Condition.** Le risque est différent de la condition. Aux termes de l'article 66 C.O.C.C : « *La condition est un événement futur et incertain dont dépend la formation ou la disparition de l'obligation* ». Les conséquences de l'« événement incertain » sont différentes selon qu'il s'agit de la condition ou du risque. Dans le dernier cas il engendre un sinistre alors que dans le premier cas il forme ou anéantit l'obligation. Le risque ou sa réalisation ne suspend pas la formation du contrat. En réalité, la condition est appréhendée toujours comme un événement futur. C'est pourquoi, l'essentiel de son régime juridique prend en compte le futur. Ainsi, selon l'article 68, al. 1. C.O.C.C : « *La condition accomplie produit un effet rétroactif au jour de la conclusion du contrat [...]* ». De plus, l'alinéa 3 du même texte ajoute que « *Le créancier peut, avant l'accomplissement de la condition, exercer tous les actes conservatoires de son droit* ». Cela étant, la rétroactivité de la condition et l'accomplissement des mesures conservatoires s'entendent mieux lorsqu'il s'agit d'un événement futur alors que dans certaines situations « *le risque peut être appréhendé comme une menace passée qui s'est réalisée* »<sup>14</sup>.

**3. Risque et Danger.** Le risque est également différent du danger. Celui-ci est une menace réelle et actuelle. Il peut être constaté et est toujours source de dommage. Cependant, il lui manque le caractère hypothétique que renferme la notion de risque<sup>15</sup>. Le danger que renferme le risque peut être hypothétique ou probable.

**4. Risque et Péril.** Le risque se différencie en outre du péril car celui-ci est une menace certaine et imminente même s'il n'est pas encore réalisé. En fait, il y a « *une chance très peu*

---

<sup>14</sup> V°. N. VOIDEY, *Le risque en droit civil, op cit.*, p.6 et s.

<sup>15</sup> V°. *ibid.*, p. 79.

*probable que le dommage ne se réalise pas* »<sup>16</sup>. Or, la menace du risque peut tout aussi bien être imminente ou éloignée dans le temps<sup>17</sup>.

**5. Risque et Aléa.** Par ailleurs, le risque entretient des relations très étroites avec l'aléa. Ainsi, selon Monsieur **Kullmann**, « *l'événement incertain ne constitue un aléa au sens légal du terme que dans la mesure où il engendre une chance de gain ou de perte* »<sup>18</sup>. L'aléa est également défini comme « *la possibilité d'un mal éventuel et incertain qui a autant de la chance de se reproduire comme un bien* »<sup>19</sup>. C'est une notion qui a donc un caractère bilatéral. Cette symétrie se manifeste d'une part le gain de chance<sup>20</sup> et d'autre part la perte. Ces deux éléments apparaissent d'ailleurs très clairement dans l'article 45 C.O.C.C relatif à la définition du contrat aléatoire. Ce texte définit le contrat aléatoire comme celui qui : « *crée pour chacune des parties une chance de gain ou de perte résultant d'un événement incertain* ». L'aléa tout comme le risque se caractérise par l'existence d'un événement incertain. « *Le risque a pour caractéristique de reposer sur l'incertitude puisque, par essence, il contient une part immaîtrisable. Une situation ne peut en effet comporter un risque que si [...] elle contient un élément d'incertitude* »<sup>21</sup>. L'incertitude est l'un des critères d'identification du risque. Elle porte sur la survenance même de l'événement dommageable. En outre, selon **N. Voidey**, « *dans tout risque, il y a une part d'aléa* » parce que « *l'aléa est un élément de hasard intrinsèquement contenu dans la notion de risque* »<sup>22</sup>. Toutefois, la notion de risque est conçue comme l'antonyme de la notion de chance. Elle est fondamentalement appréhendée comme un fait générateur de dommage. Dès lors, qu'est-ce que le risque ?

### ■ Approfondissement de la notion de risque à partir de **M. Guiraud**<sup>23</sup>

**6. Définition du risque.** Pour **M. Guiraud**<sup>24</sup> le mot risque vient du romain « *rixiacre* », du latin « *rixare* » et qui signifie « *se quereller* ». En revanche, **Cange** rattache le terme risque au latin

---

<sup>16</sup> V° N. VOIDEY, *op. cit.*, p. 105.

<sup>17</sup> V° *ibid.*, p. 59.

<sup>18</sup> V° J. KULLMANN, *Lamy assurances*, 2006, p. 122 cité par A. BOUCHER, *L'aléa en droit des contrats*, mémoire master II, Université Panthéon-Assas, 2010, p. 5 et s.

<sup>19</sup> V° H. BENAC, *Dictionnaires des synonymes*, Hachette, Paris, 1956-1982, Voir., Aléa.

<sup>20</sup> Sur la notion de chance, Voir. A. BENABENT, *La chance et le droit*, Paris, L.G.D.J. 2013, p. 231.

<sup>21</sup> V° N. EULER, *La notion de risque en droit public*, Thèse, Grenoble II, 1999, p. 30.

<sup>22</sup> V° N. VOIDEY, *op. cit.*, p. 69.

<sup>23</sup> V° *ibid.*, p. 69.

<sup>24</sup> V° Grand Robert, dictionnaire de la langue française, cité par N VOIDEY, *op. cit.*, p 12.

« *resecare* » qui désigne « *couper* » et au grec moderne « *rhizikon* », « *hasard* ». En réalité, le risque est un « *événement redouté* » et souvent générateur de sinistre. C'est une notion polysémique<sup>25</sup>. Il renvoie au concept d'incertitude<sup>26</sup> ou d'imprévisible. Il est défini par **G. Cornu** comme un « *événement dommageable dont la survenance est incertaine quant à sa réalisation* »<sup>27</sup>. Cet auteur considère le risque comme un danger, un événement dommageable. Le concept est utilisé dans les expressions suivantes : « *courir un risque* » c'est-à-dire s'exposer à un danger, ou « *prendre un risque* ».

7. En outre, il existe aussi une conception juridique et économique de la notion de risque. Au sens juridique, le risque se définit comme « *une éventualité d'un événement futur, incertain ou d'un terme déterminé ne dépend pas exclusivement de la volonté des parties et pouvant entraîner la perte d'un objet ou tout autre dommage* »<sup>28</sup>. Cette définition existait déjà depuis le XVII<sup>e</sup> siècle. À cette époque, le risque désignait « *l'éventualité de la survenance d'un événement futur propre à causer un dommage* »<sup>29</sup>. Autrement dit, le risque se définit comme la possibilité de la réalisation d'un événement futur dommageable. On réduit ici le risque à une simple éventualité. C'est pourquoi, on parle de risque possible.

**8. Limites de la définition.** Néanmoins, cette définition contient des limites. D'abord, le risque peut être appréhendé comme une menace passée<sup>30</sup>. Ensuite, la réalisation du risque ne donne pas toujours lieu à un dommage. Il peut également engendrer un événement heureux. Enfin, elle confond la notion de risque et les conséquences de sa réalisation. En effet, « *la notion du risque doit être distinguée de ses différentes manifestations ou conséquences qui peuvent être positives ou négatives. Au sens étroit, la notion du risque évoque l'éventualité de la survenance d'un événement heureux ou malheureux* ». Ce qui permet de la distinguer des nombreuses autres notions assimilées telles que, la force majeure, le cas fortuit, le danger, le péril, qui ne représentent que le côté négatif du risque, tandis que dans son versant positif le risque peut aussi «apporter

---

<sup>25</sup> V°. G. JACQUET et alii « La polysémie lexicale », In *Sémantique et traitement automatique du langage naturel*. Hermès, 2005, p. 2 et s.

<sup>26</sup> V°. N. VOIDEY, *op. cit.*, p. 69.

<sup>27</sup> V°. G. CORNU, *Introduction, Les personnes, Les biens, Droit civil*, Paris, Montchrestien, Domat, 9<sup>ème</sup> éd., 1999.

<sup>28</sup> V°. H. CAPITANT, «vocabulaire juridique», Voir risque cité par R. IBARA, *L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, Thèse, Poitiers, 2012, p. 16.

<sup>29</sup> V°. N. VOIDEY, *op. cit.* p. 14.

<sup>30</sup> Dans ce cas le risque ne peut plus être considéré comme une éventualité mais plutôt une réalité.

*d'heureuses surprises*»<sup>31</sup>. En d'autres termes, le risque a des effets ambivalents. Par exemple, le risque de la preuve<sup>32</sup> est un événement de nature à entraîner un dommage : perdre le procès. Ainsi, le plaideur qui ne réussit pas à établir la preuve propre à démontrer l'existence de son droit va succomber au procès ce qui constitue un événement heureux pour son adversaire.

9. S'agissant de la définition économique, « *le risque correspond à la contrepartie de l'activité économique ; c'est l'aléa qui pèse sur le but poursuivi, par l'agent, mettant en péril la satisfaction de l'intérêt qu'il trouve à l'opération déterminée* »<sup>33</sup>. Il faut seulement nuancer cette définition économique de la notion de risque. Elle confond le risque au péril alors que le premier ne se réduit pas au second. Le risque est un concept plus large que le péril. De plus, le risque peut être appréhendé comme un événement dont l'occurrence est probable. Dans ce cas, le degré de certitude quant à sa survenance du risque est très élevé. Dans cette situation, le risque n'est plus considéré comme une fatalité mais plutôt comme « *un événement objectif, statistiquement évaluable* »<sup>34</sup>. Toutefois, la certitude afférente au risque se passe de commentaire dans le cas où le risque est appréhendé comme une menace passée qui s'est réalisé notamment un dommage à indemniser dans le cadre d'une responsabilité civile pour risque<sup>35</sup>. Dans ces différentes situations nous sommes en présence du risque probable.

Ces différentes acceptions démontrent qu'il est difficile de donner une définition tout court à la notion de risque. Le risque est tantôt possible tantôt probable. Dans le premier cas, le risque est assimilé à l'aléa. Dans le second cas, il est considéré comme un événement certain. Dans le cadre de cette étude, la notion de risque sera prise en compte dans ces deux acceptions.

---

<sup>31</sup> V°. J. PELLERIN, Les clauses relatives à la réparation des risques financiers entre contractants, thèse. Paris, II, 1979, cité par I. ROCHFELAIRE *L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, Thèse, Poitiers 2012, p. 16.

<sup>32</sup> V°. J. CARBONNIER, Droit civil – Introduction, 27<sup>ème</sup> éd. , Thémis, Droit privé ; P.U.F., Paris 2002, n° 175.

<sup>33</sup> V°. J. PELLERIN, *op. cit.*, p. 16.

<sup>34</sup> V°. N. VOIDEY, *op. cit.*, p. 20.

<sup>35</sup> V°. *ibid.*, p. 55 et 56.

## II. Le contrat

### ■ Définition

10. Qui dit risque contractuel dit contrat<sup>36</sup>. Ce dernier vient du mot latin « *contractus* », dérivé de *contrahere*, et signifie rassembler, réunir, conclure. Aujourd'hui, l'idée du contrat renvoie à celle de l'autonomie de la volonté, de la capacité de s'obliger à donner, à faire ou à ne pas faire<sup>37</sup>. Ainsi, selon l'article 40 C.O.C.C : « *Le contrat est un accord de volontés générateur d'obligation* ». Contrairement au contrat, la convention désigne un accord de volontés destiné à produire des effets de droit<sup>38</sup>. En d'autres termes, la convention permet de créer une obligation, transférer une propriété, transmettre ou éteindre une obligation. En effet, le contrat est une variété d'une catégorie plus large qui serait la convention. En ce sens, tout contrat<sup>39</sup> est une convention, mais toute convention n'est pas forcément un contrat. Ainsi, cette distinction entre les contrats et les conventions a été empruntée à **Pothier**. De nos jours, elle est complètement dépassée. D'abord, selon les auteurs modernes cette distinction ne présente aucun intérêt. D'ailleurs, certains auteurs définissent le contrat comme une convention. Ainsi, selon **J. Ghestin**, « *le contrat est un accord de volontés en vue de produire des effets de droit* »<sup>40</sup>. Ensuite, l'article 1134 du Code civil énonce la force obligatoire à propos des « *conventions* » et non des contrats<sup>41</sup>. De même, l'article 40, al.2 C.O.C.C assimile le régime juridique des contrats aux conventions. Ce texte dispose que : « *Les règles du droit des obligations relatives à la conclusion, aux effets et à l'extinction des contrats sont applicables, sauf dispositions contraires, à tous les contrats, conventions et actes juridiques* ». Enfin, l'article 1101 issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations assimile le contrat à la convention.

---

<sup>36</sup> Sur la notion de contrat, voir. J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.* 1990, Chr. 147.

<sup>37</sup> V°. H.M.M MINKADA, « La question de la définition du contrat en droit privé: essai d'une théorie institutionnelle », *juridical tribune*, Vol. 4, issue1, June 2014, p. 93.

<sup>38</sup> V°. J. GHESTIN, «La notion de contrat», *op. cit.*, p. 27.

<sup>39</sup> V°. H. LECUYER, «Le contrat, acte de prévision», in *Mélanges F. TERRE*, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, 1999, p. 643.

<sup>40</sup> V°. *ibid.*, p. 643. V°. H. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les obligations*, Paris, L.G.D.J. 1983, p. 3.

<sup>41</sup> Cependant, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations définit la force obligatoire à propos des contrats et non des conventions. En effet, l'article 1193 de ladite ordonnance dispose que: « les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ». En outre, l'article 1194 de l'ordonnance précitée précise également, « les contrats obligent non seulement à ceux qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donne l'équité, l'usage ou la loi ».



Ce texte dispose que : « *le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

## ■ Conception classique

11. Par ailleurs, les différentes définitions pré-énoncées correspondent à la conception classique du contrat. Celle-ci fonde le contrat sur la théorie de l'autonomie de la volonté. Cette théorie a été élaborée au XVII<sup>ème</sup> siècle par **Grotius** puis elle a inspiré les auteurs du Code civil. Elle « *désigne [...] le pouvoir qu'a la volonté de se donner sa propre loi [...] la volonté est la source et la mesure du droit* »<sup>42</sup>. En d'autres termes, l'obligation ne peut venir que de la volonté de l'individu et c'est la volonté des parties qui donne sa force au contrat. Cette autonomie de la volonté a généré quatre principes. Il s'agit de la liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat, le principe de l'effet relatif du contrat et le principe du consensualisme<sup>43</sup>.

12. La liberté contractuelle signifie que les parties sont libres de contracter ou non, de choisir leur contractant, de déterminer le contenu et la forme du contrat. La liberté est un leitmotiv en matière contractuelle. En effet, « *il est libre à toutes personnes capables des engagements, de se lier par toutes sortes de conventions, comme bon leur semble, et de les diversifier selon les différentes affaires de toute nature [...], pourvu seulement que la convention n'ait rien de contraire [aux lois et aux bonnes mœurs]* »<sup>44</sup>.

13. Sur le plan économique, cette liberté contractuelle traduit la liberté d'entreprendre. Les individus « *laissés en présence l'un de l'autre pour échanger leurs produits seront absolument libres sans autre loi qui s'impose que celle de l'équivalence entre les produits dans un marché librement consenti de part et d'autre* »<sup>45</sup>. La liberté est le meilleur moyen d'établir les rapports les plus justes et socialement les plus utiles entre les individus. Dans le premier cas, « *le contrat librement consenti par une partie sauvegarde nécessairement ses intérêts* »<sup>46</sup>. Dans le second cas,

---

<sup>42</sup> V°. V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution du concept*, PUF, 1980, p. 9.

<sup>43</sup> Sur la notion, V° V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, LGDJ, E.J.A. Paris 2007.

<sup>44</sup> V°. J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum de lectus*, cité par E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le code civil de 1804 un régime en mouvement sous une lettre figée », [www.crid.be/pdf/public/4563.pdf](http://www.crid.be/pdf/public/4563.pdf), (consulté le 16/04/2016).

<sup>45</sup> V°. J-P, SPITZ, « Qui dit contractuel dit juste: quelques formules remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD Civ.* Avril/juin 2007, p. 282.

<sup>46</sup> V°. E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le code civil de 1804 un régime en mouvement sous une lettre figée », *op. cit.*, p. 3.

*«la loi de l'offre et de la demande répond à l'intérêt général, en assurant spontanément la prospérité et l'équilibre économique »<sup>47</sup>.*

14. Néanmoins, cette liberté contractuelle est aujourd'hui sérieusement battue en brèche du fait des interventions législatives<sup>48</sup>. Ces interventions se sont penchées en premier lieu sur le droit du travail où les relations entre employeurs et salariés sont fortement déséquilibrées. En second lieu, le législateur a étendu son intervention à diverses catégories de parties faibles à savoir les locataires, les emprunteurs, des assurés et les consommateurs<sup>49</sup>. Dans ce dernier cas, le législateur offre au consommateur ce qu'on appelle une « *période de refroidissement* ». Durant cette période, le consommateur dispose d'un délai de rétractation et d'acceptation. La première permet à son bénéficiaire de reprendre son consentement pendant un certain temps après la conclusion effective du contrat. La seconde interdit au consommateur d'accepter la conclusion du contrat avant une période de réflexion. Le non-respect de la « *période de refroidissement* » engendre la nullité du contrat. Ce faisant, l'intervention du législateur a pour finalité de rétablir l'équilibre entre les cocontractants et de protéger le consentement de la partie faible.

15. Mais, cette intervention a suscité des critiques. Premièrement, elle s'est faite dans le désordre. En effet, il a multiplié des lois spéciales « *venant se superposer aux règles du droit des contrats, qu'elles complètent, renforcent ou aménagent sans souci de conciliation avec ces dernières* »<sup>50</sup>. Deuxièmement, elle a favorisé l'insouciance de la partie faible. Troisièmement, elle est source d'insécurité contractuelle et fragilise la force obligatoire du contrat.

17. Le principe de la force obligatoire est dans l'exécution du contrat ce que la liberté contractuelle est dans la formation du contrat. Ce principe permet de garantir la sécurité des transactions. Il signifie que, le contrat une fois conclu crée entre les parties un lien irrévocable. Le contrat est également obligatoire à l'égard du juge. Il est tenu de respecter et de faire respecter la force obligatoire du contrat. Cependant, aujourd'hui, le juge intervient dans la sphère contractuelle afin « *d'en rééquilibrer les prestations, d'en éradiquer les clauses abusives, d'en changer les*

---

<sup>47</sup> Voir. E.MONTERO et M. DEMOULIN, *op. cit.*, p. 3.

<sup>48</sup> V°. G. TABI TABI, « La remise en cause du volontarisme contractuel », les Cahiers de Droit. Vol. 53, n° 3, 2012, p. 577 et s.

<sup>49</sup> E.MONTERO et M. DEMOULIN, *op. cit.*, p. 33.

<sup>50</sup> V°. L. SIMONT, «Tendances et fonctions actuelles du droit des contrats», in *la renaissance du phénomène contractuel*, Faculté de Droit de Liège, 1971, p. 494.

*termes pour prendre en compte la situation délicate du débiteur, voire d'en compléter la teneur en y ajoutant des nouvelles obligations »<sup>51</sup>.*

18. S'agissant de l'effet relatif du contrat, il signifie que le contrat ne produit pas d'obligation à l'égard des tiers<sup>52</sup>. Autrement dit, les parties ne peuvent pas engager autrui par la conclusion de leur accord<sup>53</sup>. Seulement, l'effet relatif du contrat ne signifie pas que les tiers peuvent violer le contrat sans coup férir. Celui-ci crée une situation juridique que les tiers sont tenus de respecter. Celui, qui se rend complice de l'inexécution du contrat, commet une faute qui engage sa responsabilité civile délictuelle. On dit que le contrat est opposable aux tiers par les parties<sup>54</sup>, mais l'opposabilité du contrat a une double signification. Tout comme les parties, les tiers peuvent opposer la situation née du contrat pour engager la responsabilité d'une partie. Dans cette hypothèse, on dit que le contrat est opposable aux parties par les tiers<sup>55</sup>.

19. Quant au principe du consensualisme, il renvoie à l'idée selon laquelle l'échange de consentement suffit pour lier les parties<sup>56</sup>. Le consensualisme découle de la liberté contractuelle car aucune formalité particulière n'est requise<sup>57</sup>. De plus, il symbolise « *les sociétés respectueuses à la fois de la morale et de la liberté puisqu'il sanctionne la parole donnée et accorde une valeur prédominante au pouvoir de la volonté* »<sup>58</sup>. Le consensualisme présente les avantages de la simplicité, de la rapidité et de l'économie<sup>59</sup>. Cependant, il existe des exceptions<sup>60</sup> contre le principe du consensualisme. Ces limites sont réparties en deux ordres : il y a celles qui sont destinées à assurer l'efficacité du contrat<sup>61</sup> alors que d'autres sont essentielles à la validité de l'accord.

---

<sup>51</sup> V°. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* Avril/Juin 1997, p. 361.

<sup>52</sup> Sur les rapports entre tiers et contrat, V°. J. GHESTIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers*,

<sup>53</sup> V°. C.O.C.C. Art. 110.

<sup>54</sup> V°. F. TERRE, et alii, *Droit civil: Les obligations*, 9ème éd. Dalloz. 2005, p. 492 et s.

<sup>55</sup> V°. F. TERRE et alii, *op. cit.*, p. 496, n° 495.

<sup>56</sup> V°. V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p.4.

<sup>57</sup> V°. C.O.C.C. Art. 41.

<sup>58</sup> V°. E. CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat: l'opposition formalisme/consensualisme », *Les cahiers de droit*. Vol. 43, n° 2, 2002, p. 275 et s.

<sup>59</sup> V°. Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz. 10<sup>ème</sup> édition, 2014/2015, p. 1619.

<sup>60</sup> V°. J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Mélange Ripert*, Tome 1, L.G.D.J. 1950.

<sup>61</sup> Les formalités qui sont destinées à assurer l'efficacité sont des formalités probatoires ou d'opposabilité.

## ■ Remise en cause de la conception classique

20. Au-delà de ces remarques, il convient de noter que la conception classique ou volontaire du contrat est aujourd'hui remise en cause parce qu'elle favorisait l'existence d'inégalités graves entre les parties<sup>62</sup>. L'autonomie de la volonté sur laquelle est bâtie la théorie générale du contrat ne permet pas de garantir l'égalité et la justice contractuelle. De plus, dans les relations contractuelles il existe toujours un des contractants qui est plus fort que l'autre<sup>63</sup>. Dans ces conditions, « *il serait, par conséquent, imprudent d'abandonner, sous le couvert des prétendus postulats de la liberté et d'égalité, le sort des attentes légitimes du contractant en difficulté entre les mains du cocontractant qui est en position de favori* »<sup>64</sup>. Ainsi, est née une nouvelle doctrine dite du solidarisme contractuel<sup>65</sup>. Cette doctrine appréhende le contrat « *comme l'union des contractants en vue d'atteindre un but commun* »<sup>66</sup>. De ce fait, la doctrine du solidarisme contractuel expose les parties à deux types d'obligations. Il s'agit de l'obligation de ne pas rendre difficile l'exécution du contrat et celle de collaborer à la réalisation de son objet. Cependant, le solidarisme contractuel est aujourd'hui vigoureusement réfuté par une partie de la doctrine. Théoriquement, il a été reproché à cette doctrine d'avoir d'une part mêlé le droit et la morale et de déconsolider la force obligatoire du contrat d'autre part. Pratiquement, la doctrine solidariste favorise l'immixtion du juge dans la relation contractuelle<sup>67</sup>.

21. À côté de la conception volontaire du contrat, il existe d'autres conceptions<sup>68</sup>. Effectivement, « *on ne peut pas donner une définition générale et abstraite du contrat, mais plutôt une définition de chaque opération contractuelle conclue par les parties, compte tenu des circonstances présentes au moment de la conclusion* »<sup>69</sup>. Pour d'autres, le contrat est un accord destiné à créer des attentes raisonnables et réciproques des parties. Il entend donner confiance à chaque partie sur son exécution future. Ces auteurs définissent le contrat par rapport à sa finalité. Cette définition a reçu l'aval de certains économistes et juristes. Les premiers estiment que le

---

<sup>62</sup> V°. N. COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, éd; economica 1995, p. 10.

<sup>63</sup> V°. G. TABI TABI, « La remise en cause du volontarisme contractuelle », *op. cit.*, p. 585.

<sup>64</sup> V°. *ibid.*, p. 585.

<sup>65</sup> Sur la notion voir. C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme », in *le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ 2001, p. 441.

<sup>66</sup> V°. R.DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Tome. 6, 1931, p. 9.

<sup>67</sup> V°. Y. WEHRLI et alii, « Le juge et le contrat : regards croisés », RDC 01/12/2015, n° 4, p. 817.

<sup>68</sup> Il s'agit notamment de la conception sociologique, économique et solidariste du contrat.

<sup>69</sup> V°. G. ALPA, « Le contrat individuel et sa définition », R.D.C. 2-1988, p. 331.

contrat « *est l'accord destiné à conclure une opération économique comportant le moindre coût de transaction et la meilleure distribution des ressources selon des critères d'utilité* »<sup>70</sup>. Pour les seconds, notamment **J. Ghestin**, « *le contrat est une notion juridique fonctionnelle visant principalement à l'échange des biens et des services* »<sup>71</sup>. Le contrat est de plus en plus perçu comme un échange de prestation que comme un échange de consentement<sup>72</sup>. Dans le même ordre d'idées, **Meheren** disait que le contrat correspond traditionnellement à l'échange des biens et des services. Puis dans le même sens, monsieur **Villey** estime que le contrat est né historiquement des opérations d'échanges<sup>73</sup>. Ces différentes affirmations mettent en exergue la fonction économique du contrat car, celui-ci est une structure juridique qui garantit le libre-échange des biens et est également un instrument indispensable du commerce et de la société du marché<sup>74</sup>.

22. En revanche, les sociologues n'adoptent pas la même définition fonctionnelle. Ils disent que le contrat n'est pas un outil nécessaire pour le fonctionnement du marché. C'est un type d'accord que les particuliers peuvent conclure. La position des sociologues est somme toute importante car il existe des accords non obligatoires. Toutefois, la frontière entre le contrat et le non contrat n'est pas facile à délimiter. La qualification du contrat ne résulte pas seulement de la volonté des parties. Dans certaines situations, « *la reconnaissance de l'existence du contrat (...) serait le produit d'un choix opéré par l'ordre juridique, via son représentant qui est le juge* »<sup>75</sup>. En cas de conflit de qualification, il revient au juge de déterminer ou non l'existence d'un contrat. C'est pourquoi, le juge estime qu'il n'y a contrat à « *partir du moment où les parties façonnent des engagements nouveaux, lesquels ne sont pas des simples redites d'obligations préexistantes* »<sup>76</sup>.

23. Force est de constater que le propre du contrat est de produire des effets de droit. Il doit être destiné à produire des effets de droit, condition *sine qua non* pour donner aux volontés leur pleine signification<sup>77</sup>. La volonté constitue dès lors le critère du contrat, l'essence du contrat. En effet, lorsqu'un accord de volontés n'est pas à l'origine d'une situation juridique donnée, celle-ci

---

<sup>70</sup> V°. G. ALPA, *op. cit.*, p. 333.

<sup>71</sup> V°. J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *R.E.I.* Vol.92.2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> trimestre 2000. p. 81 et s.

<sup>72</sup> V°. *ibid.*, p. 81.

<sup>73</sup> V°. V.M. VILLEY, « Seize essais de philosophie du droit », *R.D.C.*1969, Vol ; 21, n° 2. p. 470 et s. - C. DESPOTOPOULOS, « La notion de synallagma chez Aristote », *Arch, philosophie du droit*, 1968, p. 115 et s. Voir. N.M.K. GOMAA, *Théorie des sources de l'obligation, thèse*. Paris, L.G.D.J. p. 35 et s. nos 17 et s.

<sup>74</sup> V°. G. LEZKOWICZ et M. XIFARAS, *Repenser le contrat*, Dalloz 2009, p. 55.

<sup>75</sup> V°. F. BUY, *L'essentiel des grands arrêts du droit des obligations*, Gualino 6<sup>ème</sup> éd, 2014-2105. p. 15.

<sup>76</sup> V°. *ibid.*, p. 17.

<sup>77</sup> V°. A. VIANDIER, « La complaisance », *J.C.P.* 1980.I. 2987. N° 16 et s.

ne peut pas être qualifiée de contrat. Ce dernier est le résultat de la rencontre de volontés entre deux personnes au moins. Cependant, il faut nuancer ces propos. En fait, dans ces dernières années, on rencontre un nouveau paradigme contractuel<sup>78</sup>. Il s'agit d'un type de contrat qui se contente « *de reprendre des obligations légales et réglementaires, qui pèsent d'ores et déjà sur le débiteur* »<sup>79</sup>. La volonté des parties ne crée, dans cette situation, aucune obligation. En France, on trouve ce phénomène dans deux cas. Il s'agit du « *plan d'aide de retour à l'emploi (PARE)* »<sup>80</sup> et le « *contrat de responsabilité parentale* »<sup>81</sup>.

24. Tout comme l'identification du contrat, le contenu du contrat est composé d'éléments hétérogènes<sup>82</sup>. En effet, à côté de la volonté des parties, il y a la loi, la bonne foi<sup>83</sup>, le raisonnable, l'équité et la jurisprudence<sup>84</sup>. S'agissant de la loi, **Ch. Jamin** affirmait que traditionnellement, « *la loi avait un rôle essentiellement négatif ; elle était le plus souvent là pour protéger la liberté individuelle, fût-ce contre la puissance de l'État [...]. Désormais cette loi devient plus directement un instrument au service de l'État qui entend diriger, ou du moins guider les comportements individuels* ». Certes, selon l'article 103 C.O.C.C, la loi a une fonction de suppléance car elle permet de compléter les lacunes du contrat, mais on ne peut pas nier le fait que le contrat soit régi par la loi<sup>85</sup>. Et le juge doit prendre en considération des notions telles que la bonne foi, la loyauté, le raisonnable, etc. pour résoudre les litiges contractuels.

---

<sup>78</sup> Ce nouveau paradigme contractuel existe en droit des sociétés. Il s'agit de la société unipersonnelle où il n'y a pas rencontre entre deux volontés. En effet, selon l'article 5 AUSGGIE « *la société commerciale peut être également créée, dans le cas prévu par le présent acte uniforme, par une seule personne, dénommée « associée unique », par un acte écrit* ».

<sup>79</sup> V°. G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS, *Repenser le contrat*, Dalloz. 2009, p. 261.

<sup>80</sup> Le PARE n'existe plus dans le droit positif français. Il est remplacé par le projet personnel d'accès à l'emploi (PPAE) issu de la loi n° 2008-758 du 1<sup>er</sup> avril 2008. Le PARE devrait signer par chaque demandeur d'emploi. En effet, chaque chômeur, pour bénéficier des indemnités de chômage et de l'ensemble des services d'accès à l'emploi, devra signer un contrat individuel avec le PPAE, avec l'ANPE (Agence Nationale Pour l'Emploi). La particularité de ce contrat est de rappeler les obligations légales et réglementaires existences.

<sup>81</sup> V°. G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS, *op. cit.*, p. 261 : « *ce contrat a pour but de réagir aux problèmes de l'absentéisme scolaire et d'un trouble porté au fonctionnement d'un établissement scolaire ou de toute autre difficulté liée à une carence de l'autorité parentale. Dans ces hypothèses le président du Conseil général peut intervenir en matière d'autorité parentale et proposer aux parents la conclusion de cet accord, qui a pour objet de rappeler les obligations des titulaires de l'autorité parentale* ».

<sup>82</sup> V°. AP/A.U.C. Art. 5/2.

<sup>83</sup> V°. B. LEFEBVRE, « Justice contractuelle: mythe ou réalité? », *Les Cahiers de Droit*, 1996, vol. 37, p. 17.

<sup>84</sup> V°. P. LEGRAND, « L'obligation implicite contractuelle: aspects de la fabrication du contrat par le juge », *R.D.U.S.* 1991, p. 121.

<sup>85</sup> V°. A. SUPLOT, « La contractualisation de la société », in *conférence du 22 février 2000, enam université, tous les savoirs*, p. 6 et s.

25. Ainsi, pour **Saieilles** « le juge, au-delà des divergences dans l'intention des parties réciproques, doit prendre une interprétation moyenne, qui soit celle que la bonne foi, les usages et la loyauté commerciale, dussent imposer comme étant la volonté commune, à laquelle chacun des deux contractants ait droit [...] »<sup>86</sup>. On assiste de plus en plus à une véritable judiciarisation du contrat. Le magistrat ne se limite plus aux clauses du contrat. Il impose aux parties des comportements loyaux, coopératifs et solidaires<sup>87</sup>. Selon un auteur, la délimitation des droits et des obligations ne peut pas être la simple expression des volontés des contractants<sup>88</sup>. Le juge doit s'ingérer dans le contrat pour apporter plus de justice. Certes, dans l'arrêt de **Canal de Craponne**<sup>89</sup>, la Cour de cassation française a exigé le respect de la parole donnée en figeant le contrat au jour de sa conclusion. Seulement, depuis l'arrêt **Huard** du 3 novembre 1992<sup>90</sup>, il est admis que le refus de renégocier un contrat devenu déséquilibré est constitutif de faute contractuelle<sup>91</sup>. Par conséquent, le contrat peut être défini aujourd'hui comme un accord-règlement<sup>92</sup>. Trois acteurs principaux interviennent dans la sphère contractuelle. Il s'agit des parties, du juge et de la loi. En réalité, les parties déterminent le contenu du contrat par les clauses<sup>93</sup>. La loi encadre la volonté des parties en précisant les conditions de formation du contrat et fixe les limites de la volonté des parties. Le juge vérifie l'existence ou non du contrat et sa conformité par rapport à la loi. Il peut en outre faire une interprétation créatrice du contrat<sup>94</sup>.

### III. Le risque et le contrat

26. Le contrat est un acte de prévision<sup>95</sup> qui suppose une projection dans l'avenir. Il existe donc un décalage temporel entre le moment de l'accord de volontés et celui de l'exécution effective des obligations qui en résultent. De ce fait, il n'est pas à l'abri des risques pouvant perturber l'exécution satisfaisante des obligations qu'il engendre. D'ailleurs, les parties au contrat

---

<sup>86</sup> V°. C. JAMIN, « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p. 10.

<sup>87</sup> V°. J. P. CHAZAL, « Théorie de la cause et justice contractuelle: à propos de l'arrêt Chronopost (Cass. Com. 22 oct. 1996) », *J.C.P.* éd. G (1998).

<sup>88</sup> V°. E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, PUF, 1998, p. 357 et s.

<sup>89</sup> V°. Cass. civ. 6 mars 1876, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12<sup>ème</sup> éd. 2008, p. 183.

<sup>90</sup> V°. Com. 3 novembre 1992, Bull. n° 338

<sup>91</sup> L'arrêt Huard a été confirmé par d'autres décisions de la Chambre Commerciale. Il s'agit notamment celle de: Com. 24 novembre 1998, Bull. N° 277.

<sup>92</sup> V°. G. ALPA, « Le contrat individuel et sa définition », *R.D.C.* Vol 40 n° 2, Avril-juin 1998, p. 331.

<sup>93</sup> V°. C.O.C.C. Art. 42.

<sup>94</sup> V°. P. CASTELOT, *Le juge face au contrat*, Mémoire Master 2, Université Montpellier 2010/2011, p. 14.

<sup>95</sup> V°. P. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *R.T.D. civ.* 1987, p. 481.

gagneraient en efficacité en intégrant dans leur accord les possibles effets perturbateurs de celui-ci.

### ■ Les rencontres (typologie des rencontres à partir de la nature du risque encouru)

27. En matière contractuelle, certains risques sont visés par l'article 108 C.O.C.C intitulé, « *Théories de risques, Risques du contrat* ». Cette situation concerne l'hypothèse dans laquelle l'une des parties n'a pas accompli son obligation en raison de la survenance d'un événement rendant impossible l'exécution de son obligation. Cette impossibilité peut être due à un cas de force majeure ou par tout autre fait prévu par l'article 214 C.O.C.C.<sup>96</sup>. Le risque-force majeure est considéré en matière contractuelle comme une fatalité puisqu'il produit un effet libératoire<sup>97</sup>. Il n'y a pas non plus lieu des dommages- intérêts. En présence de la force majeure, le juge n'intervient que pour vérifier ses conditions d'existence. Dès lors que ces conditions sont remplies, il prononce la résolution ou résiliation du contrat pour cause de force majeure<sup>98</sup>.

28. Le domaine de prédilection des risques en matière contractuelle va au-delà du risque-force majeure. Le risque contractuel est un incident ou un contentieux contractuel. Il peut aussi s'agir de tout événement ayant pour effet de perturber la poursuite des relations contractuelles. Au sens large, les risques encourus par les contractants au regard de la réalisation du *negotium* sont schématiquement de deux types : « *le risque de rupture et le risque de résultat auxquels correspondent respectivement le risque d'inexécution fautive du contrat et d'inexécution fortuite des prestations contractuelles* »<sup>99</sup>. Mais, nous pensons que le risque n'englobe pas seulement la rupture du contrat. Il peut avoir pour conséquence la nullité ou le déséquilibre du contrat. Ainsi, on entend par risque contractuel tout événement dont la réalisation est de nature à entraîner, soit la disparition du contrat, soit son déséquilibre. Il n'est pas nécessaire que l'événement, soit involontaire. Il peut être fautif ou non. En bref, le risque contractuel est relatif aux incidents ou aux

---

<sup>96</sup> V°. C.O.C.C. Art. 214 – Impossibilité d'exécuté l'obligation – « L'obligation est éteinte provisoirement ou définitivement :

- si celui qui en est le débiteur s'en trouve devenir créancier ;
- si le corps certain et déterminé qui était dû vient à périr ou se perd sans la faute du débiteur ;
- si le fait promis par le débiteur devient illicite postérieurement à la convention ».

<sup>97</sup> Cet effet exonératoire n'est de mise que si les conditions d'existence de la force majeure sont remplies. Il s'agit du caractère irrésistible, imprévisible et insurmontable.

<sup>98</sup> V°. M. STORCK, « Contrat et obligations-obligations conditionnelles-résolution judiciaire », p. 18, n° 69 cité par N. VOIDEY, *op. cit.*, p. 278.

<sup>99</sup> V°. R. IBARA, *L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, Thèse, Poitiers 2012, p. 25 et s.



contentieux contractuels. De manière générale, nous pouvons classer les risques contractuels en deux catégories. Il s'agit du risque d'anéantissement et du déséquilibre contractuel.

**29.** Parlant du risque d'anéantissement du contrat, il faut noter que plusieurs causes sont à l'origine de la disparition du contrat. Il s'agit notamment de l'inexécution, de la nullité et la force majeure<sup>100</sup>. S'agissant de l'inexécution du contrat, elle peut être interne ou externe. En interne, l'inexécution peut résulter de la faute de l'une des parties au contrat. Dans ce cas, le créancier de l'obligation inexécutée dispose d'une panoplie de sanctions. Certaines sont prévues par le droit commun des contrats<sup>101</sup> à savoir les articles 104 et 105 C.O.C.C<sup>102</sup>. Ces articles sont relatifs à l'exception d'inexécution défensive, la résiliation ou la résolution judiciaire du contrat, la réduction de l'obligation corrélative, la réparation par équivalent et l'exécution forcée. D'autres sanctions se trouvent dans le droit des contrats spéciaux. Ces sanctions sont la faculté de remplacement, la résolution ou résiliation unilatérale, la réfaction unilatérale et l'exception d'inexécution préventive<sup>103</sup>. Ces sanctions consécutives à l'inexécution fautive du contrat existent de façon éparse sans rapport de complémentarité ou de hiérarchie. Tout dépend du bon vouloir du créancier. De sorte que la gestion de l'inexécution fautive est inhérente à son intérêt exclusif alors même qu'il est à l'origine de l'inexécution. Quant à l'inexécution externe, elle a comme source principale la cause étrangère. C'est la force majeure<sup>104</sup>, le fait d'un tiers ou la faute de la victime.

**30.** En ce qui concerne les risques susceptibles d'entraîner un déséquilibre contractuel, nous avons l'imprévision, la lésion et l'ignorance d'une des parties, etc. L'imprévision est un

---

<sup>100</sup> V° R. IOBARA, *op. cit.*, p. 26.

<sup>101</sup> V° J. GHESTIN, «La notion de contrat», *op. cit.*, p. 27.

<sup>102</sup> V° C.O.C.C. Art. 104, « Dans les contrats synallagmatiques, chacun des contractants peut refuser de remplir son obligation tant que l'autre n'exécute pas la sienne.

*La convention admettant l'exécution successive des obligations, ou les usages donnant à l'une des parties un délai d'exécution, rendent l'exception temporairement inopposable.*

*L'exception d'inexécution suppose, d'après la nature et l'importance de l'obligation méconnue, un manquement suffisamment grave pour justifier le refus d'exécuter l'obligation corrélative. »*

Aux termes de l'article 105. « Dans les mêmes contrats, lorsque l'une des parties manque gravement à ses obligations en refusant de les exécuter, en tout ou en partie, l'autre peut, en dehors des dommages et intérêts qui lui sont dûs, demander en justice, soit l'exécution forcée, soit la réduction de ses propres obligations, soit la résolution du contrat, soit sa résiliation.

*S'il s'agit d'un contrat à exécution successive. Cette option reste ouverte au demandeur jusqu'au jugement définitif. Le défendeur peut exécuter le contrat en cours d'instance».*

<sup>103</sup> V° E. NSIE, « La sanction de l'inexécution des obligations des parties dans le contrat de vente », *Doctrine Penant* 850, p. 96 et s.

<sup>104</sup> V° R. IOBARA, *op. cit.*, p. 5 et s.

déséquilibre grave et ultérieur à la conclusion d'un contrat d'exécution différé ou d'exécution successive, qui se produit entre les prestations contractuelles à la charge des parties par suite d'un événement imprévisible au moment de la conclusion du contrat et qui rend la prestation à la charge de l'une d'elles trop onéreuse. Il résulte de cette définition que l'imprévision suppose la réunion des conditions suivantes. D'abord, le contrat doit être en cours d'exécution. Ce qui exclut les contrats instantanés. Sont également exclus les contrats aléatoires<sup>105</sup> car l'aléa chasse la lésion. Ensuite, l'événement constitutif d'imprévision n'aurait pas dû être prévu au plus tard au moment de la conclusion du contrat. Enfin, l'événement doit créer un déséquilibre entre les prestations réciproques des parties. Cela ne concerne donc que les contrats commutatifs. L'imprévision<sup>106</sup> est une source du déséquilibre contractuel<sup>107</sup>. La réponse du droit était le rejet de la théorie de l'imprévision<sup>108</sup> sous prétexte de l'irrévocabilité contractuelle.

**31.** L'ignorance contractuelle est également une source de déséquilibre contractuel. C'est pourquoi, il est nécessaire de s'informer et d'être informé avant la conclusion de tout accord. Cette information permet d'élucider le consentement des parties. Le droit positif a institué une obligation d'information précontractuelle afin de garantir l'intégrité du consentement au contrat. D'ailleurs, cette obligation d'information n'est rien d'autre que le synonyme de l'obligation de bonne foi. C'est dans ce sens que l'article 3.5 des principes d'Uni droit a prévu expressément qu'il est contraire aux exigences de la bonne foi en matière commerciale de laisser un contractant dans l'erreur alors qu'on connaît ou qu'on aurait pu en connaître l'existence.

**32.** De même, le dol par réticence<sup>109</sup> est prévu par l'article 3.8. Selon ce texte, la réticence dolosive est le fait d'avoir omis frauduleusement de faire part à l'autre contractant de circonstances particulières qu'il aurait dû aviser. Cette dernière disposition témoigne de la prise en compte de l'obligation de bonne foi sur le terrain du dol et de la réticence dolosive. Celle-ci suppose établir au préalable l'existence d'une obligation de renseignement à la charge de la partie qui s'est intentionnellement tue pour tromper l'autre, alors qu'elle aurait dû l'informer. L'obligation

---

<sup>105</sup> V°. A. BOUCHER, « L'aléa en droit des contrats », Mémoire master 2 droit privé général, Université Paris II – Panthéon-Assas 2010, p. 10.

<sup>106</sup> V°. T. GENICON, « Théorie de l'imprévision..... Ou de l'imprévoyance », *D.* 2010, p. 2485.

<sup>107</sup> V°. D. PLANUTIS, *Le déséquilibre contractuel dû au changement imprévisible des circonstances et ses remèdes Étude de droit comparé: Espagne-Pologne-France*, mémoire Master 2, Paris, 2013, p. 7 et s.

<sup>108</sup> V°. S. MARTIN, « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois », *Cahier de Droit*, 1993, V°. 34. n° 1993, 599, p. 599 et s.

<sup>109</sup> V°. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, L.G.D.J. 1993, n° 565 et 570.

d'informer ne se situe pas simplement à la période précontractuelle. L'information doit être permanente, c'est-à-dire elle doit exister de la formation du contrat jusqu'à son extinction<sup>110</sup>. Par exemple, dans le contrat de société chacune des parties, à savoir les associés disposent d'une information permanente sur le déroulement des affaires sociales. De plus, dans le contrat de cautionnement, le créancier est tenu d'informer périodiquement la caution sur l'évolution de la dette cautionnée<sup>111</sup>.

33. S'agissant de la lésion, elle est définie par l'article 75 C.O.C.C comme un « *déséquilibre des prestations promises dans le contrat au moment de sa formation [...]* ». La lésion tout comme l'imprévision constitue également un déséquilibre contractuel. C'est aussi sous le couvert de la bonne foi que la lésion<sup>112</sup> est sanctionnée. Elle est également prévue par l'article 3.10 des principes d'Uni droit comme un avantage excessif injustement accordé par le contrat ou par une clause de l'une des parties. L'avant-projet d'Acte Uniforme relatif au droit des contrats a consacré la lésion comme une cause générale de la nullité du contrat<sup>113</sup>. Elle trouve sa source dans la déloyauté de l'une des parties ou de certaines circonstances objectives comme l'état de dépendance de l'autre, sa détresse économique ou l'urgence de ses besoins. Elle peut résulter aussi des circonstances subjectives à savoir l'imprévoyance de l'une des parties son ignorance ou son inaptitude à la négociation. Ici, l'on condamne la malhonnêteté, la déloyauté le fait d'abuser bref, l'exploitation<sup>114</sup>. D'ailleurs, la jurisprudence a créé un autre vice de consentement qui sanctionne l'exploitation abusive de l'une des parties contractantes. Il s'agit du vice de faiblesse<sup>115</sup>.

---

<sup>110</sup> V°. D. DISDET, *L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique*, Thèse, Grenoble, 2011, p. 87 et s.

<sup>111</sup> V°. A.U.S. Art. 25, « Le créancier est tenu, dans le mois qui suit le terme de chaque semestre civil à compter de la signature du contrat de cautionnement, de communiquer à la caution un état des dettes du débiteur principal précisant leurs causes, leurs échéances et leurs montants en principal, intérêts, et autres accessoires restant dus à la fin du semestre écoulé, en lui rappelant la faculté de révocation par reproduction littérale des dispositions de l'article 19 du présent Acte uni- forme.

A défaut d'accomplissement des formalités prévues au présent article, le créancier est déchu, vis-à-vis de la caution, des intérêts contractuels échus depuis la date de la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information, sans préjudice des dispositions de l'article 29 du présent Acte uniforme ».

<sup>112</sup> V°. P.-G. JOBIN, « L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du Code civil au Québec », *R.T.D. civ.* 2004, p. 693 et s.

<sup>113</sup> V°. Art. 3/10 AP/A.U.C.

<sup>114</sup> V°. R. LOIR, *Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats*, Mémoire DEA. Université de Lille II, 2001, p. 50 et s.

<sup>115</sup> V°. L. DUTHEIL-WAROLIN, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, thèse. Limoges, 2004, p. 43 et s.

## ■ La gestion des risques : les instruments

34. Gérer les risques contractuels, c'est prendre en charge les risques, soit en annihilant leurs conséquences, soit en évitant leur réalisation. Cette gestion des risques contractuels se fait à travers des instruments contractuels et extracontractuels. Les instruments contractuels de gestion peuvent être classés en deux catégories. Il s'agit d'une part des instruments unilatéraux de gestion (exception d'inexécution, résolution unilatérale, faculté de remplacement, exception de nullité l'octroi d'un délai supplémentaire d'exécution, etc.) et des instruments bilatéraux (ils sont illimités en raison de la liberté contractuelle) d'autre part. Ces derniers peuvent être classés en trois catégories. Il s'agit des clauses organisant la période précontractuelle<sup>116</sup>; des clauses organisant la période contractuelle<sup>117</sup> et des clauses organisant la période post contractuelle<sup>118</sup>.

35. Quant aux instruments extracontractuels de gestion, ils peuvent également être répartis en deux catégories. D'une part, il y a la bonne foi, l'équité, le raisonnable. Ces instruments sont mis à la disposition du juge pour corriger la défaillance de la volonté des parties. D'autre part, nous avons le principe de proportionnalité, le principe de la confiance légitime, l'obligation de renégocier. Ces mécanismes sont élaborés par le juge en vertu de son pouvoir d'interprétation.

36. Par ailleurs, les instruments extracontractuels poursuivent deux objectifs principaux. Dans le premier objectif, ils garantissent l'équilibre du contrat. Le juge peut, sur le fondement de la justice contractuelle<sup>119</sup>, neutraliser les clauses contractuelles créant un déséquilibre contractuel. Les techniques utilisées sont : la règle de proportionnalité<sup>120</sup>, la nullité partielle, la clause réputée non écrite<sup>121</sup>, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui<sup>122</sup>, le principe de la confiance

---

<sup>116</sup> Il s'agit des clauses exclusives de responsabilité, les clauses de confidentialité, etc.

<sup>117</sup> Il s'agit des clauses de révision ou d'adaptation du contrat, les clauses pénales, les clauses de résolution ou de résiliation, les clauses de dédit, etc.

<sup>118</sup> Il s'agit notamment des clauses de non concurrence, etc.

<sup>119</sup> V°. J. M. TAWALI, *Essai sur la justice contractuelle. Contribution à l'étude des fondements théoriques de la protection de la partie vulnérable*, Thèse, Québec 2015.

<sup>120</sup> V°. A. ARSAC-RIBEYROLLES, *Essai sur la notion d'économie du contrat*. Thèse. Université d'Auvergne-Clermont-Ferrand I, 2012, p. 150 et s.

<sup>121</sup> V°. S. GUAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Thèse, Paris 2, 2004.

<sup>122</sup> V°. D. HOUTCIEFF, « La demi-consécration de l'interdiction de se contredire au préjudice d'autrui », *Recueil Dalloz* 2009 p. 1245.

légitime<sup>123</sup>, etc. Le second objectif est de permettre le complément des lacunes du contrat. En effet, un contrat sans espace vide, sans lacune n'existe pas. Les parties ne peuvent pas identifier tous les états de la nature et signer un contrat parfaitement contingent. Le juge devient donc un agent qui complète les lacunes du contrat. D'ailleurs, l'article 103 C.O.C.C. lui donne le pouvoir de compléter les lacunes du contrat en se fondant sur la loi, la bonne foi, les usages et l'équité<sup>124</sup>.

37. Cette précision étant faite, il convient dès lors de jeter un regard analytique sur les instruments de gestion des risques contractuels, tels qu'ils se présentent. En d'autres termes, il s'agit de s'interroger sur l'efficacité des différents instruments de prise en charge des risques contractuels.

38. En se conformant à la théorie philosophique de l'autonomie de la volonté, il appartient aux parties de gérer les risques liés à leur accord. Il ne devrait pas y avoir de réglementation extérieure au contrat<sup>125</sup>, les volontés individuelles y étant les seules gestionnaires des risques contractuels. Autrement dit, c'est au contrat de gérer les « *déviations que l'opération pourrait connaître par rapport au tracé idéal retenu par ses constructeurs* »<sup>126</sup>. Ainsi, les cocontractants doivent gérer les risques susceptibles de perturber leur relation contractuelle ou de mettre fin au contrat.

39. Cependant, la gestion volontaire des risques contractuels a une limite du fait que l'autonomie de la volonté est une pure fiction<sup>127</sup>. Les volontés contractent toujours dans une situation d'hétéronomie<sup>128</sup>. Dans le premier cas, c'est la loi qui garantit l'exécution du contrat, dans le second cas, il appartient au juge de vérifier que la convention a été légalement formée pour qu'elle puisse être exécutée<sup>129</sup>. « *Le contrat ne se suffit pas à soi-même* »<sup>130</sup>. Souvent, en matière

---

<sup>123</sup> V°. D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'estoppel », *R.D.C.* 2-2006, p. 363 et s.

<sup>124</sup> V°. B. MAZJA, « Équité et droit fondamentaux », <https://www.unicaen.fr/puc/images/crdf0105majza.pdf><https://www.unicaen.fr/puc/images/crdf0105majza.pdf>, (10/12/2015).

<sup>125</sup> V°. M. PLOUVIEZ, « Le contrat comme institution sociale. La notion de solidarité contractuelle chez Durkheim », in *Repenser le contrat*, Dalloz 2009, p. 75.

<sup>126</sup> V°. F. MILLET, *op. cit.*, p. 18.

<sup>127</sup> V°. G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, E.J.A., Paris 1997, p. 25.

<sup>128</sup> V°. M. PLOUVIEZ, « Le contrat comme institution sociale. La notion de solidarité contractuelle chez Durkheim », *op. cit.*, p. 78.

<sup>129</sup> V°. C. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », *D.* 2002 n° 11, p. 904.

<sup>130</sup> V°. E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, PUF, 1998, p. 374.

contractuelle, les individus ne sont pas en position de négocier du fait du caractère inéquitable du contexte. En fait, « la *justice du contexte* »<sup>131</sup> est la condition d'un équilibre contractuel. Les parties n'ont pas la maîtrise du contexte mais aussi elles ne peuvent pas prévoir tous les états de la nature afin de signer un contrat parfaitement contingent. En outre, il n'est pas exclu que dans la mise en œuvre de la gestion volontaire des risques contractuels qu'une des parties fasse imposer à son cocontractant sa volonté. Cette situation se manifeste souvent dans les contrats d'adhésion. Aussi, les parties ne peuvent prévoir tous les mécanismes de gestion des risques de leur contrat. En outre, il peut arriver qu'il y ait une défaillance dans certains des mécanismes utilisés par les contractants.

40. Ainsi, afin de sauver la survie, l'utilité et la complétude du contrat il est nécessaire que des volontés étrangères interviennent dans l'administration du processus contractuel. Cette intervention est d'abord nécessaire pour contrôler les pouvoirs unilatéraux et corriger les clauses contractuelles. Et, en évitant que le plus fort ne puisse dicter sa loi au plus faible. Il est par conséquent nécessaire de trouver des instruments qui assurent une gestion rationnelle des risques du contrat. Ce faisant, le juge s'est efforcé à élaborer des techniques de gestion à partir de son pouvoir d'interprétation. En effet, aujourd'hui, il n'y a pas de doute, le contrat n'est plus la chose des parties parce que « *tout n'est pas obligationnel dans le contrat, tout n'est pas consensuel dans le contrat et tout n'est pas contractuel dans le contrat* »<sup>132</sup>. Il existe un intérêt contractuel distinct de celui des contractants et dont le juge a la charge<sup>133</sup>. Il peut donc modérer ou moduler l'application de la loi contractuelle afin d'assurer l'équilibre et la complétude du contrat. Cette volonté judiciaire est encouragée par le législateur qui met à sa disposition d'autres instruments tendant à assurer la sécurité contractuelle même s'ils favorisent l'intervention judiciaire.

41. Ce sujet n'est pas un catalogue des risques contractuels. L'objectif n'est pas de faire une recension des différents risques que l'on rencontre en matière contractuelle. Il s'agit pour nous de parcourir les instruments de gestion des risques contractuels afin d'en mesurer leur efficacité, puisqu'il est loisible de constater qu'il n'est pas facile de gérer les risques contractuels. Les écueils

---

<sup>131</sup> V°. J-F. SPITZ, « Qui dit contractuel dit juste: quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *R.T.D. civ.* Avril/Juin 2007, p. 282.

<sup>132</sup> V°. F. C. DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p. 225.

<sup>133</sup> V°. B. FAGES, « Nouveaux pouvoirs. Le contrat est-il encore la chose des parties ? », In *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p. 153.

sont de plusieurs ordres, d'une part, cette difficulté est due, soit à la nature du risque à gérer, soit à l'imprévisibilité des conséquences du risque. D'autre part, elle est liée à l'éparpillement des sources du droit des contrats. En effet, certaines règles fondamentales de ce droit se trouvent dans d'autres Codes ou dans les Actes uniformes.

42. Néanmoins, nous avons fondé notre champ de réflexion sur la théorie générale du contrat à travers les dispositions du C.O.C.C., la jurisprudence et la doctrine. Pour le C.O.C.C., il sied de noter qu'il a fait l'objet de quelques modifications depuis son adoption. Ces différentes modifications prennent très peu en compte la philosophie actuelle du droit des contrats. Le Code des Obligations Civiles et Commerciales « *ne reflète plus, ni dans sa lettre, ni dans son esprit, des pans entiers du droit contemporain des contrats* »<sup>134</sup>. L'adoption d'un Acte uniforme portant droit des contrats aurait permis aux États africains de rattraper ce retard et d'adapter leur droit des contrats aux nouvelles réalités économiques, sociales. En revanche, en France le droit des contrats a subi des modifications substantielles depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Les principaux axes de modifications, qui nous intéressent dans la présente étude, sont relatifs à la formation du contrat et à la force obligatoire du contrat.

43. S'agissant la formation du contrat, l'ordonnance susmentionnée a mis l'accent sur trois points essentiels. En premier lieu, la sécurité, car la réforme du droit des contrats a renforcé la sécurité des contrats conclus par voie électronique. Ainsi, la sous-section 4 de la Section I du Chapitre II de ladite ordonnance contient des dispositions relatives aux conditions de formation des transactions électroniques. En deuxième lieu, la loyauté puisqu'on a renforcé le devoir de loyauté pendant la conclusion du contrat. En effet, ce devoir de loyauté est prévu par les articles 1112, 1112-1 et 1112-2 de l'ordonnance précitée. Selon ces articles, les parties doivent « *satisfaire aux exigences de bonne foi* » dans le processus de la formation du contrat. Elles sont également tenues à un devoir d'information sur « *le contenu du contrat ou la qualité des parties* ». En dernier lieu, la réforme a supprimé la cause et l'objet du contrat. Ils ont été remplacés par « *le contenu du contrat* ». En fait, l'article 1162 de l'ordonnance n° 2016-131 dispose que « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public, ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ». Pour la force obligatoire du contrat, la réforme du droit des contrats a

---

<sup>134</sup> V° D. MAZEAUD, « Les dix commandements du droit français contemporain des contrats », éd. Thémis 2006, p. 5.

consacré la théorie de l'imprévision. Il vise les hypothèses où du fait d'un « *changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour l'une des parties qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant [...]* ».

44. Par ailleurs, le droit des contrats spéciaux sera pris en compte dans cette étude. Ce droit nous permettra de mettre à l'épreuve l'efficacité de ces instruments de gestion. À cet effet, l'A.U.D.C.G sera notre champ d'investigation. Nous allons nous référer aux techniques de gestion des risques que renferment les différents contrats spéciaux, dont notamment la vente commerciale, le mandat commercial, la gestion d'affaires ainsi que le bail à usage professionnel.

45. La jurisprudence a été également au rendez-vous de nos développements car le « *droit vivant du contrat est essentiellement l'œuvre du juge* »<sup>135</sup>. Cette jurisprudence est majoritairement d'origine française. Le recours à la jurisprudence est justifié par le fait que le juge est un acteur très important dans la gestion des risques contractuels. Son intervention permet de renforcer la sécurité des transactions. D'abord, le juge intervient pour respecter les engagements pris par les parties pendant la conclusion du contrat. Ensuite, le juge veille à ce que l'exercice des pouvoirs contractuels ne soit pas abusif. Enfin, le magistrat intervient pour trouver un point d'équilibre entre les intérêts économiques en présence. Et, « *dans la recherche de cet équilibre tout ne peut être noir ou blanc, et chacun est susceptible de trouver ses intérêts lésés* »<sup>136</sup>. Mais dans tous les cas, l'intervention judiciaire ne peut être considérée comme incompatible à la sécurité contractuelle<sup>137</sup>.

46. Ainsi, par une approche analytique nous souhaitons démontrer l'inefficacité relative des instruments contractuels de gestion car ils privilégient l'intérêt égoïste de l'*accipiens* d'une part. D'autre part, ces instruments ne sont pas à l'abri des aléas qui peuvent affecter la vie du contrat. Tandis que les instruments extracontractuels de gestion permettent à la fois de garantir l'équilibre contractuel et de compléter les lacunes du contrat. Seulement, ils ne s'accommodent pas avec

---

<sup>135</sup> V°. D. MAZEAUD, « Les dix commandements du droit français contemporain des contrats », in *Catalogue avant publication de Bibliothèque et Archives Canada*, Conférences Roger-Comtois; 4, 2005.

<sup>136</sup> V°. A. VILLAIN, *L'immixtion du juge dans le contrat*, mémoire de Master 2, Université Pierre Mendès France-Grenoble, 2013, p. 94.

<sup>137</sup> On doit considérer cette intervention judiciaire comme complémentaire à la sécurité contractuelle car elle permet notamment de garantir l'exécution du contrat.



l'orthodoxie classique du droit des contrats. Mais les mutations contractuelles contemporaines<sup>138</sup> nécessitent la prise en compte des instruments indépendants de la volonté des parties. Dans ces conditions, il est proposé d'étudier successivement l'efficacité relative des instruments contractuels de gestion des risques (**Première Partie**) puis l'efficacité éprouvée des instruments extracontractuels de gestion des risques (**Deuxième Partie**).

---

<sup>138</sup> Ces mutations sont surtout l'œuvre de la doctrine du solidarisme contractuel. C'est une doctrine qui prône l'entraide et la coopération dans les relations contractuelles. Le levier du solidarisme contractuel est le juge et le législateur. Ces derniers doivent promouvoir des instruments qui permettent de faciliter la solidarité entre contractants.

**PREMIERE PARTIE. L'EFFICACITÉ RELATIVE DES INSTRUMENTS  
CONTRACTUELS DE GESTION DES RISQUES**

47. Le contrat est le fruit de la rencontre de volontés<sup>139</sup>. C'est dans ce sens que les parties sont considérées comme les premiers acteurs de la gestion des risques contractuels. Le contrat est dit-on, l'affaire des parties. En effet, «selon la théorie de l'autonomie de la volonté, chacun est le mieux à même d'apprécier et de défendre ses propres intérêts, et doit, en conséquence avoir la liberté de le faire à sa guise »<sup>140</sup>. Les parties sont donc mieux placées pour gérer les risques liés à leur convention.

48. Par ailleurs, il faut retenir que dans le contrat, chaque contractant a des intérêts propres et c'est l'intérêt<sup>141</sup> particulier du contrat pour chacune des parties qui les détermine à s'engager. Par conséquent, les contractants n'ont pas la même vision contractuelle. Chacun s'emploie au mieux à faire valoir les meilleures armes pour préserver son intérêt. C'est la raison pour laquelle, les instruments de gestion des risques contractuels sont très diversifiés. En effet, il existe à la disposition de chacune des parties des moyens contractuels d'action ou de réaction face aux risques. Nous avons d'abord les instruments contractuels unilatéraux et réciproques qui sont à la disposition des contractants pour pallier, soit la survenance de certains événements, soit amortir les effets négatifs liés à leur réalisation. Ces instruments sont pour la plupart, destinés à satisfaire l'intérêt égoïste de leur titulaire. Cet intérêt peut être, soit le maintien du contrat, soit la mort de celui-ci. Nous avons ensuite les clauses de gestion de risques encore appelés les instruments bilatéraux. Elles permettent à coup sûr de gérer les espaces vides du contrat et de « garantir l'exécution et la sécurisation du lien contractuel »<sup>142</sup>. Elles prévoient les risques possibles et anticipent leur traitement. Il s'agit là de la gestion du contrat par le contrat. Ces clauses contractuelles sont des contrats car elles naissent en vertu de l'accord de volontés. Toutefois, il faut nuancer ces propos car les clauses de gestion de risques favorisent une gestion aléatoire des risques contractuels. Par conséquent, les instruments de gestion des risques contractuels favorisent tantôt la gestion aléatoire des risques possibles (**Titre I**) tantôt la gestion égoïste des risques probables (**Titre II**).

---

<sup>139</sup> V°. J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Paris, L.G.D.J. éd. 1993, n° 252 et s.

<sup>140</sup> V°. G. WIEDERKHER, « Le principe du contradictoire », *Dalloz*.1974, Chr. p. 95.

<sup>141</sup> V°. B. LEFEBVRE, « Justice Contractuelle Mythe ou Réalité, » *op. cit.*, p. 22 et s.

<sup>142</sup> V°. N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse Université Clermont I – Université d'Auvergne 2014, p. 97.

## TITRE I. LA GESTION ALÉATOIRE DES RISQUES POSSIBLES

Le contrat n'est pas seulement une opération qui s'épuise à l'instant même où elle se réalise. Il permet aussi d'appréhender le futur. Or, celui-ci est plein de contingences dont la prévision totale serait impossible. C'est pourquoi, les parties tentent de se prémunir contre ces contingences en insérant dans leur accord des clauses susceptibles d'assurer une sécurité mobile du contrat.

49. À cet effet, il existe une multitude de clauses destinées à gérer les risques du contrat. Le principe de la liberté contractuelle a permis aux parties d'user de leur imagination pour rédiger toutes espèces de clauses<sup>143</sup> de gestion des risques contractuels. Ainsi, il existe une multitude de clause de gestion. Il s'agit notamment de la clause de confidentialité<sup>144</sup> qui permet de protéger le secret des affaires en l'absence de disposition légale. Il existe également des clauses qui régissent le contenu du contrat. Celles-ci sont : les clauses de détermination du prix, les clauses organisant le transfert de la propriété et des risques, la clause pénale<sup>145</sup>, les clauses limitatives de responsabilité, les clauses d'adaptation du contrat<sup>146</sup>, des clauses de garantie, les clauses de sortie du contrat et enfin les clauses organisant la prolongation du contrat.

50. Cependant, force est de constater que ces clauses de gestion n'assurent pas efficacement la gestion des risques contractuels. En effet, dans les faits, une partie domine son cocontractant dans la négociation et dans la rédaction des stipulations contractuelles. Ce phénomène est beaucoup plus perceptible dans les contrats d'adhésion où les clauses sont rédigées unilatéralement par une seule partie. De surcroît, les clauses d'adaptation ne sont pas à l'abri des risques, qu'il s'agisse des risques d'annulabilité, de l'intervention judiciaire ou du comportement de l'une des parties. En outre, les clauses de garantie ou les sûretés sont neutralisées en cas de faillite du débiteur. Ainsi, les aléas relatifs aux clauses de gestion de risques sont tantôt externes (**Chapitre I**), tantôt internes (**Chapitre II**).

---

<sup>143</sup> V°. C.O.C.C. Art. 42.

<sup>144</sup> V°. M. DESGRANGES, *L'obligation de confidentialité dans le droit de la représentation du personnel*, Thèse, Paris, 2002. Dans le même sens, voir aussi, C. VUILLEMIN-GONZALES, *L'obligation de non divulgation*, Thèse, Perpignan, 2000.

<sup>145</sup> V°. D. MAZEAUD, *La notion de la clause pénale*, LGDJ, E.J.A., Paris 1992.

<sup>146</sup> V°. P. PICHONNAZ, « La modification des circonstances et l'adaptation du contrat », in *la pratique contractuelle* 2, symposium en droit des contrats, édition romandes 2011, p. 21.

## CHAPITRE I. LES ALÉAS EXTERNES AUX CLAUSES DE GESTION DES RISQUES

51. La faillite du débiteur entraîne l'ouverture des procédures collectives. Le droit des procédures collectives s'applique à des situations d'urgence, aux difficultés auxquelles doit faire face un débiteur. À cet effet, ce droit porte des atteintes aux droits des contrats<sup>147</sup> afin de sauvegarder la survie de l'entreprise. Le droit des procédures collectives annihile les droits contractuels des créanciers<sup>148</sup> car l'application du droit commun des contrats ne permettrait, ni d'assurer l'égalité, ni le cas échéant, le redressement de l'entreprise<sup>149</sup>. Par ailleurs, ces atteintes sont orientées vers les principes directeurs du contrat, notamment la liberté contractuelle<sup>150</sup> et la force obligatoire du contrat.

52. S'agissant de la liberté contractuelle, les atteintes du droit des procédures collectives se manifestent par l'autorisation préalable du juge commissaire pour la conclusion de certains contrats<sup>151</sup>, le maintien ou la cession forcée des contrats<sup>152</sup> et la rupture du contrat imposée par le syndic.

53. Quant à la force obligatoire, les atteintes du droit des procédures collectives se manifestent notamment par l'inefficacité des clauses résolutoires du seul fait de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. C'est pourquoi, nous considérons que l'ouverture des procédures collectives contre le cocontractant est un fait qui compromet l'efficacité de la gestion des risques contractuels (**Section I**).

54. La faillite du débiteur n'est pas le seul aléa, il y a aussi celui lié au législateur. Ce dernier intervient en matière contractuelle par le biais des lois nouvelles. Certes, en cas de conflit de lois dans le temps, on retient la survie de la loi ancienne en matière contractuelle parce qu'on ne veut pas bouleverser la prévision des parties. Cependant, lorsque la loi nouvelle est d'ordre public, elle s'applique immédiatement au contrat en cours. Or, cette application immédiate de la loi nouvelle

---

<sup>147</sup> V°. P.R. GALLE, « Risques et responsabilités des contractants », in, *Loi de sauvegarde des entreprises. Risques et responsabilités en droit des procédures collectives*, Actes du colloque de Caen du 15 octobre 2010, p. 89 et s.

<sup>148</sup> V°. A. W. NDIAYE, *Le développement du crédit-bail au Sénégal*, Thèse UCAD 2013, p. 151.

<sup>149</sup> V°. Y. GUYON, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », in *Études offertes à Jacques Ghestin, le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, LGDJ Paris 2001, p. 405.

<sup>150</sup> V°. N. STAGNOLI, *Les atteintes de la procédure collective à la liberté contractuelle*, mémoire 2002. Université Robert Schuman de Strasbourg. Mémoire de DEA Droit des affaires. p. 13 et s.

<sup>151</sup> V°. A.U.S. Art : 115.

<sup>152</sup> V°. E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, LGDJ, 1998.

d'ordre public peut perturber le cours normal du contrat. Par conséquent, cette intervention du législateur est de nature à altérer l'efficacité de la gestion des risques contractuels (**Section II**)

## **SECTION I. L'EFFICACITÉ COMPROMISE PAR LE FAIT DU CONTRACTANT**

55. Certains événements qui touchent au débiteur peuvent affecter substantiellement les droits de ses créanciers. C'est le cas lorsque le débiteur est soumis au droit des procédures collectives<sup>153</sup> où les créanciers munis des sûretés de ce dernier encourent un risque de non-paiement. Ce risque se manifeste par la règle de suspension des poursuites individuelles. Celle-ci paralyse les avantages qu'offre la constitution des sûretés à son titulaire. Certes, les sûretés n'ont pas disparu, mais elles sont suspendues jusqu'à l'expiration du plan de sauvetage. En outre, les créanciers munis de sûretés et les créanciers chirographaires sont placés sur un pied d'égalité ; ce qui a pour conséquence la neutralisation des privilèges.

56. En dehors du droit des sûretés, le droit des procédures a également un impact sur les clauses contractuelles<sup>154</sup>. Celles-ci sont neutralisées par l'effet du droit des procédures collectives. Le droit des procédures collectives sape la liberté contractuelle au nom de la sauvegarde de l'entreprise<sup>155</sup>.

Par conséquent, l'aléa lié au contractant se manifeste par la neutralisation des sûretés (**Paragraphe I**) et la neutralisation des clauses contractuelles (**Paragraphe II**).

### **PARAGRAPHE I. La neutralisation des sûretés**

57. Le droit des procédures collectives conduit à un traitement égalitaire de tous les créanciers afin de préserver l'unité de la procédure<sup>156</sup>. Cette règle de « *l'égalité a pour fondement l'égle exposition des hommes face à la souffrance* »<sup>157</sup> car l'égalité entre les créanciers chirographaires et ceux munis de sûretés entraîne des contraintes pour les premiers. Ces contraintes se manifestent par la suspension des poursuites individuelles, la déclaration des créances et l'arrêt

---

<sup>153</sup> V° P. CROCQ, « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », *D.* 2006, Chr. p. 1306 et s.

<sup>154</sup> V° N. STAGNOLI, *Les atteintes de la procédure collective à la liberté contractuelle*, *op. cit.*, p. 31 et s. voir aussi, P.R. GALLE, « Risques et responsabilités des contractants », *op. cit.*, p. 90.

<sup>155</sup> V° Y. GUYON, « Le droit des contrats à l'épreuve des procédures collectives », In *Le contrat au début du XXIème siècle*, Mélanges J. Ghestin, L.G.D.J. 2001, p. 405.

<sup>156</sup> V° A. KANTÉ, « Réflexions sur le principe de l'égalité entre créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif (O.H.A.D.A.) », *Ohadata D-06-47*, EDJA N° 56, p. 3 et s.

<sup>157</sup> V° R. DEMOGUE, *Notions fondamentales de droit privé* : ROUSSEAU. Paris, 1911.

du cours des intérêts. Par conséquent, la situation des créanciers munis de sûretés est incertaine ; cette incertitude se manifeste par la suspension de la réalisation des sûretés **(A)** et l'existence d'un risque de non-paiement **(B)**.

### **A. La suspension de la réalisation des sûretés**

**58.** D'emblée, la finalité principale des sûretés est de se prémunir contre le risque de non-paiement. En effet, le créancier veut s'assurer le paiement de sa créance à date échue. Ainsi, la prudence lui recommande de prévoir une clause de garantie (le cautionnement, le gage l'hypothèque, etc.) dans un contrat auquel il est partie. Par contre, si le débiteur est soumis au droit de procédure collective, le paiement des créanciers munis de sûretés est fragilisé par la suspension de la réalisation de ses droits<sup>158</sup>. La suspension des droits des créanciers munis de sûretés trouve son fondement dans l'article 75-1, al.1. A.U.P.C. révisé. Ce texte dispose que : « *La décision d'ouverture de redressement judiciaire suspend toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie à compter dudit jugement et durant l'exécution du concordat de redressement judiciaire* ». Ainsi, dans la procédure de règlement préventif, dès le dépôt du concordat, le président du tribunal rend une décision de suspension des poursuites individuelles<sup>159</sup>. Cette décision s'applique à tous les créanciers, qu'ils soient chirographaires ou munis de sûretés. Les créanciers munis de sûretés sont soumis à cette décision lorsque leurs créances sont désignées par le débiteur et antérieures à la décision de suspension. Ainsi, le débiteur peut facilement faire obstacle à la réalisation de la sûreté. Il suffit dans ce cas de désigner dans sa requête de règlement préventif la créance pour laquelle la sûreté est constituée. Dans cette hypothèse, le créancier ne dispose d'aucun moyen pour s'opposer<sup>160</sup>. Il est mis devant le fait accompli. Le paiement de sa créance demeure compromis. Cette situation peut même avoir des répercussions dans ses relations avec ses propres fournisseurs<sup>161</sup>. Les seuls créanciers qui sont à l'abri sont ceux dont leur créance n'est pas désignée

---

<sup>158</sup> V°. J-P. SORTAIS, « La situation des créanciers titulaires de sûretés et privilèges dans les procédures collectives », *Ed. Sirey* 1976, p. 280 et s.

<sup>159</sup> V°. A.U.P.C. Art. 9.

<sup>160</sup> V°. H.S. SIDIBE, *Le sort des créances postérieures en droit français et droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires (OHADA)*, (Doctoral dissertation, Thèse, Université Nice Sophia Antipolis), 2013, p.86 et s.

<sup>161</sup> V°. P. R. GALLE, « Risques et responsabilités des cocontractants », *op. cit.*, p. 90 et s.

par la requête du débiteur<sup>162</sup>. En effet, la CCJA a eu l'occasion de rappeler cela dans un arrêt rendu le 2 avril 2015<sup>163</sup>.

Cela étant, le droit des procédures collectives perturbe la relation contractuelle et rend aléatoire le paiement des créanciers<sup>164</sup>. C'est sans doute l'une des raisons pour lesquelles ce droit est qualifié d'impérialiste<sup>165</sup>.

**59.** En outre, dans la phase de redressement judiciaire et de la liquidation des biens, la suspension de la réalisation des sûretés s'applique de façon générale à tous les créanciers munis de sûretés et antérieurs à la décision d'ouverture. L'article 75 de l'Acte uniforme précité énonce que la décision d'ouverture de redressement judiciaire ou de la liquidation des biens interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers composant la masse. La suspension des poursuites individuelles s'applique aux créanciers de la masse c'est-à-dire des créanciers dont leurs créances sont nées antérieurement à la décision de la suspension de la suite individuelle. Une sûreté constituée avant cette décision ne peut être réalisée après celle-ci pour le paiement de la dette<sup>166</sup>. En fait, la suspension des poursuites individuelles a également pour soubassement la survie de l'entreprise. Le sauvetage de l'entreprise devient une priorité pour l'État afin d'éviter les désordres économiques et sociaux qu'emporteraient sa disparition. Il y a un fond de vérité dans cette solution car il ne faut pas que les créanciers puissent compromettre les chances de redressement de l'entreprise.

En réalité, le créancier muni de sûretés réelles bénéficie de trois modes de réalisation<sup>167</sup>. Il s'agit de l'attribution de l'assiette en propriété, le droit de rétention et la vente forcée<sup>168</sup>.

**60.** S'agissant de l'attribution de l'assiette en paiement, il convient de dire qu'il y a deux modalités d'attribution. Il s'agit de l'attribution judiciaire et de l'attribution amiable. L'attribution

---

<sup>162</sup> Il faut noter cependant que depuis la réforme du 10 septembre 2015, le législateur OHADA a mis un terme à cette discrimination. Désormais la suspension des poursuites individuelles s'étend à toutes les créances et non plus seulement à celles visées par la requête.

<sup>163</sup> V°. CCJA décision n° 014/2015 du 02/04/2015.

<sup>164</sup> V°. B. BOCCARA, « Procédures collectives et contrats en cours », *J.C.P.* éd. 1994-I-385

<sup>165</sup> V°. P.R. GALLE, « Risques et responsabilités des contractants », *op. cit.*, p. 89.

<sup>166</sup> V°. F. DERRIDA, « Le crédit et le droit des procédures collectives », *Mélanges Études offertes à RENÉ RODIÈRE*, Dalloz 1981, p. 67.

<sup>167</sup> V°. A.U.S. Art. 104.

<sup>168</sup> V°. J-P. SORTAIS, « La situation des créanciers titulaires de sûretés et privilèges dans les procédures collectives » *op. cit.*, p. 280.



judiciaire<sup>169</sup> est la faculté par laquelle le créancier gagiste, nanti ou hypothécaire, demande au juge de lui attribuer l'assiette en paiement de sa créance. Dans ce cas, le prix du bien est déterminé par un expert. Quant à l'attribution amiable ou conventionnelle, l'assiette de la sûreté est attribuée en paiement sans intervention du juge. On l'appelle aussi le pacte commissaire. En concluant ce pacte, les parties voulaient éviter la lenteur de la procédure judiciaire. Cependant, le risque d'une intervention judiciaire n'est pas pour autant conjurer. En cas de conflit entre les parties dans la mise en œuvre de l'attribution conventionnelle, l'intervention du juge sera nécessaire. Cependant, la question que l'on se pose est de savoir si l'attribution du bien ne sera pas remise en cause si le débiteur est soumis à la procédure collective. Il semble que l'attribution judiciaire du gage demeure puisqu'aucun texte ne l'interdit au créancier gagiste. Nous pensons que cette solution doit être relativisée. En fait, cela dépend de la procédure mise en œuvre. Dans le règlement préventif, l'attribution judiciaire ou amiable doit être de mise si la créance n'est pas désignée par le débiteur dans la requête de règlement préventif<sup>170</sup>. En revanche, dans la procédure de redressement judiciaire ou liquidation des biens, l'attribution judiciaire ou amiable doit être suspendue<sup>171</sup>.

**61.** Quant au droit de rétention, c'est un droit qui permet à un créancier de retenir la chose jusqu'au paiement complet de sa créance. Ce droit appartient au créancier gagiste. Mais quel est le sort de ce droit dans la procédure collective ? Le législateur OHADA est silencieux sur cette question. En France, l'article 83 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi de 1967 disposait qu'en matière de liquidation de biens « *le syndic peut, avec l'autorisation du juge commissaire et moyennant le remboursement de la dette, retirer au profit de la masse le gage donné par le débiteur* ». Cette solution n'est pas très efficace<sup>172</sup>. Elle se comprend mieux que si le montant de la créance garantie est inférieur à la valeur du bien. Dans le cas contraire, le syndic n'a aucun intérêt de procéder au retrait du bien. Quoi qu'il en soit, le retrait de la chose au profit de la masse compromet le paiement du créancier gagiste. Pour la procédure de redressement de bien, il existe deux possibilités. D'abord, le bien doit être retiré s'il est utile au redressement de l'entreprise. Mais le créancier ne doit pas recevoir ce paiement car ce sera une rupture d'égalité entre créanciers<sup>173</sup>. Ensuite, le créancier peut retenir le

---

<sup>169</sup> V° A.U.S. Art. 104 al. 2. et 134 al. 2.

<sup>170</sup> Cette décision se justifie par le fait que les créances listées sur la requête de règlement préventif seront soumises à la décision de poursuite individuelle.

<sup>171</sup> La règle de la suspension des poursuites individuelles s'applique de façon générale à tous les créanciers dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire et de la liquidation des biens.

<sup>172</sup> V° PASTAUD, *L'efficacité des sûretés réelles en droit des affaires*, Thèse, Limoges, 1979, p. 34 et s.

<sup>173</sup> V° J-P. SORTAIS, « La situation des créanciers titulaires de sûretés et privilèges dans les procédures collectives », *op. cit.*, p. 282.

bien si celui-ci n'est pas nécessaire à la survie de l'entreprise. Par ailleurs, dans le règlement préventif, le droit de rétention demeure tant que la créance n'est pas désignée dans la requête du débiteur.

**62.** La vente forcée de l'assiette de la sûreté : c'est une voie de droit qui appartient à tout créancier muni de sûreté lui permettant de procéder à la vente forcée en cas de non-paiement, après une mise en demeure restée infructueuse. Cette procédure doit être de mise dans le règlement préventif pour les raisons indiquées ci-dessus<sup>174</sup>. Elle doit être suspendue dans le redressement judiciaire et la liquidation des biens du fait de la suspension des poursuites individuelles. D'ailleurs, dans la procédure de liquidation de biens, la vente forcée est une prérogative qui appartient au syndic, car c'est lui qui représente les créanciers<sup>175</sup>.

**63.** La suspension des modes de réalisation de la sûreté est lourde de conséquences. En fait, il convient de rappeler que la réalisation rapide de la sûreté est un gage de son efficacité. Les créanciers ne seront pas enclins à octroyer du crédit parce que leurs sûretés peuvent se réaliser en un trait-de temps en cas de non-paiement. La réforme du droit des sûretés a pris en compte cet aspect en améliorant les modalités de réalisation des sûretés. C'est pourquoi, on a admis l'attribution amiable de l'assiette de la sûreté dans le gage en matière d'hypothèque et de droit de rétention. L'attribution amiable a pour but d'éviter la lenteur de la procédure judiciaire. Elle permet aussi au créancier de ne pas s'exposer au risque de dépréciation de la chose objet de la sûreté. En revanche, le retard dans la réalisation des sûretés exposerait son titulaire à plusieurs risques<sup>176</sup>. Il sera d'abord confronté à une éventuelle dépréciation substantielle de l'assiette de la sûreté<sup>177</sup>. Pour cela, l'A.U.S. a prévu dans certaines sûretés une obligation de maintien de la valeur de l'objet de la sûreté<sup>178</sup>. Aussi, le créancier muni de sûreté court le risque de la dépréciation monétaire. Ce risque est d'autant plus grand car nous sommes dans un contexte de crise économique. En outre, le retard dans la réalisation peut entraîner une accumulation des intérêts. Cependant, ce risque n'existe pas dans la procédure de redressement judiciaire et de liquidation des biens car les intérêts

---

<sup>174</sup> La vente forcée du bien gagé et se payer par préférence sur le prix de la réalisation est possible tant que la créance du créancier gagiste n'est pas listée sur la requête du débiteur afin de suspension des poursuites individuelles.

<sup>175</sup> D'ailleurs, le créancier gagiste n'a pas intérêt à provoquer lui-même la vente forcée de la chose gagée car sur le prix de la réalisation de la vente, il risquera d'être primé par des créanciers dont le privilège l'emporte sur le sien.

<sup>176</sup> V°. P.R. GALLE, « Risques et responsabilités des contractants », *op. cit.*, p. 89 et s.

<sup>177</sup> V°. E. SOUPGUI, « La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA », *Ohadata Penant* 870, p. 70 et s.

<sup>178</sup> V°. A.U.S. Art. 10.

sont suspendus<sup>179</sup>. En revanche, dans la procédure de règlement préventif les intérêts continuent à courir<sup>180</sup>. Cette solution se justifie par le fait que le débiteur n'est pas en cessation de paiement. Toutefois, une accumulation trop importante des intérêts ferait que la valeur de la sûreté soit inférieure à la créance garantie.

**64.** Néanmoins, l'ampleur de ce retard dépendra de la durée de la suspension des droits des créanciers munis de sûretés. Dans le règlement préventif, la suspension des poursuites individuelles dure jusqu'au dépôt du rapport de l'expert donc dans un délai de trois à quatre mois<sup>181</sup>. Ce délai pourra être prolongé de trois ans si le tribunal rend une décision de règlement préventif en homologuant le concordat.<sup>182</sup> Par ailleurs, la durée de la suspension de la réalisation des sûretés est indéterminée dans la procédure de redressement judiciaire et de liquidation des biens. Mais, des solutions sont proposées par la doctrine :

Une première solution consisterait à dire que « *le droit de poursuite individuelle est suspendu jusqu'à l'arrêt de l'état des créances* »<sup>183</sup>. C'est une solution favorable aux créanciers, mais dangereuse pour le débiteur car la poursuite des créanciers peut, dans ce cas, mettre en échec le vote du concordat.

Une deuxième solution « *consisterait à la suspension de la réalisation des sûretés jusqu'à l'assemblée concordataire* »<sup>184</sup>. C'est une solution raisonnable car elle faciliterait la conclusion du concordat. Elle a reçu l'aval de la jurisprudence française car la réalisation du gage effectuée avant l'octroi du concordat aboutirait à laisser celui-ci à la merci des créanciers titulaires des biens, lesquels créanciers, qui ne participant pas à la décision concordataire, se retrouveraient en fait les maîtres réels bien qu'occulte, de la décision à prendre sur la survie de l'entreprise<sup>185</sup>.

---

<sup>179</sup> V°. A.U.P.C. Art 77.

<sup>180</sup> Cependant, dans les procédures de redressement judiciaire et de liquidation les intérêts légaux et conventions et les majorations de retard sont suspendus. Voir en ce sens : A. KANTÉ, « Réflexions sur le principe de l'égalité entre créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif (O.H.A.D.A.) », *op. cit.*, p. 57.

<sup>181</sup> V°. A. DELABRIERE, « L'article 11 de l'acte uniforme sur les procédures collectives: outil de sauvegarde ou de discrimination? », *Ohadata, Penant* 870, p. 56 et s. V°. AUPC Art. 9.

<sup>182</sup> V°. A. DELABRIERE, « L'article 11 de l'acte uniforme sur les procédures collectives: outil de sauvegarde ou de discrimination? », *op. cit.*, p. 56 et s.

<sup>183</sup> V°. J-P. SORTAIS, « La situation des créanciers titulaires de sûretés et de privilèges dans les procédures collectives », *op. cit.*, p. 278.

<sup>184</sup> V°. *ibid.*, p. 278.

<sup>185</sup> V°. *ibid.*, p. 278.

Une dernière solution consisterait « à *prolonger la suspension de leurs poursuites individuelles jusqu'à l'homologation définitive du concordat* »<sup>186</sup>. La solution est sage car elle permet de conjurer le risque du refus d'homologation du concordat. De plus, elle permet au débiteur de proposer des solutions sérieuses de désintéressement des créanciers munis de sûretés.

Cette dernière solution rencontre notre adhésion. Elle permet de sauvegarder à la fois le vote du concordat et son homologation. La survie de l'entreprise est donc sauvée. De surcroît, l'intérêt des créanciers est garanti. Ces derniers participent dans toutes les phases de la formation du contrat afin de mieux défendre leurs intérêts.

**65.** La suspension des droits des créanciers se manifeste également par la suspension des privilèges. Le droit des sûretés octroie aux créanciers deux privilèges. Il s'agit du droit de préférence et du droit de suite<sup>187</sup>.

**66.** Le droit de préférence<sup>188</sup> permet à son titulaire d'échapper au concours des autres créanciers. Il garantit le paiement du principal et des accessoires de la dette. Ce droit s'exerce également par subrogation sur l'indemnité d'assurance en cas de sinistre de l'objet de la garantie<sup>189</sup>. Il est la marque de différence entre les créanciers munis de sûretés et les créanciers chirographaires. Les seconds sont toujours derniers du classement pour la distribution du prix émanant de la réalisation des biens meubles ou immeubles<sup>190</sup>. En revanche, les créanciers munis de sûretés sont relativement bien placés. En effet, les créanciers hypothécaires arrivent en troisième position pour la distribution du prix résultant de la réalisation des biens immobiliers. Entre créanciers hypothécaires, la préférence est déterminée suivant l'ordre des inscriptions au registre du commerce et du crédit mobilier. Les créanciers inscrits le même jour exercent en concurrence une hypothèque de la même date sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir même si cette différence avait été mentionnée par le conservateur.

---

<sup>186</sup> V° J-P. SORTAIS, *op. cit.*, p. 278.

<sup>187</sup> V° A. PIEDELIEVRE, « L'efficacité de la garantie hypothécaire », *Études offertes à Jacques FLOUR*, Paris, répertoire notariat Défrénois, 1979, p. 368.

<sup>188</sup> V° J. ISSA-SAYEGH, « La liberté contractuelle dans le droit des sûretés », *penant* 851, p.173.

<sup>189</sup> V° A.U.S. Art. 197 al. 3.

<sup>190</sup> V° A.U.S. Art. 225.

En ce qui concerne les créanciers gagistes, ils arrivent en quatrième position pour la distribution du prix émanant de la réalisation des biens meubles. Mais, lorsque la chose fait l'objet de plusieurs gages successifs, il faut distinguer trois situations :

- Lorsque la chose fait l'objet de plusieurs gages successifs sans dépossession, l'ordre des créanciers est déterminé par l'ordre d'inscription de leur droit au RCCM<sup>191</sup>.
- Lorsque la chose fait l'objet d'un gage sans dépossession, puis d'un gage avec dépossession, le créancier gagiste antérieur, qui ne bénéficie pas de la dépossession, est préféré au créancier gagiste postérieur à qui le bien a été remis et le droit de rétention de ce dernier est inopposable au premier créancier<sup>192</sup>.
- Lorsque la chose fait l'objet d'un gage avec dépossession, elle ne peut plus guère être gagée que sans dépossession. Le droit de rétention du créancier gagiste antérieur, à qui la chose a été remise, est opposable au créancier gagiste postérieur<sup>193</sup>. Cependant, quel est le sort du droit de préférence pendant la décision de la suspension des poursuites individuelles ?

Dans un jugement rendu par le tribunal de grande instance de Paris le 2 février 1970<sup>194</sup>, le juge a estimé que les règles concernant les droits de préférence des créanciers munis de sûretés pouvaient être écartées. Mieux, il a considéré que les petites créances seraient payées plus rapidement que les plus importantes et que de même certains créanciers qui étaient plus en difficulté que d'autres seraient réglés en priorité. Cette décision du tribunal de Paris est favorable à la neutralisation du droit de préférence. En outre, dans l'affaire dite « **Mame** » rendue par la Cour d'appel de Paris du 27 mai 1971<sup>195</sup>, le juge avait décidé que le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires et les créanciers bénéficiant de privilèges et sûretés a pour conséquence la suspension du droit de préférence des créanciers privilégiés, et que cette suspension peut aller jusqu'à la perte de ce droit. Cette décision va plus loin que la précédente puisqu'elle préconise la perte du droit de préférence.

---

<sup>191</sup> V°. A.U.S. Art. 107 al. 1.

<sup>192</sup> V°. A.U.S. Art. 107 al. 2.

<sup>193</sup> V°. A.U.S. Art. 107 al.3.

<sup>194</sup> V°. note GENSBURGER J.C.P. 1971. II. 16578.

<sup>195</sup> V°. J-P. SORTAIS, *op. cit.*, p. 257.

Enfin, une dernière décision vint le 11 octobre 1972. Il s'agit celle de la Cour de cassation française. Cet arrêt a écarté la jurisprudence « *Mame* »<sup>196</sup>. Dans cette affaire, le juge a décidé que si le plan d'apurement est opposable aux créanciers dont la créance est assortie d'un privilège et si, dès lors, l'exercice des droits de préférence et de suite dont ces créanciers bénéficient est suspendu pendant l'exécution du plan leurs sûretés ne sont pas éteintes. Ces créanciers retrouveront tous leurs droits à l'expiration du plan. Par conséquent, l'aliénation des biens grevés fait disparaître leurs sûretés sans leur consentement.

Au regard de ces décisions de justice, le juge français était traditionnellement favorable à la suppression du droit de préférence. C'était sans doute une position qui appliquait à la lettre la règle de l'égalité entre les créanciers chirographaires et les créanciers munis de sûretés. Néanmoins, ces décisions ne sont pas favorables à l'octroi du crédit. En effet, les créanciers, conscients de la perte de leurs privilèges, hésiteront à accorder du crédit aux entreprises. C'est pourquoi, la jurisprudence a finalement opté pour la suspension du droit de préférence pendant la procédure de faillite. Mais, cette nouvelle tendance démontre bien que l'égalité entre les créanciers de la procédure collective est temporaire<sup>197</sup>. À la fin de la période de la période d'observation, les créanciers munis de sûretés reprennent leur place normale. Quid du droit OHADA ?

Selon le droit OHADA, les créanciers munis de sûretés ne perdent pas leurs sûretés, mais ils ne peuvent pas les mettre en œuvre pendant le délai d'observation<sup>198</sup>. Or, le droit de préférence n'est mis en œuvre qu'après la réalisation du bien. La suspension de la réalisation de l'assiette de la sûreté emporte également la suspension du droit de préférence.

**67.** Quant au droit de suite<sup>199</sup>, c'est un droit qui permet à un créancier chirographaire ou privilégié de saisir l'immeuble garantissant le paiement de la dette en quelque main, même entre les mains du tiers acquéreur. Le droit de suite se ramène généralement à deux prérogatives. En

---

<sup>196</sup> V°. J-P. SORTAIS, *op cit.*, p. 272.

<sup>197</sup> Cette temporalité varie selon le type de procédure collective. Dans le redressement judiciaire, l'égalité des créanciers dure jusqu'à ce que l'entreprise retrouve sa santé financière, c'est-à-dire jusqu'à l'exécution complète du concordat de redressement. En revanche dans la procédure de liquidation des biens, l'égalité dure jusqu'à la clôture de la liquidation.

<sup>198</sup> Cette neutralisation des sûretés ne se justifie pas dans le cadre de la procédure de la liquidation des biens, car la finalité n'est pas d'assurer la poursuite de l'activité du débiteur mais plutôt d'épurer le passif des créanciers.

<sup>199</sup> V°. A. PIEDELIEVRE, « L'efficacité de la garantie hypothécaire », *op. cit.*, p. 308.

premier lieu, le créancier hypothécaire conserve son droit de saisie. En deuxième lieu, il conserve son droit de préférence.

Au fond, le droit de suite n'est rien d'autre que la conservation du droit de saisie et du droit de préférence à l'encontre du tiers acquéreur. Le créancier hypothécaire a le droit de saisir et vendre l'immeuble entre les mains du tiers acquéreur qui le détient à la suite d'une aliénation afin de se faire payer par préférence sur le prix. Mais, le créancier ne peut exercer ce droit que si trois conditions sont réunies :

- Il doit transcrire son droit avant la transcription de l'acte d'acquisition ;
- Sa créance doit être exigible,
- Il doit adresser une sommation au tiers acquéreur qui dispose d'une option.

Cette précision étant faite, il sied maintenant d'analyser le sort du droit de suite en cas de procédures collectives. Selon la jurisprudence française, le droit de suite suit le même sort que le droit de préférence.

En réalité, le droit de suite est une mesure conservatoire. Il permet de conserver le droit de préférence. Dans le règlement préventif, les mesures conservatoires ne sont pas suspendues. Par conséquent, le créancier muni de sûreté réelle, qui se voit interdit d'intenter une action en paiement, peut exercer des mesures conservatoires. Ce n'est pas le cas dans la procédure de redressement judiciaire et de liquidation parce que la décision d'ouverture suspend les poursuites individuelles<sup>200</sup> et les mesures conservatoires. En outre, les créanciers sont représentés par le syndic. Celui-ci est désigné par le jugement d'ouverture.

**68.** Dans le cadre de liquidation des biens, le rôle principal du syndic est de protéger le patrimoine du débiteur. Il procédera alors à l'apposition des scellés. Il fera l'inventaire, l'actif et établira le passif, prendra les mesures conservatoires nécessaires à la protection des créanciers ; initiera à cet effet les actions en justice qu'il juge appropriées.

---

<sup>200</sup> V° A.U.P.C. Art. 75-1.

69. Dans la procédure du redressement judiciaire, le syndic ne fait qu'assister le débiteur<sup>201</sup> mais il représente toujours les créanciers<sup>202</sup>. Il agira donc dans le sens de la protection des intérêts des représentés.

Par conséquent, dans la procédure de liquidation de biens tout comme dans celle de redressement judiciaire, il appartient au syndic de préserver les droits des créanciers et donc d'exercer le droit de suite en qualité de représentant des créanciers.

Toutefois, les créanciers titulaires de sûretés sont protégés par le droit commun de responsabilité civile. Ce faisant, ils peuvent engager la responsabilité civile du syndic lorsque ce dernier, par sa négligence, n'a pas protégé leurs droits.

Bref, le jugement de suspension provisoire paralyse totalement le droit de suite et met en péril le droit de préférence attaché aux sûretés. Ensuite, en cas de redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire, la réalisation des sûretés est suspendue. Ces inconvénients sont de nature à favoriser un risque de non-paiement.

## **B. L'existence d'un risque de non-paiement**

70. Les règles des procédures collectives agissent substantiellement sur les droits des créanciers munis de sûretés<sup>203</sup>. Ces derniers souffrent de la faillite du débiteur car la situation des créanciers du débiteur en procédure collective se manifeste par la contrainte. Ainsi, le cocontractant du débiteur en faillite est souvent prisonnier du contrat auquel il souhaite mettre fin<sup>204</sup>. Il y a aussi le risque de perturbation des prévisions du contrat ou de remise en cause par le biais des inopposabilités de la période suspecte et de cessions forcées de contrat. De surcroît, il y a un risque de non-paiement des créances issues de la procédure collective<sup>205</sup>. Plus encore, le risque d'un défaut de paiement existe en cas de clôture de la procédure pour insuffisance d'actif. Le risque de ne pas être payé est tel que beaucoup de créanciers en pertes ne sollicitent pas leur règlement voire

---

<sup>201</sup> V° A.U.P.C. Art. 52.

<sup>202</sup> V° A.U.P.C. Art. 72.

<sup>203</sup> V° J-P. SORTAIS, *op. cit.*, p. 271.

<sup>204</sup> V° C. BRUNETTI-PONS, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *R.T.D. com.*, 2000, p. 783.

<sup>205</sup> V° P.R. GALLE, « Risques et responsabilités des contractants », *op. cit.*, p. 89.



ne les déclarent pas. Ils n'attendent rien des procédures collectives surtout s'ils sont chirographaires.

Il faut noter que le risque de non-paiement guette tous les créanciers de la masse. Cela est valable même pour les créanciers munis de sûretés mobilières ou immobilières. Ce risque est inhérent à la clôture pour insuffisance d'actif<sup>206</sup>. Il est moins important pour la clôture pour l'extinction du passif<sup>207</sup>.

**71.** La clôture pour extinction du passif a lieu lorsqu'il n'existe plus de passif exigible ou lorsque le syndic dispose des deniers suffisants ou encore les sommes dues en capital, intérêt et frais sont consignées. C'est la solution idéale car elle suppose que tous les créanciers aient reçu leur paiement ou aient obtenu de garantie suffisante pour le paiement de leur créance. En revanche, la clôture pour insuffisance d'actifs est défavorable pour les créanciers. Avant d'examiner ces conséquences, nous allons d'abord analyser la notion de clôture pour insuffisance d'actifs.

### **1. Notion de clôture pour insuffisance d'actifs**

La clôture pour insuffisance d'actifs intervient, « *si les fonds manquent pour entreprendre ou terminer les opérations de liquidation des biens, la juridiction compétente, sur le rapport du juge-commissaire peut, à quelque époque que ce soit, prononcer, à la demande de tout intéressé ou même d'office la clôture des opérations pour insuffisance d'actif* ». <sup>208</sup> Le législateur semble viser ici une situation d'extrême difficulté qui ne permet point à l'entreprise de faire face aux frais et dépenses que génère la liquidation. Elle suppose que tous les biens du débiteur soient réalisés. Mais malgré cela, le passif n'est pas entièrement apuré. Cette situation implique donc que certains créanciers n'ont pas reçu leur paiement. Ce phénomène peut concerner les créanciers munis de sûreté. Si tel est le cas, ils peuvent perdre leur privilège. Ils sont réduits au rang des créanciers chirographaires. C'est pourquoi, les rédacteurs A.U.P.C. ont décidé que la clôture des opérations interviendra à la demande de tout intéressé<sup>209</sup>. Ainsi, sont concernés au premier chef les créanciers. Il s'agit plus précisément de ceux qui n'ont pas obtenu leur paiement et que la clôture des opérations permettra d'exercer leur droit de poursuite individuelle. Le syndic peut également introduire une

---

<sup>206</sup> V° A.U.P.C. Art. 173.

<sup>207</sup> V° A.U.P.C. Art. 178 et 178-1.

<sup>208</sup> V° A.U.P.C. Art. 173.

<sup>209</sup> Le ministère public est également intéressé parce que les procédures collectives intéressent l'ordre public et pourraient avoir des conséquences pénales.

demande de clôture. Si aucune demande n'a été déposée, la juridiction compétente peut prononcer d'office et à tout moment la clôture pour insuffisance d'actif. En effet, aux termes de l'article 173 A.U.P.C, la juridiction compétente peut, sur rapport du juge commissaire, prononcer à la demande de tout intéressé<sup>210</sup> ou même d'office, la clôture pour insuffisance d'actifs. Il y a clôture pour insuffisance d'actifs si les fonds manquent pour engager ou parachever les opérations de liquidation de biens ou lorsque les frais de réalisation de l'actif excèdent notamment les recettes espérées. Ce mode de clôture risque d'être plus fréquent en raison de la mauvaise foi de certains débiteurs indécents qui peuvent dissimuler une partie importante des biens de l'entreprise avant l'ouverture de la procédure<sup>211</sup>. C'est pourquoi, le législateur permet toujours aux créanciers d'agir. Ils recouvrent leur droit de poursuite individuelle après la clôture des procédures.

## **2. Les conséquences de la clôture pour insuffisance d'actifs**

Pourtant, la clôture a des conséquences sur les organes de la procédure. En effet, la décision de clôture met fin aux opérations de liquidation. Elle met également fin aux organes désignés par le jugement de clôture. Dès lors, quel sera le sort des créanciers ? En fait, la clôture avec insuffisance d'actifs permet aux créanciers d'avoir plusieurs options.

D'abord, ils pourront demander l'annulation de la décision de la clôture pour insuffisance d'actif. Ainsi, l'article 175 A.U.P. dispose que si la juridiction décide de prononcer d'office la clôture, cette décision pourra être annulée à la demande du débiteur ou de tout intéressé. L'expression « *tout intéressé* » concerne au premier les créanciers y compris ceux qui sont titulaires des sûretés. La décision de clôture pour insuffisance d'actif est donc une décision provisoire et non définitive. Cependant, la demande de réouverture des opérations de liquidation n'est pas forcément protectrice des créanciers car ils devront consigner les fonds nécessaires aux frais de la liquidation entre les mains du syndic. Ce ne serait-il pas de prendre un nouveau risque que de consigner une telle somme entre les mains du syndic ? Nous pensons que cette demande de réouverture se fait aux risques et péril des créanciers. En fait, non seulement ils n'ont pas reçu leurs créances nées de la procédure mais aussi ils perdraient les sommes consignées si l'insuffisance

---

<sup>210</sup> Cette demande peut émaner du débiteur lui-même, des créanciers voire le ministère public.

<sup>211</sup> C'est pour éviter ces genres de situations que le législateur a prévu l'inopposabilité de certains actes accomplis pendant la période suspect.

d'actif demeure malgré la réouverture des opérations. Le risque de non-paiement des créances est donc suffisamment avéré.

Qu'en est-il si la clôture des opérations émane de la demande de « *tout intéressé* » ? En d'autres termes, si un créancier, ayant obtenu son paiement, demande la clôture des opérations, les autres créanciers pourront-ils demander la réouverture ? Nous estimons que la réponse doit être affirmative dès lors que le demandeur consigne entre les mains du syndic les fonds nécessaires aux frais de la liquidation.

72. En outre, une autre opportunité est offerte aux créanciers car ils peuvent exercer leur droit de poursuite individuelle<sup>212</sup>. Cependant, les suites de ce droit sont apparemment vaines parce que la clôture de la procédure emporte la dissolution de la société si le débiteur est une personne morale. Dès lors, l'associé serait-il tenu des dettes sociales ? La question peut paraître saugrenue dans les sociétés à risque limité. En réalité, ce qui caractérise ces sociétés est que les associés y limitent le risque au montant de leur apport. Pourtant, dans un certain nombre de cas un associé d'une société à Responsabilité Limitée ou un actionnaire d'une Société Anonyme peut se trouver exposé au-delà de son apport. Cette situation existe dans trois cas<sup>213</sup>.

D'abord, elle peut être le résultat d'une sanction, c'est-à-dire en cas de surévaluation d'un apport en nature<sup>214</sup>. Ce peut être aussi le cas où l'associé ou l'actionnaire a la qualité d'un dirigeant de fait ou de droit et qui a commis des fautes de gestion qui justifient la mise à sa charge d'une partie du passif social<sup>215</sup>. Ensuite, la deuxième situation est relative à la confusion de patrimoine. En effet, si le patrimoine de l'associé est confondu à celui de la société, les créanciers sociaux peuvent exercer leur droit de poursuite individuelle à l'égard de l'associé<sup>216</sup>. Enfin, la troisième situation c'est en cas de dissolution d'une société unipersonnelle. La dissolution d'une société unipersonnelle emporte la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique, sans qu'il y ait lieu de liquidation<sup>217</sup>. L'associé unique recueille ainsi les actifs de la société mais également son passif et si celui-ci excède celui-là, l'associé ne recueille en définitive que des

---

<sup>212</sup> V° A.U.P.C. Art. 174 al. 2.

<sup>213</sup> V° F-X. LUCAS, « Les associés et la procédure collective », *Les Petites Affiches*, 9 janvier 2002 n° 7, p. 7

<sup>214</sup> V° A.U.S.C./G.I.E. Art. 312 al. 7.

<sup>215</sup> V° F-X. LUCAS, *op.cit.* p. 8.

<sup>216</sup> V° *ibid.* p. 8.

<sup>217</sup> V° A.U.S.C./G.I.E. Art. 201 al. 5.

dettes<sup>218</sup>. Heureusement, l'A.U.S.C. révisé a limité la confusion de patrimoine qu'à l'égard de l'associé unique personne morale<sup>219</sup>. En revanche, dans les sociétés à risques illimités, les associés se trouvent exposés à devoir répondre du passif social. Ils sont dans la position de débiteurs adjoints. En d'autres termes, ils sont débiteurs d'une obligation de garantie, subsidiaire et accessoire<sup>220</sup>.

Dans tous les cas, les créanciers n'ont pas la chance d'obtenir le paiement de leur créance parce qu'ils n'ont aucun privilège. Les biens objets de la sûreté ont été réalisés et affectés au paiement des frais de la réalisation ou aux créanciers salariés.

**73.** Une dernière possibilité est offerte aux créanciers ; il s'agit de l'action en comblement du passif. Elle est prévue par l'article 183 A.U.P.C. En effet, lorsque l'actif est insuffisant pour combler le passif de la société, et que cette insuffisance d'actif est liée à une mauvaise gestion de la société, la juridiction compétente peut, à la requête du syndic ou même d'office, décider que les dettes de la société seront supportées en tout ou en partie par tous les dirigeants ou certains d'entre eux. Toutefois, il faut un lien de causalité entre la faute de gestion et l'insuffisance d'actif. La faute de gestion consiste notamment à la poursuite d'une activité déficitaire dans un intérêt personnel pendant la période suspect. L'action en comblement du passif est classiquement considérée comme une action en responsabilité civile aggravée.<sup>221</sup> Son aggravation résultait de la spécificité de cette action. En fait, l'obligation de combler le passif a toujours fonctionné sur des présomptions : présomption de faute de dirigeants dès qu'il y a insuffisance d'actif, présomption de lien de causalité entre la faute et le dommage constitué par l'insuffisance d'actif. Malgré ces facilités de la mise en œuvre, l'action en comblement du passif ne protège pas suffisamment les créanciers. D'abord, c'est une action qui est exercée par le syndic et non par les créanciers. Ensuite, sa mise en œuvre est une simple faculté pour le tribunal. Celui-ci n'est pas obligé de prononcer la sanction même lorsque la faute est constatée. Cette analyse démontre que les options du créancier ne sont pas suffisamment protectrices.

---

<sup>218</sup> V°. F-X. LUCAS, *op.cit.*, p. 8.

<sup>219</sup> V°. A.US.C/G.I.E. Art. 201 *in fine*.

<sup>220</sup> V°. F.X. LUCAS, *op. cit.*, p. 8.

<sup>221</sup> V°. Encyclopédie du droit OHADA, sous la direction de POUGOUE Paul-Gérard, Edition Lamy 2011, p.1807.

Le droit des procédures collectives ne perturbe pas seulement les sûretés mais aussi les clauses de gestion de risques.

## **PARAGRAPHE II. La neutralisation des clauses contractuelles**

**74.** Les clauses contractuelles sont au service du contrat<sup>222</sup>. Elles permettent de gérer les risques contractuels<sup>223</sup>. Ces clauses de gestion de risques sont destinées à prévenir et à réparer le risque d'une inexécution contractuelle<sup>224</sup>. L'ouverture de la procédure collective peut remettre en cause le contenu du contrat<sup>225</sup> en effaçant<sup>226</sup> notamment certaines clauses contractuelles<sup>227</sup>. Par exemple, la clause pénale<sup>228</sup> et la clause d'exécution forcée sont suspendues par l'effet de la décision de suspension des poursuites individuelles quant à la conclusion d'un contrat de location gérance est possible même en présence d'une clause contraire dans le bail<sup>229</sup>.

Par ailleurs, certaines clauses échappent à l'impérialisme du droit de la procédure collective c'est le cas de la clause de réserve de propriété. En effet, nonobstant l'ouverture de la procédure collective, le créancier réservataire peut toujours revendiquer son bien sous certaines conditions. Sous ce rapport, il convient de voir la discussion relative à la sanction des clauses contractuelles **(A)** avant d'analyser les limites **(B)**.

### **A. La discussion relative à la sanction réputée non écrite de certaines clauses du contrat**

---

<sup>222</sup> V°. M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1<sup>re</sup> partie) », *RDC* octobre 2006, n° 4, p. 1051.

<sup>223</sup> V°. J.-M. MOUSSERON, « La gestion des risques », *RDC civ* 1998, p. 481 et s.

<sup>224</sup> V°. N. GRAS, *Essais sur les clauses contractuelles*, Thèse, Université Clermont-Ferrand 1, 2014, p. 25 et s.

<sup>225</sup> V°. N. STAGNOLI, *Les atteintes de la procédure collective à la liberté contractuelle*, Mémoire DEA, droit des affaires, p. 15 et s.

<sup>226</sup> Cet effacement se traduit par la technique de de la clause réputée non écrite. Il s'agit d'une neutralisation définitive des clauses contractuelles puisque la réputé non écrit conduit à l'effacement de la clause. Cette technique nous semble discutable. Le législateur aurait dû suspendre les effets desdites clauses pendant la période d'observation.

<sup>227</sup> Le droit des procédures collectives sape la liberté contractuelle sous l'autel de la sauvegarde de l'entreprise. Au-delà même des clauses du contrat, c'est le contrat lui-même qui est remis en cause. À compter du jugement d'ouverture le contrat est en situation de précarité permanente. Les clauses de résiliation ayant pour motif les procédures collectives sont réputées non écrites. La poursuite des relations contractuelles dépend de la décision du juge.

<sup>228</sup> V°. A. DEMEYERE, « Étude comparative de la clause pénale en droit français et en Common law » in *institut de droit comparé IMCCIIIUniversity, Montréal* Novembre 1999, p. 47 et s.

<sup>229</sup> V°. A.U.P.C. Art. 115 al.2.

75. « La clause réputée non écrite a aujourd'hui conquis de manière indiscutable son droit de cité en droit des contrats »<sup>230</sup>. Elle participe à une forme d'interventionnisme du législateur<sup>231</sup> dans un but d'intérêt général<sup>232</sup>. Réputée une clause non écrite, elle procède de la volonté délibérée de faire respecter une norme afin de garantir un minimum de sécurité contractuelle<sup>233</sup>.

Néanmoins, le législateur OHADA utilise cette notion en droit des procédures collectives pour limiter la liberté contractuelle dans le seul but d'assurer la survie de l'entreprise. D'abord, l'article 97 du même Acte uniforme dispose que l'ouverture de la procédure collective n'entraîne pas, de plein droit, la résiliation du bail des immeubles affectés à l'activité professionnelle du débiteur, y compris les locaux qui, dépendant de ces immeubles, servent à l'habitation du débiteur ou de sa famille. Toute stipulation contraire est réputée non écrite. Ensuite, selon l'article 107 A.U.P.C, est réputé non écrite les clauses de résolution qui ont pour motif l'ouverture de la procédure collective. Enfin, l'article 115 alinéa 2 poursuit la liste énonçant que la location gérance est possible même en présence d'une clause contraire du bail.

La réputée non écrite est une clause contractuelle marque la volonté du législateur africain de maintenir les contrats en cours afin d'assurer le redressement du débiteur en faillite<sup>234</sup>. Mais, en même temps le droit OHADA place le cocontractant dans une situation d'insécurité totale. Ce dernier se trouve désarmé par rapport à la faillite du débiteur.

Cependant, dans certaines situations la clause réputée non écrite est appelée à la rescousse lorsqu'on veut rétablir la violation des dispositions d'ordre public. En effet, la Cour d'appel de Dakar avait décidé que la clause de tacite reconduction prévue est réputée non écrite pour être contraire aux dispositions d'ordre public de l'article 124 AUDCG/GIE<sup>235</sup>.

76. Par ailleurs, la clause réputée non écrite est différente de la nullité. La nullité est une technique juridique d'anéantissement d'un acte juridique pour inobservation des conditions de formation<sup>236</sup>. La clause réputée non écrite correspond à une technique qui est celle de la fiction : la

---

<sup>230</sup> V°. V. COTTERAU, « La clause réputée non écrite », *J.C.P* éd. G, n° 28-29, p. 315.

<sup>231</sup> V°. V. COTTERAU, « La clause réputée non écrite », *op. cit.*, p. 315..

<sup>232</sup> Cet intérêt général est relatif à la protection des consommateurs dans les contrats d'adhésion.

<sup>233</sup> V°. V. COTTERAU, *op. cit.*, p. 315.

<sup>234</sup> C'est pourquoi, sont réputées non écrites les clauses de résiliation pour cause de procédure collective puisque ces clauses paralysent la poursuite de l'activité économique du débiteur en procédure collective.

<sup>235</sup> V°. CA Dakar Arrêt n° 620 du 29/11/2012, bulletin des arrêts en matière civile et commerciale 2014, p. 16.

<sup>236</sup> V°. C.O.C.C. Art. 85 et 86.

clause réellement écrite n'est pas écrite. De plus, la clause réputée non écrite est différente de l'inexistence. L'inexistence de l'acte est liée à l'absence d'un acte essentiel dans sa formation.

La clause réputée non écrite n'est pas écrite et nul ne peut donc la lire<sup>237</sup>. C'est une clause qui est censée n'avoir jamais existé et qu'aucun consentement n'ait pu être émis et les parties n'ont réalisé aucune déclaration de volonté à son propos. Toute apparence est déniée à la clause réputée non écrite. Celle-ci est placée hors de la sphère contractuelle.

77. Quel est son fondement juridique ? Nous estimons que son fondement ne saurait être recherché exclusivement dans le droit des procédures collectives car certaines législations mettent l'accent sur le caractère répressif de la procédure collective. Son objectif est de sanctionner le débiteur qui ne tient pas ses engagements, c'est le cas de l'Italie<sup>238</sup>. Cependant, le législateur français, duquel s'inspire le droit OHADA, donne la priorité à la protection de l'économie. Par conséquent, la clause réputée non écrite a pour soubassement l'ordre public. Il ne s'agit sans doute pas de l'ordre public économique de protection<sup>239</sup>. On ne cherche pas à protéger le débiteur indélicat, mais à protéger l'entreprise qui participe à la création d'emploi.

Il est donc question d'un ordre public de direction. Les rédacteurs du droit OHADA veulent canaliser l'activité contractuelle dans un sens conforme à l'utilité sociale. Le droit des procédures collectives permet non seulement de sauvegarder les entreprises en difficulté mais aussi d'éradiquer le circuit économique de celles qui sont moins viables. Il s'agit d'assainir l'activité macroéconomique des États parties de l'OHADA. Ainsi, pour permettre la sauvegarde de l'entreprise, il est impératif d'effacer certaines clauses contractuelles par le mécanisme de la clause réputée non écrite<sup>240</sup>. Il s'agit surtout des clauses qui peuvent compromettre la poursuite de l'activité économique ? Notamment la clause résolutoire et les clauses de sorties<sup>241</sup>.

78. Quant à la clause résolutoire, « *elle tend à détruire le contrat inexécuté et à faire cesser les relations des contractants* »<sup>242</sup>. Elle est définie comme celle par laquelle le contrat sera résolu

---

<sup>237</sup> V°. J. KULMANN, « *Remarques sur les clauses réputées non écrites* », *Dalloz*. 1993, p. 60.

<sup>238</sup> V°. Encyclopédie droit OHADA, sous la direction de POUQUE Paul-Gérard, Edition Lamy 2011, p. 68.

<sup>239</sup> V°. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit Civil les Obligations*, F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil les obligations*, 9<sup>ème</sup> éd. 2005.

<sup>240</sup> V°. V. COTTERAU, « *La clause réputée non écrite* », *op. cit.*, p. 318.

<sup>241</sup> La clause de sortie est une clause de dédit. Cette clause permet à chacun des contractants de sortir du contrat à condition de payer à l'autre partie une somme d'argent dont le montant a été prévu à l'avance.

<sup>242</sup> V°. Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ, E.J.A.1996, p.96.

sans recours au juge en cas d'inexécution par le débiteur de ses obligations<sup>243</sup>. En stipulant une clause résolutoire, les parties ont institués un lien de cause à effet entre l'inexécution et la résolution, lien dont l'origine ne réside pas dans la loi, mais dans leur volonté<sup>244</sup>. Par ailleurs, la clause de résiliation est différente de la clause de résolution. Celle-ci est insérée dans les contrats à exécution successive. Dans ce contrat, la rupture ne produit aucun effet rétroactif. Il n'aura aucune restitution des prestations réciproques. En revanche, la clause de résolution est insérée dans les contrats instantanés. Dans ces derniers on parle de résolution car la rupture a un effet rétroactif. C'est pourquoi, la notion de résiliation, que consacre l'article 97 de l'Acte uniforme précité, ne doit pas être confondue avec celle de résolution figurant aux articles 107, 108 et 109 du même Acte Uniforme.

Par ailleurs, l'article 106 C.O.C.C fait référence à la notion de résolution. Cette disposition est intitulée : « *clauses de résolution expresse* ». Toutefois, les mêmes règles sont applicables *mutatis mutandis* à la clause de résiliation. Aux termes de l'article 106 précité, « [...] *les parties peuvent convenir expressément qu'à défaut d'exécution, le contrat sera résolu de plein droit et sans sommation* ». Il s'agit de l'al. 1<sup>er</sup> du texte précité qui concerne la clause résolutoire<sup>245</sup> de plein droit sans sommation. Dans cette hypothèse, le bénéficiaire de la clause est dispensé de mettre en demeure le contractant défaillant<sup>246</sup>. En fait, l'article 106 dispose clairement que « *le contrat sera résolu de plein droit et sans sommation* ». À l'opposé de la clause résolution de plein droit, il y a des clauses de résolution qui exigent une notification. Ainsi, l'al. 2 de l'article 106 précité dispose que « [...] *le contrat sera résilié de plein droit à dater de la notification au défaillant des manquements constatés à sa charge* ».

La clause résolutoire est en principe valable sauf s'il existe une disposition légale contraire<sup>247</sup>. C'est ce qui résulte de l'al. 1<sup>er</sup> in *limine* de l'article 106 C.O.C.C. Elle est réputée non écrite lorsqu'elle a pour motif l'ouverture de la procédure collective. Ainsi, la clause réputée non écrite est une sanction autonome<sup>248</sup> et originale. Elle se traduit par l'effacement de la clause comme si on l'avait rayée. Le droit des procédures collectives frappe d'inefficacité les clauses résolutoires

---

<sup>243</sup> Ch. PAULIN, *ibidem*, p. 69.

<sup>244</sup> V°. Ch. PAULIN, *La clause résolutoire, op. cit.*, p 13.

<sup>245</sup> V°. C. CARON, « La clause résolutoire en droit français », ([www.fdsf.rnu.tn/useruploads/files/christophe\\_caron.pdf](http://www.fdsf.rnu.tn/useruploads/files/christophe_caron.pdf)).

<sup>246</sup> V°. Y. PICOD, « La clause résolutoire et la règle morale », *op. cit.*, p. 3447.

<sup>247</sup> V°. C.O.C.C. Art. 106 *in fine*.

<sup>248</sup> V°. V. COTTERAU, « La clause réputée non écrite », *op. cit.*, p. 318 et s.



pour défaut de paiement. La mise en œuvre de la clause résolutoire reposait souvent sur un élément extérieur à la volonté des parties, un fait juridique à savoir l'ouverture d'une procédure collective, et pas sur le non-respect par une partie de son obligation.

En principe, seul le contractant est en mesure de se prévaloir de la clause résolutoire. Un tiers, à supposer qu'il soit créancier de l'obligation et qu'il ait intérêt à la résolution du contrat, ne pouvait invoquer la clause à son profit en vertu du principe de l'effet relatif des conventions. Réciproquement, le contractant qui n'est plus créancier de l'obligation inexécutée ne peut pas invoquer la clause<sup>249</sup>. Mais, la clause résolutoire est un instrument contractuel qui permet de détruire le contrat et non à faire cesser l'inexécution. Elle partage, en partie, ce critère avec la clause de dédit.

**79.** La clause de sortie ou clause de dédit est prévue par l'article 329 C.O.C.C. Cependant, le législateur sénégalais ne donne pas une définition précise à la clause du dédit. Il énonce simplement dans la disposition précitée que, « *La stipulation expresse du dédit produit ses effets au profit du bénéficiaire moyennant le paiement d'une somme d'argent* ». Ainsi, nous estimons que la clause de dédit est celle qui permet à chacun des contractants de sortir du contrat à condition de payer à l'autre partie une somme d'argent dont le montant a été prévu à l'avance. La clause de sortie ou clause de dédit donne au contrat un caractère conditionnel<sup>250</sup>. Elle est souvent assimilée aux arrhes. L'article 330 C.O.C.C dispose que lorsque les parties en conviennent expressément, les arrhes constituent une stipulation réciproque de dédit. Néanmoins, il faut nuancer les termes de la disposition précitée. En effet, les arrhes constituent un commencement d'exécution du contrat de vente. Elles peuvent être un premier acompte à valoir sur le restant du prix convenu. Si la partie qui a reçu les arrhes a renoncé au projet de contrat, il doit remettre une somme double à son cocontractant. En revanche, si c'est le remettant des arrhes qui a renoncé au contrat, il perd le montant déjà versé.

**80.** Par ailleurs, les arrhes peuvent constitués aussi en nature. Dans ce cas ils suivent le même sort que les arrhes constitués en numéraire<sup>251</sup>. Seulement, il existe une limite prévue par

---

<sup>249</sup> V°. Ch. PAULIN, *la clause résolutoire*, op. cit., p.159.

<sup>250</sup> V°. C.O.C.C. Art. 329 al.2.

<sup>251</sup> Dans ce cas, ils auront les mêmes effets que les arrêts constitués en nature excepté le cas prévu par l'Art. 333 C.O.C.C. En effet, ce texte dispose que : « Les arrhes constituées en nature doivent être restituées lorsque la vente est devenue définitive ».

l'article 333 C.O.C.C. Ce texte dispose que : « *Les arrhes constituées en nature doivent être restituées lorsque la vente est devenue définitive* ». Les arrhes peuvent être stipulées en toute autre espèce dans un contrat synallagmatique. Elles constituent le prix de la liberté, c'est-à-dire chacune des parties au contrat peut revenir sur son consentement moyennant une somme d'argent.

La clause de dédit<sup>252</sup> ou les arrhes sont des clauses de gestion des risques contractuels. Elles permettent aux parties d'aménager leur réflexion<sup>253</sup> en ce sens qu'elles ont la possibilité de revenir sur leur consentement. De ce fait, la réflexion est une technique de protection préventive du consentement. Pour que le contrat soit conclu en connaissance de cause, les parties doivent s'informer et avoir le temps nécessaire pour réfléchir. Cela permet d'éviter la prise d'une décision erronée. La clause de dédit permet d'aménager la réflexion des contractants pendant l'exécution contractuelle contrairement à l'offre de contracter ou certains avant-contrats où la réflexion des parties s'opère dans la période précontractuelle. Elle est une technique de gestion des risques contractuels et permet à son bénéficiaire de se rétracter lorsque l'exécution définitive du contrat ne satisfait plus à ses attentes légitimes. Il doit verser une somme d'argent à l'autre partie. Elle est souvent stipulée unilatéralement, c'est-à-dire en faveur de l'une des parties au contrat. Le cocontractant n'ayant pas ce droit est soumis à l'irrévocabilité de la loi contractuelle. Mais, rien n'empêche aux parties de la stipuler de façon réciproque, pour que les deux parties en bénéficient. D'ailleurs, l'article 330 précité confirme cette idée<sup>254</sup>. Ainsi, une clause de dédit stipulée réciproquement profite aux parties et donc la faillite de l'une constitue un obstacle à son exercice. Cette technique de protection a été exploitée par le législateur français. En effet, quand un consommateur conclut un contrat de crédit à la consommation, les articles L. 311-15 et L. 311-16 du code de la consommation lui donnent un délai de sept jours dans lequel il peut rompre le contrat sans avoir à motiver sa décision ni indemniser son cocontractant<sup>255</sup>.

**81.** Cependant, la faculté de rétractation nommée dédit fait l'objet d'une discussion doctrinale. Selon une première thèse, le droit de repentir inscrit dans le processus de la formation du contrat qui cesse d'être instantané pour devenir successif. Ainsi, le contrat se formerait par

---

<sup>252</sup> V° L. BOYER, « La clause dédit », *Mélanges, P. Raynaud*, 1985, p. 41 et s.

<sup>253</sup> V° P. DUPICHOT, « Les contrats du consommateur » Rapport français, <http://www.henricapitant.org/sites/default/files/France.pdf>, consulté le 10/Janvier 2016.

<sup>254</sup> V° C.O.C.C. Art. 330, « Lorsque les parties en conviennent expressément, les arrhes constituent une stipulation réciproque de dédit ».

<sup>255</sup> V° D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », *Les Petites Affiches* 07/05/2004- n° 92, p. 47.

degré. À un premier consentement créateur, s'ajouterait un second consentement conservateur, par abdication du pouvoir de se raviser. En d'autres termes, lorsqu'on est en présence du droit de repentir, on ne se contente pas d'une manifestation instantanée de la volonté, on exige le maintien de cette volonté jusqu'à l'expiration du délai. Du coup, la date de la formation du contrat est reportée. Ainsi, la conclusion du contrat n'est effective qu'à l'échéance prévue.

Une seconde thèse doctrinale estime que le droit de la rétractation se situant dans la période contractuelle fait seulement suspendre la prise d'effet du contrat pendant toute la durée du repentir.

Nous pensons que la première thèse bafoue la théorie générale des contrats selon laquelle l'acceptation de l'offre opère la formation du contrat<sup>256</sup>. Cette règle a été rappelée par la Cour d'appel de Ouagadougou. En effet, celle-ci a décidé que l'offre de rachat acceptée par l'autre partie de façon non équivoque dans les délais impartis est irrévocable et rend la vente parfaite<sup>257</sup>. À partir du moment où l'offre a été acceptée, la période précontractuelle est passée. Les parties sont dans le contrat. Ensuite, la seconde thèse ne prend pas en compte la volonté des parties ainsi que la finalité du droit de repentir. Rien n'empêche aux cocontractants d'exécuter le contrat nonobstant la faculté de renonciation<sup>258</sup>. Mieux, le commencement d'exécution du contrat contribue à éclairer le consentement du bénéficiaire de la rétractation. Bref le droit de repentir fait partie de la période contractuelle, mais il suspend les effets du contrat<sup>259</sup>.

Néanmoins, les arrhes ou la clause de dédit sont neutralisées en cas d'ouverture des procédures collectives. Ainsi, selon l'article 332 C.O.C.C, « *La faillite de l'acquéreur fait obstacle à l'exercice du dédit* ». S'agit-il d'un obstacle définitif ou temporaire ? *A priori*, il résulte d'une règle élémentaire d'interprétation de la loi selon laquelle *ubi lex distinguit, nec nos distinguere debemus*<sup>260</sup>. De ce fait, cet adage nous oblige à conclure sans réserve qu'il s'agit d'un obstacle définitif. Autrement dit, même si après le débiteur retrouve une bonne santé financière, le créancier ne pourra plus exercer une clause de dédit qui a été neutralisée par la faillite du *solvens*. D'ailleurs,

---

<sup>256</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 241 al 1 « Le contrat se conclut, soit par l'acceptation d'une offre, soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord ».

<sup>257</sup> V°. CA Ouagadou, arrêt n° 37 du mai 2001 : Rec. Ohada jurisprudence nationales, n°1, 2004, p. 35.

<sup>258</sup> La liberté contractuelle permet aux parties de prévoir toutes espèces de clauses sous réserve de l'ordre public et des bonnes mœurs. Les parties peuvent donc exécuter leur contrat nonobstant la clause de rétractation car il n'y a de rien de contraire à l'ordre public.

<sup>259</sup> En fait, il y a déjà rencontre de volonté. La rétractation ne fait donc que suspendre l'exécution du contrat.

<sup>260</sup> Signification : « là où la loi ne distingue pas, nous non plus ne devons pas distinguer ».

par analogie, les dispositions de l'A.U.P.C réputent non écrite les clauses de résolution<sup>261</sup> or la neutralisation de la clause de résiliation entraîne également celle de la clause de sortie puisqu'elles concourent à la même finalité. Cette finalité est celle d'assurer la survie de l'entreprise au détriment des intérêts individuels des créanciers.

Cependant, il faut nuancer cette idée car « *le domaine de la loi cesse là où le but auquel elle tend cesse ; elle ne s'applique pas au cas qui lui sont étrangers* »<sup>262</sup>. En effet, la restriction des droits des créanciers, sous l'autel du droit des procédures collectives, prend fin dès la clôture des opérations de liquidation des biens ou lorsque l'entreprise retrouve sa santé financière d'antan. Après quoi aucune restriction ne se justifie. On doit laisser libre cours aux créanciers d'exercer leur droit contractuel. Malheureusement, les rédacteurs A.U.P.C n'admettent pas l'exercice individuel des actions que sous réserve de certaines conditions<sup>263</sup>. Cela étant, la faillite du débiteur peut constituer, dans certains cas un obstacle définitif à l'exercice de la clause dédit<sup>264</sup>.

**82.** D'autres clauses sont également remises en cause par l'ouverture des procédures collectives. Il s'agit de la clause d'arbitrage, la clause de conciliation et la clause de médiation. Ces différentes clauses sont considérées comme des modes alternatifs des règlements des conflits dans le droit des contrats. La première est un procédé flexible et efficace de solution des différends. La deuxième et la troisième sont des arrangements discrets et informels qui permettent aux adversaires de régler leurs litiges sans recourir, ni à la justice, ni à l'arbitrage<sup>265</sup>. Ces clauses constituent de véritables techniques de gestion des risques contractuels tendant à limiter les dégâts inhérents à tout litige. Elles permettent de satisfaire les intérêts réciproques des parties et de préserver leurs relations contractuelles dans un climat de confiance réciproque et de coopération. Ces clauses ont connu des développements sans précédent dans le droit actuel des contrats. Elles se distinguent généralement par la célérité, l'absence de formalisme, la confidentialité, la recherche d'une solution qui satisfait à l'équité et aux intérêts économiques des parties. Ces instruments existaient

---

<sup>261</sup> V°. A.U.P.C. Art. 108 al. 2.

<sup>262</sup> V°. [ledroitcriminel.fr/la\\_legislation\\_criminelle/.../formules\\_en\\_latin%20OLD%2001.htm](http://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/.../formules_en_latin%20OLD%2001.htm), 15/09/2015.

<sup>263</sup> V°. A.U.P.C. Art.74.

<sup>264</sup> Il en est ainsi si les conditions de l'exercice individuel des actions telles que prévues par l'article 174 de l'A.U.P.C ne sont pas remplies.

<sup>265</sup> V°. M.J. EL.HAKIM, « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats », *R.D.C.* Vol. 92 n°, Avril-juin 1997, p. 347 et s.

dans le système négro-africain où ils étaient considérés comme un instrument de paix sociale<sup>266</sup>. À ce titre, il est nécessaire de promouvoir ces mécanismes contractuels afin de garantir la paix et l'harmonie dans les relations contractuelles.

Cependant, la médiation, la conciliation et l'arbitrage sont interdites en matière d'état des personnes, d'actes de puissance publique, de procédures collectives, et généralement, tout ce qui met en cause l'ordre public<sup>267</sup>. Le droit des procédures collectives relève de l'ordre public économique ; donc il exclut l'usage des modes alternatif de règlement des litiges. Toutefois, certains pays comme la Belgique prévoient la possibilité de désigner, par le juge des saisies, un médiateur chargé de proposer au débiteur et à ses créanciers un plan de redressement qui, en cas d'accord, sera soumis à la ratification du juge<sup>268</sup>.

Les rédacteurs de l'Acte uniforme ont pris en compte les modes alternatifs de conflits de résolution des conflits dans le cadre des procédures collectives. Il s'agit en l'occurrence de la conciliation. Pour cela, l'article 5-1 A.U.P.C dispose que : « *La conciliation est ouverte aux personnes visées par l'article 1-1 ci-dessous, qui connaissent des difficultés avérées ou prévisibles mais qui ne sont pas encore en état de cessation de paiement* ».

À ce titre la conciliation, tout comme le règlement préventif, est un instrument de prévention de la cessation de paiement. Elle a pour finalité de mettre fin aux difficultés du débiteur<sup>269</sup> et d'éviter ainsi une cessation de paiement. En revanche, la conciliation ne sera plus de mise si l'entreprise est en état de cessation de paiement. Par ailleurs, il existe certaines clauses qui résistent à l'impérialisme du droit des procédures collectives.

## **B. La limite : la clause de réserve de propriété**

**83.** Le droit de la faillite n'a pas uniquement pour vocation de saper la liberté contractuelle. Certaines clauses ne sont pas affectées par la faillite de l'une des parties au contrat. Il s'agit en l'occurrence de la clause de réserve de propriété<sup>270</sup>. C'est une sûreté qui a pour effet de garantir le

---

<sup>266</sup> V° F. K. CAMRA et A. CISSE, Arbitrage et médiation dans les cultures juridiques négro-fricaines : entre la prédisposition à dénouer et la mission de trancher, in Revue de l'Arbitrage, 2009, n° 2, p. 285 et s.

<sup>267</sup> V° J. BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, LGDJ Lextenso éd., Paris 2007, p. 58 et s.

<sup>268</sup> V° M. J. EL.HAKIM, *op. cit.*, p. 350.

<sup>269</sup> V° A.U.P.C. Art. 5-5.

<sup>270</sup> V° E. SOUPGUI, « La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA », *penant 870*, Janvier – Mars, 2010, p. 66 et s.

paiement du prix de la chose. La réserve de propriété est une clause par laquelle les parties prévoient que le vendeur reste propriétaire de la chose vendue, tant que le prix n'est pas payé même si l'acheteur est entré en possession de ladite chose. C'est une clause qui maintient le droit de propriété du vendeur jusqu'à paiement intégral du prix<sup>271</sup>. Ainsi, s'il ne paie pas le prix à la date convenue, le vendeur qui en est resté propriétaire a le droit de récupérer la chose<sup>272</sup>.

En 2010, lorsque le législateur O.H.A.D.A a modifié l'Acte uniforme portant droit des sûretés, il a érigé la clause de réserve de propriété en une sûreté autonome. En effet, selon l'article 72 dudit Acte uniforme « *La propriété d'un bien mobilier peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie* ». L'article 73 du même acte ajoute que, « *À peine de nullité, la réserve de propriété est convenue par écrit au plus tard au jour de la livraison du bien. Elle peut l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations présentes ou à venir entre les parties* ». Cependant, le droit O.H.A.D.A se démarque ici de la jurisprudence française parce qu'il exige un écrit. En revanche, le juge français a admis que l'on puisse accepter tacitement la clause de réserve de propriété<sup>273</sup>. Les faits de l'espèce sont les suivants : un contrat de vente a été conclu avec une offre qui comprenait une clause de réserve de propriété. Le destinataire de l'offre a exécuté le contrat dans les termes de l'offre et n'a pas contesté la clause de réserve de propriété stipulée dans ladite offre. La Cour de Cassation a estimé que l'exécution du contrat prouvait la volonté commune des parties à soumettre la vente à une clause de réserve de propriété. Toutefois, il faut nuancer car dans cette hypothèse, la clause de réserve de propriété est bien écrite puisqu'elle est stipulée dans l'offre. C'est plutôt l'acceptation par le destinataire qui est tacite. Ainsi, il suffit que la clause soit mentionnée dans l'offre de contracter. De ce fait, les parties peuvent l'accepter tacitement. L'acceptation tacite de la clause peut être prouvée par tous moyens.

**84.** Pour les rédacteurs de l'A.U.S., la réserve de propriété doit être écrite. L'écrit exigé n'est pas une condition probatoire mais plutôt une condition de validité<sup>274</sup>. Cependant, la question de l'acceptation expresse ou tacite de la clause n'a pas été traitée. Mais le législateur africain a fait montre de grande souplesse. Ainsi, l'écrit n'est pas exigé *ab initio*. Celui peut être fait jusqu'au

---

<sup>271</sup> V°. Com. 19 novembre 2003, N° de pourvoi: 01-01137.

<sup>272</sup> V°. E. SOUPGUI, *op. cit.*, p. 69.

<sup>273</sup> V°. Cass. Com. 6 Juin 1989.

<sup>274</sup> V°. A.U.S. Art. 173.

jour de la livraison. En outre, la nature de l'écrit est laissée au bon vouloir des parties<sup>275</sup>. De plus, la clause peut être insérée dans un ensemble d'opérations contractuelles, c'est-à-dire dans un groupe de contrat<sup>276</sup>.

Au-delà de cette précision, il convient de noter que la clause de réserve de propriété est un instrument de gestion des risques contractuels. Elle permet au vendeur de se prémunir contre le risque du défaut de paiement du prix de la chose vendue. Elle garantit donc la créance du vendeur. C'est dans ce sens que l'article 77 dudit Acte uniforme dispose que : « *À défaut de complet paiement à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer* ».

**85.** L'efficacité de la clause de réserve de propriété ne fait l'ombre d'aucun doute<sup>277</sup> dans deux situations : en cas de vente ou de destruction de la chose et en cas de faillite du débiteur. Si le bien est vendu à un sous-acquéreur ou détruit, le créancier réservataire dispose de la subrogation légale. Ainsi, l'article 78 de l'Acte uniforme précité énonce que, « *lorsque le bien est vendu ou détruit, le droit de propriété se reporte, selon le cas, sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogé au bien* ». Toutefois, le report de la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur suppose que la clause ait été publiée. La publicité est une condition d'opposabilité de la clause à l'égard du sous-acquéreur. Quant au report sur l'indemnité d'assurance subrogé, là également le bien en question doit être assuré<sup>278</sup>. Or, la pratique de l'assurance est très peu développée dans l'espace O.H.A.D.A.

En cas de faillite du débiteur, le créancier réservataire dispose d'une action en revendication. C'est pourquoi, l'article 77 A.U.S dispose qu'à défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer. Cette disposition est confortée par l'article 103, al. 2. A.U.P.C, « *Peuvent être également revendiqués les marchandises et les objets mobiliers, s'ils se trouvent en nature, vendus avec clause une clause subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix, lorsque cette clause a été*

---

<sup>275</sup> V°. J. ISSA-SAYEGH, « La liberté contractuelle dans le droit des sûretés OHADA », *penant* 851, p. 156

<sup>276</sup> V°. Cass. Com. 21 février 2006, Bull. 2006 IV n° 43, p. 44: sur action du vendeur contre le sous acquéreur.

<sup>277</sup> Le créancier n'a pas à supporter le concours et l'opposition des autres créanciers. Cependant, il faut nuancer cette efficacité. En effet, en restant propriétaire de la chose, le créancier supporte la charge des risques de perte et de destruction sauf clause contraire.

<sup>278</sup> Cela permet de se prémunir contre les risques de perte ou de destruction de la chose. Cependant, ça augmente le coût de l'opération.

*convenue entre les parties dans un écrit et a été régulièrement publiée au registre du commerce et du crédit mobilier ».* En conséquence, la clause de réserve de propriété n'est pas paralysée par l'ouverture des procédures collectives. Cependant, l'exercice de l'action en revendication est subordonné au respect de certaines conditions préalables. Ainsi, selon l'article 101 de l'Acte Uniforme précité, « (...) *la revendication des meubles ne peut être exercée que dans les délais de quatre-vingt-dix-jours (90) suivant la deuxième insertion de la décision d'ouverture de la procédure collective et du redressement judiciaire ou liquidation des biens dans un journal d'annonces légales de l'État parti concerné* ». Toutefois, le créancier réservataire doit produire sa créance conformément aux dispositions de l'article 78 A.U.P.C.

86. Au-delà de ces exigences, la clause de réserve de propriété doit être publiée au R.C.C.M. La publicité est une condition d'efficacité de la clause<sup>279</sup> et de la recevabilité de l'action en revendication<sup>280</sup>. Mais encore faudrait-il que les biens existent en nature et qu'ils dépendent de ces immeubles et servent à l'habitation du débiteur ou de sa famille. Toute stipulation contraire est réputée non écrite<sup>281</sup>. Cette solution se justifie d'abord par le maintien forcé des contrats en cours<sup>282</sup>. Par conséquent, l'exécution des contrats en cours dépend de la volonté unilatérale du syndic dans la procédure de redressement judiciaire.

En résumé, les mécanismes de garantie contre le risque de non-paiement sont rendus aléatoires par le droit des procédures collectives. En plus de cela, l'aléa peut aussi résulter de l'intervention du législateur.

## **SECTION II. L'EFFICACITÉ ALTÉRÉE PAR L'INTERVENTION DU LEGISLATEUR**

Dans la conception traditionnelle, le contrat, œuvre privée, était une affaire entre particuliers. Il constituait le domaine de prédilection de l'autonomie de la volonté. Les pouvoirs publics n'intervenaient que pour en assurer le pouvoir astreignant, la force obligatoire<sup>283</sup>.

---

<sup>279</sup> V° A.U.S. Art. 74.

<sup>280</sup> V° A.U.P.C. Art. 103 al. 2.

<sup>281</sup> Le législateur veut assurer la poursuite de l'activité du débiteur. C'est pourquoi, l'ouverture des procédures collectives ne doit pas remettre en cause le bail dans lequel il exerce son activité.

<sup>282</sup> Ce maintien se fait, sans doute, au détriment du créancier. IL s'agit du maintien d'un contrat déséquilibré car le créancier a exécuté son obligation alors qu'il n'a reçu aucune contrepartie.

<sup>283</sup> V° J. GHESTIN, «Le contrat en tant qu'échange économique », *R.E.* Vol. 92. 2e et 3eme trim. 2000. p. 87



87. Mais, en réalité le législateur ne s'est jamais désintéressé du contrat. Au contraire, il s'est réservé un droit de regard dans le but d'assurer l'égalité entre les parties, le respect de la parole donnée et le respect de l'ordre public<sup>284</sup>. Comme le relève **P. Ancel**, « *la loi contractuelle est une loi inférieure, subordonnée à la loi étatique. (...) Les contractants n'ont le pouvoir de créer les normes que parce que, et dans la mesure où l'État le leur reconnaît. Cette subordination permet d'expliquer que le contenu de la norme contractuelle échappe dans une large mesure à la volonté des parties : soit que le droit étatique impose tel ou tel contenu au contrat par des lois impératives, soit que dans le silence des parties, il prescrive au juge d'intégrer dans la norme contractuelle le contenu des lois supplétives et ou de le compléter par le recours aux usages ou à l'équité selon la formule de l'article 1135 du Code civil* »<sup>285</sup>.

L'intervention du législateur se fait à travers les lois nouvelles et celles-ci peuvent entraîner un bouleversement de la prévision des parties<sup>286</sup>. C'est pourquoi, cette intervention est considérée comme destructrice de l'autonomie de la volonté<sup>287</sup>. Pour se prémunir contre les modifications législatives, les parties peuvent conclure des clauses de stabilisation<sup>288</sup>. Mais force est de constater que ces clauses sont sans effet en présence des lois nouvelles d'ordre public.

Par ailleurs, le poids de la loi n'est pas le même selon qu'il s'agit du contenu obligationnel du contrat ou du contenu non obligation du contrat.

Sous réserve de ces considérations, il convient d'analyser d'abord l'emprise de la loi nouvelle dans le contenu obligationnel du contrat (**Paragraphe I**) avant de voir celle de la loi nouvelle dans le contenu non obligationnel du contrat (**Paragraphe II**).

---

<sup>284</sup> V°. A. SUPIOT, « La contractualisation de la société », in *conférence du 22 février 2000*, en am université de tous les savoirs, paragraphe. 6: il considère que le contrat est régi par la loi et qui en est garant.

<sup>285</sup> V°. P. ANCEL, « Force obligatoire et Contenu Obligationnel du contrat », *R.T.D. civ.* (4), oct.-déc. 1999, p. 776.

<sup>286</sup> L'intervention du législateur crée une étatisation du contrat et relègue au second plan la théorie de l'autonomie de la volonté. La loi nouvelle impose souvent aux parties une révision. Le refus de réviser le contrat est assorti de diverses sanctions civiles.

<sup>287</sup> V°. T. REVET, « Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique? », In *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p. 91.

<sup>288</sup> V°. E.S. CHRISTELLE, « Clauses de stabilisation et d'intangibilité-dans les contrats d'État entre les États du Moyen-Orient et les compagnies pétrolières- et jurisprudence de l'OMC. », *op. cit.*, p. 14.

## PARAGRAPHE I. L'emprise de la loi nouvelle dans le contenu obligationnel du contrat

88. Nous avons rappelé que les restrictions de la liberté contractuelle se sont multipliées en raison du gonflement permanent de l'ordre public. « *Plus les lois sont nombreuses, pire est l'État* ». De ce fait, cette étatisation du contrat fait qu'il est considéré en lui-même de façon autonome. Il est distingué de la personne même de ceux qui lui ont donné naissance<sup>289</sup>. Le contrat est aujourd'hui porteur des valeurs sociales<sup>290</sup>. Le législateur agit sur le contenu obligationnel du contrat pour régir ces valeurs.

89. Le contenu obligationnel du contrat est relatif aux obligations que les contractants ont clairement stipulées ou qui découlent de la loi. Ce sont les parties elles-mêmes qui déterminent ce contenu<sup>291</sup>. C'est ce qui résulte de l'article 74 alinéa 2, qui dispose que : « *L'objet de l'obligation doit être déterminé ou déterminable quant à son espèce et sa quotité* ». Le sens que le législateur a entendu donner à cette disposition c'est qu'il appartient aux parties de déterminer le contenu obligationnel du contrat de façon déterminée ou déterminable. L'article 42 du même Code énonce également que les parties peuvent prévoir toutes espèces de clauses dans leur contrat.

Le contenu obligationnel du contrat n'est pas seulement explicite, il est aussi implicite<sup>292</sup>. C'est dans ce sens que l'article 1434 du Code civil du Québec dispose : « *Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature, et suivant les usages, l'équité ou la loi* »<sup>293</sup>. En outre, selon l'article 5/2 de l'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats dispose que : « *Les obligations implicites découlent : a) de la nature et du but du contrat ; b) des pratiques établies entre les parties et des usages ; c) de la bonne foi ; d) de ce qui est raisonnable* ». À côté disposition on peut aussi citer l'article 103 C.O.C.C. Aux termes de cette disposition, « *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*

---

<sup>289</sup> V°. J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », *Journée R. SAVATIER*, 24-25 Octobre 1985, p. 19 et s.

<sup>290</sup> V°. M. PLOUVIEZ, « Le contrat comme institution sociale: la notion de solidarité contractuelle chez Émile Durkheim », in *Repenser le contrat*, Dalloz. 2009, p. 69 et s.

<sup>291</sup> V°. C.O.C.C Art. 42.

<sup>292</sup> Sur le contenu implicite du contrat voir : Avant-projet d'acte uniforme sur le droit des contrats, art. 5/2 ci-dessous.

<sup>293</sup> V°. D. LUELLES, « Du bon usage de l'usage comme source de stipulations implicites », *RJT ns*, 2002, vol. 36, p.87.

à l'obligation d'après sa nature ». Cela étant, le contenu implicite du contrat est indiqué par le législateur<sup>294</sup> à défaut par le juge.

Sous réserve de cette précision, il sied d'analyser l'intervention *crescendo* de la loi nouvelle dans le contenu implicite du contrat **(A)** avant de voir l'intervention limitée de la loi dans le contenu explicite du contrat **(B)**.

### **A. L'intervention *crescendo* de la loi dans le contenu implicite du contrat**

**90.** Le contrat ne saurait s'affranchir de l'autorité du législateur. « *C'est en respectant la loi étatique que le contrat tient sa légitimité* »<sup>295</sup>. En outre, c'est la loi qui garantit à la fois la validité et l'exécution du contrat. En effet, tout n'est pas contractuel dans le contrat. Il y a une cohabitation entre la loi et la volonté. La première est représentée par le juge et il veille au respect de l'ordre public et des bonnes mœurs. La seconde est représentée, par les parties qui agissent comme bon leur semble pour gouverner leur relation.

**91.** Ainsi, depuis le début du XXème siècle on assiste progressivement à une remise en cause de la volonté des parties. Il s'agit de l'interventionnisme grandissant du législateur pour rendre plus impératif le droit des contrats. Cela se traduit par des contrats interdits ou imposés ou tout au moins contrôlés. Aujourd'hui, le déclin de l'autonomie de la volonté reste une certitude indéniable<sup>296</sup>. Ainsi, la notion de contrat n'est plus conforme à la définition qu'en donne l'article 40 C.O.C.C. D'ailleurs, pour certains, le contrat n'est rien d'autre qu'un un accord règlement. À partir de ce moment, il convient de mettre en exergue ce qu'on appelle « *la crise du contrat* ». En effet, le législateur a multiplié les lois nouvelles d'ordre public applicables au contenu implicite du

---

<sup>294</sup> Sur le contenu implicite du contrat voir aussi l'Art. 5/2 de l'A.P/A.U.C. Celui-ci dispose que :

« Les obligations implicites découlent:

- a) de la nature et du but du contrat;
- b) des pratiques établies entre les parties et des usages;
- c) de la bonne foi;
- d) de ce qui est raisonnable ».

<sup>295</sup> V°. C. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », *Dalloz*. 2002, p. 905.

<sup>296</sup> V°. B. FAGES, « Nouveaux pouvoirs, le contrat est-il encore la chose des parties? », *In La nouvelle crise du contrat*, *Dalloz* 2003, p. 156.

contrat. En fait, il existe toujours une lacune dans le contrat. C'est dans ce sens qu'on parle de l'incomplétude du contrat<sup>297</sup>.

92. L'incomplétude a fait l'objet de nombreuses études, souvent réalisées par des juristes, qui mettent l'accent sur les dispositifs juridiques qui ont pour fonction de permettre aux parties contractantes de gérer l'incomplétude des contrats. Parmi ces dispositifs, le plus important est celui des règles supplétives (*Default Rules*) qui « *définissent les obligations des parties en l'absence d'accord explicite sur des règles contraires* ». Cela étant, le législateur est aussi un acteur majeur dans la gestion des risques contractuels. Ainsi, les parties n'ont pas de monopole exclusif dans le traitement des risques contractuels. Elles sont aidées par le législateur et le juge. En outre, l'auteur fait observer que « *lorsqu'elle est utilisée par les économistes, hors de la Law and Economics, l'incomplétude est définie dans des termes indifférents à la nature des obligations : dans une acception strictement économique, l'incomplétude est relative au fait que des accords conclus ex ante ne peuvent prévoir tous les états du monde futurs possibles, et y associer des clauses de comportement certaines. L'incomplétude se définit alors a contrario des contrats complets : serait incomplet un contrat qui n'est pas complet* »<sup>298</sup>.

Le contrat complet n'existe pas en réalité : c'est une vue de l'esprit. Les parties ne sauraient détailler de manière absolument complète tous les accidents de parcours imprévisibles. Par ailleurs, les économistes tentent de minimiser cette impossibilité. Ainsi, la situation idéale est celle dans laquelle on peut identifier tous les états de la nature et signer un contrat parfaitement contingent. Autrement dit, les planificateurs du contrat doivent utiliser des techniques pour créer une flexibilité au lieu de laisser les espaces vides ou de chercher à planifier le contrat d'une manière rigide. La difficulté de ces procédés est que les états de nature sont très nombreux et la rédaction d'un contrat parfaitement contingent serait très coûteuse. Pour surmonter cette difficulté, ils estiment que les parties peuvent s'appuyer sur les techniques suivantes :

---

<sup>297</sup> V<sup>o</sup>. R. TAFOTIE, « L'incomplétude contractuelle comme imprévision endogène ou structurelle du contrat », Faculté de Droit Université Mc Gill et Université de Montréal, <http://www.analyseeconomiquedudroit.com/Documents-de-recherche.html>.

<sup>298</sup> V<sup>o</sup>. P. CHANIAL, « Renouer les fils de l'alliance Bourgeois, Durkheim et l'incomplétude du contrat », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p. 51 et s.

- La praxis **commerciale** est un instrument qui a pour but de déterminer la distribution des profits et des pertes<sup>299</sup>.
- La **coutume ou les usages**<sup>300</sup> dans le but de déterminer la distribution des profits et des pertes qui peuvent se vérifier normalement dans leur secteur d'activité.
- **Les cours de principes**<sup>301</sup> connus et consolidés dans le but d'inférer du contrat ce que les parties auraient décidé vis-à-vis de certaines éventualités qui ne sont pas explicitement prévues par le contrat même.
- Les **formulaires contractuels standards**<sup>302</sup> : ce sont des procédés qui permettent aux parties de gagner du temps dans la formation du contrat et d'économiser les coûts du projet de contrat par la construction des schémas contractuels relativement complets, qui soient assez équilibrés pour satisfaire des buts d'échange différents, au lieu d'être expressément et spécifiquement élaborés pour le client dans chaque affaire.

**93.** Cependant, malgré l'ingéniosité des parties, il existera toujours des lacunes dans le contrat. Conscient de cela, le législateur a prévu dans l'article 103 C.O.C.C que les lacunes seront complétées par la loi, les usages, la bonne foi et l'équité. Cette disposition mesure toute l'importance des lois nouvelles en droit des contrats. Il résulte des dispositions du droit transitoire que la loi nouvelle ne s'applique pas au contrat en cours. En la matière, c'est la survie de la loi ancienne. La règle a pour fondement le respect de la sécurité contractuelle et par-delà le respect de la volonté des parties.

**94.** Mais, concernant le contenu implicite du contrat, la loi nouvelle s'applique immédiatement. Dans cette hypothèse, il y a absence totale de volonté. Il n'y a pas donc une remise en cause de la volonté des contractants. Ensuite, le complément des lacunes par la loi permet d'assurer la sécurité juridique des transactions. C'est dans cette ordre d'idées, que Monsieur **Dutilleul** disait que « *tout n'est pas contractuel dans un contrat. La loi s'intègre dans la structure et dans le contenu du*

---

<sup>299</sup> V°. G.ALPA, « L'avenir du contrat », *op. cit.*, p. 16.

<sup>300</sup> V°. D. LLUELLES, « Du bon usage de l'usage comme source de stipulations implicites », *op. cit.*, p. 90 et s.

<sup>301</sup> V°. G. ALPA, *op. cit.*, p. 16.

<sup>302</sup> V°. *ibid.*, p. 16.

*contrat* »<sup>303</sup>. Au-delà du contenu implicite du contrat, la loi agit également sur le contenu explicite du contrat.

## **B. L'intervention limitée de la loi nouvelle dans le contenu explicite du contrat**

**95.** Le contenu formel ou explicite du contrat résulte des obligations qui sont expressément prévues, soit par les parties elles-mêmes, soit par le législateur. La loi n'a jamais laissé libre cours à la volonté de créer les obligations contractuelles. La volonté cohabite toujours avec la loi et cette dernière l'encadre. D'ailleurs, une partie de la doctrine estime que la volonté n'est pas dotée d'un pouvoir autonome de création de droit à l'égal de la loi. La volonté est un pouvoir délégué et encadré par la loi<sup>304</sup>. Si la volonté était l'égale de la loi, les parties pourraient bien consentir à la fois au contrat dans son principe et à chacun des éléments de son contenu comme de ses effets. Mais, il n'en est rien car dans les contrats de vente, de bail à usage professionnel, de transport et de mandat ..., les obligations des parties ainsi que les effets du contrat sont définis par les dispositions légales<sup>305</sup>. Les parties ont seulement la possibilité de déroger aux dispositions supplétives ou déterminer les aspects où la loi est restée silencieuse. Cela étant, « *tout n'est pas consensuel dans le contrat* »<sup>306</sup>.

Cependant, la loi doit être juste pour les parties. La protection des droits subjectifs suppose l'absence de remise en cause ultérieure de ces droits. Les contractants ont conclu leur convention en considération de la législation contemporaine en conformité avec leur volonté. La garantie de cette volonté constitue un impératif de sécurité contractuelle et la preuve par excellence qu'un système de droit remplit sa fonction essentielle.

**96.** Les lois nouvelles créent un bouleversement de la prévision des parties. Celles-ci ont conclu leur convention en considération de la législation en vigueur au moment de sa formation. L'instabilité de la loi en matière contractuelle est source d'insécurité contractuelle. Toutefois, l'exigence de stabilité de la norme ne saurait empêcher tout progrès du droit car le droit doit toujours évoluer vers le progrès. Les lois nouvelles sont le signe d'une adaptation du droit aux faits

---

<sup>303</sup> V°. F.C. DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p. 231.

<sup>304</sup> V°. P. ANCEL, « La force obligatoire jusqu'où faut-il la défendre? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz. 2003, p. 164 et s.

<sup>305</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 101 et s.

<sup>306</sup> V°. F.C. DUTILLEUL, *op. cit.*, p. 231.

et témoignent très concrètement de la vie d'un droit au service de la société. L'idée de sécurité contractuelle ne doit cependant pas être synonyme de stabilité figée. La sécurité peut être aussi mobile. D'ailleurs, la prévisibilité<sup>307</sup> recouvre une vision prospective sur des éléments eux-mêmes susceptibles d'évoluer. Elle implique que le sujet de droit peut être en mesure d'effectuer des anticipations sur les évolutions de la norme à laquelle il sera soumis, ou encore sur les conséquences juridiques d'une évolution de sa situation<sup>308</sup>. Les parties au contrat doivent prévoir la possibilité d'une variation législative. Cette possibilité est le plus souvent de mise dans le contenu non obligationnel du contrat.

## **PARAGRAPHE II. L'emprise de la loi nouvelle dans le contenu non obligationnel du contrat**

97. Le contenu du contrat ne se limite pas aux seules obligations qu'il porte. Nous rejoignons monsieur **Ancel**, quand il dit que « *le lien contractuel n'est pas complètement absorbé par (le) rapport d'obligation* »<sup>309</sup>. Aussi, pour un autre auteur, « *le contrat, au sens strict, se partage ainsi entre un contenu exprimant les obligations des contractants, tels l'obligation de délivrance ou de paiement du prix, et un contenu obligatoire quoique non obligationnel, telles que la clause pénale, clause de dédit, la clause limitative de responsabilité*<sup>310</sup>, *la clause de transmission d'un contrat accessoire au principal, la clause de préavis, etc.*<sup>311</sup> *Ces clauses ne créent pas entre les parties les rapports de créancier à débiteur. Pour l'essentiel, elles prévoient, organisent, limitent, encadrent les pouvoirs unilatéraux et/ ou des devoirs au profit ou à la charge de l'un ou de l'autre contractant* ». Cela est également vrai pour les clauses de contrat sans loi ou clause de stabilisation qui ne créent aucun rapport d'obligation entre les contractants.

Au-delà de cette précision, on se pose la question de savoir si le législateur a une emprise sur ce contenu non obligationnel du contrat. Souvent, les parties peuvent insérer dans leur accord des clauses de stabilisation afin de se protéger contre les risques législatifs et réglementaires. La clause dite de « *stabilisation* » a été conçue entre les deux guerres par les sociétés pétrolières

---

<sup>307</sup> V°. H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », *L'avenir du droit*, mélanges en hommage à François Terré, p. 651.

<sup>308</sup> V°. A. J. KERHUEL, et A. RAYNOUARD, *op. cit.*, p. 26.

<sup>309</sup> PANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD CIV* 1999, p. 771.

<sup>310</sup> V°. D. MAZEAUD, « Les clauses limitatives de réparation, la fin de la saga », *Dalloz* 29 juillet 2010, p. 183 et s.

<sup>311</sup> V°. N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, *op. cit.*, p. 97 et s.

américaines voulant se prémunir contre les risques de nationalisation par les États d'Amérique latine producteurs de pétrole<sup>312</sup>.

**98.** Quant aux clauses de contrat sans loi, elles sont très fréquentes dans les contrats internationaux. Il existe plusieurs types de clause de contrat sans loi. D'abord, il y a la clause qui soustrait le contrat de toute loi. Ensuite, il y a des clauses qui font références à des normes non étatiques. Enfin, on a des clauses qui font références à une norme étatique qui ne sont pas encore en vigueur.

**99.** La validité des clauses de stabilisations et celles du contrat sans loi ont posé des débats intenses en doctrine<sup>313</sup>. Ainsi, il convient de voir les clauses de stabilisation et la loi nouvelle d'ordre public **(A)** avant de voir les clauses de contrat sans loi **(B)**.

#### **A. Clauses de stabilisation et loi nouvelle**

**100.** Une loi peut être supplétive ou d'ordre public<sup>314</sup>. La loi est qualifiée supplétive lorsque les parties peuvent l'écarter par des conventions particulières. Ce sont des lois qui s'appliquent à défaut de manifestation contraire de volonté. En effet, il est possible d'échapper à l'application de la règle de droit à la condition d'accepter de se soumettre à des règles différentes<sup>315</sup>. La règle supplétive n'est obligatoire que parce que les personnes visées par elles n'ont pas manifesté une volonté contraire, c'est-à-dire lorsque les sujets de droit n'ont pas exprimé de volonté particulière pour l'organisation de leur situation. Cependant, en l'absence de volonté contraire, la règle supplétive est impérative. Elle s'impose aux sujets de droit.

**101.** Quant aux lois d'ordre public<sup>316</sup>, elles sont difficiles à déterminer. Le législateur s'est contenté d'une expression vague qui n'est nulle part définie. En France, l'article 6 du Code civil se contente d'énoncer qu'on ne peut pas déroger par des conventions particulières, aux lois qui

---

<sup>312</sup> V°. J.T. TENE, « L'opposabilité des clauses de stabilisation dans les contrats d'investissements internationaux d'énergie (mines, pétrole et gaz) », *Revue de l'Association des Élèves et Diplômés Juristes de Sciences Po*. Semestriel. N° 08. Automne 2013, p. 52.

<sup>313</sup> V°. J. BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, LGDJ, Lextenso éd., p. 283 et s.

<sup>314</sup> V°. G. COUTURIER, « L'ordre public de protection: heurs et malheurs d'une veille notion neuve », in *Mélanges Flour* 1979, p. 75 et s.

<sup>315</sup> Si la volonté des parties est silencieuse, le juge est tenu de leur appliquer une norme qui peut être supplétive dans certains cas.

<sup>316</sup> V°. V. KARIM, « L'ordre public en droit économique: contrats, concurrence, consommation », *Les Cahiers de Droit* Vol 40, n° 2, 1999, p. 407 et s.



intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Au fond, les législateurs sénégalais et français énoncent les expressions suivantes : « *Il est formellement interdit* », « *nonobstant toute clause contraire* », « *impérativement* ». Dès lors, l'absence d'une définition législative nous amène à poser les questions suivantes : qu'entend-on par loi d'ordre public ? Ainsi, l'ordre public est-elle assimilable aux bonnes mœurs ou aux lois impératives ?

L'ordre public est un concept mou, évolutif qui doit s'interpréter en tenant compte de la réalité contemporaine<sup>317</sup>. Ainsi, pour certains auteurs, une loi d'ordre public est celle qui a un impératif social élevé. Il est différent du concept de bonnes mœurs. Celui-ci apparaît comme « *un ensemble de préceptes garantissant la moralité des rapports juridiques et la loyauté dans l'exécution du contrat* »<sup>318</sup>. À certains égards, la notion d'ordre public se rapproche de celle de bonne mœurs parce qu'elles « *tendent toutes deux à moraliser les relations contractuelles* »<sup>319</sup>. Quant aux lois impératives, certains auteurs estimaient que l'ordre public serait le domaine des lois impératives. Cet argument doit être nuancé car l'ordre public ne se confond pas à la loi impérative. Le premier comporte un minimum de référence à l'intérêt général. Or, certaines lois impératives ne visent qu'à protéger certains intérêts privés sans que la référence à l'intérêt général soit immédiate. Ainsi, les lois impératives qui poursuivent la protection de l'intérêt d'un incapable ne sont pas des lois d'ordre public. C'est dans l'intérêt du mineur qu'on lui interdira d'accomplir certains actes juridiques et non pas dans l'intérêt de la société. La Cour de Cassation belge a défini l'ordre public de la manière suivante : « *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* »<sup>320</sup>. Dans ce même ordre **Capitant** disait qu'« *on peut définir l'ordre public, l'ordre dans l'État, c'est-à-dire l'arrangement des institutions, l'organisation des règles qui sont indispensables à l'exercice et au fonctionnement de l'État. Le mot ordre public indique, en effet, l'idée d'une disposition logique qui donne à l'ensemble l'unité de la vie* »<sup>321</sup>.

---

<sup>317</sup> V°. V. KARIM, *op. cit.*, p. 407.

<sup>318</sup> V°. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, p. 90.

<sup>319</sup> V°. *ibid.*, p. 90.

<sup>320</sup> V°. G. HANARD, *Droit romain. Notion de base. Concept de droit. Sujets de droit*. Tome 1, des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles 1997, p. 98.

<sup>321</sup> V°. H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*, éd. 1898, p. 61.

**102.** La jurisprudence est plus souvent appelée à la rescousse pour déterminer les lois d'ordre public. Celle-ci se fonde sur certains critères. D'abord, elle peut se fonder sur l'exposé des motifs d'une loi. Celui-ci est un texte préliminaire par lequel le législateur justifie les raisons de fait et de droit de l'adoption d'une loi. Il précède le dispositif. L'exposé des motifs n'est pas soumis à la discussion du Parlement lors de la procédure législative qu'il s'agisse d'un projet ou d'une proposition de loi. Cependant, le juge y fait recours, afin de déterminer s'il s'agit d'une disposition d'ordre public ou non. Pour cela, le juge se réfère à certains éléments : le but ou l'objectif poursuivi par la disposition ainsi que le contexte historique qui a amené le législateur à l'adopter<sup>322</sup>. Ensuite, le juge peut se fonder sur les matières de droit qui sont par nature d'ordre public. Il s'agit notamment du droit du travail, du droit fiscal, droit de la concurrence et du droit des procédures collectives. Il résulte de cette définition que l'ordre public peut s'entendre de tout ce qui concerne la préservation de la structure de l'État et des collectivités publiques. Il tend à la protection des intérêts généraux sur lesquels s'articule l'existence de l'État. Il peut s'agir d'intérêt politique comme celui de l'organisation de l'État et à l'exercice de ses pouvoirs de souveraineté, il peut incarner également un intérêt économique ou revêtir la forme d'intérêt éthique tendant à la protection de la morale et des bonnes mœurs. C'est dans ce sens qu'on a l'ordre public de direction et l'ordre public classique.

**103.** Par ordre public de direction, il faut entendre des règles au moyen desquelles l'État entend canaliser l'activité contractuelle dans le sens qui lui paraît le plus conforme à l'utilité sociale<sup>323</sup>. C'est un ordre public qui sert à promouvoir une direction économique déterminée<sup>324</sup>. Cet ordre public de direction est très présent en droit de la concurrence. À cet effet, on peut invoquer la loi numéro 94-63 du 22 août 1994 sur le prix, la concurrence et le contentieux économique. Selon l'exposé des motifs, cette loi a pour but de lutter contre les fraudes et de faire face aux insuffisances du marché. Elle tend aussi à assurer la protection du consommateur. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle tout contrevenant à la présente loi sera puni pénalement.

---

<sup>322</sup> V° V. KARIM, *op. cit.*, p. 408.

<sup>323</sup> V° F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil les obligations*, 9<sup>ème</sup> éd. Dalloz 2005, p. 383.

<sup>324</sup> V° V. KARIM, *op. cit.*, p. 408.

**104.** Quant à l'ordre public classique, il veille à la défense des fondements politiques et des piliers de la société<sup>325</sup>, de l'État ou de la famille<sup>326</sup>. Toutefois, l'ordre public n'est pas une notion figée. C'est pourquoi, en cas de modification du contenu de l'ordre public, le juge doit considérer celui-ci dans son état au moment où il statue. Cette opinion résulte de la Cour de Cassation française qui a estimé que la définition de l'ordre public dépend dans une large mesure de l'opinion qui prévaut à chaque moment en France<sup>327</sup>.

Cependant, certaines dispositions de l'Acte uniforme portant droit commercial général assimilent les lois d'ordre public aux lois impératives. Ainsi, selon l'article 134 de l'A.U.D.C.G. « *Sont d'ordre public les dispositions des articles 101, 102, 103, 107, 110, 111, 117, 123, 124, 125, 126, 127, 130 et 133 du présent acte uniforme* ». Or, certains articles cités par l'article 134 ne visent pas à protéger l'intérêt général. Ils tendent plutôt à assurer la protection de l'intérêt privé de l'une des parties. Il s'agit en l'occurrence des articles 110, 111, 123, 125, 126 et 130<sup>328</sup>. De ce fait, on peut s'étonner que le législateur ait considéré ces dispositions comme des lois d'ordre public. Néanmoins, nous pouvons dire que le législateur n'a pas voulu abandonner le sort de ces dispositions protectrices des mains de son bénéficiaire. Ce dernier peut être contraint à y renoncer si ces articles étaient considérés comme des dispositions impératives. Cela peut être une source d'inégalité contractuelle. C'est donc pour assurer la stabilité de l'activité commerciale du commerçant que le législateur a jugé bon d'ériger ces dispositions précitées en des lois d'ordre public. Ainsi, nous pouvons dire, sous la plume de monsieur **Karim**, « *que l'ordre public est une notion mixte : tout d'abord textuelle, lorsque le législateur l'indique clairement, et ensuite virtuelle, lorsque les tribunaux déterminent le caractère impératif d'une disposition alors que le législateur se montre silencieux à cet égard* »<sup>329</sup>.

**105.** Quant aux clauses de stabilisation<sup>330</sup>, elles ont pour objet de geler les dispositions de la loi applicable dans leur teneur au jour de la signature de la clause et du contrat. Ces clauses sont

---

<sup>325</sup> C'est ce que V. KARIM, appelle l'ordre public politique, c'est-à-dire celui qui tend à protéger les intérêts essentiels de la société, tel l'État.

<sup>326</sup> V°. V. KARIM, *op. cit.*, p. 410.

<sup>327</sup> V°. B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Cass. civ, 1ere 23 novembre 1976, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5e édition 2006, p. 533.

<sup>328</sup> Ces articles sont relatifs à la fin du bail, la révision du loyer et le droit au renouvellement du bail professionnel.

<sup>329</sup> V°. V. KARIM, « L'ordre public en droit économique: contrats, concurrence, consommation » *op. cit.*, p. 409.

<sup>330</sup> V°. M. KEBE, « Les clauses de stabilisations dans les contrats d'investissement », <file:///Users/macintoshs/Downloads/KEBE-Les-clauses-de-stabilisation-dans-les-contrats-d-investissement.pdf> (consulté le 17/11/2015).

fréquentes dans les contrats internationaux. Seulement, la validité de ces dites clauses est discutable. Cette discussion existe surtout en droit international privé.

Le premier argument est tiré de la souveraineté<sup>331</sup> de l'État. Certains auteurs rejettent sa validité au motif que l'État ne saurait circonscrire sa souveraineté à la suite d'engagement contractuel. Ensuite, les clauses de stabilisation seraient nulles car elles modifient le régime normal des règles de droit transitoire. Enfin, on ne peut pas obliger le juge à appliquer une loi qui n'existe plus.

En revanche, pour d'autres, la clause de stabilisation est valable en droit international car les parties possèdent le droit de dépecer le contrat. Par conséquent, le non-respect de la clause de stabilisation constitue une violation de la règle *pacta sunt servanda*.

Par ailleurs, nous pensons que la validité des clauses de stabilisations ne fait l'ombre d'un doute. Ainsi, selon l'article 42 C.O.C.C, les parties peuvent adopter toute espèce de clause sous réserve de respecter l'ordre public ou les bonnes mœurs.

Cela étant, les clauses de stabilisation sont valables, mais elles ne constituent pas un obstacle à l'application des dispositions d'ordre public international<sup>332</sup>. Ainsi, une loi nouvelle d'ordre public s'applique au contrat en cours même si celui-ci contient une clause de stabilisation.

Néanmoins, cette analyse réduit à néant l'intérêt des clauses de stabilisation. En principe, c'est la survie de la loi ancienne en matière contractuelle. À travers les solutions de conflit transitoire, le législateur voulait assurer la stabilité contractuelle et le respect de la volonté des parties<sup>333</sup>. L'application de la loi nouvelle au contrat en cours bouleverserait la prévision des parties et l'équilibre contractuel. Cependant, lorsque la loi nouvelle est d'ordre public, l'intérêt privé des contractants doit céder. L'ordre public<sup>334</sup> s'impose et s'applique immédiatement au contrat. Par conséquent, l'application de la disposition d'ordre public, quelle que puisse être par ailleurs ces raisons, bouleverse la prévision des parties. Il faut noter que le législateur intervient de plus en plus pour multiplier des prohibitions, pour porter des limites contre des clauses de plus en plus nombreuses.

---

<sup>331</sup> V°. M. PAULINE, *Les métamorphoses de la souveraineté*, Thèse, Université d'Angers, 2011, p. 26.

<sup>332</sup> Sur la notion d'ordre public international voir M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, *Droit international privé*, éd., Bréal, 2002, p. 73.

<sup>333</sup> V°. Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12e édition 2007, p. 40.

<sup>334</sup> V°. K. VINCENT, « L'ordre public en droit économique: contrats, concurrence, consommation », *Les Cahiers de Droit* Vol. 40 n° 403, 199, p. 407.

L'ordre public se montre toujours plus exigeant et vient s'opposer à la liberté contractuelle. La clause de gel du contrat ne s'oppose pas à une loi nouvelle d'ordre public qui prohibe certaines clauses contractuelles. Aussi, une loi nouvelle d'ordre public peut avoir pour conséquence la déconsolidation de la force obligatoire. L'article 97 C.O.C.C précité en constitue le témoignage probant. C'est pourquoi, nous pouvons dire, sous la plume de **Josserand**, que le contrat est dirigé vers sa ruine<sup>335</sup>.

**106.** L'étatisation du contrat a été décriée par la doctrine et elle constitue la crise principale du contrat. Force est de constater qu'aujourd'hui le contrat échappe à l'emprise des parties. L'intervention grandissante de l'État est destinée à assurer la socialisation du contrat. C'est dans ce sens que le législateur sénégalais a estimé dans l'exposé de motif de la loi numéro 2014-03 du 22 janvier 2014 portant baisse des loyers n'ayant pas été calculés suivant la surface corrigée que : *« les prix des loyers des baux à usage d'habitation n'ont cessé depuis des années de connaître une poussée inflationniste qui affecte considérablement les revenus des ménages et qui anéantit les efforts faits pour accroître le pouvoir d'achat des Sénégalais. Ceux-ci permettront aux Sénégalais pour qui la méthode d'évaluation basée sur la surface corrigée est difficile à mettre en œuvre, de pouvoir profiter des bases induites par la modification des textes régissant la matière. La situation difficile des ménages induite par la cherté des loyers, fait qu'il devient nécessaire, afin de préserver l'ordre public, de procéder à une diminution des taux de loyers en terme de pourcentage »*. C'est donc une loi nouvelle d'ordre public éminemment sociale puisqu'elle tient compte à la fois du niveau intellectuel et économique des populations.

Ainsi, les parties ne peuvent pas faire tout et n'importe quoi. Les nombreuses disciplines du droit de la consommation, droit de la concurrence, les baux à usage d'habitation agissent de concert en vue de bannir certaines clauses, ou limiter certains abus. À cet effet, les lois d'ordre public *« contribuent à promouvoir la justice contractuelle en apportant une protection aux contractants vulnérables »*<sup>336</sup>. Or, la force obligatoire du contrat est la base même de la vie en communauté. Mais, l'intervention du législateur serait justifiée par ce qu'on appelle l'ordre public de direction. Cependant, cette intervention législative<sup>337</sup> rend aléatoires les clauses de gestion de

---

<sup>335</sup> V°. L. JOSSERAND, «Le contrat dirigé », *Chr. Recueil hebdomadaire* 1993, p. 91.

<sup>336</sup> V°. M. CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités leur efficacité », Article de la revue juridique Thémis, (2007) 41, p. 10.

<sup>337</sup> V°. E.C. RITAINE, « Le législateur et le droit privé », Colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre, Université de Genève les 22 et 23 septembre 2005,

risques contractuels. Au-delà de cette analyse, il convient de voir le sort des clauses de contrat sans loi en présence de la loi nouvelle.

## **B. Les Clauses de contrat sans loi et loi nouvelle**

**107.** Un contrat sans loi est un contrat détaché de toute loi étatique, un contrat sans droit, dont le régime juridique serait exclusivement fixé par les stipulations contractuelles. Cependant, la théorie du contrat sans loi a été réfutée par certains auteurs<sup>338</sup>. En effet, « *pas plus qu'en droit interne, un accord de volonté conclu en matière internationale ne saurait trouver en lui-même le principe de sa force obligatoire [...] la source ultime de la juridicité d'une relation internationale se trouve simultanément dans tous les états dont les tribunaux peuvent être appelés à émettre une décision à son égard, soit directement, soit à l'occasion de l'exéquatur d'une sentence arbitrale [...]* »<sup>339</sup>. Tout comme le contrat sans loi, la convention d'arbitrage sans loi a été réfutée. « *Si la loi sur laquelle repose la force obligatoire de la convention d'arbitrage peut, à son tour, ne pas être identifiée dès l'origine, cette identification aura lieu a posteriori, au moment du contrôle de la sentence par l'État saisi d'un litige relatif à sa validité ou à son exécution* »<sup>340</sup>.

Cependant, la jurisprudence a admis le principe de la validité de clause de contrat sans loi dans l'affaire *Dalico*. Dans cette affaire, la Cour de cassation française avait décidé « *qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserves des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique* »<sup>341</sup>. *Idem*, la CCJA avait admis la validité de la clause d'arbitrage sans loi en décidant que « *la convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal. Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat et elle est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique. [...]* »<sup>342</sup>. Donc la jurisprudence a aujourd'hui admis le principe de la validité de la convention d'arbitrage sans loi. Mais, à la différence de la CCJA, la Cour de cassation a posé deux limites importantes à cette validité ; il

---

\*[http://www.lalive.ch/data/publications/le legislateur et le droit privé.pdf](http://www.lalive.ch/data/publications/le_legislateur_et_le_droit_privé.pdf), (17/11/2015).

<sup>338</sup> V°. NIBOYET cité par J. BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, op. cit., p. 283.

<sup>339</sup> V°. J. BILLEMONT, op.cit., p. 283.

<sup>340</sup> V°. *ibid.*, p. 284.

<sup>341</sup> V°. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 décembre 1993, *Dalico*, Rev. arb., p. 116, note Gaudemet-Tallon.

<sup>342</sup> V° CCJA Arrêt n° 069/2015 du 29/04/2015.

s'agit « *des règles impératives du droit français* » et de « *l'ordre public international* ». Ces deux limites ont été ignorées plus tard par la Cour de cassation française lorsqu'elle affirme que la clause compromissoire figurant dans un contrat international serait valable par le seul effet de la volonté des parties sans se référer à une autre loi<sup>343</sup>.

Sous ce rapport, il existe une variété de clauses de contrat sans loi. D'abord, il y a la clause qui soustrait le contrat à toute loi. Cependant, la jurisprudence considère ce genre de contrat nul ou qu'il ne s'agissait qu'un engagement d'honneur entre deux parties qui ne sont pas engagées juridiquement. Cette jurisprudence est discutable car cette clause ne contient rien de contraire à l'ordre public. Ensuite, il y a une clause qui fait référence à des normes non étatiques. Les normes non étatiques sont les usages, la *lex mercatoria*<sup>344</sup>, les principes d'Uni droit. Enfin, il y a la clause qui fait référence à une norme étatique non encore applicable au moment où le juge statue.

---

<sup>343</sup> V°. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 janvier 1999, *Banque Worms*, *Rev. arb.* 2000, p. 85, note Cohen.

<sup>344</sup> Sur la notion de la *lex mercatoria* voir: E. GAILLARD, « Trente ans de *Lex Mercatoria* pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », in *Journal du Droit international*, 1995, n° 1, p. 1.

## CHAPITRE II. LES ALÉAS INTERNES AUX CLAUSES DE GESTION DES RISQUES

Les aléas internes sont ceux qui sont inhérents aux différents acteurs qui interviennent dans le traitement des risques contractuels. Ces acteurs concernent deux catégories de personnes : les parties et les tiers. Toutefois, ni la notion de tiers, ni celle de partie n'a fait l'objet d'une définition législative. Dès lors, il convient de se tourner vers la doctrine pour définir ces concepts. Mais, les définitions doctrinales sont réparties entre deux distinctions. Il s'agit de la distinction classique et la distinction nouvelle de la notion de tiers et partie au contrat.

**108.** Selon la distinction classique les parties sont des personnes qui sont liées par l'effet du contrat par leur volonté<sup>345</sup>. Elles se répartissent en deux catégories. Il s'agit de :

- Les parties contractantes sont celles qui ont donné leur consentement à la formation. Cette situation concerne deux sortes de personnes. Celles qui ont directement conclu le contrat en leur nom propre et celles qui se sont fait représenter à la formation dudit contrat<sup>346</sup>.
- Il y a ensuite, les parties liées c'est-à-dire celles qui ne sont attachées au contrat qu'ultérieurement. Il s'agit des ayants cause universel et à titre universel ; le cessionnaire conventionnel.

**109.** Les tiers sont des personnes qui n'ont pas manifesté leur volonté quant à l'effet obligatoire du contrat. Ils se répartissent en deux catégories. Il y a des vrais tiers et des faux tiers.

- Les vrais tiers sont encore appelés tiers simples ou *penitus extranei*. Ils sont soumis à l'opposabilité renforcée du contrat.
- Les faux tiers ou tiers liés sont ceux qui sont liés à l'effet obligatoire du contrat en vertu de la loi.

La distinction classique a fait l'objet de vives critiques. Ces critiques ont reçu un écho favorable. Ainsi, une nouvelle distinction a été amorcée par une partie de la doctrine<sup>347</sup>. Celle-ci a élargi la notion de partie au contrat et supprimé les situations intermédiaires dans la catégorie des tiers.

---

<sup>345</sup> V°. J.GHESTIN, « La distinction des parties et des tiers », *J.C.P.* 1992.1.3628.

<sup>346</sup> V°. J. GHESTIN, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *R.T.D. civ.* (4) Octobre-Décembre 1994, p. 789 et s.

<sup>347</sup> V°. *ibid.*, p. 786.



**110.** En revanche, la conception moderne a maintenu la distinction classique de partie au moment de la formation du contrat et pendant son exécution. Toutefois, elle a élargi les sources de la qualité de partie. Ainsi, selon **M. AUBERT**<sup>348</sup>, les parties sont des personnes soumises à la force obligatoire du contrat par l'effet de leur volonté ou par l'effet de la loi. Cette définition fut nuancée par **J. GHESTIN**. Pour ce dernier, il est difficile d'admettre qu'il puisse y avoir, au moment de la formation du contrat, des parties par le seul effet de la loi<sup>349</sup>. En cas de représentation légale, le contrat est bien formé par un accord de volontés. Cependant, l'une des volontés n'est pas celle de la personne dans le patrimoine duquel se réaliseront les effets du contrat. Force est de constater que dans cette hypothèse, « *la soumission à la force obligatoire du contrat résulte de l'effet conjugué de la loi et de la volonté* »<sup>350</sup>. Mieux poursuit-il, la soumission à l'effet obligatoire du contrat ne suffisait pas à déterminer la qualité de partie. Il faudrait encore que la personne disposa de certaines prérogatives spécifiques à savoir le pouvoir de conclure, de modifier ou d'anéantir une convention par la procédure spécifique du contrat un accord de volontés. La combinaison des opinions des auteurs précités définit les parties comme « *toutes les personnes qui, ayant conclu elles-mêmes ou par l'effet d'une représentation conventionnelle ou légale le contrat, y ayant adhéré lorsque la loi le permet, ou ayant été substitué aux parties contractantes par la transmission de leur situation contractuelle autorisée et imposée par la loi, sont liées, activement et passivement, par ses effets obligatoires et dispose des prérogatives caractéristiques de cette qualification à savoir la faculté de modifier ou d'anéantir le contrat par la procédure contractuelle, c'est-à-dire un accord de volontés* »<sup>351</sup>.

Selon la distinction moderne, les tiers sont définis par opposition aux parties. En effet, les tiers sont des personnes qui ne disposent pas de prérogatives caractéristiques reconnues aux parties à savoir le pouvoir de conclure, de modifier, ou d'anéantir le contrat selon la procédure contractuelle, un accord de volontés<sup>352</sup>. De ce fait, il existe plus de tiers intermédiaires. En réalité, les tiers peuvent être classés en trois groupes. Il s'agit des tiers *penitus extranei*, les créanciers chirographaires et enfin les ayants-cause à titre particulier.

---

<sup>348</sup> V°. J-L. AUBERT, « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », R.T.D. civ. 1993, p. 263 et s.

<sup>349</sup> V°. J. GHESTIN, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, » *op. cit.*, p. 790 et s.

<sup>350</sup> V°. *ibid.*, p. 786.

<sup>351</sup> V°. *ibid.*, p. 786.

<sup>352</sup> V°. *ibid.*, p. 798.

Au-delà de cette précision, il convient de dire que l'exécution des obligations contractuelles incombe aux parties. Par conséquent, leur mauvaise foi ou la gravité de leur comportement peuvent empêcher l'exécution normale du contrat.

Dans certaines situations, les parties insèrent dans leur accord des clauses qui prennent en compte des événements qui peuvent perturber le déroulement normal du contrat. Ces clauses sont notamment les clauses de force majeure, d'imprévision, de confidentialité, etc. Cependant, ces clauses ne peuvent pas gérer efficacement les risques contractuels parce qu'elles sont tantôt imposées par la partie forte tantôt mal rédigées.

Dans ces conditions, nous analyserons successivement les aléas subjectifs (**Section I**), puis les aléas objectifs (**Section II**) des instruments bilatéraux de gestion.

## **SECTION I. LES ALÉAS SUBJECTIFS**

Le contrat donne naissance à une obligation contractuelle. L'exécution de celle-ci, dans un contrat unilatéral, incombe à une seule des parties. L'autre partie dispose d'un pouvoir de contrainte à son égard<sup>353</sup>. En revanche, dans un contrat synallagmatique chacune des parties est à la fois créancière et débitrice.

**111.** Cette précision étant faite, il faut noter que l'exécution de l'obligation contractuelle exige souvent l'intervention personnelle et directe de son débiteur. C'est le cas où l'exécution de celle-ci exige des compétences techniques. Il s'agit par exemple des contrats de prestation de service. Dans ces cas, le comportement des parties peut avoir une influence sur l'exécution normale des engagements contractuels<sup>354</sup>. Par contre dans certains cas, l'exécution de l'obligation contractuelle n'implique pas l'intervention personnelle du débiteur. Cette exécution est mise à la charge du tiers. Ce dernier peut également intervenir dans le contrat non pas pour l'exécuter, mais pour résoudre les conflits entre les parties<sup>355</sup>. Ces tiers sont souvent désignés par les parties elles-mêmes en qualité de mandataire commun ou en tant que conciliateur, médiateur ou négociateur.

---

<sup>353</sup> V°. C.O.C.C. Art. 43 al. 2.

<sup>354</sup> Il peut s'agir de la gravité du comportement de l'une des parties ou de sa mauvaise foi.

<sup>355</sup> V°. C. JARRASSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », *R.D.C.* Vol. 49 n°2, Avril-juin 1997, p. 338.

Là également les risques liés aux tiers peuvent avoir une influence sur la bonne exécution du contrat.

Sous bénéfice de ce rappel, il convient d'analyser d'abord le comportement des parties contractantes (**Paragraphe I**) avant d'étudier les aléas liés à l'intervention des tiers (**Paragraphe I**)

## **Paragraphe I. Le comportement des parties contractantes**

Les parties sont les premières actrices de la relation contractuelle. Il leur appartient d'exécuter les obligations nées du contrat. C'est pourquoi, le comportement de l'une ou de l'autre partie peut constituer un obstacle à l'exécution du contrat (B). Dans d'autres situations, ce comportement peut entraîner la perte d'un droit contractuel (A).

### **A. Le comportement, cause de la perte d'un droit contractuel**

**112.** Le comportement du contractant, pendant l'exécution du contrat, peut être constitutif de mauvaise foi. Celle-ci désigne l'attitude ou le comportement de celui qui manque de loyauté envers autrui. C'est une norme anti-comportement. Elle est définie par opposition à la bonne foi<sup>356</sup>. Celle-ci est toujours présumée<sup>357</sup>. La mauvaise foi est un comportement antisocial. C'est l'intention de nuire. Par opposition à la notion de bonne foi, on dira que la mauvaise foi est la méconnaissance de la réalité telle qu'elle existe et une conduite antisociale. Être de mauvaise foi, c'est avoir un comportement malhonnête ou déloyal.

**113.** La mauvaise foi comprend deux éléments : un élément psychologique et un élément moral. L'élément psychologique, c'est la malhonnêteté ou l'intention malhonnête. Il désigne aussi l'intention de tromper. À cet effet, on peut l'assimiler au dol au moment de la formation du contrat car le dol véhicule une idée de tromperie. Cependant, la mauvaise foi est plus qu'une simple faute ou négligence. Elle emporte en réalité la connaissance effective de la réalité. Selon la Cour de Cassation française, on ne perd pas sa bonne foi parce qu'on a été imprudent<sup>358</sup>. Quant à l'élément

---

<sup>356</sup> V°. R. VOUIN, *La bonne foi – notion et rôles actuels en droit privé français*, L.G.D.J. 1939, n° 78, p. 147.

<sup>357</sup> V°. C.O.C.C. Art. 10.

<sup>358</sup> V°. B. LEFEBVRE, « La bonne foi: notion protéiforme », *R.D.U.S.*, 1996, p. 323 et s.

moral, la mauvaise foi est un comportement excessif et déraisonnable. À cet effet, la mauvaise foi est assimilable à l'abus de droit. Elle renvoie donc à l'intention de nuire.

**114.** Cela étant, le comportement déloyal fait priver le bénéficiaire d'un droit à l'égard de son bénéficiaire. Par exemple l'article 145 C.F énonce que « *Le jugement prononçant la nullité doit, en toute hypothèse statuer sur la bonne foi de l'un et l'autre des époux ; celle-ci est présumée* ». Si les deux époux sont déclarés de mauvaise foi, le mariage est réputé n'avoir jamais existé, tant dans les rapports des époux entre eux que dans leurs rapports avec les tiers. Ensuite, en interprétant *a contrario* l'article 262 C.O.C.C, on dira qu'en matière mobilière, l'acquéreur de la chose d'autrui n'en devient pas propriétaire lorsqu'il a reçue de mauvaise foi.

Celle-ci a pour conséquence la perte d'un droit pour son bénéficiaire. En matière contractuelle, elle se traduit par la perte d'un droit contractuel à savoir le droit de la rupture unilatérale, l'exception d'inexécution et le droit d'invoquer les clauses du contrat à son profit, etc.

S'agissant des clauses de gestion de risques, la Cour de Cassation française avait estimé qu' « *une clause résolutoire n'est pas acquise si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier* »<sup>359</sup>. En effet, le juge estime que la clause résolutoire est une convention et doit être exécuté de bonne foi<sup>360</sup>. Dans tous les cas, nous constatons que la mauvaise foi du créancier lui fait perdre son droit d'invoquer la clause résolutoire.

**115.** Quant aux clauses de révision ou de rencontre, leur efficacité dépend du bon vouloir de l'une ou de l'autre partie au contrat. Ces clauses de révision ou d'adaptation ne créent pas une obligation de résultat<sup>361</sup> à la modification du contrat qui contient la clause. Pour la clause de rencontre, la Cour de cassation française a décidé que « *la clause de rencontre obligeant les parties à se rencontrer [...] une fois par an en cas d'événement majeur affectant les obligations respectives au terme du présent accord d'une façon telle que l'équilibre économique et financier qui prévalait lors de la signature s'en trouve gravement modifié (...) n'oblige en aucune façon le cocontractant à accepté les modifications de contrat proposé par l'autre partie* »<sup>362</sup>. La même

---

<sup>359</sup> V°. Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 31 Janvier, 1995. Bull. Civ. I, n° 5; D. 1995, 389, note Jamin.

<sup>360</sup> V°. Code civil. Art. 1134 al. 3.

<sup>361</sup> Sur la notion d'obligation de résultat, V°. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8<sup>ème</sup> éd., LDGJ Lextenso, 2016, p. 537.

<sup>362</sup> V°. Cass. 1<sup>ère</sup> Civ. 03 octobre 2006, D. 2007, p. 765.

remarque a été faite à propos des clauses de révision, car il a été décidé que les clauses de révision « *n'obligent nullement les parties à réviser le contrat mais en autorise seulement la possibilité* ».

**116.** En outre, le comportement malveillant de l'une ou de l'autre partie au contrat peut même rendre inefficace un pouvoir contractuel. Ainsi, il a été dit que « *la bonne foi exige une certaine tolérance en présence du retard, parfois même en cas de faute du débiteur [...]* »<sup>363</sup>. C'est pourquoi, **Carbonnier** disait à propos de l'exception d'inexécution qu'« *il n'est pas conforme à la bonne foi d'opposer ainsi l'inexécution d'une obligation secondaire pour se dispenser de remplir soi-même un engagement essentiel* »<sup>364</sup>.

**117.** Pour le cocontractant, la mauvaise foi de son partenaire détruit son attente légitime. En effet, il ne peut plus recevoir ce qu'il attendait légitimement de la conclusion du contrat parce que l'autre partie a fait preuve de malhonnêteté.

La mauvaise foi des parties se manifeste par le dilatoire car un débiteur récalcitrant peut retarder ou esquiver l'exécution de ses obligations. Il peut aussi simuler une procédure de règlement amiable à laquelle, il ne souscrit que pour la forme. Ainsi, il l'utilise comme un moyen dilatoire supplémentaire qui lui permettrait de reculer ses échéances, de dissimuler son actif et d'organiser son insolvabilité.

## **B. Le comportement, un obstacle à l'exécution du contrat**

**118.** Hélas dans certaines situations, le comportement du contractant peut être la cause de l'inexécution du contrat. En fait, en matière contractuelle, les parties doivent coopérer pour permettre au contrat de produire son plein effet<sup>365</sup>. La coopération est « *une norme de comportement* »<sup>366</sup>. Coopérer, c'est agir conjointement avec son partenaire<sup>367</sup>. La coopération, c'est l'exigence d'un comportement convergent au service d'un intérêt contractuel commun<sup>368</sup>. Le défaut de coopération révèle une volonté de ne plus participer à l'œuvre contractuelle. Dans ce cas, le contrat peut être rompu. C'est pourquoi, les rédacteurs du droit OHADA ont prévu que :

---

<sup>363</sup> V°. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit., p. 184.

<sup>364</sup> V°. J. CARBONNIER, *Droit Civil T. IV, Les obligations*, n° 84.

<sup>365</sup> V°. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, T. VI, éd Rousseau et Cie, 1931, n°3.

<sup>366</sup> V°. F. DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », in *Archives de philosophie du droit*, 1999, p.264.

<sup>367</sup> V°. *ibid.*, p. 264.

<sup>368</sup> V°. *ibid.*, p. 264.

« Toutefois, la gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls »<sup>369</sup>.

**119.** La gravité du comportement a été d'abord prévue dans un arrêt de la Cour Cassation française. Celle-ci a décidé que « la gravité du comportement de l'une des parties au contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls »<sup>370</sup> peu importe que le contrat soit à durée déterminée ou indéterminée.

Au-delà de ces précisions, le droit OHADA subordonne la rupture unilatérale du contrat au respect des conditions suivantes :

- La nécessité de la gravité du comportement ;
- Un délai de préavis suffisant ;
- La notification de la décision unilatérale de rupture ;

Cependant, comme la jurisprudence française précitée, le législateur africain ne donne pas de définition à cette énigmatique notion. Il se contente de déclarer que la gravité du motif de la rupture est appréciée par le tribunal compétent à la demande de la partie la plus diligente. À partir de ce moment, il convient de s'interroger sur les critères qui permettent au juge d'apprécier la gravité du comportement<sup>371</sup>. Dès lors, nous pouvons emprunter une définition doctrinale. En effet, selon **D. Mazeaud**, le comportement grave est une attitude déloyale intolérable propre à ruiner la confiance du partenaire, incompatible avec la poursuite des relations contractuelles. Cet auteur définit le comportement grave par rapport à la mauvaise foi du débiteur. Cela a pour conséquence de consacrer une appréciation subjective de la notion de comportement grave. En revanche, pour le professeur **Kanté**, la gravité de comportement peut être comprise de manière objective ou subjective<sup>372</sup>. Dans le premier cas la notion doit être appréciée sous l'angle de ses incidences sur la

---

<sup>369</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 281 al. 2.

<sup>370</sup> V°. Cour de Cassation, 1<sup>ère</sup> Chambre civile, 20 février 2001 (pourvoi n° 99-15.170), M. Fanara c/ Sté Europe

<sup>371</sup> V°. B. FAGES, *Le comportement du contractant*, thèse. Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, p. 118.

<sup>372</sup> V°. P. N. KANTE, « notion de gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale dans le nouveau droit de l'OHADA », encyclopédie, OHADA sous la direction de Paul-Gérard Pougoué, p. 1235.

finalité de la relation contractuelle alors dans le second cas, il faut recourir au comportement fautif du débiteur.

Nous estimons que cette appréciation subjective est un gage d'insécurité juridique en raison de la subjectivation des appréciations judiciaires qui pourrait, elle-même en découler. Il est préférable de consacrer une appréciation objective de la gravité du comportement. Ainsi, on se détache de la personne du contractant. À cet égard, il peut être fait référence au caractère essentiel de l'obligation<sup>373</sup> inexécutée. Cette solution privilégie le souci de sécurité juridique et de stabilité contractuelle. Elle empêcherait de rompre le contrat pour des considérations d'ordre subjectif<sup>374</sup>.

**120.** Par ailleurs, les rédacteurs de l'Acte uniforme exigent le respect d'un délai de préavis suffisant avant de rompre le contrat. L'exigence d'un délai de préavis s'analyse comme une sorte de mise en garde contre le cocontractant récalcitrant. Si ce dernier n'exécute pas son obligation, le créancier procédera à la rupture du contrat. Le délai de préavis privilégie le dialogue contractuel et donc la stabilité de la convention<sup>375</sup>. C'est pourquoi, ce délai de préavis doit être suffisant pour donner une chance au débiteur d'honorer ses engagements contractuels. Mais, le véritable inconvénient de ce mécanisme c'est qu'il n'y a pas de délai fixé avec précision par le législateur. Il se contente, comme en matière d'inexécution préventive, de l'expression « *délai de préavis suffisant* ». <sup>376</sup> De ce fait, l'appréciation du délai suffisant dépend de la volonté du créancier. À cet effet, il peut se référer aux usages. À défaut des usages, la détermination du délai devient très difficile. Surtout quand on sait que l'auteur de la rupture engage sa responsabilité, faute de délai de préavis suffisant. L'inobservation de ce délai conduit une condamnation pécuniaire par l'octroi des dommages et intérêts. Cependant, le respect dudit délai aurait peut-être permis au débiteur d'exécuter son obligation.

---

<sup>373</sup> V°. C. LARROUMET, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », *D.* 1997 p. 145. Dans le même sens voir B. FAGES, « Manquement à une obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », *R.T.D. civ.* 2007, p. 567.

<sup>374</sup> V°. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, p. 79 et s.

<sup>375</sup> V°. J. Mestre, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *R.T.D. civ.* 1986, p. 101. Y. PICOD, « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », *J.C.P.*, 1988, I, 3318 ; G. Morin, « Le devoir de coopération dans les contrats internationaux : droit et pratique », *DPCI*, 1980, Tome 6, p. 9 et s.

<sup>376</sup> La notion «délai de préavis suffisant» peut être source de contentieux. Le droit O.H.A.D.A n'a prévu aucun critère d'appréciation à cet effet.

En outre, le délai de préavis ainsi que la gravité du comportement doivent être notifiés par l'auteur de la rupture au débiteur. L'exigence d'une notification préalable de la décision unilatérale de rupture permet d'éviter que la mesure soit exercée de façon abusive.

## **Paragraphe II. L'intervention des tiers**

**121.** L'intervention du tiers en matière contractuelle peut résulter de plusieurs situations. D'abord, il peut intervenir pour exécuter une obligation contractuelle<sup>377</sup>. Ensuite, le tiers peut être aussi le bénéficiaire de l'exécution d'un contrat<sup>378</sup>. Enfin, le tiers peut intervenir pour faciliter l'exécution du contrat en l'adaptant<sup>379</sup>.

Cette intervention du tiers pour adapter le contrat se fait à travers les clauses contractuelles. Ces clauses sont notamment la conciliation, la médiation, la négociation, l'arbitrage, etc. Ces modes alternatifs des litiges étaient plus usités dans la société traditionnelle africaine. En effet, les sociétés africaines traditionnelles avaient développé ces modes alternatifs de litiges à partir de leur vécu culturel. Elles ont mis en place des instruments de résolution des litiges entre les individus appelés les faiseurs de paix qui sont les plénipotentiaires, négociateurs et médiateurs<sup>380</sup>.

Il s'agit donc d'identifier les instruments contractuels par lesquels les tiers interviennent dans le contrat **(A)** avant de voir les aléas qui y résultent **(B)**.

### **A. L'identification des clauses de désignation des tiers**

L'intervention des tiers dans la matière contractuelle résulte des modes alternatifs de règlement des conflits. Ces mécanismes sont, entre autres, les clauses de conciliation, de médiation, de négociation, de transaction et d'arbitrage. Ces clauses sont licites si elles sont conformes à l'ordre public et aux bonnes mœurs<sup>381</sup>. Ensuite, elles ne doivent non plus porter atteinte au droit à un procès équitable parce que la renonciation n'est que temporaire ; le temps d'examiner la possibilité d'une solution amiable.

---

<sup>377</sup> V°. C.O.C.C. Art. 195 al. 3 et AP/A.U.C. Art. 6/10

<sup>378</sup> V°. C.O.C.C. Art. 114 et s.

<sup>379</sup> V°. C.O.C.C. Art. 270.

<sup>380</sup> V°. A. DIENG, « Les modes alternatifs de règlement de conflit (MARC) en OHADA, 17 et 18 mars 2009, [www.ohada.com/content/newsletters/1078/intervention6.pdf](http://www.ohada.com/content/newsletters/1078/intervention6.pdf), 15/09/2017.

<sup>381</sup> V°. C.O.C.C. Art. 40.



Ces clauses de gestion des risques se caractérisent par l'intervention d'un tiers, personne physique qui tente de rapprocher les parties, de les éclairer sur les possibilités, d'arriver à un accord réglant leur litige. Il convient dès lors de les examiner successivement.

**122.** La conciliation est un mode alternatif de règlement de litige qui suppose l'intervention d'un tiers appelé le conciliateur. Ce dernier doit être en mesure de renseigner correctement et complètement les parties sur l'étendue de leurs droits pour leur permettre de contracter en connaissance de cause. Autrement dit, le conciliateur joue un rôle passif se limitant à informer les parties de leur situation, de leurs intérêts, de leurs droits et de leurs obligations respectifs, à les reprocher, à les faire communiquer entre elles et à tenter d'obtenir leur adhésion à une solution commune qui serait ensuite consignée dans un accord ou une transaction.<sup>382</sup> De ce fait, le conciliateur ne dispose d'aucun pouvoir de décision. Les parties sont libres d'accepter la solution proposée par le conciliateur. Néanmoins, ce dernier peut jouer un rôle bénéfique dans la solution du différend. La clause de conciliation peut porter sur divers points du contrat. Elle peut produire son effet même si le litige né entre les parties est relatif la nullité du contrat<sup>383</sup> qui la contient si, du moins, la question de l'annulabilité du contrat n'avait pas été exclue du champ de la conciliation<sup>384</sup>.

**123.** Quant à la médiation, il semble difficile de la distinguer de la conciliation. En effet, l'une et l'autre comportent l'intervention d'un tiers, neutre et indépendant, qui tente de rapprocher les parties en litige, d'explorer les solutions possibles et d'amener les parties à y consentir. D'ailleurs, la définition donnée par le projet d'Acte uniforme relatif à la médiation englobe la notion de conciliation. Selon l'article 1<sup>er</sup> al. 1 du projet précité ;

*« Au sens du présent Acte uniforme :*

*a) le terme « médiation » désigne tout processus, quelle que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord (ci-après le « différend ») découlant d'un rapport*

---

<sup>382</sup> V°. J. EL. HAKIM, « Les modes alternatifs des règlements de conflit dans le droit des contrats », *R.D.C.* Vol. 92 n°, Avril-juin 1999, p. 347 et s.

<sup>383</sup> À condition qu'il s'agisse d'une cause de nullité relative. En effet, la conciliation ne peut porter sur une cause de nullité absolue.

<sup>384</sup> V°. L. CADIET, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *Les Petites Affiches*, 5 mai 2000, p. 30 et s.

juridique, contractuel ou autre ou lié à un tel rapport, impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des Etats;

b) le terme « médiateur » désigne tout tiers sollicité pour mener une médiation quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'État Partie concerné ».

A travers ce texte, il existe une confusion entre la médiation et la conciliation. Celle-ci sera considérée comme une médiation dès lors que les parties désignent un tiers pour les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige. Cependant, la médiation est différente de la transaction et la négociation. En effet, la mise en œuvre de celles-ci n'exige pas l'intervention d'un tiers alors que la médiation est assurée par une tierce personne acceptée par les protagonistes et dont ceux-ci attendent la neutralité et l'indépendance<sup>385</sup>. La clause de médiation est également différente de la clause d'arbitrage, car le tiers désigné dans la clause de médiation, sa seule mission est de proposer une solution sans pouvoir l'imposer. Ensuite, la clause d'arbitrage est autonome par rapport au contrat principal. Cette « autonomie est affirmée aussi bien en droit interne (article 4 de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage) qu'international [...] »<sup>386</sup>. Elle « impose au juge arbitral, sous réserve d'un recours éventuel contre sa sentence à venir, d'exercer sa pleine compétence sur tous les éléments du litige à lui soumis, qu'il s'agisse de l'existence, de la validité ou de l'exécution de la convention »<sup>387</sup>. L'autonomie de la clause arbitrale a pour but de préserver le pouvoir juridictionnel des arbitres, qui auront ainsi la possibilité de statuer sur le litige relatif au contrat principal, sans avoir inquiété de la permanence de leur investiture au cas où ils estimeraient devoir mettre fin au contrat<sup>388</sup>. En revanche, la clause de médiation n'est pas autonome par rapport au contrat de base.

Cela étant, la force de la médiation réside dans la faiblesse de ses moyens. En effet, une médiation bien conduite peut aboutir au règlement du litige dans des conditions propres à sauvegarder les relations et la confiance légitime des parties. La médiation est aussi un moyen de pacification sociale et une réduction du flux judiciaire.

---

<sup>385</sup> V°. M. EZRATY, « Le droit et la médiation », in actes du colloque du 10 octobre 1986, publiés par C-N. ROBERT avec la collaboration de N. BORNOZ et N. LANGUIN.

<sup>386</sup> V°. Arr. n° 325, bull. Arr. C. A. Dakar, en matière civile et commerciale 2014, p. 357.

<sup>387</sup> V°. CCJA, Arrêt n°043/2008 du 17 juillet 2008, Aff. DAME SARR C/Mutuelle d'assurances des taxis compteurs d'Abidjan dite MATCA, JURISDATA n° J043-07/2008. Aussi, CCJA Arrêt n° 097/2015 du 23/07/2015.

<sup>388</sup> V°J. BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, LGDJ, Lextenso éd., Paris 2013, p. 206.

**124.** Par ailleurs, la clause de médiation impose des obligations à la charge des parties et des tiers. Ce dernier est assujetti à une obligation principale et une obligation accessoire. Principalement, le tiers est tenu de mener à bien la mission qui lui a été confiée. Plus précisément, le médiateur doit accomplir « *sa mission avec diligence et accorde, dans la conduite de la médiation, un traitement équitable des parties et, ce faisant prend en compte les circonstances de l'affaire* »<sup>389</sup>. En plus, le tiers est tenu d'une obligation accessoire de confidentialité. Cette obligation de confidentialité est également prévue par l'article 10 du projet d'Acte uniforme relatif à la médiation ce texte dispose que « *toutes les formations relatives à la procédure de médiation doivent demeurer confidentielles, sauf convention contraire des parties, à moins que leur divulgation soit exigée par la loi ou rendue nécessaire pour la mise en œuvre ou l'exécution de l'accord issu de la médiation* ».

**125.** Quant aux parties, il faut d'abord distinguer leurs rapports à l'égard du tiers et leurs rapports entre elles-mêmes. Dans leur relation avec le médiateur, les parties sont tenues de lui communiquer les informations nécessaires à la mise en œuvre de la médiation. Pour les rapports entre les parties elles-mêmes, il y a deux sortes d'obligations de faire et de ne pas faire. Concernant l'obligation de faire, les parties doivent, d'une part, mettre effectivement en œuvre la procédure de la médiation. Autrement dit, les parties doivent choisir le tiers médiateur, se rencontrer. Cette première partie d'obligation de faire est une obligation de résultat c'est-à-dire si l'une des parties refuse de mettre en œuvre la procédure de médiation, elle commet une faute. D'autre part, les parties sont tenues de rechercher de bonne foi les termes d'une solution conventionnelle du différend. Cette deuxième partie d'obligation de moyen. Effectivement, les parties sont assujetties à une obligation de bonne foi. Or, la bonne foi est présumée, il appartient à celui qui la conteste d'en rapporter la preuve contraire<sup>390</sup>. En outre, les parties sont tenues d'une obligation de ne pas faire c'est-à-dire de ne pas porter le différend devant un juge. Cette obligation doit durer tant que la clause de médiation n'a pas été mise en œuvre et tant que la procédure de médiation n'a pas débouché sur un constat d'échec ou que les parties n'y ont pas expressément renoncé par une convention contraire.

**126.** Cependant, qu'en est-il si les parties n'ont pas respecté la clause de médiation ou de conciliation ? Dans le droit positif sénégalais, il n'y a pas encore, à notre connaissance, des

---

<sup>389</sup> Art. 7 al. 3 du proje d'Acte uniforme relatif à la médiation.

<sup>390</sup> V°. C.O.C.C. Art. 10.

solutions qui règlent le problème. Toutefois, en ce qui concerne la clause d'arbitrage, il sied de noter que son non-respect entraîne l'incompétence du tribunal<sup>391</sup>. Faudrait-il dans ce cas, faire une interprétation analogique et considérer que le non-respect des clauses de médiation et de conciliation emporte l'incompétence in *limine litis* du tribunal. La règle d'interprétation analogique ne saurait prospérer dans le cas d'espèce. En l'espèce dans la procédure d'arbitrage, l'arbitre doit respecter les grands principes du droit processuel<sup>392</sup>.

En France, la question de la sanction du non-respect de la clause de conciliation ou de médiation a fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle. D'abord, en 1992, la Cour de Cassation française avait exclu que le non-respect de la procédure de conciliation puisse constituer une cause d'irrecevabilité. Mais, depuis l'arrêt de la Chambre commerciale du 28 novembre 1995, suivi par celui de la deuxième Chambre civile du 6 juillet 2000, le juge français s'était prononcé sans équivoque en faveur de l'irrecevabilité. Cette position avait été affirmée avec force dans l'arrêt de la Chambre mixte de la Cour de Cassation française, en ces termes: « *il résulte des articles 122 et 124 que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées ; que, licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent* »<sup>393</sup>. Pour autant, toutes les difficultés ne sont pas aplanies. La principale question était de savoir si le juge peut soulever d'office ou non la fin de non-recevoir tirée de la clause de conciliation. À cette question, la Cour de Cassation propose une réponse équivoque en jugeant que la clause de conciliation constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent<sup>394</sup>. Il est certes possible d'en conclure que les parties doivent l'invoquer si elles souhaitent que la fin de non-recevoir s'impose au juge car le juge n'est pas tenu de la soulever d'office. Par conséquent, nous pouvons dire que la clause de conciliation n'a aucun caractère d'ordre public s'agissant d'une fin de non-recevoir résultant d'une simple convention privée. Mais, cette interprétation laisse entière la question de savoir si, à défaut de demande des parties ; en ce sens le juge a la faculté de soulever la fin de non-recevoir.

---

<sup>391</sup> V° A.U.A. Art. 11.

<sup>392</sup> V° A.U.A. Art. 26.

<sup>393</sup> V° P. ANCEL, « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation », *Recueil Dalloz* 2003, p. 1386.

<sup>394</sup> V° X. LAGARDE, « Clauses de conciliations encore quelques précisions..... », *Revue des contrats*, RDCO 2004-2-048, n° 2, p. 417.

**127.** En dehors des clauses de conciliation et de médiation, il y a des clauses de négociation et de conseiller neutre. La première est définie comme un processus de communication dans le but de créer, modifier ou terminer une relation. Il y a deux sortes de négociations. Il s'agit de la négociation raisonnée et de la négociation assistée. La négociation dite « *raisonnée* »<sup>395</sup> vise à satisfaire, dans la mesure du possible les intérêts mutuels des parties. Alors que la négociation dite « *assistée* »<sup>396</sup> fait intervenir un tiers qui tente de rapprocher les parties, de les informer sur leur situation et d'explorer avec eux les solutions possibles. La seconde est un expert neutre et impartial, appelé à formuler son avis et ses recommandations au cours de l'exécution d'un projet, pour régler les conflits qui pourraient y survenir<sup>397</sup>.

**128.** Il y a en outre le mini-trial appelé encore « *mini-procès* »<sup>398</sup> qui consiste à simuler un procès judiciaire en présence des parties ou de leurs représentants ; éventuellement assistés de leur conseil. Il vise à permettre aux parties de se faire une idée de leur litige.

**129.** Par ailleurs, l'adaptation du contrat peut également être confiée à un tiers. Le C.O.C.C. le nomme « *tiers appréciateur* ». Selon l'article 270 du Code précité, « *le prix peut être laissé à l'appréciation d'un tiers désigné dans le contrat ou choisi ultérieurement par les parties* ». Le tiers adaptateur du contrat peut être désigné au moment de la conclusion de la convention principale ou postérieurement à celle-ci.

**130.** Cependant, quelle est la qualité juridique de ce tiers ? Il n'est pas un conciliateur ; la conciliation permet d'intervenir dans le règlement d'un conflit. Le rôle de ce tiers est de faciliter la recherche d'une solution au litige. Ce tiers peut être un juge dans certains cas : par exemple en matière de conflit de travail et dans les instances de divorce et en matière de règlement préventif<sup>399</sup>. Toutefois, le conciliateur n'a pas de pouvoir de décision dans l'exercice de sa mission alors que la décision du tiers adaptateur s'impose aux parties parce qu'il est considéré comme leur représentant commun.

Ensuite, le tiers adaptateur n'est pas un médiateur. Le recours au médiateur est prévu dans certains domaines du droit. Il s'agit entre autres du droit pénal où il y a la médiation pénale. La

---

<sup>395</sup> V°. M.J. EL-HAKIM, « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats », *op. cit.*, p. 351.

<sup>396</sup> V°. *ibid.*, p. 351.

<sup>397</sup> V°. *ibid.*, p. 352.

<sup>398</sup> V°. *ibid.*, p. 353.

<sup>399</sup> V°. A.U.P.C. Art. 5-1 et s.

médiation est définie par le Lexique des termes juridiques comme un mécanisme par lequel une tierce personne est désignée par le juge du litige, avec l'accord des parties, en vue de trouver une solution au conflit qui les oppose. Or, le tiers adaptateur est désigné par les parties au contrat sans intervention du juge.

Enfin, le tiers adaptateur du contrat n'est non plus un arbitre. L'arbitrage est une convention par laquelle les parties acceptent de soumettre leurs litiges à une personne neutre et d'accepter la sentence qui a une force obligatoire.

Ce tiers n'est, ni un arbitre, ni un conciliateur encore moins un juge. Mais, il peut être un expert dans son domaine. Selon la première Chambre civile de la Cour de Cassation française<sup>400</sup>, le tiers investi par les deux parties fait figure de représentant commun c'est un mandataire. La conséquence d'une telle solution c'est de considérer que la décision prise par le tiers a un caractère contractuel au même titre que si elle était arrêtée par les parties elles-mêmes. Les conclusions du tiers adaptateur ne sont pas de simples avis contrairement à ceux du tiers contrôleur indépendant. Sa décision a une valeur contractuelle. Mais, alors force est d'éprouver quelques légères appréhensions par rapport à la qualification retenue. Certes, les actes du mandataire sont réputés être accomplis par le mandant. Cependant, le mandant dispose d'un pouvoir de révocation *ad-nutum*<sup>401</sup>. Si l'une des parties décide donc de révoquer le tiers désigné cela aura pour effet de rendre la régulation envisagée impossible faute d'agent régulateur. Les parties peuvent donc envisager une révocation par leur volonté commune. Une telle hypothèse est également contraire à la clause d'adaptation qui a pour finalité une régulation automatique du contrat par l'intervention d'un tiers. Face à ce dilemme, une certaine doctrine est favorable à l'existence d'un pouvoir de révocation unilatérale et au soutien de sa prétention. Elle invoque la jurisprudence du 1<sup>er</sup> décembre 1995 de la Cour de Cassation française. Il convient de voir à présent les aléas affectant lesdits tiers (B).

## **B. Les aléas affectant les tiers au contrat**

**131.** Le tiers sollicité à intervenir dans le contrat doit présenter des gages d'indépendance et d'impartialité. En réalité, le médiateur, le conciliateur, le négociateur, et l'arbitre doivent être indépendants et impartiaux vis-à-vis des contractants.

---

<sup>400</sup> V° Civ. 1<sup>ère</sup> 2 décembre 1997 R.T.D. civ. 1998, p. 396.

<sup>401</sup> V° A.U.D.C.G. Art. 188 et C.O. C.C. Art. 470.

En matière d'arbitrage, l'impartialité et l'indépendance sont des conditions préalables pour la désignation d'une personne physique comme arbitre. C'est pourquoi, l'Acte uniforme portant sur le droit de l'arbitrage dispose que : « *Si l'arbitre suppose en sa personne une cause de récusation, il doit en informer les parties et ne peut accepter sa mission qu'avec leur accord unanime et écrit* »<sup>402</sup>.

La partialité et le défaut d'indépendance de l'arbitre sont des causes de sa récusation. C'est dans ce sens que le législateur OHADA a estimé que l'arbitre doit demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties<sup>403</sup>. Néanmoins, les mêmes exigences d'impartialité et d'indépendance n'ont pas été formulées pour la médiation, la conciliation et la négociation. Or, ces exigences doivent être respectées par le tiers intervenant dans le contrat. Mais, quand peut-on dire que le tiers gestionnaire de risques contractuels est indépendant et impartial ? À cette question, le législateur est resté muet. En revanche, quelques décisions jurisprudentielles estiment que l'indépendance de l'arbitre est l'essence de sa fonction juridictionnelle. D'une part, il accède dès sa désignation au statut de juge exclusif de tout lien d'indépendance, notamment avec les parties, et que d'autre part, les circonstances invoquées pour contester cette indépendance doivent se caractériser par l'existence de liens matériels et intellectuels, c'est-à-dire une situation qui est de nature à affecter le jugement de l'arbitre en constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage. Par conséquent, n'est pas indépendant le tiers, contre lequel est établie l'existence d'un lien matériel et intellectuel de dépendance d'esprit.

Cependant, l'exigence d'indépendance et d'impartialité du tiers constitue une difficulté majeure dans les modes alternatifs de règlement des litiges. D'abord, ces tiers sont choisis par les parties. On peut donc penser que l'arbitre, le médiateur, le négociateur ainsi désigné est un intercesseur, un conseiller et un avocat pour celui qui l'a désigné<sup>404</sup>. Il est donc difficile de croire qu'il n'existe pas d'acointance entre ledit tiers et l'une des parties au contrat. Ainsi, malgré l'intervention du tiers dans la gestion des litiges contractuels, les parties ne sont pas à l'abri d'un éventuel conflit relativement à défaut d'indépendance ou de partialité dudit tiers.

---

<sup>402</sup> V°. A.U.A. Art 7 al.2.

<sup>403</sup> V°. A.U.A. Art. 6 al.2.

<sup>404</sup> V°. P. BABOU, « l'indépendance et l'impartialité de l'arbitrage dans le droit OHADA », *Revue Camerounaise de l'arbitrage* n° 9, Avril – Mai – Juin 2000, p. 4.

**132.** En outre, en matière d'arbitrage, le non-respect par l'arbitre de son obligation d'indépendance et d'impartialité peut entraîner des conséquences qui sont prévues par les dispositions législatives. Il s'agit, entre autres, de la récusation de l'arbitre et de son remplacement ou la responsabilité de l'arbitre. En revanche, concernant les autres tiers, il appartiendra aux parties elles-mêmes de prévoir la procédure idoine lorsque le tiers désigné a failli à son obligation d'indépendance. Le plus souvent, les parties sont silencieuses sur ces différents aspects ; ce qui va occasionner un blocage dans l'exécution du contrat. En outre, le tiers médiateur ou conciliateur est différent du tiers arbitre. Il n'est pas un arbitre. Sa décision ne s'impose pas aux parties. Sa seule mission est de proposer une solution sans pouvoir l'imposer. On peut donc penser que son indépendance ne doit pas être appréciée de la même manière que le tiers arbitre qui a un pouvoir juridictionnel. Il sied de voir à présent les aléas objectifs.

## **SECTION II. LES ALÉAS OBJECTIFS**

Les aléas objectifs sont ceux qui sont inhérents, soit à la rédaction de la clause de gestion de risque, soit à l'abus. Il s'agit d'aléas relatifs à la rédaction des clauses de gestion de risques (**Paragraphe I**) et de ceux relatifs au caractère abusif des clauses de gestion (**Paragraphe II**)

### **Paragraphe I. Les aléas relatifs à la rédaction des clauses de gestion de risques**

Ces aléas sont à la fois relatifs à la rédaction des clauses de sécurité (**A**) et à la rédaction des clauses de révision du contrat (**B**).

#### **A. Les aléas relatifs à la rédaction des clauses pénales et de confidentialité**

Il existe certaines clauses qui permettent de protéger les informations échangées lors de la conclusion du contrat ou qui garantissent l'exécution du contrat. Il s'agit de la clause de confidentialité et de la clause pénale.



**133.** La clause de confidentialité<sup>405</sup> crée deux problèmes majeurs. Il s'agit de l'identification des obligations constitutives de confidentialité et le problème de preuve de la transmission de l'obligation dite confidentielle.

S'agissant de l'identification des obligations de confidentialité, il convient de dire que la clause de confidentialité crée trois obligations de ne pas faire pour être efficace :

- Ne pas utiliser des informations communiquées par l'autre partie pour autre chose que les besoins de la négociation.
- Ne pas utiliser les informations après l'échec des négociations.
- Ne pas communiquer les informations à des tiers, et ceci à tout moment.

Très souvent, ces trois obligations ne figurent pas dans les clauses. Ensuite, ces obligations peuvent engendrer des obligations secondaires de confidentialité. Ainsi, la liste des informations considérées comme confidentielles est un énorme travail, coûteux, avec des risques d'oubli. Aussi, les parties peuvent stipuler que ne sont pas confidentielles, les informations soumises à des obligations légales de publicité et les informations déjà connues par le débiteur de l'obligation de confidentialité.

Quant au problème probatoire de la transmission de l'information confidentielle, un partenaire de mauvaise foi dira toujours qu'il n'a jamais été informé de l'information qu'on prétend lui avoir transmise. Si le créancier de l'obligation se plaint qu'il a utilisé, révélé une information, il doit prouver qu'il lui a été communiquée. Pour éviter ce problème de preuve, les parties devront faire la liste des informations transmises et faire signer par le partenaire le bordereau établissant la liste. Cela prouve que le débiteur de l'obligation a bien transmis les informations.

**134.** En dehors de la clause de confidentialité, nous avons aussi les risques liés à la rédaction des clauses pénales. La clause pénale est une clause par laquelle le débiteur devra verser au créancier une somme d'argent dont le montant est fixé d'avance en cas d'inexécution totale, partielle, défectueuse ou tardive. Le créancier utilise la clause pénale comme un moyen de pression

---

<sup>405</sup> V°. O. LECLERC, « Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail », in Droit social, février 2005, p. 5 et s. dans le sens voir aussi: F-X. TESTU, « La confidentialité conventionnelle », <http://www.testuavocats.com/docs/Confidentialit%E9%20T&A%2002.pdf> (02/12/2015).

sur son débiteur en vue d'obtenir la pleine exécution des obligations de ce dernier. Ainsi, nous pouvons dire sous la plume de **D. Mazeaud** que « *la clause pénale se présente comme une arme de dissuasion destinée à conjurer l'infidélité contractuelle* »<sup>406</sup>. Dans l'époque romaine, la fonction première de la clause pénale était de valider certaines conventions inefficaces<sup>407</sup>. En droit romain, « *les conventions ayant pour objet autre chose que de l'argent (obligation de faire, de ne pas faire ou de donner) n'avait aucun effet sur le terrain juridique. Seuls les accords portant sur des sommes d'argent se trouvaient sanctionner par la loi. Ainsi, des contractants ingénieux apposèrent une « stipdatio poenae » sur ces conventions ; ce qui a permis de leurs donner une pleine efficacité juridique* »<sup>408</sup>.

Aujourd'hui, certains auteurs perçoivent la clause pénale non comme un élément contractuel, comme les autres mais plutôt comme un accord exorbitant de justice privée qui dépouille l'autorité judiciaire d'une parcelle de son pouvoir<sup>409</sup>. C'est pourquoi, les parties devront prévoir un certain équilibre entre le montant de la pénalité et le préjudice subi. Dans le cas contraire, le juge est en droit de faire une application proportionnelle de la clause. Toutefois, la révision judiciaire de la clause pénale en droit sénégalais doit être relativisée contrairement en droit français. Au Sénégal, le pouvoir de révision judiciaire peut être limité par la volonté des parties. Selon l'article 154 al. 3 C.O.C.C. « *En cas d'exécution partielle, le juge fait application proportionnelle de la peine sauf stipulation contraire des parties* ».

135. Cela dit, les parties peuvent s'opposer à une révision judiciaire de la clause en prévoyant une stipulation dans ce sens. Or, en droit français le juge peut réviser la clause pénale et toute clause contraire est réputée non écrite<sup>410</sup>. En outre, toujours en droit français, l'intervention du juge est discrétionnaire, c'est une simple faculté pour lui. Mais, l'intervention du juge n'est possible que si la clause est manifestement excessive ou dérisoire. Cette expression marque bien la volonté du législateur de ne permettre aux juges d'intervenir que dans des cas où l'utilisation abusive de la clause est flagrante. De plus, plusieurs raisons peuvent justifier la réductibilité des clauses pénales exorbitantes. D'une part, comme pour **Dumoulin**, la peine était stipulée dans l'intention de

---

<sup>406</sup> V°. D. MAZEAUD, « La notion de clause pénale », *RDC* n° 45. Vol 3, p 721 et s.

<sup>407</sup> V°. A. DEMEYERE, « Étude comparative de la clause pénale en droit civil français et en Common Law », *in institut de droit comparé Mc Gill university, Montréal 1999*, p. 6.

<sup>408</sup> V°. *ibid.*, p. 6.

<sup>409</sup> V°. J. THILMANY, « Fonctions et prévisibilité des clauses pénales en droit comparé », *op. cit.*, p. 1.

<sup>410</sup> V°. Y. WEHRLI et alii, « Le juge et le contrat : regards croisés », *RDC* 01/12/2015, n° 4, p. 817.

dédommager le créancier de l'inexécution de l'obligation principale : elle était par conséquent compensatoire des dommages et intérêts qu'il souffre de l'inexécution de l'obligation principale. Pour **Pothier**, la logique indemnitaire permettait au juge de corriger la clause si le dommage était inférieur à l'estimation. D'autre part, le consentement donné par le débiteur à une peine excessive était nécessairement, selon **Pothier**, fondé sur une erreur et n'était donc pas un consentement valable<sup>411</sup>. Enfin, la notion d'équité, d'équilibre des prestations d'une adéquation entre le montant de la clause et celui du préjudice effectif traduit l'utilité essentielle de la clause pénale dans le système **Pothier**, qui est celle d'un moyen de renverser le fardeau de la preuve : c'est au débiteur qu'il incombera de prouver que le montant de la clause dépasse considérablement celui du dommage qu'il a occasionné au créancier.<sup>412</sup> Pour éviter cette intervention judiciaire, les parties peuvent stipuler des clauses similaires à la clause pénale. Il s'agit notamment de la clause d'obligation alternative. « *L'obligation est alternative lorsqu'elle a pour objet plusieurs prestations entre lesquelles le débiteur peut choisir pour se libérer* »<sup>413</sup>. Cette clause permet aux parties de contourner les règles de la clause pénale et donc de l'intervention judiciaire. Ainsi, au lieu de prévoir une pénalité en cas d'inexécution, **Y** va demander à **X** qu'il engage **M**, soit à lui construire une maison avant le 1<sup>er</sup> janvier 2017, soit à lui payer une somme de dix millions (10. 000 000) FCFA. Le résultat des deux contrats est le même : si **X** ne construit pas la maison de **Y** avant le 1<sup>er</sup> janvier 2017, il devra payer une somme de dix millions (10. 000 000) FCFA. Cette clause constitue une obligation alternative. Ainsi, le débiteur ne pourrait théoriquement pas bénéficier de l'intervention du juge limitée aux seules clauses pénales.

**136.** L'aléa majeur vient du fait que la clause pénale n'est pas indépendante du contrat principal. En effet, l'aléa qui affecte le contrat principal peut paralyser, dans certains cas, la mise en œuvre de la clause. Ainsi, la Cour suprême du Sénégal avait admis cette possibilité en décidant que le contractant « *Ndiouck était fondé à soulever l'exception d'inexécution ; [...] que les manquements sus caractérisés légitiment la prétention de Ndiouck, à l'application de la clause pénale prévue à l'article 8 du contrat du 17 juin 1996 et à l'acte de nantissement du 3 octobre 1997* »<sup>414</sup>. En d'autres termes, selon le juge de la Cour de Cassation sénégalaise la paralysie du

---

<sup>411</sup> V°. A. DEMEYERE, « Étude comparative de la clause pénale en droit civil français et en Common Law », *op. cit* p. 33 et s.

<sup>412</sup> V°. J. THILMANY, « Fonctions et prévisibilité des clauses pénales en droit comparé », *op. cit.*, p. 20.

<sup>413</sup> V°. C.O.C.C. Art. 231 al.1.

<sup>414</sup> V°. C. suprême, Ch. Civ/Com. Arrêt n° 75 du 21 septembre 2011. N °Affaire J/ 312/ RG/ 10, inédit.

contrat principal par l'exception d'inexécution est un obstacle pour la mise en œuvre de la clause pénale.

Par ailleurs, dans l'ancien droit romain, la clause pénale était un contrat principal conditionnel<sup>415</sup>. En fait, la fonction première de la clause pénale à l'époque romaine ne résidait pas dans sa fonction punitive, mais dans sa capacité à valider certaines conventions inefficaces en elles-mêmes. Ainsi, si la convention principale était nulle, en revanche la clause pénale était valable et elle incitait le débiteur à exécuter la convention principale par crainte de devoir s'acquitter de la somme stipulée. Aujourd'hui, force est de constater que la clause pénale n'est plus autonome par rapport au contrat principal. La nullité de celui-ci emporte *de facto* celle de la clause pénale.

**137.** Quid de l'inexécution du contrat par un cas de force majeure ? Certes la clause pénale sanctionne l'inexécution des obligations contractuelles qu'elle soit totale, partielle, tardive ou défectueuse<sup>416</sup>. Le législateur sénégalais ne fait pas référence à l'origine de l'inexécution contractuelle. Cependant, certains indices utilisés par le législateur indiquent que l'inexécution doit être fautive et non fortuite. L'al. 2 de l'article 154 dispose que, « *Le paiement de la clause pénale stipulée pour le retard dans l'exécution ou l'exécution défectueuse ne dispense pas d'exécuter l'obligation* ». L'absence de dispense d'exécution de l'obligation suppose que son exécution ne soit pas rendue impossible par un cas de force majeure. En outre, l'article 154 alinéa 2 C.O.C.C. énonce également que : « *La victime ayant mis le débiteur en demeure n'a pas d'autre preuve à faire que celle de l'inexécution de l'obligation* ». La mise en demeure du débiteur indique donc qu'il est tenu d'exécuter l'obligation. Or, la force majeure libère le débiteur de son obligation contractuelle. De même, selon l'article 155 du même Code, la clause pénale peut être assimilée à la clause limitative de responsabilité alors que la force majeure est une cause d'exonération de la responsabilité contractuelle. Par conséquent, si l'inexécution constatée est la conséquence d'une force majeure, la clause pénale ne s'applique pas. La résiliation du contrat principal pour cause de force majeure entraîne *de facto* la disparition de la clause pénale. Par ailleurs, l'utilisation des clauses d'obligations alternatives permet de remédier à cette situation. Ces clauses donnent une option au débiteur pour l'exécution de son obligation. L'option appartient donc au débiteur. Il peut l'exercer de façon discrétionnaire. Toutefois, à travers les clauses, les parties peuvent aménager le droit

---

<sup>415</sup> V°. A. DEMEYRE, « Étude comparative de la clause pénale en droit en droit civil français et en Common Law », *op. cit.*, p. 6.

<sup>416</sup> V°. C.O.C.C. Art. 153.

d'option. Celui-ci peut être donné au créancier ou aux deux parties en fonction de l'agissement du risque. Cette option porte sur l'objet de l'obligation et non sur son existence c'est-à-dire sur la prestation. Mais, bien que son exercice soit discrétionnaire, le débiteur ne peut contraindre le créancier à recevoir partie de l'une ou de l'autre prestation<sup>417</sup>. C'est une règle qui protège le créancier ; elle trouve son fondement théorique dans l'indivisibilité du paiement<sup>418</sup>. Néanmoins, les parties peuvent, par une convention contraire, écarter la règle. De plus, l'option est irrévocable, lorsqu'elle est exercée, le débiteur ne peut plus se dédire. Ensuite, l'obligation alternative devient pure et simple si l'une des choses promises périt et ne peut plus être livrée. L'intérêt des clauses d'obligations alternatives est de permettre l'exécution du contrat quid d'une prestation de remplacement.

Il existe aussi des risques liés à la rédaction des clauses d'adaptation du contrat.

## **B. Les aléas relatifs à la rédaction des clauses de révision**

**138.** Au chapitre des clauses d'adaptation, nous avons les clauses d'adaptation qui permettent de gérer l'imprévision<sup>419</sup>. L'imprévision est un événement qui rend le contrat déséquilibré. Nonobstant cela, l'imprévision est différente de la lésion. Celle-ci est un déséquilibre originel. Elle est définie par l'article 75 C.O.C.C. comme un déséquilibre résultant des prestations promises au moment de la formation du contrat. Or, dans l'imprévision le déséquilibre est postérieur à la formation du contrat.

En outre, l'imprévision est différente de la force majeure<sup>420</sup>. Celle-ci est plus qu'un événement imprévisible. Pour qu'il ait force majeure, l'événement doit être, non seulement imprévisible mais aussi irrésistible et extérieur<sup>421</sup>. Mieux, la force majeure entraîne la rupture du contrat ce qui n'est pas le cas de l'imprévision. Le cocontractant qui romprait le contrat pour cause d'imprévision engagerait sa responsabilité contractuelle.

---

<sup>417</sup> V° C.O.C.C. Art. 231 al. 2.

<sup>418</sup> V° C.O.C.C. Art. 175.

<sup>419</sup> V° A. PEYTEL, « La théorie de l'imprévision et les contrats commerciaux », *Gaz. Pal.* 1949.1. p. 57 et s.

<sup>420</sup> V° R. IBARA, *L'aménagement de la force majeure dans le contrat: essai de la théorie générale sur les clauses de la force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, Thèse, Université de Poitiers, 2012, p.33 et s.

<sup>421</sup> V° C.O.C.C. Art. 129 al. 1<sup>er</sup>.

L'imprévision peut donc être définie comme un événement imprévisible et postérieur à la conclusion du contrat et qui rend son exécution ruineuse pour l'une des parties. En d'autres termes, l'imprévision suppose que le rapport qui existait entre les prestations des parties à la conclusion du contrat soit désormais altéré par des événements postérieurs à la formation du contrat et extérieurs à la volonté des parties. L'imprévision<sup>422</sup> est un risque économique, c'est-à-dire une crise économique ou une dévaluation monétaire et entraîne un déséquilibre contractuel. Elle trouve son champ de prédilection dans les contrats à exécution successive. Le contrat à exécution successive est celui dont l'exécution s'étale dans le temps. Son effet principal est de rendre le contrat déséquilibré. Ce déséquilibre profite nécessairement à l'une des parties, mais nuisible pour le cocontractant. Toutefois, ce déséquilibre ne doit pas être imputable aux parties. Par conséquent, l'imprévision est un risque objectif et externe du contrat.

**139.** Bref, pour qu'il y ait imprévision, il faut la réunion des conditions suivantes. D'abord, la première condition est relative au moment où l'événement s'est produit. En effet, l'événement qualifié d'imprévision doit survenir postérieurement à la formation du contrat, c'est-à-dire survenir pendant l'exécution du contrat. Cette condition implique deux conséquences. *Primo*, si l'événement existe au moment de la formation du contrat, il s'agit de la lésion. *Secundo*, cela suppose que le contrat soit un contrat à exécution successive. Un contrat à exécution successive est celui qui est exécuté par des prestations répétées<sup>423</sup>. Il n'y a pas de place à l'imprévision dans les contrats à exécution instantanée, c'est-à-dire exécuté par une seule prestation pour chacune des parties<sup>424</sup>.

Ensuite, l'événement constitutif d'imprévision doit procéder de circonstances extérieures à la volonté des parties. C'est d'ailleurs ce que signifie le terme imprévu. En fait, lorsque l'événement résulte du comportement de l'une des parties, il ne pourrait être qualifié d'imprévision.

Enfin, l'événement doit créer un déséquilibre contractuel. Il s'agit d'un déséquilibre entre les prestations réciproques. Cela implique un déséquilibre unilatéral, c'est-à-dire profitant à une seule partie. Il faut également qu'il s'agisse d'un contrat synallagmatique commutatif. On ne peut

---

<sup>422</sup> V°. R. DAVID, « L'imprévision dans les droits européens », in Mélanges Jauffret, 1974, p. 211 et s. Dans le même sens, V°. J.P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », *in tendance à la stabilité au rapport contractuel*, L.G.D.J. 1960, p. 201 n° 17.

<sup>423</sup> V°. C.O.C.C, Art. 46 al. 2.

<sup>424</sup> V°. C.O.C.C, Art. 46 al.1<sup>er</sup>.

parler de déséquilibre des prestations dans un contrat unilatéral ou dans les contrats à titre gratuit. Quid des contrats aléatoires ? En principe, l'aléa chasse la lésion. Mais, peut-il chasser l'imprévision ? Il n'est pas facile de répondre à la question. En fait l'archétype du contrat aléatoire est le contrat d'assurance. Or, dans celui-ci l'assuré dispose d'un droit de rupture unilatérale. Par conséquent, si l'assuré souffre de la survenance d'un événement imprévisible, il peut rompre le contrat. Aussi, en cas d'aggravation de risque, l'assureur a deux possibilités : soit résilier le contrat, soit proposé un nouveau taux de prime<sup>425</sup>. En matière de contrat aléatoire, l'imprévision donne aux parties la possibilité de réviser ou de rompre le contrat.

**140.** Ces précisions étant faites, il sied de noter qu'il existe plusieurs modalités de clauses d'adaptation. Entre autres, nous avons les clauses d'adaptation automatique. Celles-ci instituent au sein de la relation contractuelle un mécanisme qui adaptera le contrat sans en affecter la solidité puisqu'aucun nouvel accord de volontés n'est nécessaire<sup>426</sup>. La régulation automatique du contrat<sup>427</sup> présente des avantages. En premier lieu, c'est un mécanisme souple. Aucune exigence de forme n'est exigée pour leur conclusion dans le contrat. La conclusion de telles clauses obéit aux règles gouvernant la formation du contrat<sup>428</sup>. En second lieu, la régularisation automatique peut être conclue en même temps ou postérieurement à la conclusion du contrat principal. Toutefois, étant donné qu'il s'agit de mécanismes de prévention, leur conclusion doit être antérieure à la survenance de l'imprévision. Cependant, l'élaboration de ces clauses est souvent délicate. En effet, les parties doivent non seulement prévoir les risques qu'encourt le contrat, mais aussi les mécanismes qui préviennent automatiquement le déséquilibre. Néanmoins, elles ne peuvent pas prévoir tous les risques susceptibles d'influencer leur accord. Aussi, les états de nature sont très nombreux et la rédaction d'un contrat parfaitement contingent serait très coûteuse.

Seulement, les parties insèrent des clauses qui prévoient que l'arrivée d'un événement donné aura pour effet une modification du contrat lui-même. C'est ce qu'on appelle des clauses de prévention des risques<sup>429</sup>. Il s'agit des clauses de gestion des risques contractuels. Cette gestion peut être d'une automaticité totale ou semi - automatique.

---

<sup>425</sup> V°. C.O.C.C, Art. 687.

<sup>426</sup> V°. P. MOISAN, « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision », *les Cahiers de Droit*, Volume 35, n° 2. 1994, p. 281 et s.

<sup>427</sup> V°. R. FABRE, *op. cit.*, p. 7 et s.

<sup>428</sup> V°. C.O.C.C. Art. 47 et s.

<sup>429</sup> V°. N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, *op. cit.*, p. 98 et s.

**141.** Cette automaticité totale s'exprime à travers les clauses d'indexation encore appelées clauses d'échelle mobile. Elles sont prévues par l'article 186 COCC. Mais, le législateur sénégalais limite l'objet desdites clauses à une somme d'argent. L'article précité dispose que « *les contractants peuvent fixer la somme d'argent due par l'un d'eux en se référant aux prix des matières premières, des marchandises, de services ou de façon générale, à tout autre indice dont la valeur est déterminable, à condition que l'économie du contrat ou l'activité de l'emprunteur soient en relation avec la fluctuation des cours de l'indice choisi* ». La loi fait donc référence à une somme d'argent c'est-à-dire au prix. Mais, rien n'empêche les parties d'étendre l'objet des clauses d'échelles mobiles aux autres points essentiels du contrat à savoir l'objet et la durée. De plus, le choix de l'indice ou de la référence est déterminé par la disposition précitée. Avant tout, les parties ont une grande liberté quant à l'objet de la référence. Celui-ci peut être le prix des matières premières, marchandises ou de tout autre indice. Ceci implique que les parties aient une grande liberté par rapport aux choix de l'indice. Celle-ci peut également être interne ou externe à l'opération contractuelle. La référence interne peut être financière ou matérielle<sup>430</sup>. Elle est financière lorsqu'elle porte sur le chiffre d'affaires ou les bénéfices réalisés. La référence matérielle porte sur le prix des marchandises ou le prix des matières premières c'est-à-dire le prix de l'acier, du phosphate, du baril de pétrole<sup>431</sup>, etc. En sus, la référence peut être externe, elle peut aussi être financière ou matérielle. La référence externe financière porte sur l'or ou une devise étrangère si les parties craignent une dévaluation ou une baisse de parité. Dans ce cas, l'article 185 C.O.C.C dispose que « *Les clauses monétaires, telles que clauses or, payable en or ou en monnaie étrangère, ne sont valables que les paiements internationaux* ». Un paiement international est un paiement qui se fait au-delà des frontières ou entre des personnes de nationalités différentes<sup>432</sup>.

De plus, la référence doit être précise ou déterminable, c'est-à-dire, les parties devront spécifier l'indice choisi. Il a été décidé que la référence du prix ne peut aucunement être considérée comme une indication précise. Ainsi, par l'arrêt rendu le 11 octobre 1978, la Cour de Cassation

---

<sup>430</sup> V°. R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans le contrat », *op. cit.*, p. 8 et 9.

<sup>431</sup> V°. R. DUBOIS, « Réflexions sur les clauses de révisions du prix », *J.C.P.* éd. C.I. 1972. II. 707; dans le même sens, V°. P. FOUCHARD, « L'adaptation des contrats à la conjecture économique », *Rev. arb.* 1979, p. 67 et s.

<sup>432</sup> Cette définition est donnée par analogie à la définition du contrat international. Celui-ci retient deux critères alternatifs : soit la nationalité des parties, soit l'établissement des parties dans les pays différents.



française a décidé que « *la référence au prix habituellement pratiqué sur la place n'était pas suffisante à sa détermination* »<sup>433</sup>.

Qui plus est, la référence doit être indépendante des parties. Mais, le fait que la référence soit en relation avec l'économie du contrat ou l'activité des parties peut la rendre dépendante de la volonté des parties. C'est pourquoi, le législateur sénégalais n'a pas formulé cette exigence. Il s'agit d'une condition prévue par la Cour de Cassation française dans l'affaire dite du *crédit suisse*. Il s'agissait en l'espèce, d'une cession des parts à un prix qui dépendait des loyers. Or, le montant de ces loyers dépendait d'une des parties, qui avait une influence sur des sommes dues. La Cour d'appel a décidé que le « *prix de la cession ne pouvait être déterminé indépendamment de la volonté du cessionnaire dès lors que celui-ci avait la possibilité postérieurement à la conclusion du contrat d'influer sur divers éléments dont dépendait le montant de ce prix, peut en déduire la nullité de la vente en application de l'article 1591 du Code civil* »<sup>434</sup>. En effet, ce que le juge n'accepte pas, c'est qu'une partie du prix dépende exclusivement de la volonté d'un des contractants. Toutefois, dans cette affaire, il est difficile de dire que le chiffre d'affaires, par exemple, dépend uniquement du commerçant. Il se forme, en effet, par des contrats de vente ou d'achat pour lesquels l'accord d'autres personnes sera nécessaire. Certes par son influence, par sa volonté, le commerçant jouera un rôle important, mais son rôle seul ne suffit pas. En fait, l'exigence d'une référence indépendante de la volonté des parties est justifiée par le principe de l'égalité et d'équilibre contractuels. Toutefois, cette exigence doit être abandonnée depuis les arrêts rendus par la Cour de Cassation française le 1<sup>er</sup> décembre 1995<sup>435</sup>. C'est pourquoi, la Cour de Cassation a énoncé que « *la clause d'un contrat de franchise faisant référence au tarif en vigueur au jour des commandes d'approvisionnement à intervenir n'affecte pas la validité du contrat* »<sup>436</sup>. Le juge poursuit que l'abus dans la fixation du prix ne donne lieu qu'à réalisation ou indemnisation. Ces arrêts consacrent l'inégalité des parties dans les rapports contractuels. Mais, cette inégalité est tempérée par le fait que l'autre partie doit prendre en compte les intérêts de son cocontractant sous peine d'abus. Néanmoins, la procédure d'adaptation automatique peut consister en une procédure mathématique. Ce mécanisme mathématique peut être une règle de trois : le prix à facturer est alors

---

<sup>433</sup> V°. Cass. Com. 11 octobre 1978, N° de pourvoi: 77-10155.

<sup>434</sup> V°. R. FABRE, *op. cit.*, p. 11.

<sup>435</sup> V°. A. BRUNET et A. GHOZI, « La jurisprudence de l'assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », *Dalloz*. 1998, 1<sup>er</sup> Cahier Chr. p 1 et s.

<sup>436</sup> V°. Cour de cassation Ass. Plén. 1<sup>er</sup> Décembre 1995, pourvoi n° 91-19653.

le résultat du prix de base multiplié par le nouveau cours de la référence et divisé par le cours de base de cette même référence<sup>437</sup>.

**142.** On remarque que la licéité des clauses d'indexation n'est admise que dans des cas limités. Aussi, les parties devront être très attentives dans la rédaction desdites clauses. Le choix d'un mauvais indice ou sa disparition risque de poser problème. Tout comme la nullité de la clause d'indexation, en cas de défaillance de l'indice choisi par les parties, le devenir du contrat sera incertain.

Au préalable, il se peut que les parties aient choisi un indice de remplacement. Dans ce cas, il faut appliquer l'indice de remplacement lorsque l'indice initialement choisi est inopérant ou s'il a disparu. Mais, lorsqu'il n'y a pas un indice de remplacement, dans ce cas plusieurs possibilités apparaissent. Soit la défaillance rend nulle la clause d'indexation et cette nullité emporte celle du contrat principal. Il en est ainsi lorsque la clause d'indexation est considérée comme déterminante dans le consentement des parties.

Soit la clause est considérée comme une clause de style et sa nullité n'impacte pas le contrat principal. Soit enfin, le juge s'autorise à remplacer l'indice défaillant sous couvert d'interprétation. Le juge a également deux possibilités. D'une part, il peut désigner un nouvel indice. D'autre part, il peut décider de ne rien faire et laisser le contrat déséquilibré.

Néanmoins, nous estimons qu'en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, il est interdit au juge de s'immiscer dans le contrat. De surcroît, l'indice que le juge pourrait choisir peut ne pas convenir aux parties. Au surplus, si les parties n'avaient pas choisi un indice de remplacement, elles souhaiteraient peut-être mettre un terme à leur accord en cas de disparition de l'indice originaire. Cependant, le juge pourrait choisir un indice de remplacement au nom du principe de l'équilibre contractuel<sup>438</sup>. En concluant des clauses d'imprévision, les parties n'ont pas voulu un contrat déséquilibré en leur défaveur. Principalement, la disparition de l'indice initialement choisi par les parties est considérée comme créant une lacune. Or, l'article 103 COCC permet au juge de compléter les lacunes du contrat par la loi, l'équité et la bonne foi. Il appartient donc au juge de choisir un indice de remplacement en cas de défaillance de la référence initiale.

---

<sup>437</sup> Prix à facturer = prix de base x indice nouveau.

Indice de base

<sup>438</sup> V°. R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », op. cit., p. 9.

Quoi qu'il en soit, les parties devront être attentives en prévoyant toujours un indice de remplacement.

**143.** Quant aux clauses d'adaptation semi-automatique, il existe une diversité. Il s'agit de la clause d'offre concurrente, la clause du client le plus favorisé et la clause du premier refus.

La clause du client le plus favorisé permet à celui qui en est le bénéficiaire d'exiger de son cocontractant l'obtention des conditions les plus favorables que ce dernier a consenti à un tiers dans les conditions analogues. C'est dire que les conditions faites au cocontractant seront réajustées, adaptées, alignées sur celles meilleures que ce dernier viendrait faire à un nouveau client<sup>439</sup>.

La clause du premier refus oblige son débiteur à soumettre ses offres futures à son cocontractant. Celui-ci aura l'option de s'en prévaloir à défaut, et le débiteur pourra transiger avec un tiers sur la base de ces mêmes offres. Par exemple, une partie **A** s'engage envers le bénéficiaire **B** à lui proposer dans l'avenir de réaliser une opération déterminée avant de conclure cette opération avec un tiers. En cas de refus de **B**, **A** redevient libre de conclure avec autrui. Il s'agit d'une clause qui engage **A** pour l'avenir à proposer par préférence au partenaire de réaliser ensemble une opération nouvelle.

**144.** Le statut du tiers dans la procédure d'adaptation semi-automatique est différent de celle non automatique. Ici, le tiers est un contrôleur indépendant. Il joue une mission purement technique. Cette mission ne consiste pas à vider le contentieux. Son rôle est d'éclairer les parties sur les écueils qui pourraient nuire à la mise en œuvre des clauses d'adaptation. Il n'est pas artisan de l'adaptation donc le tiers ne refait pas le contrat. Il fournit de manière indépendante un élément de fait nécessaire à la bonne exécution des obligations contractuelles. Le tiers est donc un expert technique. La portée de ses conclusions ne saurait dépasser celle d'un avis. Il reste que les parties peuvent s'engager à être liées par les conclusions du tiers contrôleur indépendant qu'elles auront désignées. Dans tous les cas, il revient aux parties de préciser les modes de désignation du tiers, la nature et l'étendue des pouvoirs qui lui seront octroyés. Finalement, lorsque le tiers intervient dans l'adaptation du contrat en vertu d'une clause *hard ship*, c'est pour adapter le contrat en lieu et place des parties. Il en va différemment lorsque ce sont des clauses d'offre concurrente, du client le plus

---

<sup>439</sup> V°. R. NEVRY, « L'adaptation du prix dans une vente de marchandise par l'arbitrage international », <http://library.ohada.org/greenstone/collect/dohada/index/assoc/HASHd773.dir/adaptation-prix-vente-internationale-marchandise.pdf>, (consulté le 01/12/2015).

favorisé, du premier refus qui servent de cadre de l'action du tiers. Dans ce cas, le tiers tend à éclairer les parties sur l'état d'une question susceptible d'affecter leur relation.

## **Paragraphe II. Le caractère abusif des clauses de gestion de risques**

Il est fréquent que la jurisprudence qualifie les clauses de gestion de risques contractuels de clauses abusives. En réalité, le droit des obligations permet aux parties de stipuler toute espèce de clause dans leur convention<sup>440</sup>. Ce droit de conclure des clauses peut, comme tout droit, se révéler abusif. Cet abus peut être consécutif à l'existence de la clause dans le contrat (A) ou à sa mise en œuvre (B).

### **A. L'abus consécutif à l'existence d'une clause contractuelle : la clause abusive**

La notion de clause abusive est apparue aux États-Unis dès 1962. « *Dans les pays européens, c'est seulement à partir de l'année 1970 que fut systématiquement organisée la lutte contre les clauses abusives, dans un souci de protection des consommateurs* »<sup>441</sup>. Dans ce contexte, la clause abusive concernait les relations entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs. Elle permettait au législateur et accessoirement au juge d'assurer la protection du consommateur face au géant professionnel.

**145.** La notion de clause abusive<sup>442</sup> n'est pas définie par le législateur sénégalais. Cette notion est prévue par l'article L. 132-1 du Code de la consommation français. Selon ce texte, « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». La clause abusive est celle qui crée un déséquilibre significatif au détriment du consommateur. Dès lors, il convient de préciser ce qu'on entend par non-professionnel, consommateur ou déséquilibre significatif.

---

<sup>440</sup> V°. C.O.C.C. Art. 42.

<sup>441</sup> V°. J. CALAIS---AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9<sup>ème</sup> édition, Paris, Dalloz 2010, p. 211.

<sup>442</sup> V°. C-M. PEGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article 132-1 du code de consommation*, Thèse, Université Panthéon-Assas, 2013.

**146.** Le non professionnel est défini par leur double négativité : ni professionnels ni consommateurs<sup>443</sup>. Au préalable, le non-professionnel ou le consommateur sont-ils une seule et même personne ? À cette question monsieur **PEGLION-ZIKA** répondra que « *de deux choses l'une : soit ils sont une seule et même personne ; soit ils sont deux personnes différentes* » car “l’emploi de la conjonction de coordination « ou » peut prendre deux sens. Elle peut marquer, d’une part, une équivalence, une synonymie entre les deux dénominations, et signifier les « *non-professionnels autrement dit les consommateurs* ». Elle peut indiquer, d’autre part, une alternative entre les deux notions et révéler que non- professionnels et consommateurs sont deux catégories de personnes distinctes. À l’appui de cette seconde acception, on peut relever la formule distributive, retenue à l’alinéa 1<sup>er</sup> du même article, « *au détriment du non-professionnel ou du consommateur* », qui semble identifier deux personnes différentes »<sup>444</sup>. Nous abondons dans le même sens que Monsieur **PEGLION-ZIKA**. En effet, l’emploi de la conjonction de coordination “ou” ne signifie pas que le consommateur est synonyme du non professionnel. Dans un arrêt de 2005, la Cour de Cassation française a considéré que la notion du non-professionnel, qui est distincte de celle du consommateur, n’exclut pas les personnes morales<sup>445</sup>. On sait aussi que le professionnel est une personne physique ou morale qui agit dans le cadre de son activité professionnelle. Par conséquent, on peut en déduire que le non-professionnel est une personne physique ou morale qui n’agit pas dans le cadre de son activité professionnelle.

**147.** Qu’en est-il du consommateur <sup>446</sup>? Il faut noter qu’il existe une certaine subtilité entre les deux notions. En effet, le consommateur est défini comme toute personne physique qui agit à des fins qui n’entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle. Autrement dit, le consommateur ne peut être qu’une personne physique. Le statut du consommateur est donc cantonné à celui d’une personne physique. Il ne peut jamais être une personne morale contrairement

---

<sup>443</sup> V°. C-M. PEGLION-ZIKA, *op. cit.*, p. 90 ; P. GODÉ, « Commentaire du décret n° 78-464 du 24 mars 1978 », *RTD civ.* 1978, p. 744.

<sup>444</sup> V°. C-M. PEGLION-ZIKA, *op.cit.*, p. 56 et 57.

<sup>445</sup> V°. 02-13.285 Arrêt n° 540 du 15 mars 2005 Cour de cassation - Première Chambre civile.

<sup>446</sup> V°. B. CARRON, « La protection du consommateur lors de la formation du contrat », [https://www2.unine.ch/files/content/users/dsperratore/files/La%20protection%20du%20consommateur%20\(3\).pdf](https://www2.unine.ch/files/content/users/dsperratore/files/La%20protection%20du%20consommateur%20(3).pdf), consulté le 26/01/2016.

au non-professionnel. Toutefois, être une personne physique ne suffit pas, il faut en outre un acte de consommation, c'est-à-dire un acte accompli dans un but personnel et ou familial<sup>447</sup>.

**148.** Cependant, ce qui nous importe plus dans le cadre de cette étude c'est que les clauses abusives créent un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations réciproques des parties. La notion de déséquilibre significatif constitue le critère standard qui permet d'identifier ce que c'est une clause abusive. Pour bien appréhender cette notion il sied de faire sa glose. En fait, le concept déséquilibre renvoie à un « *manque de proportion* » à une « *inégalité* » une « *disparité* ».

Par ailleurs, le déséquilibre n'est pas sanctionné comme en témoigne d'ailleurs la lésion. Il faut, en matière de clause abusive, que le déséquilibre soit significatif. Mais, qu'entend-on par significatif ? Selon un auteur, la notion de « significatif » en relation avec le mot déséquilibre, renvoie à ce qui est « *injuste* » « *déraisonnable* » « *inéquitable* ». Il implique une idée d'importance, de gravité et d'excès du déséquilibre entre les droits et les obligations. Cependant, le déséquilibre qui favorise le consommateur ne peut donner lieu à une clause abusive<sup>448</sup>.

**149.** Aujourd'hui, la notion de clause abusive concerne également les relations entre professionnels eux-mêmes. En effet, un professionnel peut être dans une situation de dépendance dans un contrat qu'il a conclu avec un autre professionnel. C'est pourquoi, en France, la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a intégré un nouvel article dans le Code de commerce destiné à lutter contre les relations abusives entre professionnels. Ainsi, l'article L. 442-6, I, 2° dudit Code dispose que : « *I. – Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé par le fait de tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :*

*2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Cette disposition nous précise la nature de la sanction de la clause qui crée un déséquilibre significatif. En effet, cette clause « *engage la responsabilité de son auteur à réparer le préjudice causé* ». La Cour d'Appel de

---

<sup>447</sup> V°. L'article 1 du règlement n° 007/2007/cm/uemoa relatif à la sécurité sanitaire des végétaux, des animaux et des aliments dans l'UEMOA définit le consommateur « toute personne physique ou morale qui achète ou offre d'acheter, utilise ou est bénéficiaire en tant qu'utilisatrice finale, d'un bien, service ou technologie, quelle que soit la nature publique ou privée, individuelle ou collective des personnes ayant produit, facilite leur fourniture ou leur transmission ».

<sup>448</sup> V°. C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Fiches de Droit des contrats*, éd., ellipse 2013, p. 101.

Paris<sup>449</sup> est allé plus loin dans le même sens en écartant la sanction de la « *réputé non écrite* ». Elle décide qu'une clause créant un déséquilibre significatif est une clause qui n'est pas réputée non écrite, mais qui engage la responsabilité de son auteur<sup>450</sup>.

Par ailleurs, l'abus n'est pas toujours intrinsèque à la clause contractuelle. Dans certains cas, l'abus est extrinsèque à la clause.

## **B. L'abus consécutif à la mise en œuvre de la clause de gestion**

**150.** Dans la mise en œuvre de la clause, l'abus ne résulte pas d'un contrôle interne de la clause. La clause appréciée intrinsèquement n'est pas abusive. Il s'agit des clauses qui sont extrinsèquement abusives. Au premier abord, nous avons la clause résolutoire. La mise en œuvre de celle-ci doit être conforme aux exigences de bonne foi. C'est pourquoi, il a été dit qu'« une clause résolutoire n'est pas acquise si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier »<sup>451</sup>. La mauvaise foi du créancier ne résulte pas du contenu de la clause, mais par rapport au comportement du créancier ou à la sommation. Dans ce dernier cas, la mauvaise foi du créancier a fait échec à la mise en œuvre de la clause résolutoire parce que « *la sommation a été utilisée dans des conditions telles que son destinataire se trouve hors de mesure d'y répondre* »<sup>452</sup>. En dehors de l'abus, la mise en œuvre de la clause résolutoire est paralysée lorsque l'inexécution du contrat est justifiée. En effet, pour que le contrat soit rompu en vertu de la clause résolutoire il faut que l'inexécution du contrat soit illicite. Ainsi, le débiteur peut invoquer des circonstances qui, retirant à l'inexécution son caractère illicite, empêchent la résolution du contrat. Il s'agit en l'occurrence de l'exception d'inexécution qui apparaît comme un fait justificatif de l'inexécution du contrat. Mais, cette sanction est inefficace car « *si une clause créant un déséquilibre significatif, bien qu'illicite- ce qui n'est pas contesté- n'est pas nulle ni même réputé non écrite, elle sera maintenue dans le contrat nonobstant la sanction de son auteur. Autrement dit, son auteur réparera le préjudice subi par la victime mais profitera toujours du bénéfice de cette clause* »<sup>453</sup>. C'est pourquoi, la responsabilité de l'auteur de la clause ne doit pas être un obstacle à l'effacement de la clause par le mécanisme de la réputé non écrite.

---

<sup>449</sup> V°. CA Paris, 6 sept. 2016, n° 15/21026.

<sup>450</sup> V°. C. GRIMALDI, « La sanction d'une clause créant un déséquilibre significatif », RDC 01/03/2017, n° 1, p. 86.

<sup>451</sup> V°. Civ. 1<sup>re</sup>, 31 Janvier 1995, n° 92-20.654, bull. civ.I, n° 57.

<sup>452</sup> V°. Civ 3<sup>e</sup>, 25 Janv. 1983. n° 81-12.647, bull. Civ. III, n° 21.

<sup>453</sup> Ch. PAULIN, *La clause résolutoire, op. cit.*, p. 82 et s.

**151.** En outre, l'abus pouvait également résulter de la mise en œuvre de la clause pénale. En effet, lorsque la mise en œuvre pouvait conduire à des conséquences excessives, le juge a le pouvoir de modérer la peine en équité<sup>454</sup>. Cependant, ce pouvoir de modération est encadré. Premièrement, le pouvoir du juge n'est qu'un pouvoir de révision. Il ne peut en aucun cas annuler la clause pénale du seul fait de son caractère excessif. Deuxièmement, le juge doit motiver sa décision. Il « *doit rechercher et indiquer en quoi le montant était excessif ou dérisoire par rapport au préjudice effectivement subi par le créancier* »<sup>455</sup>. Et, le caractère excessif de la clause doit être apprécié au moment où le juge rend sa décision et non à la date où la pénalité est devenue excessive.

**152.** Au regard de ces développements, l'abus dans la mise en œuvre des clauses de gestion est apprécié par rapport à la malice ou à l'intention de nuire<sup>456</sup>. Tout compte fait, il ne peut y avoir l'abus de droit dans la mise en œuvre d'une clause contractuelle que si la victime prouve la mauvaise foi de l'autre partie. La bonne foi de celle-ci est présumée. En effet, « le droit subjectif confère au créancier le pouvoir de promouvoir égoïstement ses intérêts personnels »<sup>457</sup>. Dès lors, il appartient à celui qui conteste l'exercice de ce droit de prouver qu'il est utilisé avec malice. Quoi qu'il en soit, la mise en œuvre des clauses de gestion peut être source d'abus. Et, si l'abus est établi elle ne pourra plus jouer la fonction pour laquelle elle a été rédigée.

## CONCLUSION DU TITRE I

**153.** Le risque peut être aussi un événement dont la réalisation est hypothétique. Il s'agit du risque possible. La gestion de ce risque est prise en charge par les clauses contractuelles. Il s'agit des clauses de gestion de risques. À la lumière de nos développements nous avons démontré que ces clauses ne peuvent pas gérer efficacement le risque possible.

**154.** Ainsi, la plupart des clauses contractuelles sont paralysées en cas de faillite du débiteur. En effet, les clauses qui permettent de pallier l'insolvabilité du débiteur sont neutralisées

---

<sup>454</sup> V°. C. Civil. Art. 1152.

<sup>455</sup> V°. Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats : régime d'indemnisation*, Dalloz action 10<sup>ème</sup> éd. 2014/ 2015, p. 556.

<sup>456</sup> Il faut d'ailleurs noter que la notion de l'abus de droit est définie par l'article 122 COCC par rapport notamment au critère d'intention de nuire.

<sup>457</sup> V°. P-G JOBIN, « Grands pas et faux pas de l'abus de droit contractuel », *Les Cahiers de Droits*, Vol. 32, n° 1, 1991, p. 153 et s.



par l'ouverture des procédures collectives. En premier lieu, les clauses de sûretés (gage, cautionnement et hypothèque) sont suspendues par la décision de suspension des poursuites individuelles. En second lieu, certaines clauses sont réputées non écrites. Il s'agit notamment de la clause résolutoire. En dernier lieu, toujours au chapitre des clauses de gestion, les parties peuvent avoir recours aux clauses de force majeure ou clauses d'imprévision pour gérer les risques de force majeure ou d'imprévision. Néanmoins, la mise en œuvre de ces clauses, notamment celles d'adaptation, va provoquer à l'endroit du contrat une suite d'effets puisqu'il va perdre la physionomie, l'identité qu'il avait lors de sa conclusion.

En outre, ces clauses contractuelles sont souvent mal rédigées et ne sont pas à l'abri du risque d'anéantissement du contrat principal. En effet, en dehors de la clause d'arbitrage, les clauses du contrat ne sont pas autonomes au contrat principal. De ce fait, les vicissitudes affectant le contrat principal rejaillissent de *facto* sur les clauses contractuelles.

## TITRE II. LA GESTION ÉGOÏSTE DES RISQUES PROBABLES

**155.** Sociologiquement, le contrat restait « *une adhésion, un acte de foi, un acte de confiance* »<sup>458</sup>. Son inexécution déçoit l'attente légitime<sup>459</sup> du créancier fondée sur le respect de la parole donnée par le débiteur. La confiance du créancier est sur le plan moral, l'aspect positif du respect de la parole donnée<sup>460</sup>. Ainsi, en cas de rupture de cette confiance légitime, le créancier dispose des moyens qui lui permettront de mettre fin au contrat. Ces moyens sont la faculté de résiliation unilatérale du contrat, l'exception d'inexécution et de l'exception de nullité. Dans certains cas, il peut donner une seconde chance à son contractant en mettant en œuvre les mécanismes destinés à assurer la survie du lien contractuel. Il s'agit de l'octroi d'un délai supplémentaire d'exécution, de la faculté de remplacement et la réfaction unilatérale du contrat.

**156.** De manière générale, les instruments unilatéraux contractuels sont considérés comme des auxiliaires de la technique contractuelle<sup>461</sup>. Ils participent à la survie et à l'extinction du contrat. Le créancier les met en œuvre en fonction de son intérêt personnel. Ainsi, l'*accipiens* qui souhaiterait poursuivre le contrat, mettra en œuvre les instruments qui favorisent le maintien de la

---

<sup>458</sup> V°. CARBONNIER, *Flexible droit*, L.G.D.J. 2001, p. 259.

<sup>459</sup> Sur la notion d'attente légitime V°. H. AUBRY, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *R.D.C.* Vol 3, 2005, p. 631 et s.

<sup>460</sup> V°. J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *op. cit.* , p. 92.

<sup>461</sup> V°. Groupe ISP-droit civil, « Les actes unilatéraux et le droit civil », <http://www.prepa.isp.fr>.

convention<sup>462</sup>. En revanche, lorsqu'il ne veut plus être lié par le contrat, il va se prévaloir des mécanismes entraînant la rupture du contrat. Le maintien ou la paralysie du contrat dépend donc de la volonté exclusive du créancier ; c'est en ce sens que la gestion des risques probables est égoïste. Cet égoïsme se manifeste d'une part par la paralysie du contrat consécutive à la gestion des risques (**Chapitre I**) et, d'autre part par le maintien du contrat consécutif à la gestion des risques (**Chapitre II**)

---

<sup>462</sup> V°. E.S. DARANKOUM, « La protection du contrat du contrat dans l'avant-projet d'acte uniforme sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution », actes du colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats, Ouagadougou – 2007, p. 234 et s.

## CHAPITRE I. LA PARALYSIE DU CONTRAT CONSÉCUTIVE À LA GESTION DES RISQUES

157. En droit des contrats, les parties disposent d'instruments contractuels de gestion de risques qui paralysent l'exécution des obligations contractuelles. Ces instruments sont entre autres l'exception de nullité<sup>463</sup>, la résolution ou la résiliation unilatérale du contrat et l'exception d'inexécution. Ils confèrent un pouvoir individuel de destruction du lien contractuel à l'une des parties. En effet, le législateur confie à celui des contractants, dont la confiance légitime<sup>464</sup> a été trompée par son partenaire, de paralyser l'exécution du contrat. Dans le même ordre d'idées, le contractant, qui ne respecte pas sa parole donnée et trahit la confiance légitime de son partenaire, peut se voir opposer une rupture unilatérale du lien contractuel<sup>465</sup>. Cependant, il n'est pas évident que cela puisse lui procurer l'équivalent escompté ou promis à l'époque de la conclusion du contrat si tant est que son titulaire ait agi au mépris de la bonne foi<sup>466</sup>.

158. Par ailleurs, au chapitre des critères de distinction, il sied de préciser, que la résolution du contrat est différente de sa résiliation<sup>467</sup>. La première peut être définie comme l'anéantissement rétroactif du contrat pour inexécution. Il implique la restitution réciproque des prestations fournies par chacun des contractants<sup>468</sup>. En revanche, la seconde est l'anéantissement non rétroactif du contrat pour inexécution. Toutefois, la résolution, tout comme la résiliation, entraîne une disparition définitive du contrat. Ces deux instruments entraînent la paralysie définitive du contrat (Section II).

160. Quant à l'exception d'inexécution, c'est un droit qu'à chaque partie à un contrat synallagmatique de refuser d'exécuter totalement ou partiellement l'obligation à laquelle elle est tenue tant qu'elle n'a pas reçu la prestation qui lui est due. Elle n'entraîne pas la disparition de l'obligation corrélative mais simplement son ajournement, c'est-à-dire la suspension de son

---

<sup>463</sup> V°. M. STORCK, « L'exception de nullité en droit privé » *D.* 1987, p. 67. Dans le même sens V°. C.O.C.C. Art. 90.

<sup>464</sup> V°. A. ALBARIAN, « De la perte de la confiance légitime en droit contractuel. Essai d'une théorie », *op. cit.*, p. 50 et s.

<sup>465</sup> V°. R. DEMOGUE, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *R.T.D civ.* 1970, p. 245 et s.

<sup>466</sup> V°. D. MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », [ddata.over-blog.com/.../3/.../Denis-Mazeaud-melanges-Jean-Hauser.pdf](http://ddata.over-blog.com/.../3/.../Denis-Mazeaud-melanges-Jean-Hauser.pdf), n° 8.

<sup>467</sup> Sur la distinction V°. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, Paris 2007, p. 18 et s.

<sup>468</sup> V°. C.O.C.C. Art. 107.

obligation. L'exception d'inexécution engendre donc une paralysie temporaire du contrat (**Section I**).

## SECTION I. LA PARALYSIE PROVISOIRE DU CONTRAT CONSÉCUTIVE À L'EXCEPTION D'INEXÉCUTION

**161.** L'exception d'inexécution est un instrument contractuel prévu par le C.O.C.C. et l'A.U.D.C.G.<sup>469</sup>. Elle permet à l'une des parties au contrat de suspendre l'exécution de son obligation tant que son cocontractant n'exécute pas la sienne.

L'exception d'inexécution se distingue du droit de rétention<sup>470</sup>. D'abord, l'exception d'inexécution trouve son domaine de prédilection dans les contrats synallagmatiques. En revanche, le droit de rétention est admis en dehors de tout rapport synallagmatique entre le créancier et celui auquel il est opposé. Ainsi, le droit de rétention a-t-il un domaine beaucoup plus large que l'exception non *adimpleti contractus*, limitée aux seuls contrats synallagmatiques. Ensuite, l'exception d'inexécution et le droit de rétention reposent sur des fondements différents. La première a pour soubassement le défaut de cause<sup>471</sup> alors que le droit de rétention s'exerce bien que la dette du rétenteur ait une cause, uniquement parce que la créance de celui-ci est connexe à la chose retenue<sup>472</sup>.

Au-delà de cette distinction, il convient de noter qu'il y a deux sortes d'exception d'inexécution. Il s'agit de l'exception d'inexécution défensive, un instrument de gestion du risque d'inexécution consommée (**paragraphe I**) et de l'exception d'inexécution préventive, un instrument de gestion du risque d'inexécution imminente (**paragraphe II**).

---

<sup>469</sup> V° M. MBA-OWONO, « Exception d'inexécution dans la vente Commerciale en droit uniforme OHADA », Revue du CERDIP, Vol. 2, n° 2, juillet - décembre 2006, p. 35.

<sup>470</sup> V° R. CASSIN, *De l'exception d'inexécution tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques et de ses relations avec le droit de la rétention, la compensation et la résolution*, Paris 1914, p. 42 et s.

<sup>471</sup> La théorie de la cause a été considérée par certains auteurs comme l'un des fondements de l'exception d'inexécution. Cependant, la doctrine n'est pas unanime sur la question. D'autres estiment que le fondement de l'exception d'inexécution serait la bonne ou encore l'équité ; Sur le fondement de l'exception d'inexécution Y. PICOD, *Le devoir loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit., p. 170 et s.

<sup>472</sup> V° A.U.S. Art. 6. « Le droit de rétention ne peut s'exercer que :

- si la créance du rétenteur est certaine, liquide et exigible ;
- s'il existe un lien de connexité entre la naissance de la créance et la détention de la Chose retenue
- et si le bien n'a pas été saisi avant d'être détenu par le rétenteur ».

## **Paragraphe I. L'exception d'inexécution défensive : un instrument de gestion du risque d'inexécution consommé**

L'exception d'inexécution est un moyen de pression dont dispose tout contractant contre son débiteur qui n'exécute pas ses obligations contractuelles. Ainsi, elle s'apparente à une sorte de justice privée. C'est à la fois un moyen de pression et une garantie contre le débiteur récalcitrant<sup>473</sup>.

Néanmoins, cet instrument contractuel ne résout rien. Elle met en berne le contrat pour une durée indéterminée en attendant que le créancier utilise un remède définitif<sup>474</sup>. Dès lors, il y aura un moment où l'exécution de l'obligation n'aura aucune utilité pour son créancier du moins lorsque les parties sont liées par un contrat transactionnel<sup>475</sup>.

Ce constat démontre qu'il y a une insécurité liée à la mise en œuvre de l'exception d'inexécution défensive **(A)** et aux conséquences imprévisibles **(B)**.

### **A. L'insécurité liée à la mise en œuvre de l'exception d'inexécution défensive**

**162.** L'exception d'inexécution défensive est un instrument contractuel prévu par les articles 104 C.O.C.C et 237 A.U.D.C.G. Le premier texte dispose que : « *Dans un contrat synallagmatique, chacun des contractants peut refuser de remplir son obligation tant que l'autre n'exécute pas la sienne* » alors que selon le second texte : « *La vente commerciale est soumise aux règles du droit commun des contrats et de la vente qui ne sont pas contraires aux dispositions du présent Livre* ». On trouve la même règle dans la cession de fonds de commerce<sup>476</sup>. En effet, selon l'article 154 al. 2 A.U.D.C.G, « *Toutefois, si le paiement du prix a été prévu au comptant, le vendeur n'est tenu, sauf convention contraire entre les parties, de mettre l'acheteur en possession qu'à la date du complet paiement* ».

Dans l'AP/A.U.C., on parle d' « *offre d'exécution* ». Ainsi, l'article 7/3 dudit Acte uniforme dispose qu' : « *Une partie tenue d'exécuter sa prestation en même temps que l'autre partie peut en suspendre l'exécution tant que celle-ci n'a pas offert d'exécuter la sienne* ». Ces différents textes sont relatifs à l'exception d'inexécution défensive. Dans cette situation, le risque ne se présente pas

---

<sup>473</sup> V°. D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *R.T.D. civ.* (2), avr. Juin 1994, p. 232.

<sup>474</sup> V°. *ibid.*, p. 233.

<sup>475</sup> Les contrats transactionnels ne supposent pas une certaine durée de la relation contractuelle. Ce sont des contrats à exécution instantanée.

<sup>476</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 154 al. 2.

comme une menace future car l'inexécution s'est déjà réalisée. Il convient juste de mettre la pression sur le débiteur afin qu'il honore son engagement.

**164.** L'exception d'inexécution est un instrument qui est apparemment très facile à mettre en œuvre car l'*accipiens* n'a pas à solliciter une autorisation judiciaire. Son exercice est relativement simple. Le créancier est dispensé des procédures longues et aléatoires de la voie judiciaire<sup>477</sup>. Il est à l'abri des pratiques dilatoires du débiteur. Cette simplicité est un gage de rapidité qu'exige le droit des affaires. À ce titre, l'exception d'inexécution défensive est un instrument efficace<sup>478</sup>.

En outre, l'absence d'une intervention judiciaire permet à son titulaire d'esquiver la lenteur du processus juridictionnel, la patience qu'il exige de celui qui s'y engage et la complexité des règles de compétence<sup>479</sup>. Mais, il faut nuancer ces propos. L'intervention judiciaire a une vertu préventive. Elle permet d'éviter l'abus dans la mise en œuvre de ce mécanisme et éviter qu'il ne devienne un moyen de règlement de compte. L'exception d'inexécution est un droit conféré à tout créancier victime d'une inexécution fautive de son cocontractant dans un rapport synallagmatique<sup>480</sup>. Néanmoins, son exercice ne doit pas être abusif<sup>481</sup>. Ainsi, selon l'article 122 C.O.C.C. une faute est commise par abus de droit par celui qui use de son droit dans la seule intention de nuire à autrui, ou qui en fait un usage contraire à sa destination. Le créancier ne doit donc pas exercer l'exception d'inexécution dans le seul but de nuire au débiteur. L'abus du créancier sera apprécié par rapport à son attitude coopérative<sup>482</sup> vis-à-vis de son débiteur. La doctrine du solidarisme contractuel sera appelée à la rescousse pour apprécier la légitimité de l'exception d'inexécution. Pour ne pas tomber sous le coup de l'abus, le créancier ne doit rendre difficile l'exécution du contrat pour le débiteur et invoquer par la suite l'exception d'inexécution<sup>483</sup>.

---

<sup>477</sup> V°. L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *R.T.D.civ.* 1937, p.1.

<sup>478</sup> Cette efficacité doit être relativisée compte tenu du risque de condamnation du créancier lorsque celui-ci a mis en œuvre de façon abusive l'exception.

<sup>479</sup> V°. J. RIVERO, « La règle de droit et la sanction juridictionnelle », *op. cit.*, p. 462.

<sup>480</sup> V°. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, E.J.A., Paris 2007, p.409.

<sup>481</sup> V°. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, p. 172.

<sup>482</sup> V°. F. DIESSE, « Le Devoir de coopération comme principe directeur du Contrat », *in. Archives de philosophie du droit*. 1999, p. 259-302.

<sup>483</sup> Cette exigence de ne pas rendre difficile l'exécution du contrat résulte clairement de l'article 7/2 de l'AP/A.U.C. en ces termes « une partie ne peut pas se prévaloir de l'inexécution par l'autre partie dans la mesure où l'inexécution est due à un acte ou une omission de sa propre part ou encore à un événement dont elle a assumé le risque ».

Ensuite, l'intervention judiciaire est aussi un gage de sécurité juridique pour son titulaire. Elle permet d'éviter une éventuelle sanction judiciaire lorsque l'exception est opposée à tort<sup>484</sup>.

**165.** Les conditions de l'exception d'inexécution défensive sont déterminées notamment par les articles 104 C.O.C.C. 237 A.U.D.C.G et 43 de la loi n° 2012-02 sur le crédit-bail. À ces articles, il faut ajouter l'article 7/3 AP/A.U.C. Selon le premier texte cité, « *Dans les contrats synallagmatiques, chacune des parties peut refuser de remplir son obligation tant que l'autre ne remplit pas la sienne* ». Ce texte pose plusieurs exigences.

**166.** La première exigence légale est relative aux domaines de l'exception d'inexécution. En effet, celle-ci ne peut valablement être invoquée que dans un contrat synallagmatique. Ce dernier est défini par l'article 43 C.O.C.C, comme celui dans lequel les contractants s'obligent par réciprocité l'un envers l'autre. Ce qui caractérise le contrat synallagmatique, c'est donc qu'il crée des obligations réciproques et interdépendantes entre les parties<sup>485</sup>. Cependant, il existe ce qu'on appelle le contrat synallagmatique imparfait<sup>486</sup>. Celui-ci est un contrat unilatéral par sa formation, et bilatéral par son exécution. De plus, les obligations réciproques nées de l'exécution de ce type de contrat ne sont pas équivalentes. C'est le cas du contrat de dépôt. Celui-ci est un contrat unilatéral par sa formation. Mais, pendant son exécution, il se peut que le dépositaire ait effectué des dépenses pour la conservation de la chose. Dans ce cas, le déposant est tenu de rembourser à ce dernier tous les frais occasionnés pour la conservation de la chose et d'indemniser toutes les pertes que le dépôt lui a occasionnées<sup>487</sup>. Toutefois, lorsque le déposant n'exécute pas ses obligations, le dépositaire peut invoquer le droit de rétention conformément aux dispositions de l'article 511 du Code susmentionné. On remarque que l'exception d'inexécution n'a pas été prévue dans cette hypothèse par le législateur car le dépôt est un contrat unilatéral par sa formation alors que l'exception d'inexécution s'applique dans les contrats synallagmatiques. Par ailleurs, ces propos doivent être nuancés pour le contrat de cautionnement. Celui-ci est un contrat unilatéral. Cependant, selon l'article 29 A.U.S. « *Toute caution ou tout certificateur de caution peut opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette qui appartiennent au débiteur principal et*

---

<sup>484</sup> En fait le créancier pourra être condamné *a posteriori* s'il avait opposé l'exception d'inexécution alors que les conditions de celle-ci ne sont pas réunies.

<sup>485</sup> L'archétype du contrat synallagmatique est le contrat de vente.

<sup>486</sup> V°. F. TERRE et alii, *Droit civil les obligations*, op. cit. , p.77, n° 66.

<sup>487</sup> V°. C.O.C.C. Art. 510 « *Le déposant est tenu de rembourser au dépositaire, en principal et intérêts, les dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose et l'indemniser de toutes les pertes que le dépôt peut lui avoir occasionnées* ».



tendent à réduire, éteindre ou différer »<sup>488</sup>. Par conséquent, si le contrat principal est synallagmatique, la caution peut invoquer l'exception d'inexécution contre le créancier si celui-ci n'a pas exécuté son obligation corrélatrice. En définitive, dans les contrats unilatéraux la suspension de la convention résulte du droit de rétention<sup>489</sup>. Toutefois, le contrat de cautionnement étant un contrat accessoire, la caution peut invoquer l'exception d'inexécution si le contrat principal est synallagmatique<sup>490</sup>.

En dehors de son domaine d'application, la mise en œuvre de ce mécanisme est subordonnée à la réunion des deux conditions cumulatives :

- Simultanéité dans l'exécution des obligations réciproques
- Inexécution de l'obligation corrélatrice.

**167.** Relativement à la première condition, l'exception d'inexécution suppose d'une part l'indépendance et la réciprocité des obligations et l'exécution simultanée desdites obligations d'autre part. L'une des parties à un contrat synallagmatique n'est pas par conséquent fondée à opposer l'exception que dans la mesure où l'exécution par l'autre contractant des obligations corrélatrices doit être préalable, tout au plus concomitante à celle de ses propres obligations. Cette simultanéité dans l'exécution d'obligation réciproque est prévue par l'article 104 C.O.C.C. L'al 2 de cet article dispose que : « *La convention admettant l'exécution des obligations successives*<sup>491</sup>, *ou les usages donnant à l'une des parties un délai d'exécution, rendent l'exception temporairement inopposable* ». Ce texte confirme l'exigence d'une réciprocité et d'une simultanéité comme conditions de l'exception d'inexécution. Ces conditions sont également prévues par l'article 271 A.U.D.C.G. Aux termes de cet article « *Lorsque le paiement est prévu au jour de la livraison et que l'acheteur tarde à prendre livraison des marchandises ou n'en paie pas le prix, le vendeur, s'il a les marchandises en sa possession ou sous son contrôle, est fondé à les retenir jusqu'à leur complet paiement* ». Cette concomitance dans l'exécution des obligations réciproques est aussi affirmée par l'article 7/3 AP/A.U.C. Aux termes de ce texte, « *Une partie tenue d'exécuter sa*

---

<sup>488</sup> L'applicabilité de l'exception d'inexécution dans le contrat de cautionnement résulte de son caractère accessoire.

<sup>489</sup> Dans les contrats unilatéraux, il y a absence d'obligations réciproques. Par conséquent, les conditions de l'exception d'inexécution ne sont pas remplies.

<sup>490</sup> Par exemple, si le contrat est un contrat de vente et que la caution garantit le paiement du prix de la vente, elle peut invoquer l'exception d'inexécution si la chose n'est pas encore livrée à l'acheteur.

<sup>491</sup> V°. J. FLOUR et alii, *Les obligations*, Armand Colin. 1991, p. 7 et s.

*prestation en même temps que l'autre partie peut en suspendre l'exécution tant que celle-ci n'a pas offert d'exécuter la sienne* ». Ainsi, cet article est plus explicite que l'article 104 C.O.C.C. Le créancier ne peut opposer l'exception d'inexécution que si la partie n'a pas offert d'exécuter son obligation. Autrement dit, le cocontractant n'est pas tenu d'exécuter entièrement son obligation. Il doit simplement faire une offre d'exécution parce que les deux obligations réciproques doivent s'exécuter en « *même temps* ».

Cependant, comment l'offre d'exécution est-elle appréciée ? Les rédacteurs de l'avant-projet d'Acte uniforme sont muets sur cette question. En tout état de cause, l'appréciation de l'offre n'est pas du tout aisée<sup>492</sup>. Elle pourrait donner lieu à des contentieux énormes entre les parties aux contrats si l'avant-projet d'Acte uniforme venait à être adopté. Ainsi, l'absence de critère d'appréciation de simultanéité peut être une source d'insécurité juridique.

**168.** Par ailleurs, l'absence de simultanéité dans l'exécution des obligations réciproques résulte de deux causes prévues par la loi. Il s'agit des conventions admettant l'exécution des obligations successives d'une part et d'autre part les usages accordant à l'une des parties un délai d'exécution.

S'agissant de la première cause, c'est-à-dire des conventions admettant l'exécution des obligations successives, il convient de dire que cela concerne les cas dans lesquels l'*accipiens* doit exercer son obligation en premier alors que le débiteur doit exécuter la sienne en second. Cette situation est également prévue par l'article 7/3 2) AP/A.U.C « *Une partie tenue d'exécuter sa prestation après l'autre partie peut en suspendre l'exécution tant que celle-ci n'a pas exécuté la sienne* ». Ainsi, dans cette hypothèse, l'autre partie peut opposer l'exception d'inexécution si son cocontractant n'exécute pas entièrement son obligation. Dans ce cas, une simple offre d'exécution ne suffit pas. Par exemple, dans la vente à crédit, le vendeur ne peut refuser de livrer la chose au prétexte que l'acheteur ne l'a pas payée, puisque celui-ci n'a pas à payer au comptant.

Quant à la seconde cause de suspension de l'exception *non adempti contractus*, il sied de retenir que certains usages peuvent donner au *solvens* un délai supplémentaire<sup>493</sup> pour l'exécution

---

<sup>492</sup> Le législateur ne donne aucun critère d'appréciation de « l'offre d'exécution ». Dès lors, il appartient au juge de dire ce qu'on entend par offre d'exécution.

<sup>493</sup> V°. E. NSIE, « La sanction de l'inexécution des obligations des parties dans le contrat de vente », *op. cit.*, p. 109 et s.

de son obligation. Durant ce délai le créancier ne peut légitimement invoquer l'exception<sup>494</sup>. La même solution s'applique *mutatis mutandis* lorsque c'est le créancier qui accorde un délai d'exécution.

**169.** Concernant la seconde condition, l'exception d'inexécution suppose une inexécution effective par l'autre partie de son obligation corrélatrice. Quel doit être la cause de l'inexécution de cette obligation dite corrélatrice ? En fait, les dispositions de l'article 104 précité sont silencieuses quant à la source de l'inexécution de l'obligation entraînant l'opposabilité de l'exception. Le législateur sénégalais s'est simplement contenté d'énoncer que « (...) *chacun des contractants peut refuser de remplir son obligation tant que l'autre n'exécute pas la sienne* »<sup>495</sup>. De toute évidence, on doit retenir que l'exception pourra être invoquée en cas de faute de la partie défaillante<sup>496</sup>, notamment lorsque celui-ci refuse d'exécuter son obligation ou a accusé un retard dans son exécution et même lorsqu'elle a mal exécuté l'obligation corrélatrice. En outre, le créancier peut également invoquer *l'exception non adempti* en cas de négligence du débiteur. Le doute quant à l'application de l'exception d'inexécution n'est pas permis si l'inexécution de l'obligation corrélatrice est la conséquence de la faute du débiteur.

**170.** Par ailleurs, l'exception d'inexécution est-elle opposable si l'inexécution de l'obligation corrélatrice est due à un cas de force majeure ou à un fait d'un tiers ? La réponse est en principe négative lorsque cette inexécution est la conséquence d'un cas de force majeure. Selon les termes de l'article 108 du C.O.C.C : « *Dans les contrats synallagmatiques, lorsque l'une des parties est dans l'impossibilité d'exécuter sa propre prestation, l'autre est déliée du contrat* ». La force majeure entraîne la rupture du contrat et non sa suspension. Ainsi, l'impossibilité d'exécution exclut l'applicabilité des solutions propres à la responsabilité. Elle libère le débiteur en vertu de l'adage selon lequel à l'impossible nul n'est tenu<sup>497</sup>. L'exception d'inexécution est sans objet dans ce cas. La force majeure a un effet libératoire. En effet, l'exception d'inexécution suppose que le débiteur ait commis une faute<sup>498</sup>. Cela se comprend aisément car la faute et la force majeure sont antinomiques. D'ailleurs, selon l'article 129 al. 2 C.O.C.C., la faute de l'auteur du dommage annule

---

<sup>494</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 286.

<sup>495</sup> V°. C.O.C.C Art. 104.

<sup>496</sup> L'*accipiens* doit se conformer aux exigences de bonne foi dans la mise en œuvre de l'exception. C'est-à-dire la moindre imperfection du contrat ne doit pas l'amener à opposer l'exception. Ensuite, l'inexécution de l'obligation corrélatrice ne doit pas résulter de sa faute.

<sup>497</sup> V°. P-H. ANTONMATTEI, « *Contribution à l'étude de la force majeure* », R.D.C. 1993, Vol. 45, n° 1, p. 154.

<sup>498</sup> Les dispositions de l'article 104 du C.O.C.C. font référence à la faute du débiteur quand elles disent que « *l'exception d'inexécution suppose un manquement suffisamment grave* ».

l'effet exonératoire du cas fortuit ou de la force majeure. Cela étant, la force majeure engendre la résolution de plein droit du contrat. L'intervention du juge n'est pas nécessaire pour prononcer la résolution du contrat. C'est pourquoi, la Chambre commerciale de la cour de cassation française a cassé l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris qui reprochait au débiteur de n'avoir pas intenté une action en résolution judiciaire anticipée, au motif qu' « *une demande de résolution judiciaire d'un contrat pour impossibilité d'exécution n'est pas nécessaire* »<sup>499</sup>.

Cependant, la Cour de Cassation Belge a consacré l'effet suspensif de la force majeure par un arrêt de principe rendu le 13 janvier 1956. Il résulte de cette jurisprudence que « *La force majeure qui empêche une partie de remplir ses obligations, suspend l'exécution de tous les engagements nés d'un contrat synallagmatique, lorsque cet empêchement n'est que temporaire et que le contrat peut encore être utilement exercé après le délai convenu ; (....) ; pourtant ; (....) ; si la force majeure persiste, de sorte que cette dernière condition n'est plus remplie, le contrat est dissous de plein droit* »<sup>500</sup>. Cette jurisprudence a pour conséquence la nécessité de saisir le juge afin de déterminer le caractère suspensif ou non de la force majeure. Elle crée des obligations nouvelles pour les parties. Celles-ci sont obligées de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour assurer la reprise du lien contractuel. De ce fait, elles sont assujetties à deux obligations négatives. D'une part, elles devront faire cesser l'impossible<sup>501</sup> et d'autre part, elles ne doivent rien faire qui puisse attenter à la vie du contrat. Autrement dit, les parties doivent prendre des mesures pour assurer la survie du contrat<sup>502</sup>. Cette jurisprudence est favorable au *favor contractus*. Ainsi, lorsque l'impossibilité d'exécution est temporaire, il y a une simple suspension du contrat. Celui-ci est suspendu pour le temps de la disparition de l'impossibilité d'exécution. Toutefois, le délai de suspension ne doit pas être assez long. Il doit être un bref délai qui s'apprécie en fonction de l'utilité que présenterait l'exécution du contrat pour les parties.

---

<sup>499</sup> V°. Ch. Com 28 avril 1982, n° 80-16.678, Voir. R. IBARA, *L'aménagement de la force majeure dans le contrat : Essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, op. cit. p. 74 et s.

<sup>500</sup> V°. P-H. ANTONMATTEI, « *Contribution à l'étude de la force majeure* », op. cit., p. 155.

<sup>501</sup> Les parties doivent les mesures nécessaires pour limiter le dommage.

<sup>502</sup> Ces mesures sont : le délai supplémentaire d'exécution, la faculté de remplacement et l'exception d'inexécution.

171. Qu'en est-il du fait d'un tiers<sup>503</sup>? Par tiers<sup>504</sup>, il faut entendre une personne autre que les parties au contrat. Cette personne ne doit pas être, ni le représentant du débiteur ou, ni son préposé. En droit des contrats, le fait d'un tiers n'est exonératoire de responsabilité que s'il revêt les caractères de la force majeure<sup>505</sup>. Ce fait doit être extérieur, imprévisible et irrésistible. Mais, il faut prendre en compte le cas où l'impossibilité d'exécution est temporaire. Dans ce cas, il y aura suspension de l'exécution du contrat. Par ailleurs, si le fait d'un tiers revêt les caractères de la force majeure et entraîne une impossibilité définitive, l'exception d'inexécution ne peut être invoquée. Dans une telle situation, le contrat est rompu purement et simplement. Cette rupture va impliquer l'application du régime juridique de la théorie des risques<sup>506</sup>.

En outre, il faut préciser qu'en vertu du principe de la relativité des conventions<sup>507</sup>, le tiers n'est pas tenu d'exécuter le contrat. Cependant, il ne doit non plus empêcher son exécution normale. C'est pourquoi, on dit que le contrat est opposable aux tiers. Celui-ci est débiteur d'une obligation de ne pas faire, c'est-à-dire le tiers ne doit pas compromettre l'exécution normale du contrat. Ainsi, lorsque l'inexécution du contrat est due au fait d'un tiers, sa responsabilité délictuelle sera de mise<sup>508</sup>. L'exception d'inexécution ne peut pas en principe s'appliquer en pareille circonstance. En fait, pour qu'elle s'applique l'inexécution doit être le fait du cocontractant selon les termes de l'article 104 C.O.C.C.

Par ailleurs, le fait d'un tiers peut justifier la mise en œuvre de l'exception d'inexécution dans le cas où il est complice de l'inexécution de l'obligation corrélatrice. Cependant, la complicité du tiers

---

<sup>503</sup> Sur la notion de tiers V°. J. GHESTIN, « La distinction des parties et des tiers », *J.C.P* 1992.1.3628.

<sup>504</sup> V°. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *R.T.D. civ.* 1994, p. 275. Dans le même sens V°. P. PUIG, « Faut-il supprimer l'action directe dans les chaînes de contrats ? », in *Études Calais-Auloy*, D. 2004, p. 913.

<sup>505</sup> V°. O. FRANCO, « Les causes d'exonérations en matière contractuelle », [http://www.francejus.ru/upload/fiches\\_fr/Les%20causes%20d%20exoneration%20en%20matiere%20contractuelle.pdf](http://www.francejus.ru/upload/fiches_fr/Les%20causes%20d%20exoneration%20en%20matiere%20contractuelle.pdf), (17/12/2015).

<sup>506</sup> V°. C.O.C.C. Art. 108 et 109.

<sup>507</sup> V°. F. TERRÉ et alii *Droit civil les obligations*, Dalloz 2005, 9<sup>ème</sup> édition, p. 492 et s. V°. P. PUIG, « Faut-il supprimer l'action directe dans les chaînes de contrats ? », *op. cit.*, p. 913.

<sup>508</sup> V°. J. DUCLOS, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, LGDJ 1984, n° 45 et s.

dans l'inexécution du contrat<sup>509</sup> est différente de celle prévue en matière de dol dans l'article 63 C.O.C.C<sup>510</sup>.

**172.** Qu'en est-il de la nature de l'obligation inexécutée ? En d'autres termes, l'inexécution de n'importe quelle obligation pourrait-elle déclencher la mise en œuvre de l'exception d'inexécution ? La réponse est positive si on se réfère à la lecture littérale de l'article 104 C.O.C.C. Le législateur exige tout simplement que le manquement soit suffisamment grave pour justifier le refus d'exécuter l'obligation corrélative. En revanche, l'article 43 de la loi précitée détermine la nature de l'obligation conditionnant la mise en œuvre de l'exception d'inexécution. Cet article dispose que : « *Lorsque l'un des contractants manque à l'une de ses obligations essentielles l'autre partie peut refuser d'exécuter sa propre obligation qui en est la contrepartie* ». Ainsi, au manquement suffisamment grave de l'article 104, on a le manquement à une obligation essentielle de la loi relative au crédit-bail. La notion de l'obligation essentielle<sup>511</sup> est laissée à la volonté des parties<sup>512</sup>. Il leur appartient de déterminer les circonstances qui constituent le manquement à une obligation essentielle. Par ailleurs, l'exigence d'un manquement à une obligation essentielle tend à justifier la proportionnalité de la riposte au manquement initialement commis<sup>513</sup>.

**173.** Par ailleurs, la mise en œuvre de l'exception d'inexécution est subordonnée à plusieurs volontés. D'abord, il y a la volonté de l'*accipiens* qui peut opposer ou renoncer à l'exception lorsque son cocontractant n'exécute pas son obligation essentielle. Ensuite, elle est subordonnée à la volonté des parties puisque dans certaines situations, il leur appartient de déterminer les circonstances constitutives de manquement à une obligation essentielle. Enfin, elle dépend également dans certains cas à la volonté du juge. De ce fait, lorsque la volonté des parties est silencieuse sur la notion d'obligation essentielle, il appartient raisonnablement au juge de la déterminer.

---

<sup>509</sup> C'est le cas dans lequel le tiers s'associe à la violation d'une obligation contractuelle. Par exemple, en cas de débauchage d'un salarié ou en cas de violation de la clause de non-concurrence.

<sup>510</sup> V°. C.O.C.C. Art. 63. « *Il y a dol également lorsque ces manœuvres exercées par un tiers contre l'une des parties ont été connues par l'autre* ».

<sup>511</sup> V°. D-G. CHARLOTTE, « Obligation essentielle dans le contrat », *Les Cahiers de Droit*. Vol. 55, 2014, p. 956.

<sup>512</sup> En matière de crédit-bail, l'Art. 43 de la loi 2012-02 sur le crédit-bail au Sénégal dispose que : « *Les parties peuvent convenir dans le contrat de crédit-bail des circonstances qui constituent un manquement à une obligation essentielle constitutive d'inexécution d'une obligation* ».

<sup>513</sup> V°. O. DESHAYES, « L'exception d'inexécution doit – elle être proportionnée », *RDC* 01/12/2016, n° 4, p. 654.

Pour toutes ces raisons, nous pouvons affirmer que l'efficacité de l'exception d'inexécution défensive n'est pas absolue car il existe une insécurité juridique dans sa mise en œuvre. De plus, elle ne couvre pas tous les risques<sup>514</sup>. En outre, son domaine est limité aux contrats synallagmatiques.

## **B. Les conséquences imprévisibles de l'exception d'inexécution défensive**

**174.** D'emblée, il convient de noter que l'exception d'inexécution apparaît à la fois comme un moyen de contrainte et de garantie. C'est la possibilité laissée à un contractant de refuser d'exécuter sa propre obligation au cas où l'autre partie n'exécute pas la sienne. Elle joue un double rôle. D'une part, la mesure permet au créancier de l'obligation inexécutée de se prémunir contre les inconvénients d'une exécution unilatérale de ses obligations. D'autre part, c'est une épée de Damoclès qui pend sur la tête du débiteur, un moyen de pression pour l'obliger à exécuter ses obligations<sup>515</sup>. Ainsi, les expressions telles que « manquement à une obligation essentielle » ou « gravité suffisante » sont des baromètres de l'exception d'inexécution. Ainsi, le nouvel article 1219 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 va dans le même sens en disposant qu' « *une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave* ». Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation française avait décidé que « le jeu de l'exception d'inexécution suppose une inexécution d'une gravité suffisante »<sup>516</sup>

**175.** Néanmoins, l'exception d'inexécution est une mesure d'ajournement de l'exécution des obligations contractuelles. Le contractant entend ainsi se garantir contre la situation très défavorable dans laquelle le placerait une exécution unilatérale de ses obligations<sup>517</sup>. Pour le débiteur, il y a un risque que l'exception soit invoquée alors que c'est la faute du créancier qui a empêché le débiteur d'exécuter son engagement. Ensuite, *l'exceptio non adimpleti contractus* peut servir non comme moyen de pression à l'égard du débiteur récalcitrant, mais comme un règlement de compte. Pour le créancier il court un risque, celui d'invoquer à tort l'exception car celle-ci n'est en principe subordonnée, ni à une demande en justice, ni même à une mise en demeure. Il suffit

---

<sup>514</sup> Exception d'inexécution ne constitue pas un rempart contre la force majeure ou l'imprévision.

<sup>515</sup> V°. C. MBA-OWONO, « L'exception d'inexécution dans la vente commerciale en Droit uniforme OHADA ». *op. cit.*, p. 6.

<sup>516</sup> V°. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 oct. 1999, n° 97-17762.

<sup>517</sup> V°. C. MBA-OWONO, *op. cit.*, p. 38.

que l'*accipiens* oppose l'exception à son protagoniste lorsque celui-ci réclame l'exécution de sa créance. Il y a des risques que l'exception d'inexécution soit invoquée de façon abusive. En cas d'abus, le juge pourra condamner son titulaire à payer des dommages et intérêts au profit du cocontractant. En effet, le juge n'autorise pas la mise en œuvre de l'exception d'inexécution défensive mais peut contrôler la régularité de son exercice. Celle-ci est, comme la résolution unilatérale, un instrument contractuel aux conséquences imprévisibles<sup>518</sup>. Celui qui l'exerce le fait à ses risques et périls puisse qu'il peut être condamné *post ante* par le juge.

Par conséquent, l'exercice de l'exception d'inexécution est mis sous la bannière du risque. En premier lieu, c'est le risque de préjudice pour le débiteur de l'obligation corrélative si l'exception est mise en œuvre de façon irrégulière. En second lieu, c'est le risque de condamnation pour le contractant qui l'a mise en œuvre à tort.

**176.** En ce qui concerne le dénouement de l'exception d'inexécution, plusieurs alternatives<sup>519</sup> sont à envisager. Soit, le débiteur conteste l'inexécution de son obligation, soit il exécute spontanément le contrat, soit le juge est saisi par la partie la plus diligente afin de statuer sur l'exécution forcée ou la rupture du contrat, soit encore le contrat est résilié unilatéralement pour comportement grave<sup>520</sup>. En outre, le contrat peut mourir tout seul par l'inaction des deux parties<sup>521</sup>.

La première possibilité, c'est-à-dire la contestation de l'inexécution de son obligation corrélative, le *solvens* peut estimer que c'est la faute du créancier qui l'a empêchée d'exécuter son obligation. C'est pourquoi, la Cour d'Appel de Dakar avait décidé que « *l'exception d'inexécution ne peut être opposée que pour des causes légitimes. Ainsi, est mal fondée à l'invoquer, la partie qui, par sa faute, a empêché le cocontractant d'exécuter ses engagements* »<sup>522</sup>. Cette décision consacre l'extension de la faute de la victime à l'exception d'inexécution. En effet, la faute du créancier est un obstacle à la mise en œuvre de l'exception d'inexécution. Cependant, cet arrêt va au-delà puisqu'il subordonne l'exception d'inexécution à des causes légitimes. Qu'est-ce à dire ? Premièrement, la cause est légitime lorsque l'inexécution est la conséquence exclusive de la faute du débiteur. C'est naturellement l'hypothèse prévue par l'article 104 COCC. Deuxièmement, la

---

<sup>518</sup> Sur les rapports entre l'exception d'inexécution et la résolution unilatérale V°. T. GENICON, La résolution du contrat pour inexécution, LGDJ, E.J.A., Paris 2007, p. 410 et s.

<sup>519</sup> V°. Y.M. LAITHIER, « Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat », L.G.D.J. 2004.

<sup>520</sup> V°. B. FAGES, « Le comportement du contractant », PUAM, Institut de droit des affaires, 1997, p. 118 et s.

<sup>521</sup> V°. D. TALLON, « L'inexécution du contrat: pour une autre représentations », *op. cit.*, p. 236.

<sup>522</sup> V°. Bull. Arr. C. A. Dakar en matière civile et commerciale, 2014, p. 50.



cause est légitime lorsque l'inexécution du contrat est la conséquence de la faute d'un tiers complice du débiteur. Ici, l'inexécution du contrat n'est certes pas due par la faute exclusive du débiteur mais le créancier peut invoquer l'exception d'inexécution du fait de la complicité du débiteur.

Par ailleurs, lorsque l'exception d'inexécution n'est pas fondée sur une cause légitime, le juge peut contraindre le débiteur, soit à l'exécution forcée du contrat si tel est le souhait du créancier. L'exécution forcée est une sanction prévue à l'article 105 COCC. C'est une prérogative qui permet au créancier de contraindre le débiteur à exécuter la prestation promise lorsque celle-ci est possible<sup>523</sup>. En effet, lorsque l'exécution en nature ne se heurte à aucune impossibilité, elle doit être obtenue. Le respect de la parole donnée et la sécurité contractuelle exigent une condamnation *in rem*. Le droit à l'exécution forcée a été consacré par l'ordonnance du 10 février 2016. En fait, l'article 1221 de cette ordonnance dispose que : « *le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature* ».

Toutefois, le recours à l'exécution à l'exécution forcée<sup>524</sup> n'est qu'une faculté pour le créancier. Celui-ci peut renoncer donc à exercer cette faculté, soit au profit de la résolution ou la résiliation du contrat, soit au profit de la réfaction ou de la réparation par équivalent. De ce fait, cette sanction qui garantit en réalité la sécurité contractuelle dépend de la volonté de l'*accipiens*. Et, même si le créancier décide de la mettre en œuvre ; il faut également que cette exécution en nature soit possible. Or, il existe des cas dans lesquels l'exécution en nature est impossible. Cette impossibilité peut être matérielle, juridique ou morale. L'impossibilité est matérielle, lorsque le corps certain qui devait être livré « *vient à périr ou se perd sans la faute du débiteur* »<sup>525</sup>, ou lorsque le retard ou lorsque le retard est tel que l'exécution ne présente plus aucun intérêt pour le créancier. L'impossibilité est juridique « *si celui qui en est le débiteur s'en trouve devenir créancier* » ou lorsqu'un tiers de bonne foi possède un droit acquis qui paralyse l'exécution du cas<sup>526</sup>. S'agissant de l'impossibilité morale, elle résulte du non-respect de la liberté individuelle. Il doit s'agir donc d'une obligation à caractère personnel que seul le débiteur pouvait exécuter.

---

<sup>523</sup> V°. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 janvier 2007, n° 06-13.983, Bull. civ. I. 161 n° 19

<sup>524</sup> Sur la notion d'exécution forcée, V°. J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil. Tome 4. Les obligations régime général*, 4<sup>ème</sup> éd., Economica 2017, p. 332.

<sup>525</sup> V°. COCC Art. 214.

<sup>526</sup> Cette situation se rencontre par exemple à l'occasion des contrats de promesse. Elle est prévue par l'article 236 COCC.

Quant à la seconde option, c'est-à-dire l'exécution spontanée du contrat, elle dépend de la volonté du débiteur. Ce dernier peut exécuter volontairement le contrat dans deux situations. D'abord, il l'exécute lorsque le contrat présente encore un intérêt pour lui. Ensuite, il peut exécuter spontanément le contrat par crainte d'une condamnation judiciaire.

Par ailleurs, la saisine du juge ne débouche pas forcément à l'exécution du contrat. Celui-ci vérifie si les conditions de l'exception d'inexécution défensive sont remplies<sup>527</sup>. Le juge peut faire un contrôle approfondi de la mise en œuvre de l'exception d'inexécution. Dans certains cas, il exige que *l'accipiens* soit de bonne foi car la suspension du contrat risque d'entraîner des difficultés sérieuses au débiteur.

En outre, l'exception d'inexécution défensive peut aboutir à la paralysie définitive du contrat. C'est le cas lorsque les parties n'ont pas saisi le juge après la mise en œuvre de l'*exceptio non adempti contractus*. Ainsi, chacune des parties choisit de rester dans l'expectative. Ce silence prolongé<sup>528</sup>, par les contractants, peut être interprété comme valant rupture amiable du contrat. En effet, l'exercice de l'action en justice aux fins de statuer, sur les mérites de l'exception d'inexécution, demeure une simple faculté pour les parties. Elles peuvent renoncer donc à ester en justice si tel est leur intérêt. Quoi qu'il en soit, la partie qui souhaite agir doit le faire avant l'extinction de l'action par l'effet de la prescription<sup>529</sup>.

L'exception d'inexécution est certes une garantie contre une exécution unilatérale du contrat. Cependant, elle a une portée limitée parce que certains usages peuvent imposer à l'un des contractants l'obligation d'exécuter le premier et dans ce cas, on ne peut pas déclencher le mécanisme.

**177.** Par ailleurs, la mise en œuvre de l'exception d'inexécution défensive remet les parties au *statu quo* et suspend l'exécution du contrat. Cela constitue un retard dans l'exécution de la convention. Or, l'un des piliers fondamentaux du droit des affaires est le besoin de rapidité. Celui-

---

<sup>527</sup> V°. C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, Thèse, Paris I, 1999, p. 28.

<sup>528</sup> Ce silence existe dans le cas où chacun des contractants n'a aucun intérêt à la poursuite des relations contractuelles. En effet, l'exécution de l'obligation corrélative ne présente aucun avantage pour le créancier. Le débiteur n'a plus les moyens d'exécuter son engagement contractuel.

<sup>529</sup> Le délai de la prescription varie selon les matières. En droit commun ce délai est de 10 ans selon l'article 222 du C.O.C.C. En matière commerciale, le délai est ramené à 5 ans (Art. 16 A.U.D.C.G) sauf en matière de vente commerciale 2 ans (Art.301 al. 2).

ci irradie tout le régime juridique des transactions commerciales car la ponctualité fait partie de l'engagement pris. La rapidité des transactions se manifeste dans la formation, dans l'exécution et dans l'extinction des conventions commerciales. Dans le domaine de la formation, le principe du consensualisme<sup>530</sup> est une manifestation de cet impératif de rapidité. Dans l'exécution du contrat, la rapidité des transactions justifie le recours à des mécanismes souples tels que la réfaction ou la résiliation unilatérale du contrat. Mieux, dans l'extinction des obligations commerciales, la rapidité se manifeste par la prescription abrégée. Par conséquent, l'exception d'inexécution constitue un frein à ce besoin de rapidité. Elle est en outre source d'insécurité juridique puisque sa mise en œuvre peut donner lieu à des contentieux énormes. Elle provoque aussi une paralysie du contrat qui peut être définitive si les parties se maintiennent dans le *statu quo*. C'est ce qui fait dire à **D. Tallon** que « *l'exception d'inexécution ne résout rien : elle fige la situation pour une durée indéterminée, en attendant que le créancier utilise un remède définitif* »<sup>531</sup>. Ainsi peut-on faire le même procès à l'égard de l'exception d'inexécution préventive ?

## **Paragraphe II. L'exception d'inexécution préventive : un instrument de gestion du risque d'inexécution imminente**

**178.** L'exception d'inexécution préventive est prévue par l'A.U.D.C.G. Selon l'article 282 de l'Acte uniforme précité « *Si le vendeur ne paraît pas en mesure d'exécuter dans les délais convenus l'intégralité de son obligation de livraison des marchandises, en raison d'une insuffisance de ses capacités de fabrication ou d'une inadaptation de ses moyens de production, l'acheteur peut obtenir de la juridiction compétente, statuant à bref délai, l'autorisation de différer l'exécution de son obligation de payer. Cette autorisation peut être assortie de l'obligation de consigner tout ou partie du prix* ». En outre l'article 285 du même Acte uniforme dispose que « *Si l'acheteur ne paraît pas en mesure de payer l'intégralité du prix, en raison de son insolvabilité ou de la cessation de ses paiements ou encore de ses retards dans les échéances convenues, le vendeur peut obtenir de la juridiction compétente, statuant à bref délai, l'autorisation de différer l'exécution de ses obligations de livraison. Cette autorisation peut être assortie de l'obligation de consigner les marchandises à ses frais avancés* ». Il résulte de ces deux articles que l'exception d'inexécution préventive exige la nécessité d'un risque d'inexécution. Aussi, pour éviter son usage

---

<sup>530</sup> V°. E. CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme/consensualisme », Cahiers de Droit. Vol 43, n° 2, juin 2002, p. 281 et s.

<sup>531</sup> V°. D. TALLON, « L'inexécution du contrat: pour une autre représentation », R.T.D. civ. (2), Avril – Juin 1994, p. 232.

abusif, le législateur OHADA a précisé de façon restrictive la nature du risque d'inexécution. En outre, l'autorisation de différer l'exécution de l'obligation corrélative est subordonnée à la consignation préalable, soit du prix de la vente, soit des marchandises. Cela étant, l'exception d'inexécution préventive est subordonnée à la nécessité d'un risque d'inexécution réelle (A) et à la consignation du prix de vente des marchandises (B).

### A. La nécessité d'un risque d'inexécution réelle

**179.** Le demandeur à l'exception d'inexécution préventive doit, pour obtenir la décision de suspendre l'exécution de ses propres obligations, obligatoirement apporter la preuve d'un risque d'inexécution. Ce dernier sera apprécié par la juridiction compétente<sup>532</sup>.

Ainsi, les articles 282 et 285 A.U.D.C.G. permettent à chacune des parties à une vente commerciale de demander auprès de la juridiction compétente « *l'autorisation de déferer l'exécution de ses obligations* ». Il s'agit en l'espèce de l'exception d'inexécution préventive. Elle est fondée sur un risque d'inexécution. Ce risque n'est pas imaginaire. Il s'agit d'un risque réel qui s'apprécie par rapport aux critères objectifs. Ces critères sont différents selon que l'exception est opposée contre l'acheteur ou contre le vendeur. Les risques inhérents à la situation du vendeur sont : « *l'insuffisance de ses capacités de fabrication ou inadaptation de ses moyens de production* »<sup>533</sup>.

- **180.** L'insuffisance de capacité de fabrication du vendeur :

Le législateur vise en réalité la qualité des produits fournis par le vendeur. La qualité du service fourni par le vendeur dépend de sa capacité de fabrication. Le vice de fabrication peut être la source d'un dommage important pour l'acheteur. Ce dommage peut être économique ou corporel<sup>534</sup>. L'acheteur est donc fondé à demander le report de l'exécution de son obligation lorsque l'insuffisance de la capacité de fabrication du vendeur est établie. Néanmoins, il lui appartient d'apporter la preuve de cette insuffisance. Celle-ci peut être apportée par tous moyens.

---

<sup>532</sup> Les rédacteurs de l'A.U.D.C.G. sont restés évasifs sur les critères d'appréciation du risque d'inexécution. Il appartient dès lors à la juridiction compétente de mesurer la gravité et la réalité du risque d'inexécution au regard des critères énoncés.

<sup>533</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 282.

<sup>534</sup> V°. F. LEDUC, « L'articulation de la responsabilité du fait des produits défectueux avec d'autres régimes de responsabilité », [http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/305/305945\\_38\\_fleduc.pdf](http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/305/305945_38_fleduc.pdf) (20/12/2015).

- **181.** L'inadaptation des moyens de production :

Dans ce cas, c'est la capacité de production du vendeur qui n'est pas assurée. Si le vendeur n'a pas de moyens appropriés pour produire ses services, l'acheteur peut demander à la juridiction compétente l'autorisation de reporter l'exécution de son obligation. Cependant, cette situation serait le plus souvent invoquée contre les entreprises du secteur informel. En effet, dans la plupart des pays africains, les opérateurs économiques agissent dans l'informel. Ils ont souvent des moyens de production limités et inadaptés contrairement aux investisseurs étrangers qui disposent des moyens de productions adaptés et une capacité de production suffisante. Il va de soi que ces conditions sus énumérées protègent mieux les investisseurs étrangers<sup>535</sup> alors que, les lois doivent être faites pour la nation qu'elles auront à régir.

**182.** En revanche, lorsque l'acheteur connaissait l'insuffisance des capacités de fabrication ou de l'inadaptation des moyens de production du vendeur avant la conclusion du contrat, il ne pourra pas demander au juge l'autorisation de différer l'exécution de ses propres obligations. En effet, si le vendeur apporte la preuve que l'acheteur savait qu'il n'avait pas une capacité de production suffisante, alors dans ce cas sa demande sera déclarée infondée. L'idée sous-jacente est que l'acheteur a conclu le contrat à ses risques et périls. En conséquence, il ne pourra pas demander la suspension de ses propres obligations sous prétexte que le vendeur n'a pas de capacité de production suffisante<sup>536</sup>.

**183.** Quant à l'acheteur, le risque d'inexécution est relatif à son incapacité à payer l'intégralité du prix. Cette situation résulte « *de son insolvabilité ou de la cessation de ses paiements ou encore de ses retards dans les échéances convenues* ». Dans cette hypothèse, il s'agit du risque lié au patrimoine de l'acheteur. L'insolvabilité<sup>537</sup> ou la cessation des paiements de l'acheteur remet en cause sa capacité à payer le prix. La preuve de la cessation de paiement de l'acheteur est facile à rapporter. Il suffit pour le vendeur, de produire le jugement d'ouverture de

---

<sup>535</sup> V°. P. BOUREL, « À propos de l'OHADA : libres opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *D.* 2007 – n° 14, p. 970.

<sup>536</sup> L'acheteur qui a conclu le contrat à ses risques et périls sera soumis à l'adage selon lequel "nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude". Mieux on pourra même invoquer à son encontre l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui.

<sup>537</sup> V°. L. BUTTICAZ, « La notion d'insolvabilité en droit privé suisse », *Recherches juridiques lausannoises*, faculté de droit de l'université de Lausanne, p. 41.

procédure collective. Par ailleurs, il lui serait très difficile d'apporter la preuve de l'insolvabilité de l'acheteur en dehors d'une cessation de paiement<sup>538</sup> constatée par le juge.

**184.** S'agissant des critères d'appréciation, le législateur africain a mis en avant des critères permettant au juge d'apprécier le risque d'inexécution. Cependant, il a exclu les critères subjectifs au détriment des critères objectifs.

**185.** Les critères subjectifs sont ceux fondés sur l'intention ou le comportement du débiteur. En fait, pour l'appréciation du risque d'inexécution, le législateur communautaire ne se fonde, ni sur l'intention, ni sur son comportement du débiteur. L'attitude de ce dernier ne saurait permettre une mise en veilleuse du contrat. Pourtant, la gravité du comportement du débiteur est considérée par le droit positif comme une cause de rupture unilatérale du contrat. Dès lors, on doit logiquement admettre que celle-ci puisse justifier l'exception d'inexécution préventive. La rupture du contrat est plus grave que sa suspension. Qui peut plus peut moins. Mais, en réalité, lorsque le comportement du débiteur est grave, le créancier n'a pas besoin d'intenter une action en inexécution préventive. Il peut tout simplement procéder à l'exception d'inexécution défensive. La gravité du comportement n'est donc pas un fondement opportun de l'exception d'inexécution préventive.

Aussi, l'intention ne donne pas au créancier le droit de suspendre de façon préventive l'exécution de ses propres obligations. En effet, il sera difficile pour le créancier de prouver que le débiteur n'a pas l'intention d'exécuter ses obligations. L'intention est un critère subjectif et constitue une source d'insécurité juridique<sup>539</sup>. Alors que l'exception d'inexécution préventive exige un risque d'inexécution réelle.

**186.** En revanche, les critères objectifs sont ceux qui ne sont pas attachés à la personne du débiteur. Ils sont relatifs à la situation patrimoniale de l'acheteur et à la capacité du vendeur à satisfaire ce que l'acheteur est en droit d'attendre de lui.

---

<sup>538</sup> V°. B. DIALLO, « La cessation des paiements du débiteur en OHADA » Note sous Cour d'Appel de Ouagadougou, Arrêt n° 52 du 16/04/2004 Ch. civ et com. Ohadata D-10-64.

<sup>539</sup> Sur les difficultés relatives à la notion d'intention V°. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat op. cit.*, p. 35.

**187.** Seule la cessation de paiement de l'acheteur ou son insolvabilité sont les fondements de l'action en exception d'inexécution préventive du vendeur<sup>540</sup>. Si elles ne sont pas établies, la demande en exception d'inexécution préventive ne sera pas fondée. Cependant, le législateur communautaire distingue l'insolvabilité de la cessation de paiement. Le débiteur peut cesser ses paiements alors qu'il est solvable. En outre, un insolvable peut donner l'impression de ne pas être en cessation de paiement en obtenant frauduleusement du crédit. La cessation de paiement est définie par l'article 25 al. 2 AUPC. Aux termes de cet article : « *La cessation des paiements est l'état où le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, à l'exclusion des situations où les réserves de crédits ou les délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permettant de faire face à son passif exigible* ». De ce fait, la cessation de paiement ne doit pas être confondue à l'insolvabilité du débiteur. À dire vrai, le législateur OHADA a opté pour la conception économique de la notion de cessation de paiement<sup>541</sup>.

**188.** Par ailleurs, la preuve de la cessation de paiement sera en principe facile à rapporter. Il suffit au demandeur de produire le jugement d'ouverture de redressement judiciaire ou de liquidation des biens passés en force de la chose jugée. D'ailleurs, le jugement est publié dans les journaux d'annonces légales. Ainsi, l'information n'est pas le fruit d'une recherche coûteuse. Elle est acquise auprès du registre du commerce et du crédit mobilier. Cette institution permet de garantir la sécurité et l'information des tiers. C'est pourquoi, les rédacteurs du droit OHADA ont affirmé de façon solennelle que le RCCM a pour mission de : «- permettre *l'accès des assujettis et des tiers aux informations conservées par le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier ;*

*-permettre de satisfaire aux exigences de sécurité, de célérité, de transparence et de Loyauté nécessaires au développement des activités économiques* »<sup>542</sup>. Cette affirmation s'imposait en raison du fait que la culture de l'information avait besoin d'être renforcée dans l'espace OHADA. Les diagnostics avaient fait ressortir de très grandes difficultés pour obtenir une information

---

<sup>540</sup> À cet égard, l'exception d'inexécution préventive peut constituer un blocage contre pour la poursuite de l'activité de l'acheteur si tant est que celui-ci est soumis à la procédure de redressement judiciaire.

<sup>541</sup> V°. K.S EVELAMENOU, *Le concordat préventif en droit Ohada*, Thèse, Paris-Est, 2012, p. 23.

<sup>542</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 34 al. 4 et 5.

détenue par le greffe<sup>543</sup>. Il s'agit donc de faire du RCCM un instrument de renforcement de la sécurité du crédit et des transactions<sup>544</sup>.

Néanmoins, en pratique il reste toujours très difficile pour les justiciables d'obtenir des décisions de justice auprès du greffe des juridictions dans un délai raisonnable. Cette lenteur se justifie par le manque de moyens mis à la disposition du greffe. Ainsi, bien qu'il leur incombe de procéder à l'insertion des décisions de justice en matière de procédures collectives dans les journaux d'annonces légales, ils sont obligés de recourir aux parties concernées<sup>545</sup>. La lenteur administrative fait que l'obtention de certains jugements puisse aller jusqu'à plusieurs mois. Cette situation peut naturellement retarder le prononcé de l'exception d'inexécution préventive. Or, un long retard serait de nature à supprimer l'intérêt d'avoir recours à cet instrument contractuel. L'exception d'inexécution préventive doit être mise en œuvre à bref délai. Elle ne doit pas constituer un prétexte du moindre manquement de l'autre partie pour suspendre l'exécution de ses propres obligations. En d'autres termes, elle ne doit pas être la cause d'une exécution tardive de l'obligation corrélative. Nous constatons dans cette hypothèse que l'efficacité de l'exception d'inexécution préventive est relative. Elle dépend de la rapidité ou de la lenteur du processus judiciaire. Aussi, le débiteur ne manquera pas de faire des oppositions contre la décision du juge ordonnant l'*accipiens* à suspendre l'exécution de ses propres obligations.

**189.** En outre, le vendeur ne peut pas demander l'exception d'inexécution préventive lorsque l'acheteur connaît une situation économique difficile, mais non irrémédiablement compromise<sup>546</sup>. On peut regretter le fait que le législateur n'ait pas admis l'exception d'inexécution préventive dans les cas où le débiteur est soumis au règlement préventif<sup>547</sup>. Celui-ci suspend toutes les poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances. Par conséquent, le vendeur a des raisons légitimes de croire un risque de non-paiement du prix de la vente durant le temps de la décision de suspension de poursuite individuelle. Il se peut, pour des raisons de prévention de

---

<sup>543</sup> V°. D. NZOUABETH, « séminaire de sensibilisation sur l'acte uniforme portant Droit Commercial Général révisé, les 13 et 14 Octobre 2011 », *inédit*, p. 61.

<sup>544</sup> V°. P. KEUBOU, « La sanction pénale du non-respect des formalités relatives au RCCM dans l'espace OHADA: le cas du Cameroun », *in Revue de l'ERSUMA* n°1- juin 2012, p. 192.

<sup>545</sup> V°. M. SAMB, « Étude sur les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace OHADA: cas du Benin, Burkina-Faso, Mali et Sénégal », *in Revue de l'ERSUMA* n°1- juin 2012, p. 285.

<sup>546</sup> Il s'agit d'une règle de bon sens car la suspension du contrat risquerait de compromettre d'avantage la situation du débiteur. Cependant, l'exception d'inexécution serait de mise dans le cas prévu par l'article 108 al. 2 de l'A.U.P.C. Mais dans ce cas il s'agit d'une exception d'inexécution défensive.

<sup>547</sup> V°. K.S. EVELAMENOU, *Le concordat préventif en droit OHADA*, *op. cit.*, p. 50 et s.



difficulté, que le législateur n'ait pas jugée utile de subordonner l'action en exception d'inexécution préventive à une simple difficulté non irrémédiablement compromise<sup>548</sup>. Mais, cet argument ne tient pas, puisque la même raison prévalait dans l'hypothèse d'une cessation de paiement. Dans cette situation, le sauvetage de l'entreprise est également un impératif. Et, pourtant le législateur a admis la résolution judiciaire du contrat<sup>549</sup>. Ainsi, pour des situations ayant les mêmes finalités, les rédacteurs du droit OHADA ont opté pour des solutions différentes. Cette façon de légiférer est peu convaincante. En attendant, il appartient aux opérateurs économiques d'être vigilants et de se renseigner sur la situation financière et la capacité de production de leur partenaire avant la signature de tout contrat. Le registre du commerce et du crédit mobilier leur permettra de savoir si leur partenaire est assujéti au régime du règlement préventif. En effet, la décision de règlement préventif est publiée au journal officiel<sup>550</sup>. Toutefois, la réalité du risque d'inexécution ne suffit pas. Le créancier doit aussi consigner tout ou une partie du prix de la vente des marchandises.

## **B. La consignation du prix ou des marchandises**

**190.** Le demandeur à l'exception d'inexécution préventive doit consigner tout ou une partie du prix de la vente ou des marchandises. En effet, l'acheteur, demandeur de l'action en exécution préventive doit, si le tribunal l'exige, consigner tout ou une partie du prix de la vente des marchandises. Il n'est donc pas exigé que la consignation s'étende à la totalité du prix de la vente. Nonobstant cela, elle constitue un gage de sécurité pour le défendeur à l'exception d'inexécution préventive. C'est un moyen de défense conservatoire à l'image de l'opposition<sup>551</sup>. Le demandeur ne doit pas être en faute et doit faire montre de bonne foi lorsqu'il sollicite la suspension de ses propres obligations. Mieux, l'objectif de la consignation est d'éviter que le tribunal homologue la faute commise par le demandeur sous prétexte de se prémunir contre le défaut de livraison des marchandises. Il s'agit aussi d'éviter le risque d'une inexécution unilatérale dans lequel se trouverait le vendeur alors même que l'acheteur ne soit pas en mesure de payer le prix de la marchandise.

---

<sup>548</sup> V°. N.K. PASCAL, « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA », <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/3doc9kante.pdf>, consulté le 03/1/2016.

<sup>549</sup> V°. A.U.P.C. Art. 109.

<sup>550</sup> V°. A.U.P.C. Art. 17. « La décision de règlement préventif est publiée dans les conditions prévues par les articles 36 et 37 ci-dessous ».

<sup>551</sup> V°. L. BOUTITIE, *L'opposition en droit privé*, Thèse, Université Montesquieu - Bordeaux IV, 2004, p. 211 et s.

La consignation de tout ou partie du prix de la marchandise s'apparente aussi à une sorte d'offre d'exécution de la part de l'acheteur. C'est une manière pour lui de démontrer qu'il est en règle vis-à-vis du vendeur. À partir de ce moment, celui-ci ne doit avoir aucune crainte quant au non-paiement du prix des marchandises. D'ailleurs, c'est le juge qui est garant du paiement parce que c'est lui qui l'ordonne. Cependant, la consignation du prix des marchandises se comprend mieux lorsque les deux obligations réciproques doivent s'exécuter concomitamment.

En outre, la consignation de tout ou une partie du prix reste une simple faculté pour la juridiction<sup>552</sup>. Néanmoins, le juge peut exiger la consignation du prix de la vente pour éviter qu'après exécution de l'obligation, le vendeur ne soit confronté à des difficultés relativement au paiement du prix de la vente. Par ailleurs, en sollicitant du juge l'autorisation de suspendre le paiement du prix, l'acheteur agit dans l'intérêt du vendeur puisque ce dernier est assuré que le prix de vente de la marchandise sera payé d'autant plus qu'il est consigné. Il s'exécutera donc aisément car la crainte d'un défaut de paiement n'existe plus. Et, malheureusement cela peut conduire beaucoup de vendeurs à ne pas exécuter leurs obligations dans le seul but d'inciter l'acheteur à saisir le juge aux fins de l'exception d'inexécution préventive. La consignation du prix de vente est donc un gage contre l'insolvabilité de l'acheteur après la délivrance des marchandises. À la limite on peut dire que l'exception d'inexécution préventive protège mieux le vendeur que l'acheteur car le premier a déjà exécuté ou a fait une offre d'exécution puisque le prix est remis au séquestre alors que, le second ne s'est pas encore exécuté. La consignation s'apparente à l'opposition prévue dans le cadre de la cession de fonds de commerce<sup>553</sup>. Ainsi, l'opposition tout comme la consignation a un effet conservatoire. Elles protègent l'*accipiens* contre l'insolvabilité du débiteur.

**191.** En outre, l'action en exception d'inexécution préventive appartient également au vendeur. C'est le cas où il est demandeur de l'action en exception d'inexécution préventive. En effet, comme l'acheteur, le vendeur, qui demande l'exception d'inexécution préventive, doit s'acquitter de son obligation contractuelle. Cependant, la consignation des marchandises se fait aux frais du vendeur. Ainsi, la demande de l'exception d'inexécution préventive par le vendeur est assortie d'une charge supplémentaire à savoir le paiement des frais de la consignation. Pour cela,

---

<sup>552</sup> Le juge n'est jamais tenu d'ordonner la consignation de tout ou une partie du prix des marchandises. En effet, si l'acheteur présente des garanties de solvabilité suffisance eu égard de l'ensemble de son patrimoine, le tribunal peut accorder l'exception sans exiger la consignation. Il en va de même si c'est le vendeur qui doit s'exécuter en premier selon les usages, le juge peut ordonner l'exception d'inexécution préventive, suite à la demande de l'acheteur.

<sup>553</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 157 et s.

le vendeur peut avoir des craintes à ne pas faire la demande pour deux raisons principales<sup>554</sup>. D'abord, il y a un risque de déperissement des marchandises consignées. Ensuite, il est exposé au paiement des frais de la consignation sans être certain que l'acheteur payera le prix de vente. Compte tenu de ces considérations, le vendeur sera peu enclin à demander l'exception d'inexécution préventive.

Au-delà de ces précisions, il faut noter que l'exception d'inexécution entraîne une paralysie du contrat<sup>555</sup>. Ce dernier est mis en gel pendant le temps que le débiteur exécute son obligation. Cet effet suspensif constitue un retard dans l'exécution de l'obligation.

**192.** Toutefois, l'ajournement de l'inexécution du contrat doit être fait « à bref délai ». L'action en inexécution préventive doit être portée devant le juge des référés. C'est pourquoi, l'article 282 de l'Acte uniforme portant droit commercial général révisé dispose que la juridiction compétente doit statuer à bref délai. La procédure de référé se justifie également puisque que tant que la décision n'est pas rendue les frais de consignation sont à la charge du vendeur. Ainsi, plus le délai pour rendre la décision est long, plus les frais de consignation sont importants<sup>556</sup>. De surcroît, plus le délai est long, plus il y a des risques de déperissement des marchandises. Pourtant, le mal demeure toujours puisque le législateur se contente de l'expression « à bref délai »<sup>557</sup>, ce qui fait que l'efficacité de la mesure est subordonnée à la volonté du juge car il appartient au juge de déterminer le « bref délai »<sup>558</sup> et à la diligence de la partie qui l'invoque. Néanmoins, la référence à l'expression « *juridiction compétente* », par le législateur OHADA, laisse planer le doute quant à la procédure de référé. D'abord, l'ordonnance de référé est rendue par le président de la juridiction compétente. Ensuite, la requête en référé est portée devant le président de la juridiction et non la juridiction compétente en tant que telle. Enfin, selon la Cour d'appel de Dakar « *la notion de juridiction compétente statuant à bref délai [...] ne renvoie pas exclusivement au*

---

<sup>554</sup> On peut faire le parallélisme avec la résolution unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier. En effet, le vendeur qui invoque l'exception d'inexécution préventive, le fait à ses risques et périls. Il est exposé à l'exécution d'une obligation (supporter les frais de la consignation) alors même qu'il n'est pas sûr que l'acheteur payera le prix de la vente.

<sup>555</sup> L'exception d'inexécution préventive a le même effet que l'exception d'inexécution défensive.

<sup>556</sup> On peut trouver une solution intermédiaire. Celle-ci consiste à garder les marchandises dans le magasin du vendeur en attendant le dénouement de l'exception d'inexécution.

<sup>557</sup> V°. M. CRESP, *Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale*, Thèse, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2010.

<sup>558</sup> V°. Bull. des arrêts de la Cour de cassation sénégalaise Chambre civile et commerciale n° 13, 2004/2005, arrêt n° 01, audience du 17 novembre 2004, affaire Société SOTRAMAP c/SOCI2T2 FAAP.

*juge des référés* »<sup>559</sup>. Cette décision a été confirmée par la CCJA à propos du bail professionnel en décidant que « *la périphrase à bref délai contenu dans l'article 133 de l'AUDCG en son alinéa 3, ne renvoie pas ipso facto à la notion de référé* »<sup>560</sup>.

En réalité, les rédacteurs du droit OHADA se sont déclarés incompétents pour toutes les questions relatives à l'organisation judiciaire. Ainsi, il appartient aux États membres de l'organisation de déterminer leur propre organisation judiciaire. C'est dans cet ordre d'idées que la CCJA avait décidé que « *la détermination de la juridiction compétente relève du droit interne de chaque État partie* »<sup>561</sup>. Le droit OHADA se contente du terme générique de « *juridiction compétente* ».

Cela étant, le créancier doit rapidement obtenir la décision du juge suspendant l'exécution de ses propres obligations sous peine de commettre une faute pour inexécution tardive du contrat. Cependant, il existe d'autres mécanismes qui occasionnent une paralysie définitive du contrat.

## **SECTION II. LA PARALYSIE DÉFINITIVE DU CONTRAT CONSÉCUTIVE À LA GESTION DE RISQUES**

Le droit positif accorde aux contractants des pouvoirs exorbitants qui leur permettent de mettre fin à un contrat illicite ou inexécuté. Dans le premier cas, il y a l'exception de nullité et dans le second cas, nous avons la rupture du contrat. Celle-ci peut être exercée, soit par le biais d'une action en résolution du contrat tel qu'il résulte l'article 105 C .O.C.C. Mais, dans bien des situations elle peut être exercée volontairement. Il s'agit de la rupture unilatérale du contrat. Celle-ci a lieu dans les contrats à durée indéterminée ou dans tout type de contrat en cas de comportement grave de l'une ou de l'autre partie.

À la différence de la rupture unilatérale, qui sanctionne une inexécution (tardive, défectueuse, partielle ou totale) du contrat, l'exception de nullité sanctionne le non-respect des conditions de formation du contrat. C'est donc une sanction d'un vice originel du contrat. Toutes ces sanctions interviennent pendant la période d'exécution du contrat et ainsi mettent fin à son existence.

---

<sup>559</sup> V°. Arr. n° 65 12/03/2014, Bull. Arr. C. A. Dakar, en matière civile et commerciale, 2015, p. 75.

<sup>560</sup> V°. CCJA Arrêt n° 129/2015 du 12/11/2015.

<sup>561</sup> V°. CCJA Arrêt n° 129/2015 du 12/11/2015.

Au regard de ces considérations, nous analyserons successivement la résiliation ou résolution unilatérale du contrat (**paragraphe I**) et l'exception de nullité du contrat (**paragraphe II**).

### **Paragraphe I. La résiliation ou résolution unilatérale**

**193.** En cas d'inexécution du contrat, le créancier dispose d'une sanction radicale consistant à la mise à mort du contrat<sup>562</sup>. Il s'agit de la rupture unilatérale<sup>563</sup> du contrat. Celle-ci est un instrument prévu par le droit commun des contrats<sup>564</sup>. En droit OHADA, la rupture unilatérale est consacrée plus précisément dans le contrat des intermédiaires de commerce et dans la vente commerciale<sup>565</sup>. Pour mieux appréhender la résiliation unilatérale du contrat, nous analyserons d'abord son mécanisme (**A**) avant de nous pencher sur la problématique de la généralisation (**B**).

#### **A. Le mécanisme de la rupture unilatérale du contrat**

**194.** La mise en œuvre de la rupture unilatérale de contrat dépend de plusieurs critères. Elle dépend tout d'abord de son origine c'est-à-dire fautive, fortuite ou volontaire. Elle dépend ensuite de la qualification du contrat et à celles de ses obligations. Elle tient enfin de la durée du contrat<sup>566</sup>.

Dans un contrat à durée déterminée, la rupture se fait le plus souvent à l'arrivée du terme convenu<sup>567</sup>. Chacune des parties a la faculté de refuser, soit la prorogation du contrat au-delà du terme extinctif, soit le renouvellement ou la reconduction tacite de celui-ci.

En outre, la rupture du contrat n'est pas exclusivement unilatérale. Elle est aussi et surtout judiciaire. Cette forme de rupture du contrat est prévue en cas de manquement grave. Mais, de nos jours on note un déclin de la rupture judiciaire du contrat au profit de la rupture volontaire<sup>568</sup>. Ce déclin résulte du constat que l'action en justice, nécessaire pour obtenir la résolution du contrat, est ressentie par les parties comme une grande gêne pour plusieurs raisons. *Primo*, il faut plaider la résolution. *Secundo*, on n'est pas sûr de l'obtenir en justice. *Tierto*, le juge reste libre de prononcer ou non la résolution même si, l'exécution est fautive. C'est seulement quand l'inexécution est considérée comme suffisamment grave que le juge prononce la résolution du contrat. Ainsi, la

---

<sup>562</sup> V°. P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat, essai de classification*, Thèse. Paris I, 1999.

<sup>563</sup> V°. P. JOBIN, « La résolution du contrat sans intervention du tribunal », *R.T.D.civ.* 1997.

<sup>564</sup> V°. C.O.C.C. Art. 104.

<sup>565</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 188 et 281.

<sup>566</sup> V°. S. LE GAC-PECH, « Rompre son contrat » *R.T.D. civ.* 2005, p 222 et s.

<sup>567</sup> Sauf en cas de consentement mutuel ou pour les causes prévues par la loi, en ce sens V°. C.O.C.C. Art. 97.

<sup>568</sup> V°. R. DEMOGUE, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *R.T.D civ.* 1907, p. 245 et s.

rupture unilatérale du contrat peut être le moyen de remédier à la gêne que constituer la résolution judiciaire<sup>569</sup>.

**195.** En outre, la rupture du contrat peut être également bilatérale. Aux termes de l'article 97 C.O.C.C, « *Le contrat ne peut être révisé ou résilié que du consentement mutuel [...]* ». Ainsi, la résolution du contrat tout comme sa conclusion, s'effectue grâce à l'échange des consentements. Ainsi, la rupture bilatérale est celle qui est décidée d'un commun accord par les parties. C'est une modalité de rupture qui est différente de la clause de résolution. Celle-ci donne à l'une des parties le droit de rompre unilatéralement le contrat lorsque l'autre partie n'exécute pas ses obligations<sup>570</sup>.

**196.** En revanche, la rupture bilatérale, selon les termes de la disposition précitée, peut intervenir indépendamment de toute faute commise par l'une ou l'autre partie. Par ailleurs, l'accord, par lequel les parties à un contrat décident d'y mettre fin, est lui-même un contrat. Il doit donc respecter les conditions prescrites par l'article 47 du Code précité. Qu'en est-il des conditions de forme? D'emblée, il faut préciser que l'exigence d'un parallélisme des formes entre la conclusion et la révocation du contrat a été soutenue par certains auteurs. Mais, cette exigence n'est pas convaincante pour plusieurs raisons. D'abord, le principe du parallélisme<sup>571</sup> n'est pas un principe général du droit. Ensuite, il porte une atteinte frontale au consensualisme, qui reste la règle à défaut de dispositions contraires. C'est pourquoi, la Cour de Cassation française a estimé que le *mutuus dissensus* n'a pas besoin d'être prouvé par un acte écrit et formel<sup>572</sup>; il peut n'être que tacite et résulter des circonstances de fait dont l'appréciation appartient aux tribunaux. Cette solution est justifiée car en l'absence d'une disposition impérative, la liberté contractuelle<sup>573</sup> demeure la règle.

**197.** Quant aux effets du *mutuus dissensus*, les parties peuvent l'organiser à leur guise. En cas de silence de la volonté, la Cour de cassation a décidé que la révocation par consentement mutuel « *produise les mêmes effets que l'accomplissement d'une condition résolutoire, c'est-à-dire que les choses sont remises au même état que si l'obligation n'avait pas existé* ».

---

<sup>569</sup> V° T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., p. 486.

<sup>570</sup> La rupture unilatérale peut également résulter de la gravité du comportement du cocontractant.

<sup>571</sup> V° S. BECQUE-ICKOWICZ, *Le parallélisme de formes en droit privé*, L.G.D.J. 2004, p. 37 et s.

<sup>572</sup> V° S. LE GAC-PECH, « Rompre son contrat », op. cit., p. 222.

<sup>573</sup> Dans ce cas, il s'agit plutôt du corollaire de la liberté contractuelle à savoir le principe du consensualisme.

Par conséquent, la gestion de la rupture du contrat est hétérogène<sup>574</sup>. En effet, en droit OHADA, la rupture du contrat est duale<sup>575</sup>. À côté de la rupture volontaire, nous avons la rupture judiciaire. Toutefois, il peut paraître énigmatique de consacrer à la fois ces deux modes de rupture pour une même cause. Néanmoins, la rupture judiciaire présente plus de garantie. Elle permet d'assurer la sécurité et la stabilité contractuelle<sup>576</sup>.

**198.** Aujourd'hui, force est de constater que, le droit positif a consacré la résiliation unilatérale du contrat. Celle-ci est admise aussi bien dans les contrats à durée déterminée qu'à durée indéterminée. Dans un contrat à durée indéterminée<sup>577</sup>, la rupture unilatérale est un droit reconnu à chacune des parties. Un contrat à durée indéterminée est un contrat dont les parties n'ont pas voulu préciser la durée, en raison d'une incertitude commune quant au terme adéquat de leur engagement. Le contrat à durée indéterminée est différent du contrat perpétuel. Ce dernier est « *un contrat dont la durée a été voulue par les parties comme illimitée* »<sup>578</sup>.

**199.** Les conventions perpétuelles sont interdites. Cependant, il sied de préciser que, ni le C.O.C.C, ni le droit O.H.A.D.A n'ont prévu explicitement la prohibition générale des engagements perpétuels. Cette interdiction est déduite de l'article 1780 du Code civil par la Cour de Cassation française. Cela étant, la consécration d'un droit de rupture unilatérale dans un contrat à durée indéterminée et l'interdiction des engagements perpétuels reposent sur deux fondements. Ces fondements sont d'une part subjectif et d'autre part objectif.

**200.** Subjectivement, il semble que l'utilité sociale puisse faire obstacle à la conclusion de certaines conventions perpétuelles. En figeant les relations contractuelles, ces « *conventions pourraient empêcher l'entrée sur le marché des nouveaux agents économiques, la formation des nouveaux échanges, et plus généralement la création et la circulation de richesse* »<sup>579</sup>.

---

<sup>574</sup> La rupture est hétérogène en ce sens elle peut être fautive ou non, volontaire ou judiciaire.

<sup>575</sup> Le droit O.H.A.D.A a consacré deux types de rupture. Il s'agit de la rupture judiciaire (V°. Art. 133 et 281 de l'A.U.D.C.G) et la rupture conventionnelle (281 al. 2 de l'A.U.D.C.G).

<sup>576</sup> Dans certains cas le juge peut refuser de prononcer la rupture du contrat et octroyer un délai de grâce au débiteur défaillant.

<sup>577</sup> V°. P. SIMLER, « L'article 1134 du code civil et la résolution unilatérale des contrats à durée indéterminée », J.C.P. 1971.1.2413.

<sup>578</sup> V°. A. CONSTANTIN, « Prohibition et sanction des contrats perpétuels; durée des sociétés », J.C.P. Ed. G., n° 13 26 mars 2003, p. 559.

<sup>579</sup> V°. A. CONSTANTIN, *op.cit.*, p.560.

**200.** La thèse subjective a été critiquée par les tenants du critère objectif. D'une part, ils estiment que tout engagement fige peu ou prou une situation économique. D'autre part, ils craignent l'arbitraire du juge. Il existe, disent-ils, un « *risque à laisser au juge le soin de déterminer la durée au-delà de laquelle la persistance du lien contractuel affecte l'intérêt économique général et doit être interdite* »<sup>580</sup>. Selon eux, le fondement véritable de l'interdiction constitue l'entrave à la concurrence<sup>581</sup>.

En revanche, en jurisprudence tout comme une grande partie de la doctrine, il paraît que le fondement essentiel de la prohibition de certains engagements perpétuels réside dans la liberté des personnes. La durée d'un engagement est illicite lorsqu'elle aboutit à entraver la liberté individuelle ou professionnelle du débiteur pour un temps supérieur à l'expérience moyenne de la vie humaine ou professionnelle d'un individu<sup>582</sup>.

**201.** En réalité, ces deux critères ne sont pas suffisants. Premièrement, le critère objectif n'est pas absolu. Il ne convient pas aux personnes morales<sup>583</sup>. Deuxièmement, le critère subjectif n'est également pas satisfaisant. En effet, quelle est la durée de l'espérance moyenne de la vie humaine ? Il n'existe pas d'indice précis relatif à la durée moyenne de la vie humaine. Celui-ci dépend des pays où vit la personne humaine, de ces conditions d'existence, etc. Selon l'institut national des études statistiques (français), « *dans le monde, la durée de vie moyenne est de 68 ans en 2010. Elle varie du simple au double selon les pays* »<sup>584</sup>. Par conséquent, dans les contrats internationaux, la durée moyenne de vie ne sera pas la même<sup>585</sup>. La solution sera aisée à trouver s'il n'y a que deux parties dans l'accord : le créancier et le débiteur. Le juge appliquera l'espérance de vie du pays du débiteur. Cependant, le juge sera dans l'impasse, lorsqu'il y a deux ou plusieurs débiteurs contractuels du même pays ayant des espérances de vie différentes, tous liés à un seul créancier. Ce faisant la détermination de la durée de vie humaine dans les contrats internationaux est trop complexe. En effet, ni la loi encore moins la jurisprudence n'ont donné un âge fixe au-delà duquel la durée du contrat est illicite. La Cour de Cassation française s'est contentée par arrêt du

---

<sup>580</sup> V°. *ibid.*, p. 558.

<sup>581</sup> Les conventions perpétuelles entravent aussi la liberté contractuelle en l'occurrence de choisir son cocontractant.

<sup>582</sup> V°. Cass civ 1ere 27 Avril 1978 bull civil n° 161.

<sup>583</sup> L'espérance moyenne de la vie se comprend pour le mieux à l'égard des personnes physiques.

<sup>584</sup> V°. Le gain d'espérance de vie et la question de la longévité de l'Homme, enault.christian.free.fr/sti2d/scth/4-plus/1-espérance/longevité-com.pdf, 12/01/2016.

<sup>585</sup> Cette diversité quant à l'espérance moyenne n'est pas favorable à la sécurité juridique.



29 janvier 2008 d'infirmier la décision des juges du fond qui ont relevé la durée anormalement longue d'un contrat d'une durée de vingt ans.

Force est de constater que le manque de précision sur la durée de l'espérance de vie est source d'insécurité juridique. En guise de solution, dans les contrats internationaux, l'espérance moyenne de la vie pourrait être déterminée en fonction du pays qui présente les liens les plus étroits avec la convention litigieuse<sup>586</sup>.

En outre, la Cour de cassation française sanctionnait traditionnellement l'existence d'une convention perpétuelle par la nullité absolue<sup>587</sup>. L'opportunité d'une telle sanction a été critiquée au motif que le vice invoqué ne réside pas dans l'engagement lui-même mais seulement dans sa durée. La doctrine avait proposé la sanction par requalification de l'engagement à un contrat à durée indéterminée résiliable à tout moment. Cette sanction permet de protéger de manière suffisamment efficace la liberté individuelle du débiteur<sup>588</sup>.

**202.** Par ailleurs, la rupture sanction est une rupture riposte en cas d'inexécution du contrat par l'autre partie. Traditionnellement, le prononcé de cette rupture est laissé à l'entière discrétion du juge. Selon l'article 105 C.O.C.C. « dans un contrat synallagmatique lorsque l'une des parties manque gravement à ses obligations, en refusant de les exécuter, en tout ou partie l'autre peut en dehors des dommages et intérêts qui lui sont dus, demander en justice, soit l'exécution forcée, soit la réduction de ses propres obligations, soit la résolution du contrat, soit sa résiliation ». En droit O.H.A.D.A, la rupture judiciaire est consacrée par les articles 281 sur la vente commerciale, 167 et 168 sur la cession du fonds de commerce et l'article 133 sur le bail à usage professionnel.

La rupture judiciaire du contrat pour inexécution est donc toujours de mise. Néanmoins, son domaine d'application est plus étendu en droit interne qu'en droit communautaire<sup>589</sup>. En droit interne, la rupture judiciaire du contrat est possible dans tout contrat synallagmatique.

---

<sup>586</sup> V°. Art. 4.1 Convention de Rome I : « Le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ».

<sup>587</sup> V°. A. CONSTANTIN, « Du caractère abusif d'une clause régissant les conditions d'une faculté unilatérale de résiliation », *op. cit.*, p. 559.

<sup>588</sup> C'est aussi une solution qui favorise la stabilité contractuelle.

<sup>589</sup> L'article 105 C.O.C.C relatif à la rupture judiciaire est une disposition applicable à tout contrat alors que dans le droit il n'existe que des dispositions éparpillées sur la rupture judiciaire qui s'appliquent à des contrats spéciaux. Il s'agit de l'article 133 sur la rupture du bail professionnel et l'article 281 sur la rupture de la vente commerciale.

**203.** Par ailleurs, la rupture judiciaire du contrat est subordonnée à deux volontés distinctes. Elle dépend d'abord de la volonté du créancier. Il appartient à ce dernier de saisir le juge compétent pour que celui-ci se prononce sur la rupture dudit contrat. Ensuite, la rupture dépend de l'appréciation souveraine du juge. Ce dernier peut, soit prononcer la rupture du contrat, soit la rejeter. Il prononce la rupture du contrat si les conditions prévues par les dispositions précitées sont remplies. En outre, l'appréciation de la légitimité de la rupture est relativement différente selon qu'on soit sur le terrain du droit national ou du droit communautaire. Dans le premier cas, un manquement simple à l'exécution des obligations ne suffit pas. Il faut un « *manquement grave* »<sup>590</sup>. Toutefois, le législateur sénégalais n'a pas défini la notion de manquement grave. Dès lors, qu'entend-on par manquement grave ? Le manquement renvoie à la faute. L'article 119 C.O.C.C. relatif à la définition de la faute fait aussi référence à la notion de « *manquement* ». En effet, il définit la faute comme « *le manquement à une obligation préexistante de quelque nature qu'elle soit* ». Le manquement est donc synonyme de faute. L'article 105 C.O.C.C. fait mention d'un manquement grave à une obligation contractuelle. Le manquement renvoie à la faute contractuelle, c'est-à-dire à l'inexécution fautive du contrat. Cette inexécution doit être grave<sup>591</sup> pour que le contrat soit résilié. Par conséquent, le manquement grave n'est rien d'autre que la faute grave<sup>592</sup>.

**204.** L'exigence d'une faute grave manifeste le souhait du législateur sénégalais de maintenir le contrat en cas de manquement minime. Autrement dit, il s'agit d'assurer la stabilité contractuelle. Ainsi, il appartient au juge d'apprécier souverainement le degré de la gravité. C'est donc lui qui garantit la pérennité contractuelle.

**205.** En ce qui concerne le droit O.H.A.D.A, la rupture judiciaire du contrat est entourée par un formalisme rigoureux<sup>593</sup>. Il s'agit notamment de la rupture du bail à usage professionnel. Pour ce type de contrat, l'action en rupture du contrat doit être précédée d'une mise en demeure préalable<sup>594</sup> adressée au débiteur d'avoir respecté ses obligations contractuelles. La mise en

---

<sup>590</sup> V°. C.O.C.C. Art. 105.

<sup>591</sup> Sur la notion du caractère grave de l'inexécution V°. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, p. 267.

<sup>592</sup> La définition de la notion de manquement est faite par analogie à la notion de faute qui est définie par l'article 119 du COCC. Cette comparaison se comprend aisément en vertu de l'assimilation de la faute délictuelle et la faute contractuelle.

<sup>593</sup> La résiliation du bail à usage professionnel voir article 133 al. 2 de l'A.U.D.C.G.

<sup>594</sup> V°. N. VEZINA, « La demeure, le devoir de bonne foi et la sanction extrajudiciaire des droits du créanciers », (1996) 26 *R.D.U.S.*, p. 458.

demeure favorise la coopération entre les parties et l'exécution du contrat en nature. En fait, elle est toujours assortie d'un délai supplémentaire d'exécution. De ce fait, elle donne droit à la dernière chance du débiteur de s'exécuter. C'est ce qui a fait dire à **Jobin** que «*La mise en demeure n'est pas une simple formalité ; elle joue un rôle précis. Le but de ce délai raisonnable est d'accorder au débiteur la possibilité réelle de payer, c'est-à-dire le temps minimum nécessaire pour trouver des fonds et les remettre au prêteur* »<sup>595</sup>. Ainsi, en mettant en demeure son débiteur de s'exécuter, le créancier agit avec loyauté, honnêteté, et intégrité.

**206.** En matière de bail à usage professionnel, la mise en demeure doit être écrite. Mais, peu importe la nature de l'écrit<sup>596</sup>. Il peut s'agir d'un acte d'huissier ou un écrit quelconque pourvu qu'il permette d'établir la réception effective par le bénéficiaire. De même, elle doit indiquer les conditions ou les clauses du contrat qui sont violées<sup>597</sup>. De plus, elle doit informer le débiteur, que s'il ne s'exécute pas dans un délai d'un mois à compter la réception de la mise en demeure, le bail sera résilié et il sera expulsé par la juridiction compétente statuant à bref délai. Cela dit, le bailleur qui souhaite résilier le bail à usage professionnel est assujéti à une double obligation d'information. Il s'agit de :

- Porter à la connaissance du cocontractant les obligations contractuelles qui sont violées ;
- L'informer qu'il a un délai d'un mois pour honorer ses engagements. Dans le cas contraire, il sera expulsé et le bail sera résilié par la juridiction compétente. Ainsi, la mise en demeure est assortie d'un délai de préavis suffisant afin d'aboutir à une bonne exécution du contrat.

Cependant, elle proroge le délai d'exécution du contrat. C'est ce qui fait dire à **J-C BOULAY** que «*la mise en demeure produit l'effet d'un terme après le terme* »<sup>598</sup>. Le juge statuant sur la rupture du bail à usage professionnel vérifie au préalable la validité de la mise en demeure. Le non-respect des conditions énumérées ci-dessus entraîne sa nullité conformément à l'article 133 al. 2 de l'Acte uniforme précité. C'est dans ce sens que la C.C.J.A avait décidé que «*la mise en demeure servie le 10 janvier 2008 à P. KIPRET a partiellement reproduit les dispositions de l'article 101 en*

---

<sup>595</sup> V°. P-G. JOBIN, «L'abus de droit contractuel depuis 1980», in *Congrès annuel du Barreau du Québec Montréal, Service de la Formation permanente, Barreau du Québec*, 1990, p. 127 et s.

<sup>596</sup> Le principe c'est le consensualisme c'est-à-dire la liberté quant au mode d'expression du consentement.

<sup>597</sup> V°. Y. PICOD, « La clause résolutoire et la règle morale », *La semaine juridique*. Éd. G, n° 20, 1990, p. 3447, n° 6.

<sup>598</sup> V°. J-C. BOULAY, «Réflexion sur la notion d'exigibilité de la créance», *R.T.D.com*, 1990. n° 45, p. 339.

omettant l'avant dernier alinéa dudit article ; que faute de reproduction intégrale dudit article, cette mise en demeure est nulle »<sup>599</sup>. Cependant, ni la C.C.J.A, ni le texte ne déterminent pas la nature de cette nullité. S'agit-il d'une nullité absolue ou relative ?

**207.** La nullité absolue est une nullité qui protège l'intérêt général. Selon l'article 85 C.O.C.C, « *La nullité est absolue lorsqu'elle sanctionne une condition de validité édictée dans l'intérêt général* ». En revanche, la nullité relative protège l'intérêt privé. Elle résulte de l'inobservation des règles destinées à assurer la protection d'un intérêt privé<sup>600</sup>. Ainsi, les règles qui gouvernent la validité de la mise en demeure préservent-elles l'intérêt privé ou général ?

À première vue, nous pouvons dire que les règles gouvernant la mise en demeure sont destinées à assurer la protection de l'intérêt du débiteur<sup>601</sup>. Ce dernier est informé sur l'étendue et les conséquences de son inexécution. C'est pourquoi, il lui appartient d'invoquer la nullité de la mise en demeure lorsque le créancier n'a pas respecté les prescriptions exigées par la loi. Cette nullité doit être soulevée *in limine litis*.

De plus de l'intérêt du débiteur, le législateur cherche à assurer la stabilité du contrat. Il s'agit de retarder la rupture du contrat dans l'espoir d'aboutir à son exécution. En effet, si le débiteur n'est pas mis en demeure de s'exécuter cela précipitera la disparition du contrat. Les formalités qui entourent la mise en demeure jouent un rôle de garant de l'intérêt contractuel. C'est donc l'intérêt du contrat qui sert de fondement aux exigences liées à la mise en demeure. C'est la raison pour laquelle, le juge peut d'office invoquer la nullité de la mise en demeure<sup>602</sup>. C'est lui qui garantit la pérennité et donc l'intérêt du contrat. Mais, pour autant, peut-on dire qu'il s'agit d'une nullité absolue ? En fait, la nullité absolue est celle qui peut être invoquée par les parties, le juge, le ministère public et toute personne intéressée. Or, en ce qui concerne la nullité de la mise en demeure, celle-ci ne peut être invoquée que par le juge et le débiteur.

---

<sup>599</sup> V°. C.C.J.A. audience du 29 décembre 2016, Pourvoi : n° 207/2014/PC du 01/12/2014.

<sup>600</sup> V°. C.O.C.C. Art. 86 « la nullité relative résulte de l'inobservation des règles destinées à assurer la protection d'un intérêt, telles que les dispositions concernant les vices du consentement, l'absence de cause, les incapacités de protection et la lésion ».

<sup>601</sup> La rupture ne sera pas brutale pour le *solvens*. La mise en demeure s'analyse comme une sorte de délai supplémentaire d'exécution.

<sup>602</sup> V°. N. VEZINA, « La mise en demeure, devoir de bonne foi et la sanction extrajudiciaire des droits du créancier » *op. cit.*, p.459.

**208.** Cela étant la nullité de la mise en demeure n'est pas relative, car celle-ci protège l'intérêt du contrat au détriment de l'intérêt individuel des contractants. Elle n'est non plus pas absolue, car l'intérêt du contrat n'est pas assimilable à l'intérêt général. C'est donc une nullité de nature *sui generis*<sup>603</sup>. Par ailleurs, pour certains contrats, l'exigence d'une mise en demeure préalable à la rupture judiciaire n'est pas expressément prévue par les dispositions de l'A.U.D.C.G.<sup>604</sup>.

**209.** À côté de la rupture judiciaire, l'article 281, al. 2. A.U.D.C.G. a consacré de manière formelle le principe de la résolution unilatérale du contrat de vente commerciale. Selon les termes de l'article précité « *Toutefois, la gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls* »<sup>605</sup>. Ainsi, le législateur de l'O.H.A.D.A entend permettre à un contractant de clore rapidement une relation contractuelle privée de toute vitalité économique par la gravité du manquement dont elle est l'objet. La résolution unilatérale du contrat par le créancier sous le contrôle *a posteriori* du juge a été initialement consacrée par la Cour de Cassation française. Ainsi, selon **C. Jamin** dans un arrêt de rejet de la Chambre civile de la Cour de Cassation le juge a reconnu que « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls* »<sup>606</sup>. Cette décision a été confirmée par la jurisprudence postérieure. Contrairement au droit OHADA, la jurisprudence française a admis le droit de rupture unilatérale dans le contrat de bail à usage professionnel. Le législateur africain aurait tiré profit de la réforme récente de l'Acte Uniforme portant droit commercial général pour généraliser la résolution unilatérale du contrat dans le bail à usage professionnel voire dans tout contrat synallagmatique. Toutefois, l'exclusion d'un droit de rupture unilatérale dans le bail à usage professionnel<sup>607</sup> peut être analysée comme un souhait d'assurer à l'opérateur économique une stabilité dans l'exercice de son activité économique. Cette stabilité se manifeste dans deux cas. D'abord le preneur bénéficie d'un droit au renouvellement du bail. Ce droit est acquis lorsque les conditions prévues par l'A.U.D.C.G sont réunies. Ensuite, les rédacteurs de l'A.U.D.C.G. exigent

---

<sup>603</sup> La mise en œuvre de la nullité de la mise en demeure est différente de celle de la nullité relative et de la nullité absolue. C'est pourquoi, c'est une nullité de nature *sui generis*.

<sup>604</sup> Par exemple en matière de location gérance et des contrats d'intermédiaire de commerce.

<sup>605</sup> V°. Cour de Cassation, 1<sup>ère</sup> Chambre civile, 20 février 2001 (pourvoi n° 99-15.170), M. Fanara c/ Sté Europe.

<sup>606</sup> V°. C. JAMIN. Jurisprudence. *Dalloz* 1999, p. 197.

<sup>607</sup> Les dispositions de l'A.U.D.C.G. n'ont pas prévu la rupture unilatérale du bail à usage professionnel. Le contractant qui souhaite rompre la convention doit saisir le juge.

la rupture judiciaire du bail professionnel. En effet, l'exigence d'une rupture judiciaire du contrat constitue, comme nous l'avons souligné, un gage de pérennité du lien contractuel.

Mais, l'exigence d'une rupture judiciaire du bail ne sert pas à protéger exclusivement l'intérêt du preneur. La jurisprudence étend cette protection au bailleur en estimant que « *les dispositions sur la rupture du bail sont d'ordre public. En conséquence, est abusive la rupture faite par simple lettre du preneur* »<sup>608</sup>.

Bref, en admettant la rupture unilatérale du contrat à côté de la rupture judiciaire, le législateur a voulu respecter à la fois la liberté contractuelle des parties et leur autorité souveraine sur la vie et la mort du contrat. Cependant, il doit aller jusqu'au bout de sa logique en admettant la rupture unilatérale comme un principe du droit contractuel.

## **B. La problématique de la généralisation de la rupture unilatérale du contrat**

La généralisation de la rupture unilatérale du contrat pose d'énormes problèmes, qu'il convient de les analyser avant de proposer une solution.

### **1. Les données du problème**

Aux termes de l'article 105 COCC, lorsque l'une des parties n'exécute pas ses obligations en tout ou partie, l'autre peut demander au juge, soit l'exécution forcée du contrat, la réparation par équivalent, la résolution ou la résiliation et la réduction de ses propres obligations. Ainsi, à travers cette disposition, les suites de l'inexécution d'une obligation contractuelle dépendent du créancier. Il appartient à ce dernier de formuler une demande en faveur de l'une des possibilités qui lui sont offertes par l'article précité. Dès lors, le débiteur doit subir le choix effectué par le créancier.

**210.** Certes, dans les contrats à durée indéterminée, chacune des parties a le droit de le rompre unilatéralement. L'admission d'un droit de rupture unilatérale dans ces contrats a pour but, nous l'avons souligné, de préserver la liberté individuelle et la libre concurrence. En effet, une personne ne doit pas être indéfiniment liée par un contrat. Le Conseil constitutionnel français a accordé une valeur constitutionnelle à cette règle. Il a décidé que « *si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 44 de la Déclaration de 1789 qu'un contrat de droit*

---

<sup>608</sup> V°. Arr. n° 178 du 17 novembre 2014, bull. des arrêts rendus par la C. A. Dakar, 2015, p. 43.

*privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants ... »*<sup>609</sup>. Cette décision du juge constitutionnel français entraîne les implications suivantes :

D'abord, les parties ne peuvent, à travers une clause contractuelle, écarter l'exercice de la rupture unilatérale dans un contrat à durée indéterminée<sup>610</sup>. Cette clause pourra être déclarée, réputée non écrite par le juge.

Ensuite, ni le juge encore moins le législateur ne peuvent écarter le droit de rupture unilatérale. Cette règle s'applique en principe à tout contrat à durée indéterminée. En réalité, ce principe doit être étendu même en l'absence de texte, à tous les contrats successifs dans lesquels aucun terme n'a été prévu. Cependant, en ce qui concerne le bail à durée indéterminée, chacune des parties dispose d'un droit de rupture unilatérale sous réserve de respecter les dispositions d'ordre public de l'Acte uniforme<sup>611</sup>. Toutefois, l'exercice du droit de rupture unilatérale n'est pas discrétionnaire. Certes, la partie qui entend l'exercer n'est pas tenue de motiver sa décision<sup>612</sup>. Cependant, lorsque le droit de rupture unilatérale est accordé par une clause contractuelle, la jurisprudence exige à la partie qui rompt unilatéralement de justifier le motif de la rupture. Ainsi, la Cour Suprême du Sénégal avait décidé que *«le motif de la rupture relative à l'impossibilité provisoire d'exercer l'activité n'est établi par aucun document ou fait dûment prouvé et ne saurait résulter d'un simple déplacement du locataire-gérant et que, faute d'avoir prouvé que le sieur Babacar GUEYE a été frappé d'une interdiction ou d'une incapacité d'exercer une profession commerciale, il y a lieu de constater que la rupture du contrat de location-gérance est abusive d'autant plus que l'initiateur de la rupture avait l'obligation de notifier la rupture à son cocontractant »*<sup>613</sup>.

**211.** Mais, l'analyse économique du droit veut aller au-delà en admettant la rupture unilatérale du contrat lorsque son utilité le commande. En fait, l'analyse économique<sup>614</sup> des risques

---

<sup>609</sup> V°. Cons. Const. Français, n° 99-419 du 9 novembre 1999, inédit.

<sup>610</sup> Le droit de rupture unilatérale a pour finalité d'éviter les conventions perpétuelles qui seraient contraire à la liberté individuelle. C'est donc une règle d'ordre public que le contrat des parties ne peut l'exclure.

<sup>611</sup> V°. P.A. TOURÉ, « Le nouveau visage de l'action en résiliation du bail à usage professionnel dans l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général adopté le 15 décembre 2010 », in *Revue de l'ERSUMA* n° 1 Juin 2012, p. 327.

<sup>612</sup> Dans la vente commerciale la motivation de la décision unilatérale de rupture résulte de la gravité du comportement de l'une des parties.

<sup>613</sup> V°. Ch. Civ et Com. Arrêt n° 11 du 02 février 2011, affaire n° J/ 97/ RG/ 10, inédit.

<sup>614</sup> V°. E. MACKAAY, *L'efficacité du contrat: une perspective d'analyse économique du droit*. 2010.

contractuels préfère la rupture au le maintien du lien contractuel<sup>615</sup>. Elle appréhende le risque de la rupture de la façon suivante :

- Le vendeur a intérêt à ce que le contrat soit honoré si le prix initial est inférieur au coût dans le temps et à ce qu'il soit rompu dans le cas contraire
- L'acheteur a intérêt à ce que le contrat soit honoré si son avantage le commande et à ce qu'il soit rompu dans le cas contraire<sup>616</sup>

**212.** Ainsi, une alternative se présente. En effet, pour que le contrat soit honoré dans tous les états de la nature où la concrétisation de la transaction est socialement efficiente, il est donc clair que le prix effectivement payé ne peut être fixé *ex ante*, indépendamment de la réalisation des événements aléatoires dont dépendent les pertes et les coûts des deux parties. Le prix doit être un prix contingent, c'est-à-dire dépendant des états de la nature. Par conséquent, lorsque le gain des agents est aléatoire le contrat doit être contingent aux états de la nature pour être efficient. En d'autres termes, le prix doit être fixé *ex post*. L'analyse économique du contrat se traduit ici par une plasticité de celui-ci. La flexibilité du contrat permet de mieux gérer les risques du contrat tout en assurant sa pérennité.

**213.** Cependant, pour certains auteurs, envisager la gestion des risques contractuels de cette manière, c'est ôter au contrat sa force obligatoire<sup>617</sup>. En outre, cela revient à retirer au créancier son droit d'option. Néanmoins, une partie de la doctrine s'appuie sur l'impératif de l'utilité contractuelle pour justifier une rupture avantageuse du contrat. C'est dans cet ordre d'idées que disait **J. Ghestin** : « *ce n'est plus l'autonomie de la volonté, mais [...] l'utile et le juste qui justifient la force obligatoire du contrat, et qui du même coup, en fixent les conditions et les limites, autrement dit le régime du contrat dans son ensemble* »<sup>618</sup>. Ceci dit, l'inexécution de la promesse n'est plus considérée aujourd'hui comme un fait moralement répréhensible. Rompre le contrat est

---

<sup>615</sup> V° B. RUDDEN et P. JUILHARD, « La théorie de la violation efficace », *R.D.C.* Vol. 38 n°4, Octobre-décembre 1986, p. 1017.

<sup>616</sup> V° *ibid.*, p. 1017.

<sup>617</sup> Voir B. Receveur, *La Force obligatoire du contrat de société: contribution à l'étude des relations*, Thèse. Université de Cergy Pontoise, 2013.

<sup>618</sup> V° J. GHESTIN, « l'utile et le juste dans le contrat », *Dalloz.*, vol 1, 1982, Chr. p, 1 et s.



une pratique tolérée<sup>619</sup>. C'est ce qui fait croire à l'analyse économique que le cocontractant peut rompre son contrat si la sanction est inférieure à l'avantage qu'il obtient par l'inexécution.

## 2. La solution retenue

214. nous sommes favorables à la rupture unilatérale du contrat lorsque cette rupture est plus favorable que son exécution. Ainsi, comme en matière d'indemnité d'éviction du non renouvellement du bail à usage professionnel<sup>620</sup>, le droit positif sénégalais doit s'orienter dans le même sens en introduisant une faculté de résolution unilatérale dans les contrats à durée déterminée<sup>621</sup>. Aussi, son exercice pourra être subordonné au paiement d'une indemnité préalable de rupture que l'on peut appeler prix de la rupture. Ce prix est la contrepartie d'un droit, celui de rompre librement le contrat. D'ailleurs, cette possibilité a été prévue par l'article 445 C.O.C.C. qui dispose que : « *tant que l'ouvrage n'est pas terminé, le maître de l'œuvre peut toujours se départir du contrat en payant le travail fait et en indemnisant complètement l'entrepreneur* ». Au demeurant, la Cour suprême du Sénégal a décidé que cette « *faculté de rupture unilatérale du maître de l'œuvre n'est pas subordonnée à l'existence d'une faute de l'entrepreneur, [...]* »<sup>622</sup>.

En réalité, il est inefficace de maintenir artificiellement une relation contractuelle dès lors que celle-ci a perdu son intérêt pour l'une des parties. Au rebours, il s'agit d'introduire en droit des contrats une nouvelle théorie. Il s'agit de la théorie de l'inexécution efficace appelée aussi théorie de la violation efficace<sup>623</sup>. Cette théorie a fait l'objet de développements intéressants par certains auteurs<sup>624</sup>. Selon cette théorie « *une partie est incitée à ne pas respecter son obligation contractuelle uniquement lorsque le coût d'exécution pour le débiteur excède la valeur de l'exécution pour le créancier. Si tel était le cas, l'avantage obtenu par le débiteur du fait de la violation de l'obligation contractuelle serait supérieur aux dommages et intérêts qu'il devrait verser au créancier déçu du fait de cette inexécution. Plus précisément, le fait de ne pas exécuter le contrat serait économiquement plus efficace que son exécution lorsque les coûts d'exécution*

---

<sup>619</sup> V°. A. GUIDO, « l'avenir du contrat », *R.D.C.* Vol. 37 n° 1, Janvier – Mars 1985, p. 7 et s.

<sup>620</sup> Le bailleur peut refuser d'accorder le droit au renouvellement du bail à son preneur en lui payant une indemnité d'éviction.

<sup>621</sup> V°. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, p.437, 457 et 458.

<sup>622</sup> V°. Cour suprême du Sénégal Chambre civile et commerciale, arrêt n° 81, 05/09/2012, affaire J/03/ RG/ 12, inédit.

<sup>623</sup> V°. B. RUDDEN et J. JUILHARD, « Théorie de la violation efficace », *op.cit.*, p. 1015 et s.

<sup>624</sup> V°. Y.- M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ E.J.A., Paris 2004, p. 485.

*excèdent les bénéfices pour les deux parties »*<sup>625</sup>. En fait, d'un point de vue économique, le principe de la résolution unilatérale du contrat est plus efficace. En effet, « *le créancier qui constate un manquement important ou une inexécution essentielle de la part de son débiteur, n'a pas à attendre une décision d'autant plus hypothéquée du juge que celui-ci dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation. Le créancier peut, tout de tout suite ou dans un délai raisonnable, conclure un nouveau contrat avec un tiers, ce qui lui évite de perdre et son temps et son argent »*<sup>626</sup>. En réalité, cette théorie a une vertu éthique car elle est censée satisfaire l'intérêt des parties. En effet, le créancier sera entièrement dédommagé pour l'inexécution du contrat. Et, tous se passera comme si le contrat a été exécuté. Quant au débiteur, il ne va plus exécuter un contrat qui n'a aucune utilité pour ses affaires.

**215.** En attendant une consécration législative ou judiciaire de ce type de rupture, les parties peuvent prévoir des clauses de violation efficace du contrat. Elles peuvent également le prévoir par le biais des clauses d'obligations alternatives<sup>627</sup>. La validité de ces clauses ne souffre pas l'ombre d'un doute. La consécration de la liberté par le droit positif sénégalais leur suffit amplement comme passeport.

En outre, la résolution unilatérale est de nature à constituer, en amont, une menace qui peut être dissuasive, et en aval, une sanction efficace et fort opportune pour le créancier<sup>628</sup>. Pour toutes ces raisons, le droit positif sénégalais doit généraliser la résolution unilatérale du contrat dans son paysage juridique.

## **Paragraphe II. L'exception de nullité**

**216.** La nullité sanctionne la violation d'une condition de formation du contrat. Selon l'article 47 C.O.C.C, « *Sont requis pour la validité du contrat : 1°) Le consentement des parties ; 2°) La capacité de contracter ; 3°) un objet déterminé et licite pour le contrat et les obligations qui en résultent* ». La violation de l'une des conditions listées par la disposition précitée peut entraîner

---

<sup>625</sup> V°. A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, LGDJ, E.J.A., Paris 2007, p.70.

<sup>626</sup> V°. C. JAMIN, « *Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat: trois idéologies en concurrence*», in *unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la direction Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD, p. 71.

<sup>627</sup> V°. C.O.C.C. Art. 231.

<sup>628</sup> V°. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., p. 458.

la nullité du contrat. Celle-ci peut être mise en œuvre au moyen d'une action principale en nullité<sup>629</sup> ou par le biais d'une exception en nullité.

**217.** En ce qui concerne l'action en nullité, le délai de la prescription est de dix ans lorsqu'il s'agit d'une nullité absolue. Ce délai court à compter de la conclusion du contrat. Il est de deux ans pour l'action en nullité relative. Dans ce cas, le délai court, soit à compter de la cessation du vice pour le cas de l'incapacité<sup>630</sup>, soit à compter de sa découverte pour le dol et l'erreur, soit à compter de la conclusion du contrat pour l'absence de cause. Lorsque le délai pour l'exercice de l'action est expiré alors que celle-ci n'est pas exercée, on dit que l'action est prescrite. Pour autant, le contrat n'est pas sauvé. En effet, l'exception de nullité reste de mise. Elle signifie que lorsqu'un contrat n'a pas été exécuté et qu'une des parties en exige l'exécution ou demande réparation pour sa non-exécution, après l'expiration du délai de l'action en nullité, la partie adverse peut invoquer cette nullité comme moyen de défense<sup>631</sup>. C'est une exception qui permet d'assurer la protection du consentement en ce que lorsque l'une des parties est victime d'un vice de consentement à l'époque de la formation du contrat et que si l'action en nullité est prescrite, elle peut toujours invoquer l'exception de nullité<sup>632</sup>. Le vice de consentement peut être la conséquence d'un déséquilibre contractuel. L'action en nullité relative est enfermée dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice<sup>633</sup>. L'expiration de ce délai constitue un obstacle au contractant dont le consentement a été vicié d'exercer une action en nullité relative. En revanche, il peut refuser de s'exécuter en invoquant l'exception de nullité qui est perpétuelle<sup>634</sup>. Cette exception de nullité peut être relative (A) ou absolue (B).

#### **A. L'exception de nullité relative**

**218.** L'exception de nullité<sup>635</sup> est un moyen dont dispose chaque contractant de refuser d'exécuter le contrat lorsqu'il estime que celui-ci est nul. L'exception de nullité est relative lorsque

---

<sup>629</sup> V°. F. TERRE et alii, *Droit civil les obligations, op. cit.*, p. 411 et s.

<sup>630</sup> V°. C. BOULOGNE-YANG-TING, *Les incapacités et le droit des sociétés*, L.G.D.J. 2007, p. 17.

<sup>631</sup> V°. F. TERRÉ et alii, *droit civil les obligations, op.cit.*, p. 417 et s.

<sup>632</sup> V°. O. DESHAYES, « L'exception de nullité du contrat est-elle une défense au fond ou une demande reconventionnelle ? », *D.* 2011 p. 1870.

<sup>633</sup> V°. C.O.C.C. Art. 87 : « L'action en nullité relative se prescrit par deux ans du jour de la formation du contrat ». Ce délai court cependant dans les cas d'incapacité ou de violence du jour où elles ont cessé, dans le cas d'erreur ou de dol du jour où le vice a été découvert ».

<sup>634</sup> V°. J-P. GRIDEL, « La Cour de Cassation française et les principes généraux du droit privé », in *Dalloz* 2002, n° 4, p. 345.

<sup>635</sup> V°. M. STORCK, « L'exception de nullité en droit privé » *D.*1987, Chr., p. 67.

la cause de nullité est une nullité relative. Le plus souvent, les causes de nullité relative du contrat ont pour soubassement le déséquilibre contractuel. Il s'agit notamment de l'erreur<sup>636</sup>, du dol et de l'absence de la cause. Les deux premières citées constituent un défaut d'information. Par erreur, on s'est trompé alors que par le dol on a été trompé. Ainsi, le dol tout, comme l'erreur, entraîne la sanction d'une information incomplète ou lacunaire voire fausse. Or, l'opérateur économique qui passe un contrat a besoin d'avoir une idée sur l'attente pour laquelle il a passé l'accord. Cela suppose qu'il ait obtenu une information exacte et suffisante au moment de la signature de la convention. La conclusion du contrat sur la base d'une croyance erronée affecte l'attente légitime<sup>637</sup> des parties, c'est-à-dire la confiance que la promesse entend procurer au destinataire. Aussi, l'information du contractant a également pour fondement la bonne foi. C'est pourquoi, l'article 3.5 des principes d'Uni droit prévoit expressément qu'il est contraire aux exigences de la bonne foi<sup>638</sup> en matière commerciale de laisser un contractant dans l'erreur.

De la même manière commet un dol par réticence selon l'article 3.8 desdits principes, celui qui a omis frauduleusement de faire part à l'autre contractant des circonstances particulières. Cette disposition témoigne de la prise en compte de l'obligation de bonne foi sur le terrain du dol et de la réticence dolosive. La réticence dolosive suppose au préalable l'existence d'une obligation de renseignement à la charge de la partie qui s'est intentionnellement tue pour tromper l'autre, alors qu'elle aurait dû l'informer. Toutefois, la jurisprudence française a précisé la portée de cette obligation d'information dans la vente commerciale. Il a été décidé qu'aucune obligation d'information ne pèse sur l'acquéreur<sup>639</sup>. Néanmoins, la Cour de Cassation française fonde l'obligation précontractuelle de renseignement sur l'obligation de bonne foi. Ainsi, il a été décidé que : « *Manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution l'incitant ainsi à s'engager* »<sup>640</sup>.

---

<sup>636</sup> V°. G. VIVIEN, « De l'erreur déterminante et substantielle », *R.T.D. civ.* 1992, p. 305.

<sup>637</sup> Sur la notion d'attente légitime V°. H. AUBRY, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats: la notion d'attente légitime », *R.D.C.* 3.2005, p. 631 et s.

<sup>638</sup> V°. B. LEFEBVRE, « La bonne foi: notion protéiforme », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* (Québec), 1996, p. 331.

<sup>639</sup> V°. J. MESTRE, « Où l'obligation de contracter de bonne foi et la recherche d'un profit se trouvent ouvertement réconciliées... », *R.T.D. civ* 2000, p. 566.

<sup>640</sup> V°. Cass. civ 1re 10 mai 1989, Bull. 1989 I n° 187, p. 124.

219. En outre, de la bonne foi et l'attente légitime<sup>641</sup>, l'information permet d'assurer la collaboration des parties dans l'exécution de leur engagement contractuel. Ainsi, « *les contrats forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun* »<sup>642</sup>. En outre, aux termes des principes du droit européen des contrats, « *chaque partie doit à l'autre une collaboration qui permet au contrat de produire son plein effet* ». Le devoir de coopération oblige les parties à s'informer mutuellement. Selon **J. Mestre**, l'esprit de coopération « *est plus formateur des caractères en impliquant, de manière positive, des attitudes, des comportements convergents au service d'intérêt contractuel commun* »<sup>643</sup>. Cela veut dire que le contrat n'est pas un « *pacte entre ennemis* » d'un compromis entre les intérêts antagonistes ou de l'assujettissement d'une partie sur l'autre<sup>644</sup>. C'est plutôt une œuvre de coopération<sup>645</sup>. Pour assurer la pérennité de leur contrat, les parties doivent délaisser la mentalité conflictuelle des transactions au profit de la concertation. Coopération, intégrité et solidarité deviennent alors les valeurs dominantes<sup>646</sup>. Les principes d'Uni droit auxquels fait référence l'avant-projet d'Acte uniforme portant droit des contrats met l'accent sur la communication entre les parties et sur la survie de leur relation. Force est de constater que cette obligation d'information assure l'équilibre du rapport contractuel entre les parties.

Quant au contenu de l'information contractuelle, celui-ci est très diversifié. L'article 33 de la loi n° 94 – 63 du 22 août 1994 sur le prix, la concurrence et le contentieux économique dispose : « *Au regard de la présente loi, constituent les règles d'information commerciale, notamment la publicité de prix, l'affichage, le marquage, l'étiquetage, la communication des barèmes de prix et des conditions générale de vente ou de tout autre procédé approprié. Il est également exigé le respect des règles en matière de facturation* ».

---

<sup>641</sup> V°. J. CALAIS-AULOIS, « L'attente légitime une nouvelle source de droit subjectif ? », *Mélanges Yves Guyon*, Dalloz 2003, p. 172.

<sup>642</sup> V°. C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *mélanges offertes à J. Ghestin*, L.G.D.J. 2001, p. 441 et s.

<sup>643</sup> V°. J. MESTRE, « Où l'obligation de contracter de bonne foi et la recherche d'un profit se trouvent ouvertement réconciliées... », *op. cit.*, p. 566.

<sup>644</sup> V°. L. ROLLAND, « les principes d'Uni droit et le code civil du QUEBEC : variations et mutations », *Les. RJT ns*, 36, 583.

<sup>645</sup> V°. J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *R.I.E.* Vol. 92. 2e et 3eme trimestres 2000, p. 92.

<sup>646</sup> V°. D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle? », in *mélange en hommage à François Terré* Dalloz 1999, p. 603.

220. Tout comme les vices de consentement, la cause de l'obligation est un instrument de l'équilibre contractuel. C'est la contre prestation promise. L'absence de cause de l'obligation équivaut à l'absence de richesse et corrélativement à l'appauvrissement du titulaire de l'obligation sans cause. Ainsi, la cause objective, c'est-à-dire la cause de l'obligation c'est la valeur économique qui est destinée à remplacer dans le patrimoine de celui qui s'oblige dont l'obligation va le dépouiller. Il est donc clairement établi que l'absence de cause de l'obligation entraîne l'absence d'équivalence et donc de contrepartie pour l'une des parties. Le contrat est de ce fait dépourvu de son utilité économique pour au moins l'une des parties. Dans ces conditions, ne pas demander la nullité du contrat<sup>647</sup> sous prétexte que l'action est prescrite, c'est légitimer des accords dépourvus de toute utilité pour l'une des parties au contrat<sup>648</sup>. Le législateur a voulu faire de l'équilibre contractuel une condition de validité du contrat. L'imprescriptibilité de l'exception de nullité constitue une arme efficace pour l'*accipiens*. En effet, l'exécution d'un contrat nul est un acte irrégulier. Il s'agit d'éviter qu'une personne attende la fin de la prescription pour demander l'exécution d'un acte irrégulier.

Ainsi, le défaut d'information<sup>649</sup> peut être une cause de nullité du contrat. Et le créancier de l'information peut se libérer du rapport contractuel en invoquant l'exception de nullité relative si l'action principale en nullité est prescrite<sup>650</sup>. Cela étant, l'exception de nullité devient une aubaine, un rempart contre des contrats déséquilibrés. Cependant, dans quels cas peut-on invoquer l'exception de nullité ? Pour répondre à cette question, il faut distinguer trois situations.

221. Dans le premier cas, le contrat n'a donné lieu à aucune exécution. Dans ce cas, l'exception de nullité est de mise si tant est que le délai de la prescription est écoulé. Dans la deuxième situation, le contrat a donné lieu à une exécution partielle, dans ce cas, un auteur estime que le jeu de l'exception doit être écarté. En fait, cette exécution partielle s'analyse en une sorte de confirmation tacite du contrat, à condition qu'elle émane de la partie habilitée à invoquer l'exception<sup>651</sup>. C'est le cas où l'acte est entaché d'une nullité relative et son exécution émane du contractant habilité à confirmer. L'inconvénient d'une telle solution c'est que le titulaire de

---

<sup>647</sup> V° J. FLOUR et *alii* op. cit., p. 10.

<sup>648</sup> Il en est ainsi pour deux raisons. D'abord, l'absence de cause entraîne la nullité du contrat. Ensuite, dans certains cas la lésion est une cause de rescision du contrat.

<sup>649</sup> V° M. DE JUGLART, « L'obligation de renseignement dans les contrats », *R.T.D. civ*, 1945. 1 et s.

<sup>650</sup> V° CARBONNIER, « La prescription extinctive », *R.T.D. civ*, 1952, p. 171.

<sup>651</sup> V° F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil les obligations*, op.cit., p. 412 et s.

l'exception ne peut avoir connaissance de la nullité qu'après l'exécution du contrat. Dans ce cas, il serait injuste de lui refuser la possibilité d'invoquer l'exception de nullité. La thèse de la confirmation tacite ne s'applique pas lorsqu'on est en présence d'une exception de nullité absolue car celle-ci ne se confirme pas<sup>652</sup>. Pour ces différentes raisons, on doit pouvoir invoquer l'exception de nullité même si le contrat a reçu un commencement d'exécution. Toutefois, on peut autoriser le cocontractant de rapporter la preuve que le titulaire de l'exception savait que le contrat était entaché de nullité avant son exécution partielle. La preuve pourra être rapportée par tous moyens<sup>653</sup>. En effet, lorsqu'il est établi que le titulaire de l'exception a eu connaissance de la nullité du contrat avant son début d'exécution, l'exception de nullité sera déclarée non fondée. La jurisprudence ancienne était favorable à cette solution. Ainsi, selon **J-L Aubert** la Cour de Cassation française a décidé que le commencement d'exécution ne faisait pas obstacle au jeu de l'exception de nullité<sup>654</sup>. Mais, à partir de 1998, la première Chambre civile a affirmé qu'une exécution partielle du contrat prive les parties du droit d'opposer l'exception de nullité. En juin 2001, la Chambre commerciale de la Cour de Cassation française s'est ralliée sur la position de la Chambre civile. Dans tous les cas, ces décisions se fondent sur une confirmation tacite de la partie habilitée à invoquer l'exception. Et donc la preuve contraire peut être apportée par tous moyens. Cependant, un revirement important a été opéré par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 20 novembre 2013<sup>655</sup>. En effet, dans cette affaire le juge estime que « *la renonciation à se prévaloir de la nullité du contrat par son exécution doit être caractérisée par la connaissance préalable du contractant de la violation des dispositions destinées à le protéger de sorte que le commencement d'exécution du contrat n'a pas, à lui seul, pour effet de couvrir l'irrégularité* »<sup>656</sup>. Cette décision judiciaire est bien justifiée car elle évite que les règles d'ordre public de protection ne se retournent contre la personne qu'elles sont censées protéger grâce à une renonciation tacite. La troisième situation, c'est lorsque le contrat a été totalement exécuté. Dans ce cas, la situation née du contrat se trouve définitivement consolidée<sup>657</sup>. L'exception de nullité sera exclue.

---

<sup>652</sup> V°. C.O.C.C. Art. 85 al. 3 *in limine litis*.

<sup>653</sup> Il s'agit d'un fait juridique. Toutefois, cette preuve sera difficile à apporter.

<sup>654</sup> Sur la question V°. J-C. AUBERT, « Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité », in *Le contrat au début du XXème siècle*, Études offertes à Jacques Ghestin, LGDJ 2001, p.22.

<sup>655</sup> V°. Cass. 3<sup>e</sup> civ. 20 nov. 2013, n° 12-27041, FS-PBI.

<sup>656</sup> V°. Y.-M. LAITHIER, « L'exécution du contrat n'est pas en soi une confirmation », RDC 01/07/2014- n° 2, p. 169.

<sup>657</sup> V°. J-C. AUBERT, *op. cit.*, p. 23.

222. Au rebours de ces considérations, il convient de dire que l'exception de nullité relative est invoquée dans le seul but de satisfaire l'intérêt particulier de son titulaire. Or, le contrat est doté d'un intérêt propre<sup>658</sup> différent de celui de l'intérêt des contractants. Par conséquent, l'exception d'inexécution ne permet pas de sauvegarder l'utilité contractuelle<sup>659</sup>. Celle-ci doit être appréciée au regard de l'intérêt commun des parties. Puis, elle est source d'insécurité contractuelle. L'exception de nullité annihile ce que la prescription favorise. Dans ces conditions, il est souhaitable de limiter sa mise en œuvre. Ainsi, les parties peuvent stipuler des clauses de renonciation à l'exception de nullité relative ou de rachat de ladite exception. Aussi, le juge peut subordonner sa mise en œuvre au respect de l'intérêt du contrat.

Qu'en est-il de l'exception de nullité absolue ?

## **B. L'exception de nullité absolue**

224. L'exception de nullité<sup>660</sup> est un instrument de gestion des risques contractuels. S'agissant de l'exception de nullité absolue, elle peut être invoquée par les deux parties, par le juge, le ministère public et par toute personne intéressée<sup>661</sup>. En effet, lorsque les parties n'ont pas respecté une condition de validité édictée dans l'intérêt général, on doit permettre au ministère public, garant dudit intérêt, d'invoquer la nullité du contrat. À cette occasion, on peut difficilement admettre qu'un commencement d'exécution<sup>662</sup> du contrat soit un obstacle à sa mise en œuvre. L'acte nul de nullité absolue n'est pas susceptible de confirmation. Quid du déséquilibre contractuel ? Nous avons dit que l'admission de l'exception de nullité en cas de commencement d'exécution risquerait de conduire à un résultat déséquilibré<sup>663</sup>. Mais, l'impératif d'intérêt général emporte sur celui de l'équilibre contractuel<sup>664</sup>. Par conséquent, l'exception d'inexécution absolue pourra être invoquée même si le contrat est exécuté partiellement ou totalement. Dans ce cas, se

---

<sup>658</sup> V° B. FAGES, « Nouveaux pouvoirs: le contrat est-il encore la chose des parties? », *op. cit.*, p. 155.

<sup>659</sup> V° G. ALPA, « L'avenir du contrat », *op.cit.*, p. 10 et s.

<sup>660</sup> Sur la finalité de l'exception de nullité voir. M. BRUSCHI, « L'exception de nullité du contrat », *Droit et patrimoine* 2009. 69.

<sup>661</sup> V° C.O.C.C. Art. 85 al. 2.

<sup>662</sup> V° F. TERRE et alii, *Droit civil les obligations*, *op. cit.*, n° 417.

<sup>663</sup> Le déséquilibre contractuel résulte d'une exécution unilatérale du contrat au profit du titulaire de la confirmation.

<sup>664</sup> L'équilibre contractuel ne concerne que les parties au contrat. Alors que l'intérêt général concerne la protection de la société. Par conséquent, celui-ci prime sur celui-là.



pose alors la question de la rétroactivité de la nullité invoquée par voie d'exception. Ainsi, la nullité constatée par voie d'exception est-elle rétroactive ?

225. À cette question, l'arrêt du 16 juillet 1998 de la première Chambre civile de la Cour de Cassation française a répondu par l'affirmative. Elle a décidé que « *la nullité constatée par voie d'exception dans un cas d'exécution partielle du contrat a en principe, un effet rétroactif* »<sup>665</sup>. La solution est juste car elle permet de restituer à l'autre partie la prestation qui a été déjà exécutée. Néanmoins, cette solution de la jurisprudence française doit être limitée dans les cas suivants : en matière de contrat à exécution successive<sup>666</sup> et des contrats immoraux<sup>667</sup>.

Par ailleurs, l'efficacité de l'exception d'inexécution est à redouter. En effet, cet instrument contractuel tend à vider le « *principe de la prescription et l'essentiel de sa substance et à compromettre ainsi la logique de pacification, et de sécurité juridique, qui le sous-tend* »<sup>668</sup>.

Sous réserve de ces analyses, les instruments unilatéraux paralysant le contrat prennent peu en compte l'intérêt contractuel. Il s'agit des mécanismes qui sont subordonnés à la volonté individuelle du contractant habilité à les mettre en œuvre. Or, l'intérêt du contrat doit être la condition des mises en œuvre de ces mécanismes. Quid des instruments qui favorisent le maintien du contrat ?

## CHAPITRE II. LE MAINTIEN DU CONTRAT CONSÉCUTIF À LA GESTION DES RISQUES

La gestion des risques contractuels ne débouche pas toujours sur l'anéantissement du contrat. Il existe certains instruments qui favorisent son maintien bien qu'il soit affecté d'une irrégularité. Ce sont des instruments qui assurent la pérennité du lien contractuel<sup>669</sup>. Il s'agit de l'octroi d'un délai supplémentaire d'exécution, la confirmation, la réfaction unilatérale du contrat et la faculté de remplacement

---

<sup>665</sup> V°. J-C. AUBERT, « Brèves réflexions sur le jeu de exception de nullité », *op. cit.*, p. 20.

<sup>666</sup> V°. C.O.C.C. Art. 91.

<sup>667</sup> V°. C.O.C.C. Art. 93.

<sup>668</sup> V°. J-C. AUBERT, « Brèves réflexions sur le jeu de exception de nullité », *op. cit.*, p. 27.

<sup>669</sup> V°. E.S. DARANKOUM, « La pérennité du lien contractuel dans la vente commerciale OHADA: analyse et rédaction des clauses », *Penant* 853, p. 500.

Les deux premiers permettent de maintenir le contrat sans modification. Cela se manifeste, soit par la renonciation à l'action en nullité<sup>670</sup>, soit en donnant au débiteur une seconde chance<sup>671</sup>. Le dernier cas fait référence au délai supplémentaire d'exécution ; il permet au débiteur de remédier à son propre manquement et traduit la bonne foi du créancier pour une exécution normale du contrat. Néanmoins, à l'expiration du délai, si le débiteur ne s'exécute pas, le créancier est en droit de résoudre le contrat. Ainsi, le délai supplémentaire d'exécution est juste un espoir pour une exécution satisfaisante du contrat. Le premier cas concerne la confirmation qui est un instrument qui remédie définitivement l'anéantissement du contrat. En effet, la renonciation de l'*accipiens* fait disparaître rétroactivement le vice originaire<sup>672</sup>. Dans ce cas, nous sommes en présence du maintien du contrat illicite consécutif à la gestion des risques **(Section I)**.

Par contre, la réfaction unilatérale et la faculté de remplacements prévus notamment par les articles 195 C.O.C.C et 292 A.U.D.C.G., sont des sanctions qui modifient le contrat. Ces sanctions constituent une alternative à l'anéantissement du contrat parce qu'on réduit l'obligation corrélative du créancier en lieu et place de la nullité. C'est pourquoi, nous parlons du maintien du contrat inexécuté consécutif à la gestion de risque **(Section II)**.

## **SECTION I. LE MAINTIEN DU CONTRAT MODIFIÉ CONSÉCUTIF À LA GESTION DES RISQUES**

Le contrat est doté d'un principe sacro-saint appelé principe de la force obligatoire<sup>673</sup> du contrat<sup>674</sup>. Le législateur sénégalais a limité ce principe dans les rapports entre les parties. La limitation du champ de la force obligatoire du contrat résulte de l'article 96 C.O.C.C. intitulé « *Force obligatoire du contrat* ». Aux termes de cette disposition « *Le contrat légalement formé crée entre les parties un lien irrévocable* ». Cependant, force est de constater que l'effet normatif du contrat dépasse de très loin, la création d'obligations entre les parties. En effet, « *Le contrat fonctionne exactement comme la loi, en tant qu'il crée, au-delà des obligations, des normes aux*

---

<sup>670</sup> V°. C.O.C.C. Art 88.

<sup>671</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 283 et 286.

<sup>672</sup> V°. C.O.C.C. Art. 88 al. 2.

<sup>673</sup> V°. H.M. MONEBOULOU MINKADA, « La question de la définition du contrat en droit privé : essai d'une théorie institutionnelle », Vol. 4, Issue 1, June 2014, p.111.

<sup>674</sup> V°. F. CHEVALLIER, Les principes généraux du droit des contrats, mémoire master 2, p. 3 et s.

*contenus les plus divers, auxquelles les parties sont assujetties et auxquelles le juge devra se référer pour trancher les litiges nés du contrat »<sup>675</sup>.*

Par ailleurs, le principe de la force obligatoire du contrat ne fait plus l'objet d'un culte dévot. Il sera écarté lorsque l'une des parties au contrat n'a pas exécuté son obligation. Ce faisant, l'intangibilité du contrat n'est plus une immunité pour ceux des contractants qui refusent d'exécuter leurs engagements. Il existe des sanctions unilatérales qui peuvent modifier un contrat inexécuté<sup>676</sup>. Cette mise à l'écart de la force obligatoire du contrat au profit d'une modification qui maintient le contrat se justifie par des considérations de justice et d'utilité contractuelles. Ces instruments sont nombreux, mais nous mettrons l'accent sur la réfaction volontaire du contrat **(Paragraphe I)** et la faculté de remplacement **(Paragraphe II)**.

### **Paragraphe I. La modification du contrat occasionnée par la réfaction unilatérale**

La réfaction est donc un instrument qui permet de sauver le contrat en cas d'inexécution partielle. De ce fait, elle permet de restaurer l'équilibre contractuel<sup>677</sup> rompu, par l'inexécution partielle de l'obligation corrélative.

Sous réserve de ces précisions, il convient de voir l'évolution et modalités de la réfaction unilatérale du contrat c'est-à-dire la glose de la réfaction **(A)** avant de se pencher sur sa finalité **(B)**.

#### **A. La glose de la réfaction unilatérale du contrat**

**226.** Au préalable, il est préférable de distinguer la réfaction du contrat avec des notions voisines. La réfaction du contrat est différente de la résolution du contrat. La seconde engendre l'anéantissement rétroactif du contrat pour inexécution partielle ou totale alors que la première est une sanction de l'inexécution partielle du contrat. De plus, elle ne donne pas lieu à l'anéantissement de ce dernier. Elle tend seulement à la réduction de l'obligation corrélative de l'autre. En outre, la réfaction peut avoir lieu en l'absence d'inexécution dès l'instant où le prix est jugé excessif<sup>678</sup>.

---

<sup>675</sup> V° P. ANCEL, « Force obligatoire et continue obligationnel du contrat », *op. cit.*, p. 163 et s.

<sup>676</sup> V° R. DEMOGUE, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD civ.* 1907, p. 245 et s.

<sup>677</sup> V° A. ARSAC-RIBEYROLLES, *Essai sur la notion d'économie du contrat*, Thèse, Université d'Auvergne-Clermont-Ferrand I, 2005.

<sup>678</sup> V° K.D.L. ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat*, L.G.D.J. 2006, p. 4 et s.

La réfaction du contrat doit être distinguée également de la réfection du contrat. Cette dernière est un renouvellement du contrat initial avec l'établissement d'un nouvel acte instrumentaire destiné à remplacer un acte antérieurement affecté d'un vice de forme<sup>679</sup>.

La réfaction du contrat se distingue aussi de la nullité partielle. Certes, les deux instruments ont pour finalité d'instaurer une certaine proportionnalité<sup>680</sup> entre la violation encourue et la sanction applicable. Cependant, la nullité partielle sanctionne la violation d'une condition de formation du contrat notamment la fausseté partielle de la cause<sup>681</sup> ou la nullité d'une clause accessoire du contrat alors que la réfaction sanctionne l'inexécution partielle du contrat.

**227.** Le mot réfaction<sup>682</sup> vient du mot refaire. La réfaction signifie aussi diminuer le prix d'un objet ou d'un service, modifier le contrat. La réduction est le plus souvent la conséquence d'un manquement contractuel. Ainsi, la réfaction<sup>683</sup> du contrat se présente comme un instrument qui peut, sans anéantir le contrat, tenir compte du manquement d'une partie pour diminuer l'obligation corrélative de l'autre. Elle s'analyse en une simple diminution du prix en cas d'inexécution partielle. Mais, elle peut être mise en œuvre même en l'absence de toute faute<sup>684</sup>.

**228.** Elle est admise depuis longtemps dans la vente commerciale. La réfaction du contrat est un instrument qui est traditionnellement utilisé par la jurisprudence. Le juge français y fait recours depuis très longtemps. Dans certains cas, elle se fonde sur article 1617 du Code civil. Celui-ci dispose que « *si le vendeur ne peut délivrer à l'acquéreur la quantité indiquée au contrat, ou, si celui-ci ne l'exige pas, le vendeur est obligé de souffrir d'une diminution proportionnelle* ». Dans d'autres cas, le juge fait œuvre prétorienne en mettant en œuvre la réfaction du contrat et ce en l'absence de texte<sup>685</sup>.

En droit sénégalais, le juge pouvait avoir recours à cette technique juridique sur la base de l'article 154 al. 3 C.O.C.C. Selon ce texte, « *En cas d'inexécution partielle, le juge fait application*

---

<sup>679</sup> V°. *ibid.*, p. 4.

<sup>680</sup> V°. S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, *op. cit.*, p. 5 et s.

<sup>681</sup> V°. S.A. MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit des contrats », Octobre 2006 – Septembre 2007, *Recueil Dalloz* 2007, p. 2966.

<sup>682</sup> V°. D. MAZEAUD, « L'endettement », Journées argentines de 1994, (1995), 26 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 1, p. 566 et s.

<sup>683</sup> V°. K.D.L. ASUNCION PLANES, *op. cit.*, p. 21.

<sup>684</sup> En cas d'excès, le juge peut proportionner les obligations réciproques des parties.

<sup>685</sup> Il s'agit d'une jurisprudence qui prône des sanctions qui favorisent le maintien du contrat.

*proportionnelle de la peine sauf stipulation contraire des parties* ». *Idem*, la jurisprudence sénégalaise peut également avoir recours à la réfaction sur le fondement de l'article 105 C.O.C.C.<sup>686</sup>. Cet article met à la disposition du créancier, victime de l'inexécution du contrat, plusieurs possibilités. Celles-ci sont : la résolution ou la résiliation du contrat, l'exécution forcée du contrat, la réduction de l'obligation corrélative. Le mécanisme de la réfaction unilatérale découle justement de cette dernière possibilité. Toutefois, la réduction de l'obligation corrélative ne se comprend mieux que s'il y a inexécution partielle du contrat. Si l'inexécution du contrat est totale, la réfaction sur le fondement de la disposition précitée devient sans objet. Par ailleurs, l'article 105 C.O.C.C. circonscrit le domaine de l'exception d'inexécution aux contrats synallagmatiques. Le mécanisme de la réfaction se trouve également en matière de bail à usage d'habitation. Ainsi, cela existe avec l'article 548 C.O.C.C. sur les réparations de la chose louée à la charge du bailleur.

En ce qui concerne le droit O.H.A.D.A, la réfaction unilatérale<sup>687</sup> du contrat est prévue par l'article 288 A.U.D.C.G. Ce texte dispose, qu'« *en cas de défaut de conformité des marchandises, que le prix ait été ou non déjà payé, l'acheteur peut réduire le prix du montant de la différence entre la valeur que des marchandises conformes auraient eu au moment de la livraison et la valeur que les marchandises effectivement livrées avaient à ce moment* ». En effet, les rédacteurs du droit OHADA reprennent les dispositions de l'article 50 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises<sup>688</sup>. Mais, à la différence du C.O.C.C, la réfaction peut être exercée de façon unilatérale dans la vente commerciale<sup>689</sup>.

**229.** Quant au domaine, la réfaction unilatérale du contrat trouve son siège dans la vente commerciale. On ne la trouve pas dans les autres contrats d'affaires notamment le bail à usage professionnel, le contrat d'intermédiation, la location gérance, etc. Pour autant, cette carence ne

---

<sup>686</sup> L'article 105 C.O.C.C consacre la réfaction judiciaire du contrat à travers la possibilité de demander au juge la réduction de l'obligation corrélative du créancier en cas d'inexécution du contrat.

<sup>687</sup> Sur la notion Voir : E.NSIE, « La sanction de l'inexécution de la vente commerciale en droit uniforme africain », *La revue du CERDIP*. Vol. 2. n° 1. Janvier – Juin 2003, p. 20.

<sup>688</sup> V°. CIVM. Art. 50.

<sup>689</sup> Les rédacteurs de l'A.U.D.C.G. ont accru la volonté des parties en donnant des moyens de correction du contrat.

plaide pas la récusation de cet instrument contractuel. Ce dernier doit être mise en œuvre dans tous les cas où ses conditions sont remplies<sup>690</sup>.

Toutefois, nous remarquons que la réfaction ne peut prospérer que dans les contrats synallagmatiques. En effet, les contrats unilatéraux sont incompatibles au mécanisme de la réfaction. Celle-ci est une sanction contre l'inexécution imparfaite ou incomplète de l'obligation corrélative. Elle permet de restaurer l'équilibre économique du contrat et évite le risque d'une inexécution unilatérale du contrat. Alors que le contrat unilatéral engage des obligations qu'à la charge d'une seule partie<sup>691</sup>. Ainsi, le rapport d'équilibre entre les prestations réciproques n'existe pas dans lesdits contrats.

En matière de vente commerciale, la réfaction unilatérale appartient exclusivement à l'acheteur<sup>692</sup>. À la différence de l'exception d'inexécution, la réfaction unilatérale est un instrument non-réciproque<sup>693</sup>. Le vendeur ne peut l'invoquer en cas d'inexécution partielle. Cependant, rien n'empêche en pratique au vendeur d'invoquer la réfaction unilatérale lorsque l'acheteur refuse de payer l'intégralité du prix des marchandises. De ce fait, il pourra délivrer la valeur des marchandises correspondant au prix reçu des mains de l'acheteur ou de son mandataire.

**230.** Par ailleurs, la réfaction du contrat effectuée par l'acheteur suppose un défaut de conformité des marchandises. La non-conformité résulte de la délivrance d'une contenance ou d'une quantité de la chose différente de ce qui a été promis au contrat. En d'autres termes, il y a défaut de conformité lorsque la chose livrée n'est pas celle qui a été convenue dans le contrat. Le défaut de conformité constitue une violation des termes du contrat. Elle se distingue du défaut de sécurité. La conformité c'est l'aptitude à l'emploi. La sécurité, c'est l'absence de danger. En outre, le défaut de conformité est différent du vice caché. Le vice est une défectuosité, une anomalie, une altération qui nuit au bon fonctionnement de la chose<sup>694</sup>. Tandis que le défaut de conformité

---

<sup>690</sup> Néanmoins, la philosophie de la réfaction est incompatible avec la finalité qui gouverne le bail à usage professionnel. En effet, il s'agit dans cette matière d'assurer la poursuite de l'activité économique du commerçant en prévoyant notamment le droit au renouvellement, or la réfaction entraîne une modification du contrat.

<sup>691</sup> V° C.O.C.C. Art. 43.

<sup>692</sup> En matière de vente commerciale, la réfaction du contrat ne peut être invoquée que par l'acheteur en cas de défaut de conformité. Cependant, rien n'empêche aux parties de prévoir dans leur contrat une clause permettant au vendeur de mettre en œuvre de la réfaction en cas de paiement partiel du prix de vente.

<sup>693</sup> Il résulte des dispositions de l'acte uniforme relatif à la vente commerciale que seul l'acheteur peut imposer la réfaction au vendeur.

<sup>694</sup> V° F. FOURMENT, « Défauts cachés de la chose vendue; que reste-t-il de l'action en garantie des vices cachés? », *R.T.D.Com.* 50 (3), Juillet-Septembre 1997, p. 395 et s.

consiste en une différence entre la chose promise au contrat et la chose délivrée<sup>695</sup>. Le vice est un aspect pathologique alors que la non-conformité est une différence.<sup>696</sup> L'Acte uniforme portant Droit Commercial Général a prévu deux critères d'appréciation de la non-conformité de la chose. Il s'agit du critère objectif et du critère subjectif.

**231.** Selon le critère objectif, le défaut de conformité s'apprécie au moment de la délivrance. C'est ce qui résulte de l'article 256 A.U.D.C.G révisé selon lequel « *La conformité de la chose vendue s'apprécie au jour de la prise de livraison, même si le défaut n'apparaît qu'ultérieurement* ». Par conséquent, même s'il s'agit d'un défaut de conformité caché, le juge doit se situer au moment de la prise de livraison pour l'apprécier. En revanche, la garantie contre les vices cachés s'apprécie après la délivrance de la chose.

**232.** Selon le critère subjectif, la conformité de la chose s'apprécie par rapport aux stipulations contractuelles. C'est dans ce sens que l'article 255 A.U.D.C.G révisé dispose que « *Le vendeur doit livrer les marchandises en quantité, qualité, spécifications et conditionnement conformes aux stipulations du contrat* ».

**233.** Par conséquent, la réfaction unilatérale du contrat est une sanction du non-respect de la parole contractuelle. À ce titre, elle constitue une sanction en nature. Elle n'exclut pas la demande en dommages et intérêts<sup>697</sup>. D'ailleurs, celle-ci est prévue par l'article 105 C.O.C.C. en ces termes : « [...] *En dehors des dommages et intérêts qui lui sont dus, demander en justice [...] la réduction de ses propres obligations [...]* ». Néanmoins, la demande de dommages et intérêts n'est prévue que dans le cadre d'une réfaction judiciaire<sup>698</sup>. Elle n'est pas prévue dans le cadre de la réfaction volontaire. Cela dit, le créancier qui souhaite obtenir des dommages et intérêts doit formuler sa demande devant le juge compétent.

**234.** Dans la vente commerciale, elle s'applique peu importe que le prix soit déjà payé ou non<sup>699</sup>. Cependant, la mise en œuvre de la réfaction unilatérale<sup>700</sup> après le paiement du prix

---

<sup>695</sup> V°. C. COGIER, « Garantie des vices cachés et défaut de conformité », *Revue Lamy Droit Civil*, 2009, 3248.

<sup>696</sup> V°. A. BENADENT, « Conformité et vices cachés dans la vente: l'éclaircie », *D.* 1995. Chr. p. 115.

<sup>697</sup> L'article 105 C.O.C.C prévoit à la fois la réfaction judiciaire du contrat et la demande en dommages et intérêts.

<sup>698</sup> Les dispositions de l'A.D.C.G. ne prévoient pas l'octroi des dommages et intérêts en cas de défaut de confirmé, lequel défaut déclenche le mécanisme de la réfaction unilatérale du contrat (voir article 288 dudit acte uniforme).

<sup>699</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 288.

<sup>700</sup> V°. K.D.L. ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat*, op. cit., p. 13 et s.

demeure très complexe. Le vendeur qui a déjà reçu paiement peut refuser d'en restituer une partie. Aussi, la restitution du prix devient improbable si le vendeur est soumis aux procédures collectives de redressement judiciaire et de liquidation des biens au moment de la demande de restitution. Mieux, il peut également organiser sa propre insolvabilité après avoir reçu le prix de la vente. Cela étant, la mise en œuvre de la réfaction du contrat après paiement du prix de vente est inefficace.

Au-delà de cette analyse, la réfaction unilatérale du contrat est une émanation de la théorie de l'insuffisance de la cause. Elle garantit l'équilibre entre les prestations réciproques et la stabilité contractuelle.

## **B. La finalité de la réfaction**

235. En principe, lorsque le contrat est inexécuté, il encourt l'anéantissement par la résolution ou la résiliation. La réfaction unilatérale du contrat est un moyen de faire obstacle à la destruction de l'acte et favorise la coopération contractuelle<sup>701</sup>. Elle permet de sauvegarder la stabilité du contrat. C'est une sanction qui favorise le maintien du contrat<sup>702</sup>. Elle consacre la recherche d'un prix équilibré en proportion du déséquilibre constaté après l'exécution de la prestation. C'est la différence entre la prestation effectivement exécutée et le prix effectivement payé, qu'il faut calculer le nouveau prix ou la réduction à opérer en cas de défaut de conformité. Toutefois, le contrat est maintenu bien qu'il soit inexécuté. Il s'agit aussi d'une modification unilatérale du contrat imposé par l'*accipiens*. Par ailleurs, il y a d'autres hypothèses dans lesquelles l'application de la réfaction est indépendante à toute idée de sanction ou de manquement partielle du débiteur à ses obligations contractuelles. C'est le cas où le prix du contrat est trop élevé.

236. Néanmoins, on notera que le mécanisme de la réfaction unilatérale contient des inconvénients de taille. D'abord, elle n'est qu'une simple option pour l'*accipiens*<sup>703</sup>. Le sort du contrat dépend du bon vouloir du titulaire de la réfaction. Par conséquent, la réfaction unilatérale peut se révéler dans certains cas inefficaces lorsque le reste des engagements à accomplir ne présente aucune utilité économique quand bien même son titulaire l'a mise en œuvre. Aussi, nous soulignons que le vendeur a toujours la possibilité de recourir à des manœuvres dilatoires pour

---

<sup>701</sup> V°. J. MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à l'esprit de collaboration » *R.T.D. civ.* 1986, p. 101.

<sup>702</sup> V°. K.D.L. ASUNCION PLANES, *op. cit.*, p. 256 et s.

<sup>703</sup> L'article 288 A.U.D.C.G, qui prévoit la réfaction unilatérale, a un caractère facultatif. Il appartient à l'acheteur soit de mettre en œuvre la réfaction unilatérale, soit d'invoquer une autre sanction extrajudiciaire telles que la résiliation unilatérale du contrat ou l'exception d'inexécution.



empêcher la restitution d'une partie du prix consécutif à la réfaction du contrat postérieure au paiement intégral du prix de la vente<sup>704</sup>. En outre, le législateur OHADA n'interdit pas au vendeur de contester la réfaction opérée unilatéralement par l'*accipiens* devant la juridiction compétente<sup>705</sup>. Dans ce cas, le juge saisi va effectuer un contrôle *a posteriori* pour s'assurer que les conditions de sa mise en œuvre sont remplies. Et, comme en matière d'exception d'inexécution, s'il apparaît que l'*accipiens* a effectué la réfaction à tort, il peut être condamné à payer des dommages et intérêts à son cocontractant<sup>706</sup>. C'est pourquoi, la réfaction unilatérale du contrat ne met pas l'*accipiens* à l'abri du risque de condamnation. Quoi qu'il en soit, c'est un instrument au service de l'intérêt égoïste de l'*accipiens* au détriment de celui du contrat. De plus, on peut s'interroger sur l'utilité même de cet instrument contractuel. En effet, il fait double emploi avec la faculté de remplacement qui constitue également une sanction du défaut de conformité des marchandises<sup>707</sup>.

## **Paragraphe II. La modification du contrat occasionnée par la faculté de remplacement**

**237.** La faculté de remplacement<sup>708</sup> c'est la possibilité de faire exécuter l'obligation aux dépens du débiteur. Traditionnellement, cet instrument contractuel sert à sanctionner l'inexécution de l'obligation de délivrance. Cette inexécution permet à l'acheteur de se procurer une marchandise équivalente aux frais du vendeur de l'obligation inexécutée.

**238.** Le remplacement commercial est différent du « laissé pour compte ». Celui-ci signifie que « *lorsque la marchandise fournie par le vendeur n'est pas conforme à celle promise, on accorde à l'acheteur le droit de refuser ladite marchandise qui restera alors à la charge du vendeur* »<sup>709</sup>. Ainsi, « le laissé pour compte » est une sanction du défaut de conformité alors que la faculté de remplacement est une sanction de l'inexécution de l'obligation de délivrance. Cependant, il faut nuancer cette distinction car l'article 283 A.U.D.C.G. prévoit la faculté de remplacement en cas de défaut de conformité des marchandises livrées. Par conséquent, il est nécessaire de présenter

---

<sup>704</sup> Le vendeur peut opposer l'exception d'inexécution ou invoquer une cause étrangère empêchant l'exécution de son obligation voire la faute de l'acheteur.

<sup>705</sup> Tout comme l'exception d'inexécution, le débiteur peut contester la réfaction faite unilatéralement. La contestation portera, soit sur les conditions de mise en œuvre dès lors qu'elles ne sont pas remplies, soit sur l'abus si la mesure est mise en œuvre de façon abusive.

<sup>706</sup> C'est le cas où l'acheteur fait une fausse appréciation du défaut de conformité qui est condition sine qua non de la réfaction unilatérale du contrat. Il y a aussi le cas où l'acheteur est déchu d'invoquer le défaut de conformité voir article 258 A.U.D.C.G.

<sup>707</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 257.

<sup>708</sup> V°. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit., p. 195 et s.

<sup>709</sup> V°. Y. PICOD, op. cit., p. 194.

l'évolution et les modalités c'est-à-dire procéder à une analyse globale de la réfaction unilatérale (A) avant de voir les suites sur la relation contractuelle (B).

### A. L'analyse globale de la faculté de remplacement

239. La faculté de remplacement est une notion qui est d'abord prévue par les dispositions du Code civil français. Selon l'article 144 dudit Code, lorsque l'obligation est de faire et chaque fois cela est possible, « *Le créancier peut aussi [...] être autorisé à faire exécuter lui – même l'obligation aux dépens du débiteur qui peut être autorisé à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution* ». Ainsi, selon ce texte, la faculté de remplacement doit être autorisée par le juge. Toutefois, la jurisprudence a admis qu'un créancier peut y recourir sans autorisation judiciaire<sup>710</sup>. Sous réserve des conditions suivantes :

*Primo*, le créancier doit mettre au préalable le débiteur en demeure<sup>711</sup>. La mise en demeure c'est l'exigence préalable à l'exécution de l'obligation<sup>712</sup>.

*Secundo*, cette mise en demeure doit prévoir un délai raisonnable au *solvens* pour s'exécuter<sup>713</sup>.

*Tertio*, l'*accipiens* doit informer le débiteur que la faculté de remplacement a été choisie de façon à ce qu'il ne prenne plus ses dispositions pour s'exécuter.

*Quarto*, il faut qu'il existe un constat contradictoire ou judiciaire avant l'exercice de la faculté de remplacement. D'autant plus que la faculté de remplacement s'analyse comme une sorte de rupture du contrat à l'égard du débiteur<sup>714</sup>. Ces nombreuses conditions démontrent le rigorisme de la mise en œuvre de la faculté de remplacement volontaire<sup>715</sup>.

---

<sup>710</sup> V°. P. MÉRY, « Exécution en nature des obligations contractuelles dans les obligations contractuelles », *ED. JBB* 2000, p. 371, n° 20.

<sup>711</sup> La mise en demeure est une exigence générale qui 'impose à l'*accipiens* et tend à donner une dernière chance au débiteur d'exécuter ses obligations. Elle implique un devoir de bonne foi dans les relations contractuelles. De ce fait, elle ne peut être écartée par les parties au contrat voir en ce sens article 237 A.U.D.C.G.

<sup>712</sup> V°. C.O.C.C. Art. 194 al.1<sup>er</sup>.

<sup>713</sup> C'est le sens même de la mise en demeure. Celle-ci doit toujours prévoir un délai pour l'exécution d'obligation litigieuse.

<sup>714</sup> Le tiers devient partie au contrat en lieu et place du débiteur. Cependant, ce dernier n'est pas pour autant libéré car l'exécution du contrat par le tiers se fait à ses frais.

<sup>715</sup> Cette exigence se justifie par le souhait de poursuivre les relations contractuelles entre les parties. En effet, l'intervention d'une tierce personne va davantage complexifier l'exécution du contrat.

**240.** Dans le C.O.C.C, on trouve la faculté de remplacement dans les articles 195 et 285. Le premier est un article de portée générale et s'applique dans tous les contrats. Il dispose en son al. 1 et 2 que : « *Le juge peut également ordonner l'exécution d'une obligation de donner par le débiteur ou par un tiers aux frais du débiteur. Il peut aussi ordonner aux frais du débiteur l'exécution par un tiers d'une obligation de faire pour laquelle la personnalité du débiteur n'a pas été déterminante* ». Le deuxième texte est une disposition spécifique applicable dans le contrat de vente. Il énonce que : « *Lorsque le défaut de délivrance porte sur une chose de genre, l'acquéreur peut acheter chez un tiers la chose non livrée et exiger du vendeur le remboursement du prix de remplacement* ».

**241.** Quant au droit OHADA, la faculté de remplacement<sup>716</sup> est prévue par les articles 107 et 283 de l'A.U.D.C.G.G.I.E<sup>717</sup>. Le premier article dispose que : « *Lorsque le bailleur refuse d'assumer les grosses réparations qui lui incombent, le preneur peut se faire autoriser par la juridiction compétente, statuant à bref délai, à les exécuter conformément aux règles de l'art, pour le compte du bailleur. Dans ce cas, la juridiction compétente, statuant à bref délai<sup>718</sup>, fixe le montant de ces réparations et les modalités de leur remboursement* ».

Dans cette disposition, le remplacement est autorisé par la juridiction compétente saisie en référé<sup>719</sup> par le preneur. Quant au second article, il dispose que « *si l'acheteur invoque dans les délais fixés aux articles 258 et 259 du présent Acte uniforme un défaut de conformité des marchandises livrées, le vendeur a la faculté d'imposer, à ses frais exclusifs et sans délai, à l'acheteur le remplacement des marchandises défectueuses par des marchandises conformes. En outre, l'acheteur peut convenir avec le vendeur d'un délai supplémentaire<sup>720</sup> pour le remplacement, aux frais exclusifs du vendeur, des marchandises défectueuses par des marchandises conformes* ». Ces différents articles précités démontrent clairement que la faculté de

---

<sup>716</sup> Sur la faculté de remplacement V°. E. NSIE, « La sanction de l'inexécution de la vente commerciale en droit uniforme africain », *op. cit.*, p. 9.

<sup>717</sup> Le mécanisme de la réfaction en droit O.H.A.D.A est dual. À côté de la réfaction judiciaire prévue par l'article 107 de l'AUDCG il y a la réfaction volontaire prévue par l'article 283 du même acte uniforme.

<sup>718</sup> V°. P.A. TOURE, « Le nouveau visage de l'action en résiliation du bail à usage professionnel dans l'acte uniforme portant sur le droit commercial général adopté le 15 décembre 2010 », *op. cit.*, p. 328. n° 46.

<sup>719</sup> La procédure de référé résulte de l'expression "bref délai". Elle démontre l'urgence qui existe par rapport au remplacement de la chose. Cependant, le juge sera amené à statuer sur le fond d'autant plus qu'il doit examiner si les conditions du remplacement du débiteur sont remplies.

<sup>720</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 283.

remplacement est une sanction de l'inexécution des obligations contractuelles<sup>721</sup>. Selon le COCC, c'est une sanction de la non-délivrance<sup>722</sup> de la chose. C'est donc une sanction en nature de la prestation due au créancier<sup>723</sup>. Pour l'A.U.D.C.G. la faculté de remplacement sanctionne deux obligations : il s'agit du défaut de conformité et du défaut d'assumer les grosses réparations.

Par ailleurs, il y a deux modalités de la faculté de remplacement. Il s'agit :

- Du remplacement du débiteur par un tiers pour exécuter la prestation due au créancier ;
- Du remplacement de l'objet du contrat c'est-à-dire la marchandise et faire les grosses réparations. Cette modalité de remplacement peut être faite, soit par le débiteur lui-même, soit par un tiers au frais du débiteur.

Le remplacement des marchandises est prévu par l'article 285 C.O.C.C, 258 et 259 A.U.D.C.G. Pour le COCC, la faculté de remplacement suppose la réunion de deux conditions cumulatives. Il faut un défaut de délivrance<sup>724</sup> portant sur une chose de genre.

**242.** La notion de délivrance est définie par l'article 277 C.O.C.C<sup>725</sup>. Aux termes de ce texte, « *La délivrance oblige le vendeur à accomplir les actes nécessaires pour procurer la chose à l'acheteur* ». Par conséquent, le vendeur doit accomplir deux prestations pour l'effectivité de la délivrance. D'abord, il doit accomplir des actes nécessaires pour la délivrance. Autrement dit, il doit mettre à la disposition de l'acheteur les documents attestant la propriété de la chose objet de la délivrance. L'exigence des titres de propriété et autres documents se comprennent mieux lorsque l'objet de la délivrance est une chose immobilière<sup>726</sup> ou un fonds de commerce. Il s'agit notamment du titre foncier, le nom et l'adresse des parties, etc. C'est pourquoi, l'article 277 al. 2 du Code susnommé dispose que : « *Si l'objet de la vente est un immeuble, la délivrance est faite lorsque les*

---

<sup>721</sup> V°. E. NSIE, « La sanction de l'inexécution des obligations des parties dans le vente » *op. cit.*, p. 102 et s.

<sup>722</sup> V°. J. LE BOURG, *La remise de la chose. Essai d'analyse à partir du droit des contrats*, Thèse, Université Grenoble, 2010, n° 180 s.

<sup>723</sup> V°. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, p. 195.

<sup>724</sup> V°. L. GALL, « Le retard dans la livraison des marchandises vendues », *R.T.D. com.* n° 40. 1963, p. 249 et s.

<sup>725</sup> La notion de délivrance n'est pas définie par le droit OHADA. De ce fait, il convient de se référer aux dispositions du COCC pour combler cette lacune.

<sup>726</sup> V°. C.O.C.C. Art. 386, « Le vendeur doit mettre la copie du titre foncier ou le certificat d'inscription à la disposition de l'acquéreur afin d'y faire inscrire la mutation du droit.

En cas d'inexécution de cette obligation, l'acquéreur fait ordonner par justice la remise de ce document entre ses mains et la mention au titre foncier de la mutation intervenue ».

*formalités de publicité exigées par les dispositions particulières à la propriété foncière ont été satisfaites et le titre foncier est établi au nom de l'acquéreur* ». Ces différents documents permettent d'éclairer le consentement de l'acheteur sur la valeur de la chose et sa provenance.

**243.** Le second élément constitutif de l'obligation de délivrance c'est le transfert de la possession de la chose. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une chose mobilière, la délivrance implique le transfert complet de la possession à l'acquéreur<sup>727</sup>. Ici, il n'y a pas de transfert de document. En fait de meuble possession vaut titre. C'est ce qui résulte des dispositions de l'article 362 C.O.C.C. Selon ce texte, « *En matière mobilière, l'acquéreur de la chose d'autrui en devient propriétaire lorsqu'il a reçue de bonne foi.* ». Par conséquent, la possession mobilière doit revêtir un certain nombre de caractères : elle doit être paisible, publique, continue et non équivoque. Ensuite, le possesseur doit être de bonne foi<sup>728</sup>. Cependant, le transfert de possession se fait conformément aux stipulations contractuelles ou aux usages commerciaux. Il faut donc s'imprégner des stipulations contractuelles pour s'avoir si l'obligation de délivrance est exécutée correctement par le vendeur. En cas de silence du contrat, la délivrance s'apprécie en fonction des usages<sup>729</sup> commerciaux. Ainsi, il y a défaut de délivrance lorsque le vendeur n'a pas mis l'acheteur en possession complète de la chose mobilière.

**244.** Toutefois, il convient de préciser que les dispositions du C.O.C.C circonscrivent le domaine de la faculté de remplacement aux choses de genre. Les choses de genre sont des choses qui sont interchangeables les unes par rapport aux autres. Elles ne périssent pas du fait qu'elles sont remplaçables. Ainsi, la faculté de remplacement ne porte pas sur un corps certain. Celui-ci est une chose irremplaçable.

En outre, le remplacement est mis en œuvre pour remplacer les marchandises défectueuses par des marchandises conformes. Il faut préciser qu'elle peut s'appliquer même si le défaut porte sur une partie des marchandises.

Bref, la faculté de remplacement est une simple option pour le créancier. Celui-ci peut imposer au vendeur le remplacement des marchandises lorsqu'il y a défaut de délivrance ou de

---

<sup>727</sup> V°. C.O.C.C. Art. 109.

<sup>728</sup> La bonne est toujours présumée selon l'article 10 COCC. Mais il s'agit d'une présomption simple qui supporte la preuve contraire. Celle-ci peut être rapportée par tous moyens.

<sup>729</sup> V°. M.PEDAMON, « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial? », *R.T.D com.* 1959, p. 335.

conformité. Ce dernier s'apprécie *mutatis mutandis* comme en matière de la réfaction unilatérale du contrat<sup>730</sup>. En revanche, le vendeur peut s'opposer à la mise en œuvre du remplacement si l'acheteur en fait un usage abusif.

**245.** Par ailleurs, l'acheteur qui invoque le remplacement des marchandises sur la base d'un défaut de conformité doit agir dans les délais légaux prévus par les articles 258 et 259 de l'A.U.D.C.G. En cas de défaut de conformité apparent, le remplacement des marchandises doit être invoqué dans un délai maximum d'un mois à compter de la livraison des marchandises. Le défaut de conformité est dit apparent lorsqu'il peut être constaté à la suite d'un examen élémentaire des marchandises. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un défaut caché<sup>731</sup>, le remplacement des marchandises pourra être invoqué « *dans le délai d'un an à compter du jour où il a été constaté ou aurait dû l'être* » conformément aux dispositions de l'article 259 de l'Acte Uniforme précité. Par conséquent, la faculté de remplacement n'est pas laissée à la discrétion totale de l'*accipiens*. En effet, ce dernier doit respecter les délais prévus par les articles 258 et 259 auxquels l'article 283 de l'acte uniforme fait référence<sup>732</sup>. En cas de non-respect des délais requis, le débiteur a deux possibilités. Premièrement, il peut refuser de procéder au remplacement des marchandises. Cela se comprend mieux dans l'hypothèse d'une réfaction effectuée par l'acheteur<sup>733</sup>. En revanche, lorsque la réfaction doit être exercée par l'*accipiens* lui-même, le refus du débiteur n'est pas dirimant. Cependant, et c'est la deuxième possibilité, le débiteur peut contester le remplacement auprès de la juridiction compétente<sup>734</sup>. Ainsi, selon la Cour d'appel de Dakar « *l'acheteur est déchu du droit de se prévaloir d'un défaut de conformité s'il ne le dénonce pas au vendeur, [...], dans un délai raisonnable à partir du moment où il a constaté ou aurait dû constater* »<sup>735</sup>. Dans cette affaire, le

---

<sup>730</sup> L'appréciation se fait conformément aux dispositions de l'article 283 A.U.D.C.G.

<sup>731</sup> V°. F. FOURMENT, « Défauts cachés de la chose vendue : que reste – t – il de l'action en garantie des vices cachés ? », *R.T.D.com*, Juillet – Septembre 1997, p. 375.

<sup>732</sup> Si c'est un défaut de conformité apparent, le délai de déchéance est d'un mois à compter de la prise de la livraison. En revanche si c'est un défaut de conformité caché, le délai de prescription est d'un an à compter du jour où ce défaut a été constaté ou aurait dû l'être.

<sup>733</sup> Les fondements du refus sont, soit la déchéance, soit la prescription.

<sup>734</sup> Il peut s'agir d'une déchéance, c'est-à-dire lorsque le remplacement a été invoqué en dehors des délais légaux. Il peut aussi s'agir d'une contestation d'ordre substantiel c'est le cas où le défaut de conformité de la marchandise n'est pas fondé.

<sup>735</sup> V°. Arr. n° 646 du 23 décembre 2014, Bull. Des arrêts rendu par la C.A. de Dakar en matière civile et commerciale, 2015, p. 3.

défaut de conformité a été invoqué au-delà du délai raisonnable. De ce fait, le débiteur a contesté le remplacement de la chose défectueuse car le délai étant expiré.

En outre, même si la loi ne le dit pas expressément, l'acheteur doit mettre en demeure le vendeur de s'exécuter<sup>736</sup>.

**246.** Quant au remplacement du débiteur, cela résulte de l'article 107 A.U.D.C.G. Aux termes de cet article : « *Lorsque le bailleur refuse d'assumer les grosses réparations qui lui incombent, le preneur peut se faire autoriser par la juridiction compétente statuant à bref délai, à les exécuter conformément aux règles de l'art, pour le compte du bailleur. Dans ce cas, la juridiction compétente, statuant à bref délai, fixe le montant de ces réparations et les modalités de leur remboursement* ». En réalité, dans cette hypothèse il s'agit du remplacement judiciaire<sup>737</sup> du débiteur. Le remplacement du bailleur est autorisé par le juge du référé saisi par le locataire. La mise en œuvre du remplacement judiciaire du débiteur exige la réunion d'un certain nombre de conditions. Il y a des conditions de fond et de procédure. Par rapport au fond, le remplacement judiciaire suppose que le bailleur ait refusé d'assumer les grosses réparations. L'article 106 du même Acte uniforme donne une liste indicative des grosses réparations en ces termes suivants : « *Les grosses réparations sont notamment celles de gros murs, des voûtes, des poutres, des toitures, des murs de soutènement, des murs de clôture, des fosses septiques et des puisards* ». Ainsi, les grosses réparations n'ont pas fait l'objet d'une définition précise. Le législateur O.H.A.D.A s'est tout simplement contenté de donner une liste non exhaustive. L'absence de précision en la matière, risquerait de poser des contentieux importants entre les parties concernant l'identité<sup>738</sup> de celui qui sera tenu d'assumer les réparations. On sait que le droit O.H.A.D.A. a identifié le titulaire des réparations en matière de bail à usage professionnel. Ainsi, le preneur est tenu aux réparations d'entretiens alors que le bailleur est tenu aux grosses réparations. Mais, l'absence d'une définition de « *réparations d'entretien* » et l'absence de précision des « grosses réparations » peuvent aussi être sources de contentieux.

---

<sup>736</sup> Ainsi, en vertu de l'article 194 C.O.C.C., règle de droit commun, la mise en demeure est toujours de mise en cas d'inexécution d'une obligation.

<sup>737</sup> Le remplacement judiciaire signifie que c'est le juge qui autorise le créancier à procéder aux réparations que le débiteur est tenu de faire. Alors que le remplacement volontaire est exercé par le contractant lui-même. Le juge n'intervient qu'en amont pour vérifier si les conditions de mise en œuvre sont remplies.

<sup>738</sup> Chacun des contractants peut avoir une interprétation différente par rapport à celui qui est tenu de faire les réparations. Il n'aura donc un conflit d'interprétation sur le sens de grosses réparations.

**247.** Par ailleurs, si le bailleur refuse de procéder aux grosses réparations, le preneur pourrait se faire autoriser « à les exécuter conformément aux règles de l'art, pour le compte du bailleur ». Le remplacement est fait dans l'intérêt du preneur car si le vendeur refuse de procéder aux grosses réparations, cela pourrait entraîner l'écroulement de l'immeuble et donc la cessation de son activité. Seulement, les grosses réparations se font selon les règles de l'art. Elles s'apprécient *mutatis mutandis* comme si c'est le bailleur lui-même qui les effectue<sup>739</sup>. Ainsi, le preneur doit supporter les inconvénients des réparations qui sont faites par lui-même. Mais, le loyer est diminué en proportion du temps et de l'usage pendant lequel le preneur a été privé de la jouissance des locaux. Néanmoins, nous remarquons dans ce cas un conflit d'intérêt. Le preneur peut traîner les réparations dans la seule finalité de payer un loyer moins important<sup>740</sup>. En outre, la loi permet au preneur de demander la suspension pendant la durée des travaux à la juridiction compétente à bref délai si les réparations urgentes sont de telles nature qu'elles rendent impossibles la jouissance du bail. Mais, cette dernière mesure garantit au preneur le droit de reprendre les lieux d'autant plus que les réparations sont faites par lui-même. Dans tous les cas le coût des réparations ainsi que les modalités<sup>741</sup> de remboursement sont déterminés par la juridiction compétente. Il est également souhaitable que celle-ci détermine également la durée des réparations pour que le preneur ne les fasse pas durer.

**248.** Par ailleurs, qu'il s'agisse de la demande principale en remplacement du bailleur ou de la demande additionnelle relative au montant des réparations et aux modalités de remboursement, le juge est saisi par référé et à bref délai<sup>742</sup>. Ce délai doit prendre en compte le délai de mise en demeure adressé au bailleur de procéder aux grosses réparations<sup>743</sup>. Telles sont les modalités de la faculté de remplacement. Il convient de voir maintenant ses suites.

---

<sup>739</sup> Le preneur doit se comporter en bon père de famille. Il est débiteur d'une obligation de moyen.

<sup>740</sup> Le preneur beaucoup plus enclin à retarder les réparations en période de baisse d'activité.

<sup>741</sup> En effet, le juge doit fixer un délai dans lequel le remplacement doit être effectué. Dans ce cas, il peut se référer aux usages commerciaux pour déterminer ce dit délai.

<sup>742</sup> V°. P. HEBRAUD, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Études offertes à Pierre Kayser*, T. II, PUAM, Aix-en-Provence, 1979, p. 8.

<sup>743</sup> Le bref délai doit également prendre en compte les usages commerciaux conformément aux dispositions de l'Art. 239 A.U.D.C.G.



## B. Les suites de la faculté de remplacement sur la relation contractuelle

**249.** La faculté de remplacement a pour effet d'assurer la stabilité et la sauvegarde du lien contractuel. Elle permet d'éviter la rupture du contrat tout en gérant le risque d'inexécution car « *le défaut de conformité ne saurait être un motif pour l'acquéreur de se soustraire à son obligation de payer le prix mais lui donne droit à user des voies de recours prévues aux articles 258, 259, 283 et 288 de l'Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général* »<sup>744</sup>. Cependant, la survie du lien contractuel passe par la modification du contrat. C'est plus précisément l'hypothèse du remplacement du débiteur. La faculté de remplacement apparaît donc comme une sorte de modification unilatérale du contrat. Elle constitue une exception à l'article 97 C.O.C.C. Cette disposition exige le consentement mutuel des parties pour procéder à la révision du contrat. Or, la faculté de remplacement est une révision unilatérale du contrat imposée par l'une des parties ou par le juge. Cela dit en cas d'inexécution du contrat, le contractant ne peut plus se réfugier derrière l'immutabilité <sup>745</sup>du contrat pour empêcher sa modification. Par conséquent, la faculté de remplacement constitue une limite légale de la force obligatoire du contrat<sup>746</sup>. D'ailleurs, l'article 97 C.O.C.C dispose que le contrat peut être révisé pour les causes prévues par la loi. Cela étant la faculté de remplacement est une cause légale de modification unilatérale du contrat. C'est pourquoi, **P. ANCEL** disait à propos de l'article 1134 que celui-ci doit se lire « *les conventions tiennent lieu de loi.... Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement* »<sup>747</sup>.

**250.** En outre, il peut paraître saugrenue de permettre au débiteur d'imposer la faculté de remplacement au créancier. Cet instrument contractuel doit plutôt appartenir au créancier de l'obligation inexécutée. Or, dans la vente commerciale, c'est le vendeur qui peut imposer à l'acheteur le remplacement des marchandises défectueuses par des marchandises conformes. De ce fait, la faculté de remplacement est subordonnée à la volonté unilatérale du vendeur<sup>748</sup>. Cependant, le législateur O.H.A.D.A a émis deux gardes fous pour assurer la protection de

---

<sup>744</sup> V°. Arr. n°450 du 10 juillet 2014, bull. des Arrêts rendus par la C.A. de Dakar en matière civile et commerciale, 2015, p. 13.

<sup>745</sup> V°. B. RECEVEUR, « La Force obligatoire du contrat de société: contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés », Thèse, Université de Cergy Pontoise, 2013, p. 21 et s.

<sup>746</sup> La faculté de remplacement est un pouvoir conféré aux parties par la loi et est destinée à modifier les termes du contrat.

<sup>747</sup> V°. P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *op. cit.*, p. 771 et s.

<sup>748</sup> Cela réduit l'efficacité de la faculté de remplacement. Si ce mécanisme ne convient pas au débiteur en l'occurrence, le vendeur peut écarter son application.

l'acheteur. D'abord, le vendeur doit supporter exclusivement les frais de remplacement. Ensuite, il doit faire le remplacement sans délai. Tout retard de la part du vendeur dans sa mise en œuvre est de nature à engager sa responsabilité contractuelle pour inexécution tardive du contrat.

En outre, en cas de remplacement du débiteur, celui-ci est tenu de restituer à l'acheteur le prix du remplacement. En effet, le vendeur qui n'a pas exécuté son obligation de délivrance doit restituer le prix de la marchandise qu'il avait reçu. En revanche, si le remplacement est fait par le débiteur lui-même, il doit, dans ce cas, fournir les marchandises de remplacement.

Au-delà de cette précision, il convient de noter que la réfaction unilatérale et la faculté de remplacement sont des mécanismes unilatéraux qui permettent d'assurer la pérennité du lien contractuel<sup>749</sup>. Toutefois, il s'agit du maintien d'un contrat modifié. Dans ces hypothèses, on est en présence d'une modification unilatérale du contrat au détriment de son intangibilité. Aussi, il s'agit d'un maintien subordonné à la volonté unilatérale<sup>750</sup> de l'une ou de l'autre partie. Qui plus est, la modification du contrat implique sa novation. Cela peut occasionner la perte des garanties qui sont attachées au contrat originaire sauf par convention contraire des parties.

## **SECTION II. LE MAINTIEN D'UN CONTRAT IRRÉGULIER CONSÉCUTIF À LA GESTION DES RISQUES**

**251.** Il existe des instruments contractuels qui favorisent le maintien du contrat. Il s'agit d'abord de la confirmation. Cette dernière est utilisée par la partie qui a le droit de dénoncer une situation où son cocontractant l'a fait courir un risque de perte de façon injuste. Mais, elle choisit d'y rester pour préserver un intérêt futur. Autrement dit, c'est un acte juridique unilatéral par lequel la personne qui pouvait demander la nullité du contrat<sup>751</sup> renonce à se prévaloir des vices dont celui-ci est entaché. Il y a aussi l'octroi d'un délai supplémentaire d'exécution. Il permet de donner une chance à la survie du contrat.

---

<sup>749</sup> V° J.-C. TAHITA, « L'efficacité de la sanction contractuelle civile »,

[Http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/L\\_efficacite\\_de\\_la\\_sanction\\_contractuelle\\_civile.pdf](http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/L_efficacite_de_la_sanction_contractuelle_civile.pdf), (consulté le 20/01/2016).

<sup>750</sup> V° R. E. DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, E.J.A., Paris 1996, p.313 et s.

<sup>751</sup> V° O. GOUT, « Le juge et l'annulation du contrat », *R.D.C.* 2000 Vol. 52 n°3, p. 675 et s.

Cependant, la confirmation est un instrument qui maintient un contrat annulable (**Paragraphe I**) alors que l'octroi d'un délai supplémentaire d'exécution maintient un contrat inexécuté (**Paragraphe II**).

### **Paragraphe I. Le maintien d'un contrat annulable : la confirmation**

**252.** La confirmation doit être distinguée de la régularisation de l'acte. Celle-ci consiste à valider un acte initialement nul en lui apportant l'élément qui lui fait défaut. Puis, la confirmation n'a effet qu'à l'égard de celui qui renonce à invoquer la nullité alors que la régulation rend l'acte rétroactivement valable à l'égard de tous. À ce titre, la confirmation est un « *remède à l'illicéité du contrat* ». <sup>752</sup>

**253.** En outre, la confirmation doit être distinguée de la réfection du contrat <sup>753</sup>. Cette dernière suppose un nouvel accord de volontés alors que la première implique une manifestation unilatérale de volontés. Mieux, la réfection donne naissance à un nouveau contrat qui prend effet au jour de son intervention. En revanche, la confirmation consolide le contrat initial dont les effets sont maintenus.

**254.** Enfin, la confirmation est différente de la ratification. Celle-ci est l'expression de volonté par laquelle une personne déclare s'obliger à exécuter les engagements pris en son nom par une autre personne alors que cette dernière a agi sans mandat ou sans pouvoir suffisant. On trouve cette institution dans l'Acte Uniforme portant droit Commercial Général. En effet, « *un acte accompli par un intermédiaire qui agit sans pouvoir, ou au-delà de son pouvoir, peut être ratifié par le représenté* » <sup>754</sup>. Ainsi, il apparaît clairement que la ratification est différente de la confirmation. La première a pour finalité d'assurer l'efficacité d'un acte juridique en le rendant opposable au représenté. En l'absence de ratification, l'acte demeure valable, mais inopposable au mandant. Le mandataire sera tenu à l'égard du tiers et doit l'indemniser <sup>755</sup>. En revanche, la confirmation permet de valider un acte annulable. Elle permet de pallier l'annulabilité de l'acte juridique litigieux <sup>756</sup>. En l'absence de confirmation l'acte est nul.

---

<sup>752</sup> V°. J-C. TAHITA, « L'efficacité de la sanction contractuelle civile », *op. cit.*, p. 12.

<sup>753</sup> V°. F. TERRE et *alii* Droit civil. Les obligations, *op. cit.*, p. 402, n° 398.

<sup>754</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 184.

<sup>755</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 185.

<sup>756</sup> V°. C. RENARD et E. VIEUJAN « Nullité, Inexistence et Annulabilité en droit civil Belge », [http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rfd/doc/1962\\_RenVieujean.pdf](http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rfd/doc/1962_RenVieujean.pdf), consulté le 20/01/2016.

En clair, la confirmation tend à sauvegarder l'efficacité du contrat, car elle permet d'éviter la nullité du contrat. Nous allons analyser d'abord les conditions du maintien d'un contrat annulable (A) avant de voir les effets du maintien (B)

### A. Les conditions du maintien d'un contrat annulable

255. Aux termes de l'article 88 C.O.C.C première phrase, « *L'acte entaché de nullité relative peut être confirmé expressément ou tacitement par la personne qui pouvait en demander l'annulation* ». Cette phrase prévoit trois conditions pour la validité de la confirmation. Ces conditions sont relatives au domaine de la confirmation à la forme de la confirmation et au titulaire de la confirmation.

256. S'agissant du domaine, il convient de rappeler que seul l'acte entaché de nullité relative peut être confirmé. La nullité relative<sup>757</sup> résulte de l'inobservation des règles destinées à assurer la protection d'un intérêt privé. C'est une nullité qui est en quelque sorte à la disposition du contractant dont les intérêts sont menacés. La confirmation d'un acte nul n'est qu'une simple faculté<sup>758</sup>. Son titulaire peut, en fonction de ses intérêts, décider de la mettre en œuvre ou pas.

En revanche, les actes atteints de nullité absolue ne sont pas susceptibles de confirmation. Le contrat n'est valable que s'il est conforme à l'intérêt général. Or, la nullité est absolue lorsqu'elle sanctionne une condition édictée dans l'intérêt général<sup>759</sup>. En conséquence, le respect de l'intérêt général fait obstacle à la confirmation d'un acte frappé de nullité absolue. Il s'agit d'accroître les chances d'anéantissement d'un contrat qui contrarie l'ordre public et les bonnes mœurs. Cependant, la jurisprudence française a apporté une limite importante à l'impossibilité de confirmer un acte entaché de nullité absolue. Ainsi, dans une affaire la Cour de Cassation française a décidé que « *Si l'acte nul de nullité absolue, ne peut être rétroactivement confirmé, il est loisible aux parties de renouveler leur accord ou maintenir leur commune volonté lorsque la cause de la nullité a cessé* »<sup>760</sup>. Cette limite d'ordre jurisprudentiel rappelle la règle de l'actualité de l'ordre public en droit international privé. Aussi, en droit des contrats, l'ordre public varie dans le temps. Celui-ci doit être apprécié au moment de la confirmation du contrat et non au moment de sa conclusion. En

---

<sup>757</sup> V°. C. RENARD et E. VIEUJAN, « Nullité, Inexistence et Annulabilité en droit civil Belge », *op. cit.*, p. 271.

<sup>758</sup> Le titulaire de la confirmation peut renoncer de la mettre en œuvre. En outre, le juge peut invoquer d'office la confirmation.

<sup>759</sup> V°. C.O.C.C. Art. 86.

<sup>760</sup> V°. Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 1 décembre 1976, pourvoi n° 75-12430.

effet, si l'ordre public a cessé d'exister après la conclusion de l'acte, la confirmation est dans ce cas possible. Il s'agit d'une appréhension de bon sens de l'ordre public et d'une faveur pour la stabilité du contrat.

257. Au-delà de cette précision, il convient de se demander si un contractant a intérêt à confirmer un acte nul. Cette interrogation se justifie car la confirmation du contrat annulable contrarie le principe de la justice contractuelle<sup>761</sup>. Elle rompt l'équilibre des prestations entre les parties. Or, « *jamais un vendeur ne se dessaisirait de sa chose, un prêteur de ses deniers, jamais un propriétaire ne se livrerait la jouissance de son immeuble ou une personne quelconque de ses services, si le phénomène juridique de l'obligation ne leur garantissait la réception de l'équivalent escompté et promis* »<sup>762</sup>. C'est pourquoi, le contractant qui confirme son engagement a raisonnablement obtenu l'équivalent de sa prestation. S'il ne trouve pas de contrepartie, il ne va pas certainement confirmer le contrat.

258. Quant à la forme de la confirmation, celle-ci relève du consensualisme. Elle peut être expresse ou tacite. La confirmation expresse résulte d'une volonté manifestée indiquant clairement l'intention de confirmer. Il peut donc s'agir d'un écrit ou d'une parole. Alors que la confirmation tacite<sup>763</sup> résulte d'un acte émanant de son titulaire et qui révèle son intention non équivoque de renoncer à celle-ci. Il peut s'agir de l'exécution volontaire du contrat. Peu importe que cette exécution soit totale ou partielle. Néanmoins, lorsqu'un contractant veut prouver que son partenaire a confirmé tacitement l'acte, il ne lui suffit pas d'établir l'existence d'un acte de nature à fonder cette confirmation par exemple un commencement d'exécution. Il doit aussi prouver qu'au moment de cette confirmation, le contractant connaissait le vice<sup>764</sup>.

Par ailleurs, la confirmation d'un acte nul ne peut émaner que de la personne qui pouvait demander sa nullité. Il s'agit bien évidemment du contractant ayant la qualité d'invoquer la nullité du contrat. C'est donc la personne que la loi protège, c'est-à-dire le contractant dont le

---

<sup>761</sup> V°. G. SMORTO, « La justice contractuelle », *op. cit.*, p. 4 et s.

<sup>762</sup> V°. J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *R.E.I.P.* n° 92, 2è et 3è trimestres 2000, p. 90 et s.

<sup>763</sup> V°. F. TERRE et *alii* *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, p. 402.

<sup>764</sup> Il s'agit d'une question de fait et la preuve peut être rapportée par tous moyens.

consentement est vicié, l'incapable ou son représentant<sup>765</sup>. Il peut également s'agir du contractant qui n'a pas reçu de contreprestation.

**259.** En outre, selon la deuxième phrase de l'article 88 précitée, « *La confirmation doit avoir lieu en connaissance de cause après cessation du vice* ». Cette phrase implique deux conditions. D'abord, pour qu'il y ait confirmation, il faut que le titulaire de l'action en nullité ait agi en connaissance de cause. Cette condition exige plusieurs aspects. Le confirmant doit avoir connu le vice qui affecte le contrat. Il doit aussi avoir l'intention de le réparer. En fait, la volonté de confirmer l'acte ne doit pas être viciée. Dans le cas contraire, la confirmation ne sera pas valable.

**260.** La confirmation doit avoir lieu après cessation du vice. C'est une condition fondée sur le bon sens, car on ne peut pas confirmer le vice alors que celui-ci existe toujours. Par exemple, l'incapable ne peut confirmer le vice d'incapacité puisqu'il est toujours incapable. De même, le contractant victime de violence ne peut pas confirmer le vice de violence lorsqu'il est toujours sous la domination de la violence à l'époque de la confirmation. Cette condition implique en outre qu'on ne peut pas renoncer à l'avance la nullité d'un acte.

## **B. Les effets du maintien**

**261.** La confirmation est une renonciation à l'action en nullité<sup>766</sup> et ou à l'exception de nullité. Le confirmant ne peut plus remettre en cause la validité du contrat. Mieux, il ne peut plus revenir sur sa volonté. À cet effet, nous pouvons dire qu'elle constitue donc un engagement unilatéral de volonté<sup>767</sup>. Celui-ci est « *une manifestation unilatérale de volonté par laquelle son auteur entend souscrire une obligation vis-à-vis d'autrui (sans que celui-ci n'accepte, car il y aurait sinon contrat)* »<sup>768</sup>. En effet, « *l'essence de l'engagement unilatéral réside [...] dans le fait d'être lié par sa propre promesse sans qu'il soit pour cela besoin de l'acceptation d'autrui* »<sup>769</sup>.

---

<sup>765</sup> V° J. GHESTIN, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *R.T.D. civ.* Octobre – Décembre 1994, p. 790 et s.

<sup>766</sup> À condition qu'il s'agisse d'une nullité relative du contrat car pour la nullité absolue, l'action appartient à toute personne intéressée.

<sup>767</sup> V° D. LIUELLES, « L'engagement par déclaration unilatérale de volonté : l'état du droit au Québec, à travers le prisme du droit compare », *R.J.T.* 2011, n° 45, p. 267 et s.

<sup>768</sup> V° M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 4<sup>ème</sup> éd., PUF 2016 Paris, p. 8.

<sup>769</sup> V° A. SERIAUX, « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel », in *Unilatéralisme et le droit des obligations*, Collection Études Juridiques, dirigée par Nicolas MOLFESSIS 1998, p.10.

De ce fait, le recours à la notion d'engagement unilatéral<sup>770</sup> est pleinement justifié. Elle permet de nous expliquer les conséquences attachées à la confirmation d'un acte nul. Ainsi, par sa seule volonté le confirmant s'engage à ne pas invoquer la nullité du contrat. Il ne peut en aucun cas revenir sur sa volonté. À titre comparatif, la Cour de cassation française a eu recours à l'engagement unilatéral de volonté « *en vue d'obliger un employeur à maintenir certains avantages sociaux supplémentaires, contractés par lui au profit des salariés. Même s'il a été pris dans le cadre d'une négociation collective frappée de nullité ou à l'occasion d'un simple procès-verbal de conciliation en fin d'occupation des locaux par les salariés, cet engagement lie le patron : il doit l'honorer* »<sup>771</sup>. Et, en matière de confirmation, le confirmant est tenu d'une obligation de ne pas faire. Il s'agit de l'obligation de ne pas se rétracter. En d'autres termes, de maintenir l'acte confirmé sauf si la confirmation a été elle-même viciée. Cependant, le recours à l'engagement unilatéral de volonté « *ne peut se réaliser qu'au moins d'une fiction juridique par une distorsion du concept d'obligation, dont la définition comporte l'exigence de l'accord des volontés du débiteur et du créancier* »<sup>772</sup>.

**262.** Par ailleurs, la confirmation rend l'acte valable rétroactivement. C'est ce qui résulte des termes de l'article 88, al. 2. C.O.C.C. Selon cette disposition « *La confirmation fait disparaître rétroactivement le vice originaire* dit que le contrat ». Dans ce cas, la rétractation de l'acte, après sa confirmation, peut être analysée comme une atteinte à la force obligatoire du contrat. Ce faisant, l'autre partie peut se prévaloir des sanctions consécutives à la violation de la force obligatoire du contrat<sup>773</sup>.

Cependant, la confirmation ne doit pas porter atteinte aux droits des tiers. La confirmation du contrat est un instrument contractuel qui favorise le maintien du contrat. Seulement, elle est inhérente à la volonté unilatérale du confirmant. Nous remarquons le même constat pour l'octroi d'un délai supplémentaire d'exécution.

---

<sup>770</sup> Sur la notion d'engagement unilatéral de volonté, V° R. E. DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, E.J.A., Paris 1996.

<sup>771</sup> V° A. SERIAUX, « L'engagement unilatéral en droit positif français », *op.cit.*, p. 10.

<sup>772</sup> V° G. WICKER, Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique, LGDJ, E.J.A., Paris 1997, p.127.

<sup>773</sup> Les sanctions de la violation de la force obligatoire du contrat sont prévues par l'article 105 C.O.C.C.

## Paragraphe II. Le maintien d'un contrat inexécuté : le délai supplémentaire d'exécution

Dans ce paragraphe, l'illicéité renvoie au défaut d'exécution du contrat. Il s'agit d'une illicéité relative à l'inexécution fautive du contrat. C'est pourquoi, le maintien du contrat n'est que temporaire et tend à inciter le débiteur à exécuter ses engagements.

Le délai supplémentaire d'exécution est un instrument qui favorise l'exécution des obligations contractuelles. C'est un délai qui permet de différer l'exigibilité des obligations à une date ultérieure<sup>774</sup>. Par ailleurs, le plus souvent, le délai supplémentaire d'exécution est accordé au débiteur. Toutefois, en vertu de la liberté contractuelle, rien n'empêche qu'il soit octroyé dans l'intérêt commun des parties. Cela éviterait de cantonner cet instrument dans l'intérêt égoïste d'un seul contractant<sup>775</sup>. Une telle interprétation est conforme à l'article 71 C.O.C.C. Aux termes de ce texte, « *Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation ou des circonstances, qu'il a aussi convenu en faveur du créancier* ». Cependant, le délai supplémentaire d'exécution est différent du délai de grâce<sup>776</sup>. Le premier est d'origine conventionnelle alors que le second est d'origine judiciaire. Pour mieux, appréhender le mécanisme du délai supplémentaire d'exécution, il convient d'analyser son régime juridique **(A)** avant de voir son efficacité **(B)**.

### A. Le régime du délai supplémentaire d'exécution

**263.** Le délai supplémentaire est fondé sur des difficultés d'exécution du contrat. Selon le droit OHADA, ce délai est accordé dans deux cas. Le premier cas est relatif au défaut de conformité de marchandises. Ainsi, selon l'article 283, al. 2. A.U.D.C.G « [...] *l'acheteur peut convenir avec le vendeur d'un délai supplémentaire pour le remplacement, aux frais exclusifs du vendeur, des marchandises défectueuses par des marchandises conformes* ».

**264.** En second lieu, le délai supplémentaire d'exécution est accordé lorsque l'acheteur accuse un retard de paiement du prix de la marchandise. C'est pourquoi, l'article 286 de l'Acte Uniforme précité dispose que : « *Si le vendeur accorde un délai supplémentaire pour le paiement*

---

<sup>774</sup> V°. E. NSIE, « la sanction de l'inexécution de la vente commerciale en droit uniforme africain », *op. cit.*, p. 96 et s.

<sup>775</sup> V°. F. DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *op. cit.*, p. 272 et s.

<sup>776</sup> V°. D. MAZEAUD, « Nature et régime du pouvoir du juge en matière de délai de grâce », *R.D.C.* 2007/2, p. 263 et s.



*du prix, il ne peut, avant le terme de ce nouveau délai, invoquer l'exécution des obligations de l'acheteur ».*

**265.** À la lumière de ces textes, le délai supplémentaire crée une obligation de patience à la charge de son titulaire. Celui-ci est tenu de ne pas agir avant l'expiration dudit délai. D'abord, il ne peut demander l'exécution immédiate du contrat. Ensuite, il ne peut mettre en œuvre les autres instruments contractuels<sup>777</sup>. Ainsi, le délai supplémentaire d'exécution paralyse la mise en œuvre des autres instruments unilatéraux notamment la résolution unilatérale, l'exception d'inexécution. Cependant, il n'empêche pas le recours à la faculté de remplacement car il est justement prévu pour notamment le « *remplacement [...] des marchandises défectueuses* ». À ce titre, c'est un instrument qui favorise l'exécution en nature du contrat. Il tend aussi à redorer le blason de la force obligatoire du contrat en un moment où celle-ci est sapée par l'avènement des nouveaux principes<sup>778</sup> du droit des contrats. Néanmoins, il est subordonné à la discrétion du créancier, à sa préférence pour l'exécution en nature du contrat. Le créancier qui souhaite obtenir l'exécution du créancier doit comprendre les difficultés de son débiteur et lui aménager un délai supplémentaire d'exécution. Il s'agit donc d'un instrument qui favorise la coopération dans l'exécution du contrat<sup>779</sup>. La mesure permet d'aider un débiteur en difficulté et d'assurer l'exécution en nature du contrat<sup>780</sup>.

**266.** Le délai supplémentaire d'exécution peut être accordé conventionnellement ou unilatéralement. Il est prévu par l'article 283 al. 2 A.U.D.C.G. concernant le remplacement des marchandises défectueuses par des marchandises conformes. À la différence de la faculté de remplacement<sup>781</sup>, le délai supplémentaire d'exécution conventionnel est décidé d'un commun accord. Les parties décideront en toute liberté pour fixer le terme qui leur convient. Pourtant, il y a une crainte que la partie la plus forte impose sa volonté<sup>782</sup>.

---

<sup>777</sup> Ces instruments sont notamment: l'exception d'inexécution, la résolution unilatérale du contrat et la réfaction unilatérale.

<sup>778</sup> Il s'agit notamment du principe de la justice contractuelle, de l'utilité contractuelle et de la bonne foi.

<sup>779</sup> V°. C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Mélanges offertes à Jacques Ghestin*, L.G.D.J. 2002, p. 441 et s.

<sup>780</sup> V°. P. GROSSER, « Les remèdes à l'inexécution du contrat. Essai de classification », Thèse, Paris I, 2000.

<sup>781</sup> Elle est imposée par le vendeur qui remplace les marchandises défectueuses par celles qui sont conformes.

<sup>782</sup> Il faut nuancer cette crainte. En effet, le créancier ne jamais être contraint à accorder un délai supplémentaire au débiteur car ce délai est une faveur accordée à ce dernier par le premier. Néanmoins, il se peut le délai supplémentaire d'exécution soit imposé par une clause contractuelle par la partie la plus forte.

**267.** Par ailleurs, lorsque le délai supplémentaire d'exécution est accordé unilatéralement, il appartient dans ce cas au créancier de déterminer sa durée. Si le délai accordé est très court, son bénéficiaire peut le contester devant la juridiction compétente. Or, l'objectif de ce mécanisme, c'est de trouver une solution à l'amiable dans l'exécution du contrat. De toute façon, le juge saisi va apprécier cas par cas et, en fonction des circonstances, le caractère raisonnable du délai imparti au débiteur.

**268.** Cependant, le délai accordé par une partie ne peut être révoqué unilatéralement. Ce délai est présumé stipulé en faveur du débiteur. Mais, cette interprétation n'est de mise que si le débiteur sait qu'un délai supplémentaire lui a été accordé. Ce délai peut être accordé tacitement. Cela résulte du silence du créancier après l'inexécution du contrat par le débiteur. Dans tous les cas, la révocation du délai avant son terme entraînera la responsabilité de son auteur<sup>783</sup>. Cette responsabilité est contractuelle car il y a un contrat tacite qui est conclu entre les parties. En effet, le délai supplémentaire d'exécution<sup>784</sup> met à la charge du créancier une obligation de ne pas faire, c'est-à-dire celle de ne pas révoquer le délai accordé au débiteur. L'inexécution de cette obligation est sanctionnée par l'octroi des dommages-intérêts.

**269.** En outre, le délai supplémentaire d'exécution a des conséquences sur les droits des contractants. Avant l'échéance dudit délai, le créancier ne peut invoquer l'inexécution des obligations du débiteur. Cela implique que toutes les conséquences de droit attachées à l'inexécution des obligations seront neutralisées<sup>785</sup>. Ainsi, la réfaction, la résolution unilatérale, l'exception d'inexécution ne peuvent être mises en œuvre avant l'arrivée du terme du délai supplémentaire d'exécution. De ce fait, le créancier ne peut également saisir le juge d'une demande de résolution du contrat. Le délai supplémentaire constitue un délai d'attente qui neutralise les mécanismes unilatéraux consécutifs à l'inexécution du contrat.

**270.** À l'expiration du délai, si le débiteur n'a pas honoré son engagement, le créancier peut prétendre à des dommages-intérêts. Il s'agit de dommages et intérêts compensatoires pour inexécution tardive<sup>786</sup>. Il peut également résilier le contrat. En revanche, si le débiteur a exécuté

---

<sup>783</sup> À ce titre, le délai supplémentaire d'exécution peut être considéré comme un engagement unilatéral de volonté.

<sup>784</sup> V°. E. NSIE, « La sanction de l'inexécution des obligations des parties dans le vente » *op. cit.*, p. 17 et s.

<sup>785</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 283 *in fine*.

<sup>786</sup> V°. E. NSIE, *op. cit.*, p 22 et s.

son obligation, le créancier ne peut nullement prétendre l'octroi des dommages et intérêts. Il ne peut non plus demander la résolution ou la résiliation du contrat.

Le régime juridique du délai supplémentaire d'exécution est précisé, il convient de voir maintenant la portée du délai supplémentaire.

## **B. La portée du délai supplémentaire d'exécution**

**271.** Le délai supplémentaire d'exécution est un instrument qui maintient un contrat inexécuté<sup>787</sup>. C'est une prorogation du délai initialement stipulé et ce en faveur du débiteur<sup>788</sup>. Alors que la faculté de remplacement implique le remplacement du débiteur ou l'objet du contrat, le délai supplémentaire d'exécution n'implique qu'une modification du terme du contrat. Aussi s'agit-il d'une mesure de faveur pour le débiteur. Il ne sera pas tenu à payer les dommages et intérêts pour inexécution tardive du contrat s'il obtient un délai supplémentaire d'exécution<sup>789</sup>.

**272.** Le délai supplémentaire d'exécution est une application du devoir de solidarité et de patience dans l'exécution du contrat. Le devoir de solidarité exige aux parties, lorsque l'exécution du contrat se heurte à des graves difficultés, de se concerter et de coopérer activement pour chercher les moyens de les surmonter<sup>790</sup>. Il s'agit là des vœux d'une certaine doctrine dite de solidarisme contractuel<sup>791</sup>. Parmi les auteurs de cette doctrine nous avons d'abord monsieur **Seriaux** qui a écrit que : « *la bonne volonté, la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son cocontractant de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère* »<sup>792</sup>. Le professeur **Mazeaud** en a ajouté que le contrat est un haut lieu de sociabilité et d'amitié où chacune des parties tâche de rendre justice à l'autre. Ces différentes opinions poussent à son paroxysme le devoir de solidarité dans le droit des contrats<sup>793</sup>.

---

<sup>787</sup> V°. Y. PICOD, « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », *op. cit.*, p. 193 et s.

<sup>788</sup> À ce titre le délai supplémentaire d'exécution est une faveur accordée au débiteur. Il traduit aussi la coopération du créancier pour que le créancier soit utilement exécuté.

<sup>789</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 283 al.2.

<sup>790</sup> V°. D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle », *Mélanges offerts à François Terré* 1991, p. 603 et s.

<sup>791</sup> V°. A.-N. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, LexisNexis Litec 2006, p. 1 et s.

<sup>792</sup> V°. J. P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin? », In *Colloque La nouvelle crise du contrat Dalloz* 2003, p. 99.

<sup>793</sup> V°. C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *op. cit.*, p. 441 et s.

La patience revêt parfois le caractère d'une obligation juridique. La Cour d'Appel de Paris avait décidé le 16 janvier 1998 que le manque de patience d'un client est constitutif de faute<sup>794</sup>. En fait, dans les relations d'affaires habituelles, les usages veulent qu'une partie ne s'émeuve pas outre mesure d'une défaillance provisoire et inhabituelle de son client. Ainsi, en accordant au débiteur un délai supplémentaire d'exécution, le créancier fait preuve de patience<sup>795</sup>. Cependant, cette patience ne signifie pas une acceptation des manquements contractuels. En effet, la tolérance d'une attitude fautive n'est jamais constitutive d'un droit. Ainsi, selon la Cour de Cassation française « *la tolérance n'est pas créatrice de droit* »<sup>796</sup>. C'est pourquoi, il est permis au créancier de demander des dommages et intérêts lorsque le débiteur n'a pas honoré son engagement dans le nouveau délai.

**273.** Par ailleurs, le délai supplémentaire d'exécution entraîne un retard dans l'exécution du contrat. Il se peut même que son exécution soit inutile après l'expiration d'un certain délai. C'est pourquoi, le délai accordé au débiteur ne doit pas être long. On doit tenir compte des besoins du créancier et de la nature de l'obligation.

**274.** En outre, le comportement du débiteur a forcément une incidence sur l'octroi d'un délai supplémentaire d'exécution. Si le débiteur est de mauvaise foi, il est certain que le créancier n'accordera pas un délai supplémentaire d'exécution. De même l'octroi d'un nouveau délai est subordonné à l'intérêt de son titulaire<sup>797</sup>. Le créancier, qui souhaite se retirer du lien contractuel, invoquera la résolution unilatérale plutôt que l'octroi d'un délai supplémentaire d'exécution. Force est donc de reconnaître que l'octroi d'un délai supplémentaire d'exécution est subordonné à des considérations d'ordre subjectifs. Ce qui fait de lui un instrument au service de l'intérêt égoïste du créancier de l'obligation inexécutée. Dans le droit O.H.A.D.A. et dans le C.O.C.C, il n'y a pas de rapport d'hierarchie entre cette mesure et les autres instruments contractuels. Ce qui fait que le recours à ce mécanisme ne dépend que de l'intérêt du créancier. Le législateur aurait dû exiger l'octroi d'un délai supplémentaire d'exécution avant de faire prévaloir l'exception d'inexécution ou la rupture unilatérale du contrat. Au Sénégal, cette méthode a été consacrée dans la loi n° 2012-02 relative au crédit-bail. Ainsi, les articles 42 al.2 et 44 de ladite loi imposent la nécessité pour le

---

<sup>794</sup> V° C.A. de PARIS 16 janvier 1998, inédit.

<sup>795</sup> V° Y. PICOD, « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », *op. cit.*, p.167 et s.

<sup>796</sup> V° P. LE TOURNEAU et *alii* *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action 2004-2005, p. 383, n° 1623 et s.

<sup>797</sup> La mise en œuvre du mécanisme suppose que le créancier ait toujours intérêt à l'exécution du contrat.

créancier d'accorder un délai supplémentaire d'exécution de trente jours avant l'exercice des voies de recours.

275. Enfin, le domaine du délai supplémentaire d'exécution est limité à la vente commerciale. Nous pouvons regretter le fait que cet instrument ne soit pas étendu aux autres contrats d'affaires. Mais, en vertu de la liberté contractuelle<sup>798</sup>, les parties peuvent étendre son application à tous les autres contrats. Ainsi, dans le bail à usage commercial, le bailleur peut accorder un délai supplémentaire d'exécution à son locataire pour, notamment le paiement du loyer. D'ailleurs, le délai supplémentaire d'exécution apparaît implicitement en matière de mise en demeure. Les dispositions relatives au bail à usage professionnel prévoient la nécessité d'une mise en demeure avant toute action en résiliation du bail.<sup>799</sup> Le législateur a pensé que prévoir un délai supplémentaire d'exécution dans ce cas, c'est faire un double emploi au mécanisme de la mise en demeure<sup>800</sup>. Néanmoins, cet argument n'est pas dirimant parce que les dispositions relatives à la vente commerciale prévoient également la nécessité d'une mise en demeure avant toute rupture volontaire ou judiciaire.

---

<sup>798</sup> V°. H.M.M. MINKADA, « La question de la définition du contrat en droit privé : essai d'une théorie institutionnelle », *Juridical Tribune*. Vol. 4, Issue 1, June 2014, p. 94 et s.

<sup>799</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 133.

<sup>800</sup> Le délai supplémentaire d'exécution, tout comme la mise en demeure, accorde un délai d'exécution au débiteur défaillant.

## CONCLUSION DU TITRE II

276. Les instruments unilatéraux de gestion des risques contractuels permettent au créancier, n'ayant pas reçu sa contre prestation ou dont l'attente a été déçue, soit de paralyser le contrat, soit de donner une chance à son exécution. La mise en œuvre de ces instruments unilatéraux de gestion dépend ainsi de sa volonté. Celui-ci fera recours à l'instrument qui permet de gérer au mieux le risque qu'il courait de recevoir une mauvaise exécution ou une inexécution de la part de son vis-à-vis. En fait, ces différents instruments tendent à organiser les conséquences de l'inexécution contractuelle. Elles visent surtout à obtenir l'accomplissement de la prestation. Dès lors, il incombe au créancier de l'obligation inexécutée, de trouver dans la convention, des instruments permettant d'assurer au mieux l'accomplissement de sa contre prestation.

277. De ce fait, ce paradigme consiste à privilégier l'intérêt du créancier au détriment de celui du débiteur en cas d'inexécution du contrat. Elle est donc en contradiction avec la philosophie du solidarisme contractuel qui prône la fraternité et la solidarité entre les parties contractantes. Ainsi, selon **Philippe Rémy** « *Le contrat est de moins en moins perçu comme un choc de volontés librement exprimées, comme un compromis entre des intérêts antagonistes, âprement défendus. Il apparaît de plus en plus comme un point d'équilibre nécessaire, voire comme la base d'une collaboration souhaitable entre les contractants. [...] à l'heure actuelle, [...], la pratique contractuelle et la jurisprudence passent insensiblement, à partir d'une certaine conception d'un intérêt commun, à un devoir positif de collaboration, qui est à la fois plus exigeant* »<sup>801</sup>. IL est également en contradiction avec les cultures juridiques africaines où la solidarité se présentait comme une valeur hautement humaine. En effet, « *le droit négro-africain est formé de tous ce qui concourt à la préservation de l'harmonie et de la paix sociale* »<sup>802</sup>. La solidarité entre les membres du groupe était un instrument efficace pour atteindre la paix dans les relations contractuelles.

278. Or, les instruments unilatéraux ne sont pas porteurs de l'intérêt commun contractuel. Ils sont subordonnés à la volonté de l'accipiens. Par exemple, l'exercice de l'exception d'inexécution, bien qu'il ne mette pas fin au contrat, risque d'entraîner de sérieuses difficultés,

---

<sup>801</sup> V° P. REMY cité par D. MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », <https://es.scribd.com/document/295755548/Denis-Mazeaud-Melanges-Jean-Hauser>, 06/03/2016.

<sup>802</sup> V° F.K. CAMARA et A. CISSE, « arbitrage et médiation dans les sociétés négro-africaines : entre prédisposition à dénouer et la mission de trancher », *Revue de l'arbitrage*, 2009 n°2, p. 285 et s.

notamment financières, au débiteur à terme. Ce dernier peut se trouver dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations à l'égard de tiers. La suspension peut ainsi précipiter son endettement, voire aboutir à l'ouverture d'une procédure collective à son encontre. On craint également un risque d'arbitraire dans la mise en œuvre des mécanismes unilatéraux de gestion. Enfin, ces instruments ne sont pas à l'abri du risque. Ce risque peut être l'abus ou la condamnation.

## CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Le contrat est l'expression juridique d'une opération économique. C'est aussi un acte de prévision<sup>803</sup>. Celle-ci suppose par définition une projection dans l'avenir. Lors de la conclusion de leur accord, les parties élaborent les modalités de leurs obligations, qu'elles s'engagent à exécuter conformément ce qui a été prévu *ab initio*. Mais, les contractants peuvent néanmoins se heurter à une infirmation de la projection sur laquelle ils avaient assis leurs engagements. Ainsi, en cas d'inexécution les parties disposent des instruments qui leur permettent, à chacune de préserver leur intérêt. Ces instruments sont à la fois unilatéraux<sup>804</sup> et bilatéraux<sup>805</sup>.

279. Les premiers sont souvent mis en œuvre si le débiteur n'a pas exécuté ou a mal exécuté son obligation<sup>806</sup> ou lorsqu'il existe un risque d'annulabilité du contrat. Toutefois, le droit des contrats doit être méfiant à l'égard de ces instruments. Ceux-ci sont souvent synonymes d'arbitraire voire de clandestinité de la part de leur titulaire alors que selon la formule célèbre « *Qui dit contractuel dit juste* » le législateur semble avoir pensé « *Qui dit unilatéral dit arbitraire* ». Ce risque d'arbitraire est d'autant plus important que ces instruments unilatéraux donnent à l'un des contractants des pouvoirs considérables<sup>807</sup>. Il est donc absolument nécessaire d'encadrer leur exercice. Ces pouvoirs consistent, soit à la modification unilatérale du contrat, soit à sa rupture unilatérale. Ainsi, les mécanismes unilatéraux de gestion autorisent l'un des contractants à se soustraire unilatéralement de la loi du contrat. Aussi s'agit-il des mécanismes qui poursuivent un gain individuel au détriment du gain collectif de la communauté contractuelle<sup>808</sup>. Or, le droit positif sénégalais aurait dû prendre en compte la dimension de la culture juridique africaine<sup>809</sup> pour édulcorer ces instruments d'un verni solidariste ou collectif. En effet, ce qui compte plus dans la

---

<sup>803</sup> V°. H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *Avenir du droit*, mélanges en hommage à François Terré, 1999, p. 643.

<sup>804</sup> Il s'agit de la rupture unilatérale du contrat, de l'exception d'inexécution, de la réfaction unilatérale, de l'octroi d'un délai supplémentaire d'exécution et de la confirmation, etc.

<sup>805</sup> Il s'agit essentiellement des clauses de gestion de risques c'est-à-dire les clauses de révision de prix, les clauses d'imprévision et les clauses de force majeure, etc.

<sup>806</sup> Il s'agit entre autre de l'exception d'inexécution, la résiliation unilatérale ou encore la réfaction unilatérale.

<sup>807</sup> V°. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit., p. 167 et s.

<sup>808</sup> V°. C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Mélanges offerts à Jacques Ghestin*, L.G.D.J. 2001, p. 4.

<sup>809</sup> La culture juridique africaine promeut la solidarité et la confiance dans tous les rapports sociaux.



justice négro-africain, c'est la recherche amiable du consensus par la concertation et le respect de l'équité<sup>810</sup>.

**280.** En outre, ces instruments ne prennent pas en compte le comportement du créancier. Or, l'inexécution du contrat peut résulter de la faute de ce dernier. Il en est ainsi lorsque qu'il a empêché le débiteur d'exécuter correctement son obligation. Le domaine de prédilection des mécanismes unilatéraux de gestion se trouve généralement dans la vente commerciale. Il n'existe pas une politique juridique de gestion des risques dans les autres contrats consacrés par le droit OHADA<sup>811</sup>. Ainsi, dans la location gérance, le bail à usage professionnel, le contrat d'intermédiaire de commerce, le contrat de transport de marchandise par route et la cession de fonds de commerce, il existe un vide juridique relativement aux mécanismes unilatéraux de gestion. Tous ces contrats ne vivent aujourd'hui que, comme l'a écrit **M. Cabrillac**, de la seule sève de la théorie générale<sup>812</sup>. C'est pourquoi, il est nécessaire d'avoir recours à des instruments extracontractuels afin de garantir l'équilibre et la complétude contractuel.

---

<sup>810</sup> V°. F.K. CAMARA et A. CISSE, « arbitrage et médiation dans les sociétés négro-africaines : entre prédisposition à dénouer et la mission de trancher », *op. cit.*, p.285 et s.

<sup>811</sup> On constate dans les autres contrats d'affaire à savoir la location gérance, le bail à usage professionnel, le contrat de transfert de marchandises par route les mécanismes contractuels de gestions sont très minimes voire inexistants.

<sup>812</sup> V°. J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », *op. cit.*, p. 1 et s.

**PARTIE II. L'EFFICACITÉ ÉPROUVÉE DES INSTRUMENTS  
EXTRA CONTRACTUELS DE GESTION DES RISQUES**

**281.** Le contrat a une valeur économique considérable et doit être protégé juridiquement. C'est pourquoi, le juge et la loi se devaient d'interférer dans la sphère contractuelle<sup>813</sup>. Cette intervention judiciaire n'est pas du goût de la doctrine de l'autonomie de la volonté. Elle considère le contrat comme un moyen donné aux parties d'exercer une certaine emprise sur l'avenir. Mieux, pour elle le contrat est un instrument de prévisibilité au service de la sécurité et doit être protégé des influences extérieures<sup>814</sup>. Cette doctrine a existé depuis le XIXème siècle. Selon celle-ci, l'obligation contractuelle a sa source dans la volonté des parties. Le contrat n'existe que lorsque l'obligation découle librement du consentement<sup>815</sup>.

**282.** La doctrine de l'autonomie de la volonté est remise en cause par l'apparition des nouveaux principes qui gouvernent aujourd'hui le régime juridique du contrat. Ces nouveaux principes sont le positivisme contractuel<sup>816</sup>, la justice contractuelle<sup>817</sup>, l'utilité contractuelle, le solidarisme contractuel<sup>818</sup> et le volontarisme social<sup>819</sup>.

---

<sup>813</sup> Ce nouveau paradigme tend à assurer la pérennité et la sécurité mobile du lien contractuel. Cependant, la doctrine traditionnelle s'oppose à cette intrusion du juge dans le domaine contractuel qui constitue un attentat à la « foi contractuelle ».

<sup>814</sup> V°. V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux*, Thèse, Paris I, 1989, p. 71.

<sup>815</sup> V°. S. BRADO, Dictionnaire de droit privé, en ligne (<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/vice-du-consentement.php>) consulté, le 12/04/2015.

<sup>816</sup> Le positivisme contractuel est un fondement légaliste et objectif qui a été développé par **G. Rouhette** en 1965. Son but est de démythifier le rôle de la volonté dans le contrat. C'est dorénavant la loi qui domine le droit du contrat et qui fonde la force obligatoire du contrat. Le contrat y est analysé comme un acte juridique normatif.

<sup>817</sup> L'utilité et la justice contractuelles viennent d'une chronique de **Ghestin** en 1982. Il nous dit que l'utilité et la justice contractuelles sont des fondements essentiels du droit des contrats. Il a proposé un fondement alternatif à l'autonomie de la volonté et d'avoir revisité tout le droit des contrats avec la grille de lecture de l'utile et du juste<sup>817</sup>. Selon lui, ce n'est pas l'autonomie de la volonté qui rend obligatoire le contrat, la loi ne lui donne cette force obligatoire que parce qu'il est utile et à condition qu'il soit juste. Il s'agit d'une utilité particulière propre aux contractants mais aussi une utilité d'intérêt général. Quant à la justice, il s'agit d'une justice commutative. L'autonomie de la volonté était un fondement volontariste et subjectif alors que les fondements de l'utile et du juste sont des fondements objectifs.

<sup>818</sup> Le solidarisme contractuel tourne autour des idées d'éthique contractuelle, de civisme contractuel, d'une vision humaniste du droit des contrats. Ce courant a eu des précurseurs préoccupés par la solidarité dans les rapports contractuels comme **Jamin** et **Mazeaud**. L'idée de ces auteurs était de repenser le contrat autrement avec une lecture moins individualiste et une vision plus altruiste, plus exigeante des rapports contractuels. Ainsi, pour Jamin, l'échange des services doit l'emporter sur l'opposition des intérêts. Il estime que « *l'intérêt est en effet ce qu'il y a de moins constant au monde. Aujourd'hui, il m'est utile de m'unir à vous; demain la même règle fera de moi votre ennemi* ». Mieux, l'intérêt individuel même autorégulé dans le contrat, ne permet pas la stabilisation sociale des rapports interindividuels. Pour **Mazeaud**, « *l'inégalité et la dépendance qui président parfois à la conception du contrat sont corrigées et compensées par cet impératif moral qui contribue à restaurer une certaine justice contractuelle* ». Ainsi, « *en réalisant le devoir de solidarité, l'individu réalise sa nature, non pas d'être solitaire, mais d'être solidaire* ».

<sup>819</sup> Quant au volontarisme social, c'est un fondement mixte, il est apparu pour la première fois en 2000 et a été proposé par **Aubert** et **Savaux**. Il est à la fois principalement volontariste c'est-à-dire subjectif, mais sans exclure la loi et les valeurs supérieures. Pour eux, la volonté n'a pas un pouvoir égal à celui de la loi, mais à un pouvoir délégué par la loi et réglementé par elle. Dans ce fondement-là, le contrôle du juge doit être strictement limité.

**283.** Cependant, aujourd'hui force est de constater que l'intervention grandissante du juge dans le domaine contractuel n'est plus à démontrer. Cette intervention<sup>820</sup> se manifeste dans tout le processus contractuel<sup>821</sup>. À travers ces différentes interventions, le juge a élaboré des techniques de gestion de risques contractuels. Toutefois, à la différence des instruments contractuels, les instruments extracontractuels, c'est-à-dire ceux élaborés par le juge, sont souvent des concepts à contenu variable qui permettent de gérer à la fois plusieurs risques<sup>822</sup>. Le juge peut moduler voire adapter les techniques extracontractuelles en fonction du risque envisagé et les gérer et ce de façon impartiale. Ces instruments sont notamment le principe de la confiance légitime, l'attente légitime, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, le principe de la proportionnalité, la technique de la nullité partielle, l'obligation de renégocier et permettent au juge d'équilibrer le contenu du contrat. C'est pourquoi, on les appelle les instruments extracontractuels garants de l'équilibre contractuel (**Titre I**)

Par ailleurs, certains instruments extracontractuels ne sont pas élaborés par le juge, mais c'est le législateur qui les soumet à sa disposition afin de corriger le contrat. Ces instruments sont la bonne foi et l'équité<sup>823</sup> et elles permettent de compléter les lacunes du contrat. Ce faisant, ce sont des instruments extracontractuels garants de la complétude du contrat (**Titre II**).

---

<sup>820</sup> V°. P. CASTELOT, *Le juge face au contrat*, Mémoire. Master 2, Université de Montpellier 1, 2010/2011, p.14.

<sup>821</sup> Le juge intervient dans la phase précontractuelle pour exiger la formation forcée du contrat afin de respecter les engagements pris dans la phase préparatoire. De plus, il intervient pendant l'exécution du contrat afin de rétablir la justice contractuelle. Au surplus, le juge intervient également dans la phase post-contractuelle pour moduler les effets de certaines clauses contractuelles notamment la clause de non-concurrence.

<sup>822</sup> Il s'agit du principe de la confiance légitime, le devoir de loyauté, le raisonnable, etc. ces instruments sont invoqués par le juge pour, soit équilibrer le contrat, soit le compléter.

<sup>823</sup> V°. C.O.C.C Art. 103.

## TITRE I. LES INSTRUMENTS EXTRACTIONNELS, GARANTS DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

**284.** La délimitation des droits et des obligations ne peut pas être la simple expression des volontés contractantes. Sa réglementation extérieure est nécessaire afin qu'il soit équilibré. Cependant, l'équilibre<sup>824</sup> est une notion à multiples facettes en ce qu'il peut revêtir différents aspects et couvrir les différentes étapes de l'existence du contrat<sup>825</sup>. L'équilibre contractuel doit être distinct de l'égalité contractuelle. La question de l'équilibre du contrat alimente aujourd'hui le débat entre les différentes théories du droit des contrats. D'une part, l'équivalence dans les prestations n'est pas une condition de validité du contrat. Le contrat repose essentiellement sur la rencontre de deux volontés<sup>826</sup>. Par conséquent, les parties sont considérées comme les meilleurs experts de leurs intérêts. C'est dans ce sens qu'**Alfred Fouillée** disait « *Qui dit contractuel dit juste* »<sup>827</sup>. En effet, les parties sont libres de contracter ou non, de choisir leur cocontractant ainsi que de choisir le contenu du contrat, c'est-à-dire les prestations auxquelles elles vont s'obliger. Dans cette optique, admettre une remise en cause du contrat au prétexte d'une inégalité entre les prestations ce serait ruiner la sécurité juridique.

**285.** D'autre part, l'équilibre juridique est pris en compte par la théorie des vices du consentement et celle de la cause<sup>828</sup>. Néanmoins, les moyens traditionnels dont dispose la victime du déséquilibre du contrat sont inappropriés. Ces instruments engendrent la disparition du contrat<sup>829</sup> lorsqu'il s'agit d'un déséquilibre originel du contrat.<sup>830</sup> Or, la nullité du contrat peut être préjudiciable même pour la victime du déséquilibre. En outre, le créancier confronté à un déséquilibre contractuel résultant de l'inexécution contractuelle ne dispose pas de moyens faisant l'objet d'une théorie générale. Les sanctions de l'inexécution sont abordées de façon éparse et ne bénéficient pas d'une disposition unificatrice au profit d'un certain regroupement.

---

<sup>824</sup> C'est une notion qui est mise à l'épreuve lorsque le contrat est déséquilibré à la suite d'un abus de puissance économique, d'un abus de position dominante, d'un abus de l'état de dépendance économique, de l'absence de cause ou en cas d'imprévision. Le déséquilibre peut aussi résulter de certaines clauses du contrat à savoir les clauses pénales, les clauses de résiliation, les clauses de non concurrence, les clauses limitatives de responsabilité, etc.

<sup>825</sup> V°. S. LEGAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000, p. 37.

<sup>826</sup> V°. C.O.C.C. Art. 40.

<sup>827</sup> V°. J-F. SPITZ, « Qui dit contractuel dit juste: une formule d'Alfred Fouillée », *R.T.D. civ.* avril-juin 2007, p. 281.

<sup>828</sup> V°. P. COLIN, *Théorie de la cause des obligations conventionnelles*, thèse. Paris; 1986.

<sup>829</sup> Les vices du consentement et l'absence de cause entraînent la nullité relative du contrat selon l'article 86 C.O.C.C.

<sup>830</sup> Le déséquilibre originel renvoie aux vices de consentement, à l'obligation d'information, etc.

**286.** Pour ce faire, il faut trouver d'autres instruments qui permettent de restaurer l'équilibre du contrat sans l'anéantir. Ces instruments peuvent être élaborés par le juge qui est le plus souvent considéré comme un arbitre neutre. Certes, l'immutabilité du contrat permet de protéger le contrat contre les influences extérieures<sup>831</sup>. Mais, le juge doit donc intervenir afin de rééquilibrer les prestations, d'en éradiquer les clauses abusives, d'en changer les termes pour prendre en compte la situation du débiteur<sup>832</sup>. Par conséquent, les conventions profondément déséquilibrées ne tiennent plus toujours lieu de loi à ceux à qui elles ont été imposées. Il « *faut apprendre à composer la partition du droit des contrats avec des nouvelles sonorités : équité, loyauté, proportionnalité, solidarité* »<sup>833</sup>.

**287.** Cependant, l'idée n'est pas partagée par tous les auteurs. En effet, la quête d'un équilibre contractuel basée sur la croissance des nouveaux instruments imaginés par le juge peut conduire à une dénaturation des principes qui constituent l'essence du contrat<sup>834</sup>. Néanmoins, il faut retenir que le droit positif s'intéresse à l'équilibre contractuel. À cet effet, ils existent à la disposition du juge des principes qui garantissent l'équilibre juridique et des mesures qui permettent de restaurer l'équilibre économique du contrat. Dès lors, il convient d'analyser la garantie de l'équilibre juridique du contrat par la reconnaissance de certains principes (**Chapitre I**) avant de nous pencher sur la garantie de l'équilibre économique du contrat par la consécration de certaines mesures (**Chapitre II**).

---

<sup>831</sup> Pour autant, le législateur a pu constater qu'avec l'évolution suivie par les contrats modernes, et notamment avec la multiplication des contrats d'adhésion ; une partie pouvait se trouver dans une position de faiblesse par rapport à son cocontractant, produisant alors un déséquilibre. Sur la question : voir. E. MONTERO et M. DOUMOULIN, « La formation du contrat depuis le code civil de 1804: un régime en mouvement sous une lettre figée », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, La Charte, Bruxelles. 2004, p. 61-120.

<sup>832</sup> Cette intervention judiciaire est salutaire car les déséquilibres contractuels tendent à confisquer le contrat dans l'intérêt exclusif d'un contractant au détriment de l'intérêt du cocontractant ou celui du contrat en particulier. Elle permet aussi de placer à sa juste mesure l'attente légitime pour laquelle le contrat a été conclu - Voir. E. BROUSSEAU, « confiance ou contrat, confiance et contrat », in F. AUBERT & J.-P. SYLVESTRE, *Confiance et Rationalité*, INRA éd., 2000, p. 4 et s.- Le créancier a donné son consentement sur la « *foi du contrat* ». Le juge doit veiller à ce que celui-ci ne soit pas déçu de ce qu'il attend raisonnablement du débiteur. C'est cette protection de la foi contractuelle qui légitime une fois de plus l'intervention judiciaire.

<sup>833</sup> V°. D. MAZEAUD, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel : ne risque-t-on pas d'aller plus loin? », in *La nouvelle crise du contrat* Dalloz 2003, p. 136 et s.

<sup>834</sup> V°. J.P. CHAZAL, « Nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p. 99.

## CHAPITRE I. LA GARANTIE DE L'ÉQUILIBRE JURIDIQUE DU CONTRAT PAR LA RECONNAISSANCE DE CERTAINS PRINCIPES

**288.** L'équilibre juridique concerne l'égalité entre les droits et les obligations réciproques. Pour qu'une telle égalité puisse exister, le législateur a prévu un certain nombre d'obligations à la charge des parties. Il s'agit de l'obligation d'information à la charge du professionnel, le délai de réflexion ou de rétractation et le développement d'un formalisme informatif. Tous ces instruments permettent d'assurer l'équilibre originel du contrat. Il s'agit donc des instruments de prévention du déséquilibre contractuel. Seulement, ces instruments ne donnent pas un traitement approprié à la gestion du déséquilibre contractuel. Le non-respect de ces dispositifs légaux entraîne la nullité du contrat laquelle nullité peut être préjudiciable même pour la victime du déséquilibre contractuel.

**289.** En outre, le déséquilibre peut également résulter de l'absence ou la mauvaise exécution du contrat par l'une des parties. Dans ce cas, le créancier de l'obligation inexécutée dispose des instruments qui lui permettent de réagir. Il s'agit notamment de l'exception d'inexécution, la résolution ou résiliation unilatérale du contrat, l'action en exécution en nature ou la demande des dommages et intérêts. Néanmoins, nous avons souligné que ces instruments qui permettent de corriger le déséquilibre résultant de l'inexécution du contrat peuvent eux-mêmes être sources de déséquilibre contractuel. Par exemple, le créancier qui invoque l'exception d'inexécution contre l'inexécution d'une obligation secondaire voire accessoire est de nature à rompre l'équilibre du contrat.

Face à ces situations, le juge a fait œuvre de création prétorienne en prévoyant des instruments qui permettent de corriger le déséquilibre juridique tout en maintenant le contrat. Il s'agit du principe de la proportionnalité (**Section I**) et la confiance légitime (**Section II**).

### SECTION I. LE PRINCIPE DE LA PROPORTIONNALITÉ

**290.** L'idéologie contractuelle contemporaine se traduit par une exigence de proportionnalité car le déséquilibre n'est plus considéré comme la rançon de la liberté<sup>835</sup>. De ce fait, le principe de la proportionnalité est un instrument de gestion des risques contractuels. Il permet de juguler le déséquilibre contractuel<sup>836</sup>. Il est initialement conçu pour lutter contre les excès

---

<sup>835</sup> V°. D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », *Les petites affiches* 07/05/2004 – n° 92, p. 47.

<sup>836</sup> V°. S. LE GAC-PECH, « La proportionnalité en droit privé des contrats », *op. cit.*, p. 6.

de pouvoir des interventions de la puissance publique face aux particuliers<sup>837</sup>. En fait, la proportionnalité concrétise la volonté de canaliser les interventions de l'État, lesquelles doivent traduire scrupuleusement un objectif d'intérêt général prédéfini par le législateur et le constituant. La finalité pratique du principe de la proportionnalité est l'élaboration d'un équilibre entre les interventions étatiques et le but recherché<sup>838</sup>. Il existe dans plusieurs branches du droit. On le trouve en droit communautaire, en matière de la police administrative et en droit pénal sous l'appellation du principe de la proportionnalité des délits et des peines. En droit communautaire, l'application de ce principe vise à ce que les institutions communautaires ou l'État ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié pour atteindre le but recherché<sup>839</sup>.

**291.** Dans tous ces cas, le principe de la proportionnalité a pour but de trouver un équilibre entre le but visé et les moyens utilisés pour y parvenir. C'est pourquoi, selon le Professeur **Cornu**, la proportionnalité revêt deux sens. Elle caractérise un rapport mathématique constant et est, par extension, la juste mesure, un principe de modération ou encore d'adéquation<sup>840</sup>.

**292.** Appliqué au contrat, la proportionnalité désigne le rapport d'équilibre des termes composant la relation contractuelle<sup>841</sup>. C'est un principe qui permet de rectifier dans un but économique les déséquilibres excessifs entre les prestations des parties même si leur consentement apparaît libre et éclairé. Il s'agit d'interdire « *les déséquilibres excessifs et abusifs qui n'ont pas d'autre justification que le rapport de forces inégalitaire qui a présidé à la conclusion et à la conception du contrat* »<sup>842</sup>. Le principe de proportionnalité a permis dans le temps d'annuler des conventions. Il a aussi permis de réduire à due concurrence un engagement qui reposait sur une fausse cause partielle. D'ailleurs, c'est sous couvert du principe de la proportionnalité que sont sanctionnées les clauses abusives. C'est aussi grâce au principe de la proportionnalité que le juge sanctionne la rupture abusive du contrat. L'intérêt du principe de proportionnalité « *réside dans le*

---

<sup>837</sup> V°. G. TABI TABI, « Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p. 180 et s.

<sup>838</sup> V°. S. LE GAC- PECH, « La proportionnalité en droit privé des contrats » *op cit.*, p. 17.

<sup>839</sup> V°. *ibid.*, p. 18.

<sup>840</sup> V°. G. CORNU cité par C. PICHE, « La proportionnalité procédurale : une perspective comparative », *RDUS*, 2009, vol. 40, p. 551 et s.

<sup>841</sup> V°. S. LE GAC-PECH, *op.cit.*, p. 70.

<sup>842</sup> V°. D. MAZEAUD, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », In *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p.136.



*sauvetage d'une relation normalement vouée à l'échec. Il implique selon les cas le rétablissement d'un équilibre initial ou son établissement lorsque le rapport est par nature déséquilibré »<sup>843</sup>.*

Ce faisant, il convient d'analyser l'essor du principe de proportionnalité (**Paragraphe I**) puis son application en droit des contrats (**Paragraphe II**).

### **Paragraphe I. L'essor du principe de proportionnalité en droit des contrats**

**293.** Pour rappel, le principe de la proportionnalité est une notion pluridisciplinaire. Il trouve son domaine d'application traditionnelle en droit administratif. Il est initialement prévu contre les excès de pouvoir des interventions de la puissance publique face aux particuliers<sup>844</sup> car les restrictions apportées à la liberté individuelle ne doivent jamais excéder la mesure absolument nécessaire<sup>845</sup>. C'est une notion qui correspond aux rapports entre les gouvernants et les administrés. La notion de proportionnalité a ensuite implanté son droit de cité dans le droit communautaire. Il résulte de l'article 3 B alinéa 3 du Traité de l'union européenne que : « *L'action de la communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité* »<sup>846</sup>. Aujourd'hui, on trouve ce principe en droit des contrats (**A**), mais son fondement (**B**) en la matière est difficile à déceler.

#### **A. Genèse du concept de proportionnalité en droit des contrats**

**294.** Le droit des contrats méconnaissait traditionnellement le principe de la proportionnalité. En effet, aucune condition de formation et ou d'exécution ne fait référence expressément<sup>847</sup>. Par ailleurs, la proportionnalité doit être distincte de certains instruments qui tendent aussi à rétablir l'équilibre contractuel. Ainsi, dans l'hypothèse où l'une des parties exécute mal ses obligations contractuelles, apparaît un déséquilibre car le créancier ne retire plus les bénéfices escomptés du contrat. Ce déséquilibre est remédié par des instruments contractuels tels que l'exception d'inexécution, la résolution ou la résiliation du contrat alors que le principe de la proportionnalité sanctionne un déséquilibre en dehors de toute mauvaise exécution du contrat.

---

<sup>843</sup> V°. S. LE GAC-PECH, *op.cit.*, p. 70.

<sup>844</sup> V°. G. TABI TABI, « Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel », *op. cit.*, p. 180.

<sup>845</sup> V°. V.G-H. BIHAN, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le conseil constitutionnel », *Rev.fr.dr. Const.* 1997, n° 30, p 227 et s.

<sup>846</sup> V°. I. ISSAC, *Droit communautaire général*, 3è éd. 1993. Masson, p. 150.

<sup>847</sup> Au Sénégal, les dispositions du C.O.C.C ne subordonnent pas la validité du contrat au respect d'un quelconque principe de proportionnalité.

Cependant, le principe de proportionnalité et ces instruments contractuels conduisent à la même finalité. Cette finalité consiste à restaurer l'équilibre contractuel. Nous pouvons ainsi dire que la mise en œuvre de ces instruments contractuels conduit à exiger une certaine proportionnalité dans les relations entre contractants.

**295.** Au surplus, la proportionnalité est également distincte de l'obligation de renégocier<sup>848</sup> le contrat. Effectivement, celle-ci est une obligation d'origine prétorienne imposant aux parties de renégocier leur contrat lorsque le déséquilibre contractuel procède d'un événement indépendant de la volonté des contractants<sup>849</sup>. L'obligation de renégociation est une création jurisprudentielle. Elle prend ses racines dans l'arrêt *Huard* rendu par la Cour de Cassation française en date du 3 novembre 1992<sup>850</sup>. À l'aune de cette présentation, il convient de relever que l'obligation de renégociation tout comme le principe de proportionnalité sont des instruments d'équilibre contractuel. Cependant, la mise en œuvre du premier nécessite la réunion des conditions suivantes.

Avant tout, il faut un déséquilibre existant au moment de l'exécution du contrat alors que le principe de la proportionnalité est mise en œuvre même si le déséquilibre est originel<sup>851</sup>.

Qui plus est, ce déséquilibre doit être indépendant de la volonté des parties. Cet aspect est très important. Il est la déduction de la non-admission de la lésion comme cause de nullité du contrat. Ainsi, selon l'article 75 C.O.C.C, la lésion n'est pas une cause de rescision du contrat. Celle-ci est un déséquilibre existant au moment de la formation du contrat entre deux prestations. Or, en matière contractuelle, chaque individu est le meilleur juge de ses intérêts. De même, le rejet de la lésion comme cause de nullité est justifié par la liberté contractuelle. Ainsi, selon l'article 42 C.O.C.C, les parties peuvent prévoir toutes espèces de clauses dans leur contrat. Cela étant, le contenu du contrat est laissé au bon vouloir des parties. L'article 73 du même Code ajoute que l'objet du contrat, qui peut être la chose ou le prix, est fixé par la volonté des parties dans les limites apportées à la liberté contractuelle<sup>852</sup>.

---

<sup>848</sup> V°. D. PHILIPPE, « Les clauses relatives au changement des circonstances dans les contrats à long terme », in *Le contrat à prestations successives*, Bruxelles, Émile Bruylant, 1991, p. 159 et s.

<sup>849</sup> V°. D. MAZEAUD, « Du nouveau sur l'obligation de renégocier » », *D.* 2004 n° 25; p. 1757.

<sup>850</sup> V°. Cass. Com 3 novembre 1992, pourvoi n° 90-18547.

<sup>851</sup> Obligation de proportionner les honoraires des professionnels. Alors que les honoraires sont fixés au moment de la formation du contrat.

<sup>852</sup> V°. MALAURIE, AYNES et STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, 3° éd., Ed. jur. Associés, 2003, n. 507, p. 230 et s. V°. FLOUR et *alii*, *Droit civil. Les obligations*, 1, L'acte juridique, 10° éd., Dalloz, 2002, p. 85 (... Contracter c'est d'abord vouloir) ; CHABAS, *La déclaration de volonté en droit civil français*, Thèse, Paris, 1931 ; H.,

**296.** C'est pourquoi, quand il y a lésion, on estime que cela a été voulu par les parties. En fait, on s'est fondé sur une volonté tacite des parties. Seulement, nous pouvons noter une certaine incohérence dans la démarche du législateur à ne pas prendre en considération la volonté tacite des parties dans certaines situations. Ainsi, dans l'article 154 du Code susmentionné, il a été prévu *in fine* qu'en cas d'inexécution partielle, le juge fait une application proportionnelle de la peine sauf stipulation contraire. Autrement dit, les parties peuvent décider expressément, dans leur accord, que l'inexécution partielle de l'obligation n'exonère pas partiellement le débiteur de l'intégralité de la somme objet de la clause pénale. Mais, si aucune stipulation n'est prévue à cet effet le juge doit faire une application proportionnelle de la peine<sup>853</sup>. Pourtant, l'absence de stipulation contraire peut également être interprétée comme la volonté tacite des parties en faveur de l'application intégrale de la clause. De plus, en matière d'imprévision, le législateur refuse de prendre en considération la volonté tacite des parties à travers la clause dite « *rebus sic stantibus* » en vertu de laquelle, les parties ne se sont pas engagées que sous la condition que les choses restent en l'état. Dès lors, s'il survient un événement modifiant les conditions initiales, il faut pouvoir corriger le contrat.

**297.** En outre, il faut l'absence de la faute du demandeur. La faute de ce dernier est le plus souvent appréhendée, soit comme une cause de rejet de sa demande devant les tribunaux<sup>854</sup>, soit comme une cause d'exonération partielle. Il a été énoncée dans l'article 130 C.O.C.C que la faute de la victime atténue la responsabilité de l'auteur du dommage dans la mesure où elle a concouru à causer. Elle peut la faire disparaître si elle présente, pour l'auteur du dommage, les caractères d'un cas fortuit ou de force majeure. De plus, la même résonance est faite par l'article 95 du même Code. Celui-ci dispose que lorsque la nullité résulte de la faute de l'une des parties, celle-ci ne peut demander l'annulation du contrat. Suffisant pour dire que le juge ne pourrait mettre en œuvre le principe de proportionnalité lorsque le déséquilibre du contrat résulte de la faute du demandeur.

---

L., J. MAZEAUD et CHABAS, Leçon de droit civil. Obligations, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1998, n. 161, p. 159; BENABENT, Droit civil, les Obligations, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2003, n. 76 p. 58 et s.

<sup>853</sup> V<sup>o</sup>. MALAURIE et alii, *Droit civil. Les obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Ed. jur. Associés, 2003, n. 507, p. 230 et s. V<sup>o</sup> FLOUR et alii *Droit civil. Les obligations*, 1, L'acte juridique, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2002, p. 85 (... Contracter c'est d'abord vouloir) ; CHABAS, La déclaration de volonté en droit civil français, thèse 1931 Paris, H., L., J. MAZEAUD et CHABAS, Leçon de droit civil. Obligations, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1998, n. 161, p. 159; BENABENT, Droit civil, les Obligations, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2003, n. 76 p. 58 et s.

<sup>854</sup> V<sup>o</sup>. C.O.C.C. Art. 91.

**298.** Par ailleurs, la question de l'équilibre contractuel n'est pas expressément prise en compte par le législateur sénégalais. Néanmoins, une analyse approfondie nous permet de retenir que le problème de l'équilibre contractuel<sup>855</sup> est implicitement pris en compte par le législateur. En effet, en disposant dans l'article 42 C.O.C.C que les parties peuvent prévoir toute espèce de clause sous réserve de l'ordre public, le législateur entend viser l'ordre public dans toutes ses facettes. Il s'agit de l'ordre public classique et l'ordre public économique.

**299.** L'ordre public classique<sup>856</sup> veille à la défense des piliers de la société. Il est défini comme l'état social caractérisé par la paix, la sûreté et la sécurité publique. Selon la Cour de Cassation française, les dispositions d'ordre public touchent aux intérêts essentiels de l'État<sup>857</sup> ou à la collectivité. Ainsi, l'ordre public classique vise à assurer la « *suprématie de la société sur l'individu, la sauvegarde de l'intérêt général contre les égoïsmes sociaux, la primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers, sur les intérêts catégoriels* ». Pour un auteur, « *l'ordre public classique présente trois caractères : conservateur, judiciaire et négatif* »<sup>858</sup>. Le caractère conservatoire permet de « *sauvegarder les valeurs essentielles de la société à un moment donné* ». Le caractère judiciaire appartient au juge. Il lui permet « *de dire si une convention est ou non contraire à l'ordre public* »<sup>859</sup>. Quant au caractère négatif, il « *se borne à interdire* »<sup>860</sup>.

**300.** Quant à l'ordre public économique, il n'est pas une notion homogène. Il se subdivise en ordre public économique de direction et en ordre public économique de protection.

**301.** L'ordre public économique de direction a pour objet de canaliser les contrats conclus dans un sens conforme à l'utilité sociale<sup>861</sup>. Sa finalité est « *la mise en œuvre d'une politique économique déterminée. C'est en quelque sorte le droit au service de la politique économique, soit*

---

<sup>855</sup> V° A. ZELCEVIC-DUHAMEL, *La notion d'économie du contrat en droit privé*, J.C.P. 2001. I.300, p.423.

<sup>856</sup> V° J. HAUSSER et J.-J. LEMOULAND, « Ordre public et bonnes mœurs », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mars 2004, n° 23; D. TRUCHET, Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État, L.G.D.J., 1977, p. 369.

<sup>857</sup> V° D. TRUCHET, Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État, L.G.D.J., 1977, p. 369. ; C. LEGRAND et alii, « Contribution à l'analyse de l'idéologie de l'intérêt général », [https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/11/legrand\\_al.pdf](https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/11/legrand_al.pdf). (Consulté le 27/09/2017). D. Los CHAK et J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 358.

<sup>858</sup> V° P. MALAURE, *Droit Civil. Les Obligations*. Éd. 1995/1996. , p. 301.

<sup>859</sup> V° *ibid.*, p. 301.

<sup>860</sup> V° *ibid.*, p. 301.

<sup>861</sup> V° F. TERRE et alii, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2013.

*pour la diriger, soit pour garantir la liberté de la concurrence. La violation de cet ordre public de direction est sanctionnée par la nullité absolue »*<sup>862</sup>

**302.** S'agissant de l'ordre public de protection, il est destiné à protéger un des contractants qui est présumé faible. Cet ordre public de protection est assorti d'une sanction de nullité relative. Ce même ordre public doit justifier la prise en compte de l'équilibre du contrat au moment de la formation. Il s'agit pour le juge d'adapter l'article 42 du Code précité par rapport à l'évolution sociale. L'ordre public de direction est un concept contemporain, il doit être associé aux termes de la disposition précisée.

## **B. Le fondement du principe de proportionnalité**

Il est difficile de trouver un fondement textuel du principe. En effet, ce principe est visé par référence à des concepts ayant la même teneur. C'est donc un fondement visé par référence (1). Mais, nous pouvons dire la proportionnalité trouve son fondement véritable dans la doctrine du solidarisme contractuel (2).

### **1. Un fondement textuel visé par référence au raisonnable**

**303.** En droit sénégalais, comme en droit français, il n'existe pas de principe général de proportionnalité qui soit imposé par les textes. Néanmoins, de part et d'autre, on peut noter des dispositions éparées relatives à l'exigence de la proportionnalité. Cela résulte de « *la prise des mesures raisonnables eu égard des circonstances* »<sup>863</sup> ou par la sanction de l'excès<sup>864</sup> voire l'application de la proportionnalité dans certaines situations litigieuses<sup>865</sup>. Dans certains de ces textes, la proportionnalité résulte de la référence au « *raisonnable* ».

**304.** En matière administrative, la proportionnalité est destinée à canaliser l'intensité de l'action de l'autorité publique<sup>866</sup>. Elle implique l'exigence d'une adéquation entre les moyens employés par l'administration, le but visé et les intérêts en présences<sup>867</sup>. C'est un instrument qui conduit à « *vérifier si les moyens permettent d'atteindre le but fixé (critère d'adéquation)*, à

---

<sup>862</sup> V°. P. MALAURIE, *Droit Civil. Les Obligations, op.cit.*, p. 301.

<sup>863</sup> Voir. A.U.D.C.G, Art. 271 et 272.

<sup>864</sup> Voir. A.U.D.C.G, Art. 273.

<sup>865</sup> V°. C.O.C.C. Art. 154 al.2.

<sup>866</sup> V°. S. BERRADA, « Subsidiarité et proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire », *RAE*, 1998, p. 48.

<sup>867</sup> V°. L. DUONG, « le raisonnable dans le principe du droit européen des contrats », *R.D.C.*, 2008, p.704.

*confronter la décision à son résultat en se posant la question suivante : est-il indispensable d'appliquer la mesure pour atteindre ce résultat ou ne serait-il pas possible d'y parvenir en préférant une mesure qui léserait moins les droits et libertés? (critère de nécessité)» et à «confronter la décision à ses incidences sur un référentiel subjectif consistant dans un intérêt privé ou public ».*<sup>868</sup>

**305.** La proportionnalité est une notion qui prend sa source en droit public. En droit des contrats, la proportionnalité permet de rectifier le déséquilibre excessif entre les prestations des parties. Or, le raisonnable permet d'assurer la même finalité. C'est un instrument qui permet le contrôle de l'équilibre contractuel en sanctionnant l'excès. Cela apparaît clairement dans les termes de l'article 7-4-13 des Principes de Droit Européen de de contrat (PDEC). Celui-ci reconnaît la validité de toute clause pénale. Néanmoins, il autorise le juge dans certains cas à ramener l'indemnité à un montant raisonnable. Cet article est exactement le pendant de l'article 154 C.O.C.C, selon lequel en cas d'inexécution partielle, le juge fait application proportionnelle de la peine. À cet effet, le raisonnable et la proportionnalité sont des notions qui se recoupent. Ce sont des instruments de l'équilibre contractuel. D'ailleurs, c'est pourquoi monsieur **Molfessis** disait que *« l'exigence de proportionnalité » «s'abrite le plus souvent derrière des appellations autres, toutes aussi floues ou imprécises – contrôle de l'abus, de la bonne foi, de l'équité, sanction des excès, des déséquilibres ou encore du déraisonnable »*<sup>869</sup>.

**306.** Ces différents textes ne mentionnent pas expressément un principe de proportionnalité mais exigent un équilibre des prestations contractuelles. Cependant, le maintien de l'équilibre contractuel n'est pas absolu car nous avons même des articles qui ne sanctionnent pas le déséquilibre contractuel. Il s'agit de l'article 75 C.O.C.C. précité. Par conséquent, l'intervention du juge dans la sphère contractuelle a une limite. En effet, il souffle ici l'idée du volontarisme contractuel. Ainsi, le contrat a été d'abord conçu comme un acte de bienfaisance dont la finalité est d'enrichir l'une des parties. Par conséquent, l'équilibre des prestations n'y jouait aucun rôle<sup>870</sup>. Ce sont les parties elles-mêmes qui choisissent leur équilibre et, ni le juge, ni le législateur ne sont

---

<sup>868</sup> V°. L. DUONG, *op. cit.*, p.704, cité par N.SADELEER, *Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Thèse, Université Saint-Louis, 1998, p. 305.

<sup>869</sup> V°. N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *Les Petites Affiches*, 30 sept. 1998, n° 117, p. 21.

<sup>870</sup> V°. E. CHARPENTIER, « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », *op. cit.*, p. 71 et 72.

censés en principe s'immiscer dans cette appréciation. D'ailleurs, la première Chambre civile de la Cour de Cassation française avait décidé que le contractant qui tire profit du déséquilibre des prestations contractuelles, au moment de la conclusion du contrat, ne peut avoir au nom de l'exigence de bonne foi ; sa responsabilité engagée s'il refuse de négocier le contrat lésionnaire<sup>871</sup>. Ainsi, si le contrat est déséquilibré au détriment du cocontractant, « *tant pis pour lui. Il aura au moins eu la satisfaction d'être l'artisan de son malheur, d'avoir déterminé lui-même ses engagements. La liberté est en soi une jouissance qui vaut bien quelques risques* »<sup>872</sup>. Par ailleurs, nous pensons également que le solidarisme contractuel peut constituer le soubassement du principe de proportionnalité.

## 2. Un fondement doctrinal axé sur le solidarisme contractuel

307. Il convient de dire sous la plume de **Smith**, que nous devons considérer la fin et le fondement de la règle plus que la règle elle-même<sup>873</sup>. Or, la règle de droit, tout comme la norme contractuelle est une règle de conduite sociale. Le contrat est un rapport social. Il existe dans l'espace social. Ainsi, il doit véhiculer une valeur de justice car la justice est constitutive de la société. Ainsi, le véritable fondement de la proportionnalité réside dans le solidarisme contractuel. Celui-ci se présente aujourd'hui comme une théorie solidariste du droit des contrats cherchant à transformer la pratique contractuelle dans le sens de la solidarité sociale. L'idée phare de l'un des zéloteurs du solidarisme contractuel, c'est de dire que « *le contrat est de moins en moins perçu comme un choc de volontés librement exprimées, comme un compromis entre des intérêts antagonistes, âprement défendus. Il apparaît de plus en plus comme un point d'équilibre, voire même la base d'une collaboration souhaitable entre les contractants* »<sup>874</sup>. La doctrine du solidarisme contractuel place les individus au centre du débat contractuel. Dans une relation contractuelle, nul ne doit utiliser les faiblesses de l'autre pour tirer injustement un avantage quelconque. Ainsi, **Demogue**<sup>875</sup> soutient qu'il est difficile d'accorder à l'autonomie de la volonté une valeur coercitive. L'état de nécessité des individus, par lequel la partie peu avertie tire sa vulnérabilité ne saurait être occulté par une reconnaissance purement objective et mécanique du

---

<sup>871</sup> V°. D. MAZEAUD, « La révision du contrat » *op. cit.*, p. 19.

<sup>872</sup> V°. *ibid.*, p. 19. V°. M. WALINE, « L'individualisme et le droit », Paris 1945, spéc. p. 177.

<sup>873</sup> V°. L.A. TASSOPOULOS, « La civilité juridique au fondement du contrat ? », in *Repenser le contrat* G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS éd. Dalloz 2009, p. 59.

<sup>874</sup> V°. D. MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel: du feu, des cendres, des braises », *ddata.over-blog.com/.../3/.../Denis-Mazeaud-melanges-Jean-Hauser.pdf* (consulter le 15/06/2015).

<sup>875</sup> Cité par M. PLOUVIEZ, « Le contrat comme institution sociale », *op. cit.*, p. 82.

dogme de l'autonomie de la volonté. Le contrat est une institution sociale. C'est pourquoi, la solidarité contractuelle doit précéder les volontés contractantes. C'est donc « *la solidarité avant le contrat* »<sup>876</sup>. Le solidarisme contractuel constitue dès lors un remède au déséquilibre contractuel. C'est un fondement réel du principe de proportionnalité. Dans cet même ordre d'idées, **G. Tabi** « *soutient qu'en ce qui concerne la protection de l'équilibre, le solidarisme contractuel va plus loin que la vision libérale du contrat, en ce qu'il permet l'arrivée de deux autres devoirs: le devoir de tolérance vis-à-vis du contractant qui éprouve des difficultés à exécuter ses prestations contractuelles, et celui d'adaptation du contrat soumis au changement de circonstances qui lui sont extérieures. Il s'agit d'un ensemble de mesures de coopération ou de collaboration qui permettent de concevoir et de préserver l'équilibre contractuel* »<sup>877</sup>.

**308.** En outre, le principe de proportionnalité est aussi un instrument qui favorise une relation contractuelle harmonieuse. « *Le contractant désavantagé en cas de disproportion du rapport obligatoire cherchera à sortir de la relation, ruinant l'effort contractuel et privant ainsi les parties d'une relation qui, sous réserve d'un aménagement pourrait se révéler fructueuse ou conserver une utilité pour l'un des contractant au moins. L'idée d'exécution utile impose l'instauration d'un équilibre minimum* »<sup>878</sup>.

Pour cela, la proportionnalité est un instrument au service de la justice contractuelle. Cependant, il faudrait qu'on s'y attarde un peu sur cette notion énigmatique. En effet, qu'entend – on par justice contractuelle ?

**309. G. Smorto**<sup>879</sup> a tenté de donner quatre acceptions de la notion de justice contractuelle<sup>880</sup>. Ainsi, il estime qu'une première acception de la justice contractuelle est celle de la justice en tant qu'égalité dans l'échange. Il s'agit d'une forme de justice corrective ou commutative. Elle assure l'équivalence des prestations. La deuxième conception de la justice contractuelle est la sauvegarde de l'équivalence subjective des prestations en cas de changement de circonstances. Cette forme de justice contractuelle tend à préserver l'équilibre initial de l'échange afin de rendre le contrat plus utile pour toutes les parties. La troisième acception est la justice comme vecteur de valeurs.

---

<sup>876</sup> V°. M. PLOUVIEZ, « Le contrat comme institution sociale », *op. cit.*, p. 83.

<sup>877</sup> V°. G. TABI, « Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel », *op. cit.*, p. 98 et 99.

<sup>878</sup> V°. S. LE GAC-PECH, La proportionnalité en droit privé des contrats, *op. cit.*, p. 427.

<sup>879</sup> V°. G. SMORTO, « Justice contractuelle », *R.D.C.* 3-2008, p. 583 et s.

<sup>880</sup> V°. B. LEFEBVRE, « La justice contractuelle: mythe ou réalité », *Les cahiers de droit*, Vol. 37, n° 1, 1996, p. 17-30.



L'auteur fait référence ici aux principes moraux. La quatrième conception, la justice contractuelle renvoie à la justice distributive.

**310.** Contrairement à Monsieur **Guido**, certains auteurs réduisent la justice contractuelle au respect des stipulations de la convention. Car l'homme qui s'oblige par convention est le seul juge de ce qui est juste et utile pour lui. Dans les conventions, le débiteur est obligé parce qu'il a voulu, il a consenti à aliéner une parcelle de sa liberté au profit de son cocontractant. Par contre, pour d'autres la justice contractuelle transcende les stipulations contractuelles. Assurément, les conventions sont parfois des instruments d'exploitation des faibles<sup>881</sup>. Ce faisant, le juge doit intervenir dans la convention pour l'humaniser. Ainsi, cette intervention résulte de l'interprétation créatrice, l'équité, la bonne foi, l'abus de droit, la proportionnalité, etc.

**311.** Nous adhérons dans la droite ligne des auteurs qui conçoivent la justice contractuelle comme transcendant les stipulations contractuelles. En réalité, le contrat ne se fonde pas sur l'existence des intentions. Le fondement du contrat est extérieur, objectif et les règles instituant la justice contractuelle ne peuvent résulter de la seule volonté des parties contractantes. Il appartient au juge de moduler ou de neutraliser les stipulations et ce pour le besoin de la justice contractuelle<sup>882</sup>. Cette modification des stipulations contractuelles est nécessaire pour équilibrer le contrat. En fait, la fonction du droit ne saurait enfermer les individus dans leur promesses, de les condamner, par une forme d'injonction moralisatrice à assumer les conséquences de leurs paroles ou de leurs écrits. Il convient juste d'affirmer avec **J. Ghestin**, que « *le contrat a sa force obligatoire parce que le droit objectif lui confère un tel effet juridique et il ne peut le faire que parce que l'intérêt général, d'autres diront le bien commun, impose en matière contractuelle, au premier degré, l'utilité sociale du contrat, et, au second degré, la justice contractuelle, facteur d'harmonie sociale* »<sup>883</sup>. Cet auteur va plus loin. Il estime que le contrat ne peut être étudié qu'au regard de l'utilité sociale et de la justice, entre lesquelles existent d'ailleurs des liens incontestables, puisque l'un et l'autre concourent à l'intérêt général, c'est-à-dire à l'harmonie sociale, dont<sup>884</sup> l'aménagement institutionnel des échanges contractuels est l'un des principaux instruments. Cette

---

<sup>881</sup> V°. J-P. CHAZAL, « la protection de la partie faible chez Josserand ou la tentative de maintenir le compromis républicain », [http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/chazal\\_protection\\_josserand.pdf](http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/chazal_protection_josserand.pdf), (consulté le 20/01/2016).

<sup>882</sup> V°. J-P. CHAZAL, « Nouveaux devoirs des contractants est-on allé trop loin ? », *op. cit.*, p. 99.

<sup>883</sup> V°. J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *R.E.I.* vol.92. 2e et 3eme trimestre 2000, p. 90.

<sup>884</sup> V°. *ibid.*, p. 90.

idée est réconfortée par **Durkheim**. Cet auteur a écrit que le contrat contribue à la cohésion des sociétés modernes. Seulement, il n'y contribue que s'il est réglementé. Il poursuit que la distribution des choses entre les individus ne peut être juste que dans la mesure où elle est faite proportionnellement au mérite social de chacun<sup>885</sup>.

En revanche, **J. Ghestin** a pris le contrepied de la Position de **Kant**. Celui-ci estimait que : « *Quand quelqu'un décide quelque chose à l'égard d'un autre, il est toujours possible qu'il lui fasse quelque injustice ; mais toute injustice est impossible dans ce qu'il décide pour lui-même* »<sup>886</sup>. Cet auteur mettait en exergue la liberté contractuelle. Selon celle-ci, chacun des contractants est responsable de la gestion de ses propres intérêts. Mais, cette liberté contractuelle suppose que les contractants soient égaux au moment de la formation du contrat. Or, le plus souvent, il existe des écarts importants entre les contractants dans leur capacité à déterminer le contenu de leur accord. En effet, la partie la plus faible n'a pas la possibilité d'être le meilleur défenseur de ses propres intérêts. L'immutabilité contractuelle devient ainsi une source de protection pour la partie forte. C'est pourquoi, l'exigence d'une proportionnalité contractuelle est une aubaine pour la partie faible d'espérer un rééquilibrage du contrat.

**312.** De surcroît, en vertu du principe de proportionnalité, les parties doivent renégocier leur contrat devenu injuste. À défaut d'entente, le juge a le pouvoir de le réviser. L'obligation de négocier un contrat devenu injuste a pour finalité de rééquilibrer les prestations réciproques des parties. Il s'agit d'instaurer une certaine proportionnalité entre les droits et les obligations réciproques des parties. Aussi, la proportionnalité permet également de prendre en compte les intérêts d'un contractant. Ainsi, il a été jugé que le banquier ne doit pas demander un aval ou un engagement de cautionnement disproportionné avec les facultés contributives de l'intéressé. Parallèlement, la proportionnalité permet de sanctionner le comportement d'une partie au contrat notamment lorsque celui-ci a agi dans son intérêt exclusif au détriment du contrat. Ainsi, le tribunal de Commerce de Paris avait jugé qu'une société de distribution devait chercher une solution adaptée à l'intérêt des deux parties<sup>887</sup>.

**313.** Cela étant, le principe de la proportionnalité est un instrument de la réalisation de l'intérêt des parties au contrat. L'intérêt des parties au contrat doit être la condition *sine qua non*

---

<sup>885</sup> V°. DURKHEIM cité par M. PLOUVIEZ, « Le contrat comme institution sociale », *op. cit.*, p. 83.

<sup>886</sup> V°. E. KANT, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, trad. Jules Barni, Paris, Durand, 1854, p. 169.

<sup>887</sup> V°. Tribunal commercial de Paris, 2 avril 1999, DA 1999, inédit.

de la mise en œuvre de cet instrument. Or, l'intérêt du contrat est différent de l'intérêt individuel d'un contractant. En fait, lorsqu'un individu conclut un contrat, il veut que celui-ci améliore son sort. Autrement dit, il conclut un contrat dans son intérêt et non pas dans une quelconque visée d'amélioration de la société dans laquelle il vit. En principe, personne ne conclut un contrat en pensant « *voici ma contribution à l'intérêt social* ». La nature humaine est ainsi faite chacun veut améliorer sa propre situation<sup>888</sup>. Toutefois, ce n'est pas la volonté individuelle qui façonne le contrat dans son entier. Ce sont les deux parties qui déterminent le contenu et les modalités du contrat<sup>889</sup>. Le principe de proportionnalité a pour finalité d'harmoniser la cohabitation entre les différents intérêts qui coexistent dans la relation contractuelle.

**314.** Par ailleurs, le principe de proportionnalité n'est pas seulement destiné à protéger le contenu du contrat et la partie faible. Il protège aussi la liberté contractuelle contre certaines interventions du législateur. Cette fonction protectrice du principe de la proportionnalité a été mise en œuvre par le conseil constitutionnel français dans son arrêt rendu le 13 juin 2013<sup>890</sup>. Dans cette espèce le Conseil affirme que : « *s'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté contractuelle [...] des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »<sup>891</sup>. Par conséquent, la liberté contractuelle n'est pas laissée au profit du pouvoir discrétionnaire du législateur. Celui-ci peut certes apporter des limites, mais à condition qu'elles soient proportionnelles au but poursuivi.

## **Paragraphe II. L'application du principe de proportionnalité en droit des contrats**

En matière contractuelle, la règle de la proportionnalité s'applique pendant la formation du contrat pour remédier à un déséquilibre contractuel. Pour cela, elle est prise en compte à travers la cause du contrat (A). En outre, le principe de la proportionnalité corrige certaines sanctions relatives à l'inexécution du contrat (B).

---

<sup>888</sup> V°. M. A. GREGOIRE, « Économie subjective, Utilité et intérêt du contrat. Réflexion sur les notions de liberté, de responsabilité et de commutativité contractuelles, à la suite de la codification du devoir de bonne foi », [https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/19381\\_gregoire.pdf](https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/19381_gregoire.pdf) (consulté le 05/02/2015).

<sup>889</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 40.

<sup>890</sup> V°. F. BUY, *L'essentiel des grands arrêts du droit des obligations*, Gualino, 6ème, éd. 2014-2015, p. 21.

<sup>891</sup> V°. Conseil Constitutionnel, décision n° 2016-741 du 08 décembre 2016.

## **A. La prise en compte du principe de la proportionnalité par la cause du contrat.**

**315.** Dans la formation du contrat, le principe de proportionnalité exige l'équivalence des droits et des obligations. Cet équilibre est pris en compte à travers la notion de cause.

La cause constitue l'un des piliers fondamentaux du droit des contrats. Elle est érigée par l'article 47 C.O.C.C comme condition de validité du contrat. Bien que consacrée par la loi, la notion de cause est aujourd'hui source de controverse parce qu'elle n'est définie, ni par le législateur sénégalais, ni par le Code civil français. « *On dit souvent que si les étudiants la comprennent, c'est parce qu'on leur a mal expliqué* »<sup>892</sup>.

**316.** En droit romain, la notion de cause jouait un rôle secondaire en raison du caractère formaliste du contrat dans ce droit. Le contractant s'engage par des paroles solennelles à payer une certaine somme en contrepartie d'une prestation qui doit lui être fournie<sup>893</sup>. Mais, aujourd'hui, la cause constitue une condition essentielle du contrat comme en témoigne l'article 76 C.O.C.C. Ainsi, aux termes de l'alinéa 1 de cette disposition « *Le contrat est nul pour cause immorale ou illicite lorsque le motif déterminant de la volonté des parties est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ». De ce fait, toute personne qui s'oblige doit le faire avec une cause licite et qui n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

**317.** Néanmoins, la notion de cause a fait l'objet d'une multitude de définitions qui trouble quelque peu la conception que l'on peut en avoir<sup>894</sup>. Certains auteurs opposent cause abstraite et cause concrète, objective et subjective, ou encore cause de l'obligation et cause du contrat, cause immédiate et cause mobile. Cette polysémie lexicale a favorisé la naissance de deux thèses. Il s'agit de la thèse classique et de la thèse moderne de la cause.

---

<sup>892</sup> V°. D. MAZEAUD, « La matière et le contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2000 : « plus de cause ni d'objet, donc, mais un accord de volontés au contenu concret, dont l'équilibre est assuré directement, sans la médiation de ces concepts qui nous paraissent fondamentaux ».

<sup>893</sup> V°. F. TERRE et alii, *Droit civil. Les obligations op. cit.*, p 345.

<sup>894</sup> V°. H. CAPITANT, « De la cause de l'obligation », p. 92. V°. J. M. BAHANS, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, Voir. L. BOYER, *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, thèse. Toulouse, 1947.

**318.** Selon la thèse classique, la cause c'est le but immédiat que les parties poursuivent en contractant<sup>895</sup>. Mais, ce but est différent des mobiles des contractants car le but poursuivi était invariable et identique dans chaque type de contrat<sup>896</sup>.

Dès lors, il est facile d'identifier la cause, il suffit de classer les contrats. Ainsi, dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'engagement de l'une des parties c'est l'obligation de l'autre partie. Les deux obligations se servent mutuellement de causes parce qu'elles sont mutuellement interdépendantes. Dans les contrats unilatéraux, la cause c'est la prestation antérieurement fournie par l'autre partie. Enfin, dans les contrats à titre gratuit, la cause du donateur réside dans l'intention libérale. À cet effet, il a pu être dit que « *la cause varie avec les contrats, non avec les contractants* »<sup>897</sup>.

La cause ainsi définie de façon objective a le mérite d'interdire au juge de se livrer à une analyse des mobiles et de la psychologie des contractants. Il s'agit donc pour les partisans de la thèse classique de restreindre les pouvoirs des tribunaux afin d'éviter toute tentative d'immixtion dans le contrat et, surtout que la doctrine classique était très attachée à la liberté contractuelle. Elle voit le contrat comme le fruit de la volonté exclusive des parties.

**319.** Mais, la théorie classique de la cause a fait l'objet de vives critiques par les auteurs anti causalistes. Premièrement, ils estiment que la cause est inutile parce qu'elle se confond, soit avec l'objet, soit avec le consentement. En effet, dire que dans le contrat synallagmatique<sup>898</sup>, l'obligation de chaque partie a pour cause l'obligation de l'autre revient à soutenir que la cause de l'engagement de l'un des contractants est l'objet de l'engagement de l'autre. Deuxièmement, pour les contrats à titre gratuit, dire que l'intention libérale est la cause n'a pas de sens si l'on fait abstraction des motifs qui ont déterminé cette intention libérale. Or, le motif, c'est la volonté de donner, donc le consentement. Si c'est cela la cause, alors elle est inutile. Enfin, pour les contrats unilatéraux, la théorie classique exprime que c'est la remise antérieure qui est la cause. L'absence de remise équivaldrait donc à une absence de cause. C'est inexact en ce sens que dans ces contrats l'absence de remise équivaut à une absence de contrat puisque la remise est une condition de formation du contrat. Par conséquent, la question de l'existence de la cause ne remplirait aucune

---

<sup>895</sup> V°. G. MARTY, et P. RAYNAUD, *Droit Civil. Les obligations*. T.1 : les sources, p. 195.

<sup>896</sup> V°. C. BEUDANT, et P. LAGARDE, *Cours de Droit civil*, T. VIII 1936, p. 136 et 137.

<sup>897</sup> V°. P. STARCK et *alii Obligations*, 2. *Contrat*, 5<sup>ème</sup> éd. litec, p. 503.

<sup>898</sup> V°. C.O.C.C. Art. 43.

fonction, car en l'absence de remise, il n'y a pas de contrat. En outre, la remise de la chose ne peut être la cause du contrat parce que le contrat est valable bien que la cause de l'obligation ne soit pas exprimée<sup>899</sup>.

C'est pourquoi, la théorie classique a été finalement jetée par-dessus bord et on a tenté une synthèse avec la théorie moderne de la cause.

**320.** Selon la théorie moderne, la cause peut être définie à la fois comme le motif déterminant de la volonté des parties, la raison de l'engagement, la contre prestation ou encore l'équivalent voulu. La théorie moderne de cause prend en compte les deux conceptions de la cause. Il s'agit de la cause objective et la cause subjective.

**321.** La première conception est par essence économique. C'est la raison d'être économique de l'obligation. La cause justifie le contrat et le déplacement de la valeur qu'il engendre. **P. Louis-lucas** définissait la cause comme « *la nécessité compensatoire incluse dans une prestation ou dans un fait qui, réalisant un enrichissement suffisant, est la source objective et le fondement quantitatif de l'obligation dont son bénéficiaire est tenu envers celui qui s'en est appauvri* »<sup>900</sup>. Ainsi, objectivement « *la cause est [...] une réalité matérielle et patrimoniale et non une représentation psychologique* ». Elle est le fondement objectif et quantitatif de l'obligation du débiteur<sup>901</sup>. La théorie objective de la cause présente des avantages en ce sens que « *la distinction entre la cause de l'obligation et la notion d'objet est que ce dernier est l'appauvrissement du débiteur alors qu'à l'inverse la cause est l'enrichissement* »<sup>902</sup>.

**322.** La théorie objective de la cause a été critiquée. On a notamment reproché à cette théorie d'avoir des difficultés à concilier la théorie de cause avec les libéralités. Dans ces dernières, il n'y a pas, par définition, d'enrichissement corrélatif compensatoire. Aussi, les auteurs

---

<sup>899</sup> V°. C.O.C.C. Art. 77 al. 2, « *Le contrat est valable bien que la cause de l'obligation ne soit pas exprimée. La charge de prouver l'absence de cause pèse sur celui qui l'allègue* ».

<sup>900</sup> V°. P. LOUIS-LUCAS, *Volonté et cause. Étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit Privé*, Thèse, Dijon, 1918, p 146.

<sup>901</sup> V°. *ibid.*, p. 146.

<sup>902</sup> V°. R.MARTY, *De l'absence partielle de la cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux*, Thèse, Paris II, 1995, p. 266 et s.

objectivistes ne sont pas unanimes sur ce problème<sup>903</sup>. Ainsi, **G. Rouhette** estime qu'il n'y a pas de cause de l'obligation dans les actes à titre gratuit et qu'elle y est remplacée par la forme<sup>904</sup>.

**323.** Quant à la théorie subjective de la cause, elle est elle-même subdivisée en deux sous théories. Il s'agit de la théorie modérément subjective et la théorie purement subjective. La première sous théorie a été développée par **H. Capitant**. Il considère la cause comme le but poursuivi par celui qui s'engage. Selon l'auteur, « *toute personne qui consent à s'obliger envers une autre est déterminée par la considération d'un but qu'elle se propose d'atteindre par la voie de cette obligation. La volonté de celui qui contracte une obligation est toujours et nécessairement dominée par le désir d'arriver à une fin envisagée par lui* »<sup>905</sup>. Par contre, la seconde sous théorie subjective considère la cause comme un aspect particulier de l'intention car elle condense et cristallise, à peu de chose près, tous, les éléments d'ordre psychologique qui se trouvent dans le contrat<sup>906</sup>. Cette intention a été également prise en compte par Monsieur **Simler**. Il affirme que dans les contrats de libéralité la cause doit être recherchée dans l'intention du disposant<sup>907</sup>. Au surplus, selon un autre auteur, la cause réside dans le but contractuel commun aux parties ou poursuivi par l'une d'elles et pris en compte par les autres<sup>908</sup>.

**324.** Les théories subjectives de la cause ont été critiquées parce qu'elles sont sources d'insécurité et d'instabilité dans les relations contractuelles. Ainsi, les mobiles qui peuvent conduire une personne à contracter sont nombreux.

**325.** Après quoi, d'autres théories ont été proposées, il s'agit de la théorie mixte. C'est une théorie qui allie les deux conceptions : objective et subjective. On peut déceler cette théorie, à travers les articles 76 et 77 C.O.C.C, qui renvoient à la double fonction de la cause. Le premier texte est relatif à la conception subjective à savoir la cause du contrat ou le motif déterminant. Cette conception subjective permet de justifier moralement le consentement. Ainsi, pour savoir si un contrat est conforme aux bonnes mœurs et à l'ordre public, le juge doit chercher le motif déterminant qui correspond à la cause du contrat. Le second texte est afférent à la conception

---

<sup>903</sup> V°. G. PIETTE, *La correction du contrat*, op. cit., p. 267.

<sup>904</sup> V°. G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion du contrat*, Thèse, Paris, 1965, p. 481-482;

<sup>905</sup> V°. G. PIETTE, *La correction du contrat*, *ibidem*. Dans le même sens Voir. H. CAPITANT, *De la cause de l'obligation*, p. 269.

<sup>906</sup> V°. J. JOSSERND, « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », *Dalloz* 1928, p. 140.

<sup>907</sup> V°. P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, L.G.D.J. 1969, 512 pages.

<sup>908</sup> V°. P. REIGNE, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, Thèse. Paris II. 1993.

objective c'est-à-dire à la cause de l'obligation ou la contre prestation. Cette conception permet d'assurer l'équivalence des prestations réciproques.

La règle de proportionnalité intervient à travers la cause de l'obligation afin d'assurer l'équilibre des prestations des parties contractantes au moment de la formation du contrat. Il convient maintenant de voir l'application du principe de la proportionnalité dans l'exécution du contrat.

## **B. La prise en compte du principe de proportionnalité dans la mise en œuvre des sanctions de l'inexécution du contrat**

**326.** En cas d'inexécution du contrat, le principe de proportionnalité est appelé à la rescousse pour corriger les instruments destinés à sanctionner cette inexécution. Ces instruments sont notamment la résolution ou résiliation partielle du contrat, l'exception d'inexécution et la réfaction du contrat.

**327.** S'agissant de la résiliation ou résolution partielle du contrat, il convient de dire que, dans certains cas, la résolution du contrat est disproportionnée par rapport à son inexécution. Ainsi, le juge peut prononcer la résolution partielle en cas d'inexécution partielle du contrat. D'ailleurs, la résolution partielle du contrat est prévue par les dispositions légales. D'abord, l'article 105 C.O.C.C. dispose que lorsque l'une des parties manque gravement à ses obligations, l'autre peut notamment demander au juge « *la réduction de ses propres obligations* ». Ensuite, la résolution partielle peut résulter d'une action estimatoire prévue par l'article 298 C.O.C.C. En effet, celui-ci dispose que : « *Lorsque la chose présente un vice caché, l'acheteur a le choix de rendre la chose et s'en faire restituer le prix, ou de la garder moyennant la restitution d'une partie du prix fixé, soit à l'amiable, soit à dire d'expert, soit par le juge si les parties ne sont point entendues* ».

La résolution partielle se justifie aussi parce que la résolution totale est une sanction sévère pour le débiteur, notamment lorsque l'inexécution de son obligation contractuelle est légère. C'est pourquoi, même en l'absence de texte, le juge peut la mettre en œuvre d'office. Celui-ci dispose d'un pouvoir d'appréciation souveraine en la matière.

Néanmoins, la résolution partielle du contrat pour inexécution partielle contrarie le principe de l'indivisibilité du paiement prévu par l'article 175 C.O.C.C. Ce texte énonce que toute obligation doit être exécutée une seule fois, c'est-à-dire le débiteur ne peut pas opposer un paiement partiel à



son créancier. Pourtant, la même disposition a prévu des exceptions au principe d'indivisibilité en précisant qu'il peut en être autrement en cas de décision de justice.

**328.** En outre, le droit du créancier d'opposer l'exception d'inexécution doit être proportionnel à l'inexécution de son obligation. D'ailleurs, la loi exige une certaine proportionnalité dans la mise en œuvre de l'exception. L'article 104 *in fine* C.O.C.C. énonce que « *L'exception d'inexécution suppose, d'après la nature et l'importance de l'obligation méconnue, un manquement suffisamment grave pour justifier le refus d'exécuter l'obligation corrélative* ». Par conséquent, si l'inexécution du contrat est minime, le créancier ne peut opposer l'exception d'inexécution. La même exigence de proportionnalité est également retenue par l'article 302 du Code civil allemand : « *Si l'une des parties fournit partiellement sa prestation, la contre-prestation ne peut être refusée pour autant que ce refus serait contraire à la bonne foi, vu les circonstances et en raison surtout de la modicité relative de la partie restant à fournir* ». Dans cet ordre d'idées, certains auteurs ont densifié l'exigence de la proportionnalité dans la mise de l'exception d'inexécution. Ainsi, le professeur **Carbonnier** a estimé que le créancier ne peut pas opposer l'inexécution d'une obligation relativement secondaire pour se dispenser de remplir soi-même un engagement essentiel<sup>909</sup>. *Idem*, le professeur **Eisman** souligne que l'exécution ne peut être refusée quand l'inexécution du cocontractant porte sur une portion minime par rapport à l'ensemble<sup>910</sup>. Cette idée de proportionnalité a inspiré plusieurs décisions jurisprudentielles. Ainsi, une compagnie d'éclairage d'électricité est mal venue à suspendre la fourniture de la lumière à l'un de ses abonnés, sous prétexte que celui-ci après avoir payé la majeure partie d'une facture mensuelle d'un montant très élevé, a soulevé une contestation de 22 francs<sup>911</sup>. De même, il a été jugé qu'une Cour d'appel ne faisait qu'user de son pouvoir souverain en statuant qu'un locataire n'était pas fondé à suspendre le paiement de ses loyers sous le simple prétexte que la ventilation n'était pas de type agréée<sup>912</sup>.

Au-delà du principe de la proportionnalité contractuelle, le juge se fonde également sur celui de la confiance légitime pour garantir l'équilibre contractuel.

---

<sup>909</sup> V°. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit., p. 175.

<sup>910</sup> V°. *ibid.*, p. 174.

<sup>911</sup> V°. Dalloz 1898.1.289, note Planiol.

<sup>912</sup> V°. Y. PICOD, *op.cit.*, p.76.

## SECTION II. LE PRINCIPE DE LA CONFIANCE LÉGITIME

**329.** La confiance légitime est un instrument juridique qui a suscité beaucoup de réserves des auteurs imbus par la liberté contractuelle. En réalité, la confiance légitime est une notion évanescence, plus aisée à percevoir qu'à décrire, à ressentir qu'à exprimer. Son champ d'application est celui du sentiment humain : propre à chaque individu, elle est mouvante voire versatile<sup>913</sup>. Elle n'est donc pas propre à la sécurité juridique.

Mais, à y regarder de près nous constatons qu'il n'existe aucune incompatibilité entre celle-là et celle-ci. Cet instrument est un gage de préservation de l'équilibre juridique du contrat. Pour cela, nous verrons d'abord la notion et le rôle de la confiance légitime en droit des contrats (*Paragraphe I*) ensuite les sanctions de la violation de ce concept (*Paragraphe II*)

### Paragraphe I. Notion et rôle de la confiance légitime

La confiance légitime est un concept difficile à définir. Elle n'est définie, ni par la loi, ni par la jurisprudence. Dès lors, il convient de se tourner vers la doctrine pour définir la notion de confiance légitime (**A**) avant de voir son rôle en matière contractuelle (**B**).

#### A. La notion de confiance légitime.

**330.** La confiance peut être définie comme un système d'attente légitime, comme norme d'obligation et de coopération. Faire confiance, c'est créditer l'autre, le placer en situation de débiteur. Exprimer sa confiance en l'autre, c'est exprimer une alliance, une solidarité dans l'action<sup>914</sup>. On peut également la définir comme une attente, une croyance ou une présomption. Selon **George Simmel**, la confiance est une hypothèse sur la conduite future d'autrui.<sup>915</sup>

**331.** La confiance aurait des sources multiples<sup>916</sup>. Elle a des sources directes et indirectes. Pour monsieur **Sako**, l'une des sources de la confiance est fondée sur la compétence. En effet, cet auteur distingue la confiance fondée sur la volonté d'une personne d'honorer sa parole et celle

---

<sup>913</sup> V°. E. LOUBET, *Confiance et contrat de travail*, Mémoire master 2, Université Panthéon-Assas Paris II, 2009, p. 6.

<sup>914</sup> V°. C. THUDEROZ, « Quelques remarques à propos de la notion de confiance », *Inédit*, p. 99.

<sup>915</sup> V°. *ibid.*, p. 99.

<sup>916</sup> V°. P-H. VALLEE, et E. MACKEY, « La confiance: sa nature et son rôle dans le commerce électronique », *op. cit.*, p. 5 et 6.

fondée sur la capacité de cette personne de le faire. Il estime que même si une personne a la meilleure volonté du monde d'honorer une promesse qu'elle n'a pas la capacité d'accomplir, cette personne ne devrait être crue.<sup>917</sup> Quant à la sociologue **Lynne ZUCKER**, elle distingue la confiance fondée sur l'existence d'échanges passés ou attendus, de la confiance fondée sur des caractéristiques personnelles étrangères à la volonté et de la confiance fondée sur les institutions.<sup>918</sup>

**332.** Par contre, monsieur **Servet** parle d'éléments constitutifs de la confiance<sup>919</sup>. Le premier élément est relatif à l'existence d'éléments de validation institutionnalisés ou informels, c'est-à-dire, des contrats écrits ou verbaux ou des paroles ayant pour effet d'inspirer la confiance. Le second élément constitutif c'est la mémoire individuelle ou collective. Celle-ci serait constituée d'expériences passées, de l'histoire, de la routine et des habitudes.

**333.** D'autres auteurs parlent de l'expérience vécue comme source de la confiance. Cette expérience vécue pourrait être constituée de la connaissance personnelle de l'agent qui fait confiance en son vis-à-vis lui-même ou des caractéristiques qui lui sont propres<sup>920</sup>. C'est pourquoi, faire confiance à quelqu'un suppose qu'on le connaît préalablement. Mais, on peut également faire confiance à un inconnu. Dans ce cas, la confiance est une prise de risque volontaire pour bénéficier des gains de coopération.

**334.** La confiance peut également avoir des sources indirectes parmi lesquelles nous avons d'abord, le désir d'établir une relation de longue durée. En effet, si les parties souhaitent que leur relation se poursuive dans l'avenir, elles doivent adopter un comportement coopératif, ce qui inspire la confiance. La relation devient en quelque sorte un actif que l'on craint de perdre si l'on adopte un comportement opportuniste<sup>921</sup>.

**335.** De surcroît, il y a la sauvegarde à la réputation comme une autre source indirecte de la confiance. Ainsi, selon **Hardin**, la réputation pourrait jouer un rôle similaire en ce qu'elle permettrait de sanctionner les comportements opportunistes. Cet auteur estime que la confiance

---

<sup>917</sup> V°. *ibid.*, p. 6.

<sup>918</sup> V°. P-H. VALLEE et E. MACKEY, « La confiance: sa nature et son rôle dans le commerce électronique », *op. cit.*, p. 6.

<sup>919</sup> V°. *ibid.*, p.6.

<sup>920</sup> V°. *ibid.*, p. 6.

<sup>921</sup> V°. *ibid.*, p. 8.

peut résulter du fait que tout interlocuteur sait que l'autre a des relations avec des tiers qui risqueraient d'être compromises par une rupture de promesses.

**336.** En fin de compte, on peut également citer les engagements comme source indirecte de la confiance. Les engagements moraux et contractuels auraient également pour effet de créer la confiance en contraignant à coopérer la partie susceptible d'être tentée par l'opportunisme. Ainsi, le contrat serait un produit de la confiance. Pourtant il a été soutenu par un auteur<sup>922</sup> que le contrat et la confiance sont antinomiques. Le premier s'opposerait à la logique de la confiance basée sur la loyauté interindividuelle, le respect de la parole donnée, le sens du compromis, la flexibilité à l'égard des engagements formels. De fait, l'exigence de la signature d'un contrat, le retour sur la lettre de ce dernier lors de négociation sont perçus comme des signaux de défiances qui tendent à ruiner immédiatement la confiance et à faire basculer la relation d'une logique vers l'autre. L'auteur poursuit que « *le praticien doit choisir entre la logique de la confiance assise sur la négociation permanente, informelle, et empathique et celle de la méfiance basée sur la contractualisation et la gestion procédurière d'une relation conflictuelle* »<sup>923</sup>.

**337.** Loin d'être antinomique pour notre part, le contrat et la confiance sont complémentaires. Il est rare de voir qu'un individu signe un contrat avec une personne en laquelle il n'a aucune confiance. Tout au plus, même s'il signe la convention avec ce dernier il va se prémunir de garde-fou à savoir des garanties. Dans ce cas, la confiance résidera non dans la personne du contractant, mais dans la constitution de la garantie. Aussi, la confiance peut exister, non la constitution de la garantie, mais dans les aptitudes du contractant à honorer son engagement.

**338.** La confiance permet également de protéger le bénéficiaire de la promesse. Il s'agit de protéger celui qui a cru de bonne foi à la parole d'autrui ou à l'apparence. Ainsi, la confiance réduit les incertitudes relatives aux relations entre les contractants. Elle permet d'établir la sécurité des relations juridiques entre les sujets de droit. C'est dans cet ordre d'idées que **R. KOLB** disait que « *l'importance de la confiance pour la vie sociale se reflète dans l'existence même d'un système juridique dont les normes prescrivent des comportements* »<sup>924</sup>. Le contrat est par nature un acte de

---

<sup>922</sup> V°. E. BROUSSEAU, « Confiance ou Contrat, Confiance et Contrat », *Confiance et rationalité: Dijon (France)*, 5-6 mai 1999, 2001, vol. 97, p. 65. Voir aussi : F. Aubert et J. -P. Sylvestre, *Confiance et Rationalité*, INRA éd. 2000; p. 4.

<sup>923</sup> V°. *ibid.*, p. 4.

<sup>924</sup> V°. R. KOLB, *La bonne foi en droit international public : contribution à l'étude des principes généraux de droit*, PUF, Paris. 2000, p. 172.

prévision. Cette prévision trouve sa certitude dans le respect de la parole donnée. Ainsi, comme l'enseignait le doyen **Ripert** : « *La force obligatoire des conventions repose en effet sur deux idées essentielles. La première, c'est l'idée morale du respect de la parole donnée. [... ] L'autre idée, c'est que le respect de la parole donnée permet à chacun de compter sur l'avenir* »<sup>925</sup>.

**339.** C'est surtout dans le contrat de crédit que la confiance est importante. Le sens premier du crédit est la confiance accordée à une personne ou à une chose que l'on juge digne de foi<sup>926</sup>. La confiance légitime est donc le soubassement de la force obligatoire du contrat. Ainsi, pour un auteur : « *dans une relation contractuelle dont le terme n'est pas défini et lorsque les gains de la tricherie sont inférieurs aux avantages nets perdus du fait de la rupture, la menace de mettre fin à la relation suffit à assurer son respect, à dissuader d'adopter un comportement opportuniste. La confiance acquiert ainsi une force exécutoire* »<sup>927</sup>.

**340.** De plus, la confiance légitime garantit aussi l'équilibre du contrat. Ainsi, le juge se fonde sur la confiance légitime<sup>928</sup> des parties pour équilibrer le contrat. En effet, lorsqu'il y a un décalage entre la volonté interne et la volonté exprimée, le juge se fonde sur l'attente des parties au contrat pour l'interpréter.

**341.** Toutefois, la confiance n'est pas absolument liée au contrat. Dans certains cas on n'a pas besoin de la confiance pour que la transaction se réalise. Il en est ainsi dans un marché « *spot* » où s'échangent instantanément des biens aux caractéristiques définies et où le prix synthétise parfaitement l'information. D'où la nécessité de s'interroger sur le rôle de la confiance légitime.

## **B. Le rôle de la confiance légitime en matière contractuelle**

**342.** En matière contractuelle, la confiance légitime joue un rôle important. C'est un instrument de gestion des risques contractuels. En effet, à mi-chemin de notre étude, nous avons fait état des risques subjectifs du contrat. Ces risques sont relatifs au comportement malveillant de l'une ou l'autre partie au contrat. Cette malveillance se manifeste par le non-respect des termes du

---

<sup>925</sup> V°. F. DUPUY, *La protection de l'attente légitime des parties au contrat*, G. Ripert, « Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux », *RCADI* 1933-11 (T. 44), p. 589, p.11.

<sup>926</sup> V°. D. RIVAUD-DANSET, « Les contrats de crédit dans une relation de long terme. De la main invisible à la poignée de main », *R.E.* 1996, Vol. 47, n° 4, p. 953.

<sup>927</sup> V°. *ibid.*, p. 953.

<sup>928</sup> V°. H. AUBRY, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats: la notion d'attente légitime », *R.D.C.* 3-2005, p. 631.

contrat<sup>929</sup>. Or, « le respect de la parole donnée est une règle morale, qui, dans son principe tout au moins, paraît admise de façon unanime, même si elle n'est pas toujours respectée. Elle apparaît naturellement comme le prolongement de la liberté de s'engager. Lorsque l'engagement a été assumé librement, l'obligation de l'exécuter est ressentie par le débiteur comme un devoir de conscience, qui justifie à ses yeux la force obligatoire du contrat et renforce la contrainte étatique »<sup>930</sup>. Le juge doit donc faire respecter la parole donnée. Et cette intervention du juge dans la matière contractuelle est une somme toute positive. En fait, elle tend à protéger la confiance légitime qu'une partie au contrat avait placée sur la parole de son cocontractant. La parole, l'échange de parole, occupent seuls l'espace du contrat. Comme le disait **Loisel**, « on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles »<sup>931</sup>. La preuve de cette suffisance de parole est selon **Grotius** aussi donnée par le fait que « Dieu, qui n'est soumis à aucune loi, agirait contre sa propre nature s'il ne tenait ce qu'il a promis »<sup>932</sup>.

En matière contractuelle, la question de confiance se pose lorsque la décision est prise dans une situation de risque. Ce risque est imputable au comportement du contractant et non à des événements naturels. En effet, lorsque l'incertitude sur le comportement de l'autre doit être traitée, mais ne peut l'être de façon satisfaisante, ni par le contrat, ni par le respect des règles de comportement, la confiance est absolument nécessaire<sup>933</sup>.

**343.** Ce faisant, le juge protège cette confiance légitime tout au long du processus contractuel. Dans la phase précontractuelle, le juge utilise le concept de la confiance légitime pour tempérer la liberté de rompre les pourparlers. Les pourparlers sont une phase précontractuelle dans laquelle les parties discutent sur les clauses d'un contrat projeté. Ainsi faut-il remarquer que les dispositions du C.O.C.C sont lacunaires par rapport au régime juridique des pourparlers. Cependant, cette phase est réglementée par les dispositions de l'article 249 de l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général. Aux termes de l'article précité, les parties ne sont pas

---

<sup>929</sup> Par exemple, la gravité du comportement du contractant, le retard dans l'exécution des obligations contractuelles, etc.

<sup>930</sup> V°. J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *R.E.I.* Vol.92. 2e et 3eme trimestres 2000, p. 86.

<sup>931</sup> V°. *Éloge d'Antoine Loysel prononcé à la séance d'ouverture de la conférence de l'ordre des avocats, le 9 décembre 1852*, Paris, imprimerie C. Lahure, décembre 1852, 32 p., In-8°

<sup>932</sup> V°. T. BERNIS, « Les contrats du souverain. Sur la théorie bodinienne du contrat », in *Repenser le contrat* sous la direction de Gregory lewkowicz et Mikhaïl Xifaras, Dalloz. 2009, p. 36.

<sup>933</sup> V°. D. RIVAUT-DANSET, « Les contrats de crédit dans une relation de long terme. De la main invisible à la poignée de main » *op. cit.*, p. 953.

responsables de la rupture des négociations précontractuelles. Nous sommes ici dans la logique de la liberté de ne pas contracter prévue par l'article 42 C.O.C.C.<sup>934</sup>. Cependant, la rupture pouvait être source de responsabilité pour son auteur si elle est exercée de mauvaise foi. C'est dans cet ordre d'idée que la Cour de cassation sénégalaise avait décidé qu' *«il existe un devoir de loyauté pendant les négociations comme lors de la conclusion du contrat. Cela étant, la responsabilité peut être engagée, même en présence d'une faute simple ; car celle-ci sera souvent constitutive de mauvaise foi »*<sup>935</sup>. Cependant, cette décision de la Cour de Cassation sénégalaise est discutable car elle assimile la faute simple à la mauvaise foi du débiteur. Or, ce qui caractérise la mauvaise foi du débiteur c'est son intention de commettre le dommage. La mauvaise foi est donc une faute intentionnelle. De ce fait, une simple faute de négligence de l'un des négociateurs ne saurait être qualifiée de mauvaise foi de son auteur. En outre, la Cour de cassation, en se contentant d'une simple faute, réduit la liberté des pourparleurs dans la période précontractuelle.

Par ailleurs, le législateur O.H.A.D.A a donné deux situations dans lesquelles la responsabilité du négociateur est de mise pour rupture abusive. Ainsi, l'article 249 *in fine* A.U.D.C.G. dispose que *« est, notamment, de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des négociations sans intention de parvenir à un accord »*.

**344.** La première situation est relative à celui qui entame les négociations sans l'intention de parvenir à un accord. En effet, un individu peut entamer les négociations précontractuelles dans le seul but d'accéder à des informations sensibles de son concurrent. En fait, si on négocie, on transmet les informations qui sont susceptibles de nuire à l'entreprise qui révèle ces informations. Ainsi, les négociations constituent dès lors un prétexte pour concurrencer déloyalement son partenaire. De surcroît, le fait d'entamer les négociations crée un espoir de parvenir à la conclusion éventuelle du contrat objet des négociations. En effet, mener les négociations sans réelle intention de parvenir, c'est se moquer de son partenaire, c'est un manque de considération notoire.

**345.** La deuxième situation est relative à celui qui poursuit les négociations sans intention de parvenir à un accord. Un opérateur économique peut poursuivre les négociations contractuelles

---

<sup>934</sup> V°. C.O.C.C. Art. 42 *« 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 »*.

<sup>935</sup> V°. Bull. des arrêts de la Cour de Cassation n° 11 2002/2003, Chambre civile et commerciale, Arrêt n° 02 du décembre 2002, affaire La SONAM c/ Issa FAYE et El hadji Modou WADE, p. 9.

dans le seul but d'empêcher la conclusion du contrat avec un autre partenaire pour un temps déterminé. Ainsi, il peut entrer en négociation parallèle pour seulement gêner ou retarder la conclusion du contrat avec une tierce personne.

**346.** Cependant, dans ces deux cas la preuve sera difficile à apporter. En fait, l'intention relève de l'intime. C'est pourquoi, la Cour de Cassation apprécie la faute de l'auteur de la rupture des pourparlers par rapport à plusieurs critères. Ainsi, « *la Cour de Cassation française a décidé que si, en raison de sa durée, de son état d'avancement et des coûts qu'elle a suscités, la négociation d'un contrat a engendré, dans l'esprit d'un des négociateurs, une confiance légitime dans la conclusion du contrat négocié, sa rupture brutale et imprévisible emporte la responsabilité délictuelle du négociateur versatile, dont le comportement incohérent doit être sanctionné* ». <sup>936</sup> Les critères pris en compte par la jurisprudence française sont : la durée des négociations, l'état d'avancement, la confiance légitime et l'abus. Toutefois, seule la confiance nous intéresse dans le cadre de cette analyse. Cela étant précisé, il convient de remarquer que la confiance légitime constitue le critère fondamental. C'est le noyau autour duquel gravitent les autres indices car ce sont la durée, l'état d'avancement et les coûts qui ont fait naître la confiance légitime du négociateur.

**347.** Néanmoins, il sied de tempérer ici le rôle de la confiance légitime entendue comme garant de l'équilibre contractuel. À ce stade du processus, le contrat n'est pas encore conclu. C'est surtout dans la phase d'exécution du contrat que l'utilisation du concept de confiance légitime comme garant de l'équilibre contractuel se comprend le mieux. La Cour de Cassation française a fait usage de ce principe mais en se fondant sur l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. Au chapitre des faits, un sous-traitant agréé souhaitait obtenir le paiement de ses prestations. Ainsi, il invoquait l'existence du contrat qu'il avait conclu avec l'entrepreneur principal. Mais, dans le même temps, il se prévalait du fait qu'il n'a pas été agréé par le maître de l'ouvrage, pour refuser de prendre en charge certaines dépenses que son contractant avait dû effectuer pour pallier certaines insuffisances qui lui étaient imputables. Pour sanctionner cette incohérence, la troisième Chambre civile de la Cour de Cassation a décidé par arrêt en date du 13 avril 1988 que, « *le sous-traitant ne peut à la fois se prévaloir du contrat de sous-traitance pour obtenir le paiement de ses travaux et le rejeter pour échapper à ses obligations contractuelles* ». <sup>937</sup> Par cet arrêt, le juge suprême français

---

<sup>936</sup> V°. D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'espotel », *R.D.C.*, 2-2006, p. 368.

<sup>937</sup> V°. D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'espotel », *op. cit.*, p. 368 et 369.



veut éviter un déséquilibre entre les droits et les obligations. L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui est appelée à la rescousse pour faire respecter l'équilibre juridique du contrat. Et au-delà, il s'agit de sanctionner le comportement versatile d'un contractant qui veut obtenir un profit sans contrepartie.

**348.** De plus, la confiance légitime est également mise à l'épreuve afin d'éviter un usage abusif des instruments unilatéraux de gestion de risques contractuels. À ce titre, nous pouvons donner trois exemples.

**349.** En premier lieu, le principe de la confiance a été mis en œuvre pour faire échec au droit de rompre unilatéralement le contrat, pouvoir qui prend sa source dans une clause résolutoire expresse. En fait, il a été décidé que le créancier, qui a toléré pendant des années l'inexécution d'un contrat, ne peut pas réclamer brusquement sans crier gare la résolution de plein droit du contrat. Le juge avait décelé un comportement contradictoire du créancier car le débiteur pouvait légitimement croire que son cocontractant avait renoncé en raison de la longue inertie dont il avait fait preuve<sup>938</sup>. Cependant, si la confiance légitime peut neutraliser le droit de rupture unilatérale du contrat, dans certains cas la perte de la confiance légitime peut justifier la rupture du contrat. Mais, cette perte de confiance doit se fonder sur des faits vérifiables. C'est pourquoi, la Cour de cassation sénégalaise avait décidé que « *la perte de confiance ne confère la légitimité au licenciement que si elle est fondée, soit sur des faits dûment établis, soit sur des présomptions sérieuses, graves et concordantes* »<sup>939</sup>.

**350.** En second lieu, dans une autre affaire, la Cour de Cassation a empêché la mise en œuvre de l'exception de nullité. Il s'agit en l'espèce d'un contractant qui a soulevé l'exception de nullité du contrat après avoir obtenu l'exécution du contrat à son profit<sup>940</sup>. Le juge a sanctionné cette incohérence parce qu'elle marque non seulement la mauvaise foi de son titulaire, mais également la mise en œuvre de ladite exception engendre un déséquilibre juridique du contrat. Certes l'exception de nullité ne se prescrit pas, mais son usage ne doit pas entraîner un déséquilibre. Dans le cas contraire, le juge pourra neutraliser sa mise œuvre en se fondant sur le principe de

---

<sup>938</sup> V°. *ibid.*, p. 373.

<sup>939</sup> V°. Bull. des arrêts de la Cour de cassation, Chambre sociale n°10, 2001/2002, arrêt n° 07 audience du 12 décembre 2001, p. 15.

<sup>940</sup> V°. Cass. Com; novembre 1990, *R.T.D. civ.* 1991, 734, Observations. J. Mestre.

confiance. En outre, un contractant qui exécute un contrat annulable crée dans l'esprit de son cocontractant une confiance légitime dans le maintien dudit contrat.

**351.** En dernier lieu, le principe de la confiance légitime a été également invoqué pour fermer la voie d'une action en résolution du contrat. Ainsi, un contractant, victime d'une inexécution contractuelle, ne peut à la fois obtenir la résolution du contrat et réclamer à titre accessoire son exécution intégrale ou partielle. L'incohérence de la victime est dans le cas d'espèce évident car « *faire résoudre le contrat et l'invoquer ne vaut* ». Aussi, la résolution du contrat est incompatible avec son exécution. La victime devrait prendre parti entre l'action en résolution et l'action en exécution. Le cumul n'est pas possible. D'ailleurs, les dispositions de l'article 105 C.O.C.C. disposent que la victime de l'inexécution du contrat doit choisir entre l'exécution forcée, la réduction de ses propres obligations, la résolution ou la résiliation du contrat. À l'image des obligations alternatives et en vertu du principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, le choix est irrévocable. En d'autres termes, le créancier, qui opte pour l'une des possibilités prévues par l'article précité, ne peut plus demander ensuite à bénéficier d'une autre option. Seulement, il peut arriver que le créancier modifie son choix en invoquant, par exemple, l'exécution forcée du contrat. Ainsi, dans le cas où l'exécution en nature est impossible, on peut naturellement admettre au créancier de choisir l'action en résolution. De ce fait, l'exécution forcée en nature est un droit offert au créancier victime d'une inexécution contractuelle. Cependant, l'exécution en nature supporte quand même une limite de bon sens. Il faut que l'exécution soit possible au sens matériel et juridique car à l'impossibilité nul n'est tenu. En cas d'impossibilité, le créancier ayant initialement intenté une action en exécution forcée peut dans un second temps exiger la résolution du contrat.

Au regard de ces considérations, le principe de la confiance est un instrument extracontractuel qui corrige non seulement le comportement incohérent des parties, mais également modère l'emploi des mécanismes unilatéraux de gestion de risque.

**352.** La confiance légitime est également mise en œuvre pour corriger un déséquilibre entre les droits et les obligations réciproques des parties. Il s'agit dans ce cas de neutraliser les clauses contractuelles qui contredisent la composition du contrat. À titre d'exemple, il convient de se référer aux clauses limitatives de responsabilité. Ce sont des clauses qui ont pour fonction de supprimer toute responsabilité au bénéfice du débiteur de l'obligation. Autrement dit, ce sont des clauses qui répartissent les charges des risques entre les contractants et fixent aussi à l'indemnité

due. Ces clauses sont valables, mais elles ne doivent pas faire disparaître totalement la responsabilité<sup>941</sup>.

**353.** Par ailleurs, la Cour de Cassation française a limité l'effet exonératoire des clauses limitatives de responsabilité. Cette limite est relative aux obligations dites essentielles. En effet, « *s'engager à exécuter une obligation essentielle et s'exonérer des conséquences de son inexécution, ne vaut* ». Cette précision a été soulignée dans l'affaire **Chronopost** débutée en 1996. Au chapitre des faits, la société **Chronopost** (une société de transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service) entendait limiter sa responsabilité, en cas de retard dans l'accomplissement de sa prestation, au prix payé par le client pour l'accomplissement du pli. Seulement, la Cour de Cassation française a décidé, sous le visa de l'article 1131 du Code civil français, qu'en raison du manquement à une obligation essentielle, une clause limitative de responsabilité qui contredisait la portée de l'engagement pris, doit être réputée non écrite. En d'autres termes, une clause limitative de responsabilité, qui permet à un contractant d'échapper à toute responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation essentielle est réputée non écrite car au regard de l'importance de l'obligation inexécutée, elle est en contradiction avec l'engagement qu'à souscrit le débiteur. Telle était la jurisprudence *Chronopost* relative aux clauses limitatives de responsabilité.

Par conséquent, les clauses qui fixent un plafond dérisoire de réparation en cas de manquement à une obligation contractuelle essentielle doivent être réputées non écrites car en réduisant excessivement la sanction de l'inexécution, elles permettent au débiteur de se soustraire à son engagement en toute impunité<sup>942</sup>.

**354.** Les arrêts postérieurs à la jurisprudence **Chronopost** ont apporté des précisions importantes sur la question. La Cour de Cassation française avait même décidé que les clauses limitatives de responsabilités qui aménageaient les suites de l'inexécution d'une obligation essentielle devraient être supprimées<sup>943</sup>. Désormais, l'obligation essentielle constitue le seul inconvénient de la clause limitative de responsabilité. Cela se comprend aisément parce qu'une clause contractuelle ne saurait déposséder un contractant du droit d'obtenir l'exécution de

---

<sup>941</sup> V° C.O.C.C. Art. 151.

<sup>942</sup> V° D. MAZEAUD, « clauses limitatives de réparation, la fin de la saga? », *Dalloz* .29 juillet 2010- n° 28 p. 1832.

<sup>943</sup> V° *ibid.*, p. 1834.

l'engagement qui constitue l'essence même du contrat<sup>944</sup>. Il s'agit là de protéger l'attente légitime d'une partie au contrat, c'est-à-dire, ce sur quoi le contractant s'est engagé doit être exécuté si non le contrat n'aura aucun sens. La clause limitative de responsabilité ne doit donc pas créer un déséquilibre entre les prestations réciproques. Dans le cas contraire le juge se donne le pouvoir de la neutraliser au nom du principe de la confiance légitime. Toutefois, il doit veiller à ne pas annihiler la volonté des parties contractantes. En fait, le contrat trouve sa source dans la rencontre de la volonté<sup>945</sup>. Celle-ci constitue l'élément essentiel du contrat. C'est pourquoi, la Chambre commerciale de la cour de cassation avait laissé entendre dans un arrêt rendu le 29 juin 2010 que seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur. Et que le simple manquement à une obligation essentielle<sup>946</sup> du contrat ne suffit pas à écarter les effets d'une clause limitative de responsabilité. Encore faut-il apprécier cette clause limitative de responsabilité au regard de l'économie générale du contrat et voir si elle vide de toute substance l'obligation essentielle du contrat. Ou bien caractériser l'existence d'une faute lourde qui doit seule s'apprécier au regard du comportement du débiteur<sup>947</sup>. Ainsi, la validité des clauses limitatives de responsabilité s'apprécie par rapport à plusieurs critères : le caractère non dérisoire de l'indemnisation, l'économie générale du contrat et l'absence de contradiction avec l'obligation essentielle.

**355.** En droit sénégalais, le régime des clauses limitatives de responsabilités est déterminé par les articles 151 et suivants C.O.C.C. Les articles 151 et 152 C.O.C.C. déterminent les conditions générales « *des conventions relatives à la responsabilité* ». Ces conventions sont la clause pénale et la clause limitative de responsabilité. Cependant, la référence à la clause limitative est faite sous l'angle de leur assimilation aux clauses pénales. Selon le législateur sénégalais, les premières citées constituent une modalité des secondes. Cela résulte expressément des dispositions de l'article 155 C.O.C.C. Cet article est d'abord intitulé : « *assimilation de la clause pénale à la clause limitative de responsabilité* ». Ensuite, il dispose *in limine litis*, « *lorsque la clause pénale a pour résultat de limiter la responsabilité encourue, [...]* ». Par conséquent, cette assimilation fait que la clause

---

<sup>944</sup> V°. D. MAZEAUD, « la confiance légitime et l'espotel », *R.D.C.* 2-2006, p. 378.

<sup>945</sup> V°. C.O.C.C. Art : 40.

<sup>946</sup> V°. D. MAZEAUD, « Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga? », *op. cit.*, du même auteur, « Les clauses de responsabilité : clauses de non responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruylant, L.G.D.J., 2001, p. 361 s

<sup>947</sup> V°. Cass. Com. 29 juin 2010, pourvoi n° 09-11841.

limitative de responsabilité a les mêmes conditions de validité qu'une clause pénale. Par conséquent, sa validité est subordonnée au respect des conditions suivantes :

- D'abord, la clause limitative ne doit pas faire disparaître totalement la responsabilité. Ensuite, la clause limitative est exclue dans la responsabilité de droit commun ou les régimes particuliers de responsabilités. Enfin, la clause est inefficace en cas de dol ou de faute lourde et est exclue en cas de préjudice corporel.

**356.** Par ailleurs, il convient de préciser que la somme des limites légales et jurisprudentielles constitue une atteinte à la libre détermination du contenu du contrat. L'article 42 C.O.C.C. devient un simple texte de style sans aucune incidence sur le régime juridique du contrat. Le législateur et le juge ne se limitent plus à l'ordre public<sup>948</sup> et aux bonnes mœurs<sup>949</sup>. Cette situation a irrité certains auteurs qui ont manifesté leur courroux face à cette intervention grandissante de la loi et du juge dans le contenu du contrat. Ainsi, selon monsieur **Larroumet**, il s'agit d'une application dévastatrice de la notion de cause en ce qu'elle permet au juge de ruiner la liberté contractuelle<sup>950</sup>. Pour **Seriaux**, « le juge ne peut que se borner, ce qui n'est pas déjà si mal, à exploiter aux mieux ce que les contractants paraissent à ses yeux avoir voulu, ni moins mais aussi ni plus. Outrepasser ce rôle, c'est entré dans la sphère d'une police judiciaire des contrats contraires à toute la tradition juridique française ». En outre, selon **Melle**, il s'agit d'une très importante atteinte à la liberté des parties dans la définition du contenu obligatoire du contrat<sup>951</sup>.

La jurisprudence **Chronopost** et celles postérieures relatives à la clause limitative de responsabilité témoignent à suffisance que les parties ne peuvent pas « adopter toutes espèces de clauses » même si elles se conforment à l'ordre public et aux bonnes mœurs. C'est donc un coup dur porté à la liberté de contractuelle.

---

<sup>948</sup> V°. A. DURIEUX, *La notion d'ordre public en Droit Privé colonial belge*, Institut colonial belge, Section des sciences morales et politiques, Mémoires-collection in 8°. T. XXXI, fascicule.1.

<sup>949</sup> L'ordre public et les bonnes mœurs sont les seuls limites prévues expressément par les dispositions de l'Art. 42 du C.O.C.C.

<sup>950</sup> V°. N. STAGNOLI, *Les atteintes de la procédure collective à la liberté contractuelle*, mémoire master 2. 2002-2003, p. 14 et s; J. LOHOUES-OBLE, « L'autonomie des parties: le caractère supplétif des dispositions de l'avant-projet d'acte uniforme sur le droit des contrats », Actes et Colloques sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats – Ouagadougou 2007, p. 323 et s.

<sup>951</sup> V°. A. ARSAC-RIBEYROLLES, « Essai sur la notion d'Economie du Contrat », *op. cit.*, p.263.

357. Cependant, il convient de préciser que la volonté ne peut être considérée comme un pouvoir autonome de création à l'égal de la loi. C'est un pouvoir délégué dont l'exercice est encadré par celle-ci.<sup>952</sup> Aussi, la liberté contractuelle n'est désormais pas le seul principe directeur du contrat. À côté de celle-ci, il existe d'autres principes. Il s'agit notamment du principe de la justice contractuelle, de l'équilibre contractuel<sup>953</sup> et du solidarisme contractuel<sup>954</sup>. Il faut donc trouver un équilibre nécessaire entre tous ces principes. Les parties ne peuvent pas déterminer cet équilibre pour deux raisons. D'abord, elles n'ont que la maîtrise du principe de la liberté contractuelle. Les autres principes directeurs du contrat échappent à leur influence. Par exemple, les parties ne peuvent écarter le principe de la bonne foi dans leur relation. Ensuite, au moment de la formation du contrat, chacune des parties cherche à satisfaire son intérêt dans l'opération contractuelle. Or, cet équilibre entre les principes directeurs du contrat trouve son siège dans l'intérêt du contrat.

358. La notion de l'intérêt du contrat a été énoncée pour la première fois par le législateur français dans le projet de réforme du droit de contrat. Il s'agit du paragraphe 3 intitulé « *intérêt du contrat* » situé dans la section III relative au contenu du contrat. Ce paragraphe comprend trois articles : il s'agit des articles 85; 86 et 87<sup>955</sup>.

Le premier article cité dispose que « *chaque partie doit avoir un intérêt au contrat qui justifie son engagement* ». En effet, l'intérêt du contrat justifie l'attente légitime des parties contractantes. Protéger cet intérêt, c'est sauvegarder la confiance légitime. C'est pourquoi, toute clause, qui trahit l'attente légitime d'une partie au contrat, doit être déclarée réputée non écrite car il s'agit d'une clause qui vide le contrat de son intérêt. C'est dans ce sens que l'article 87 du projet de réforme du droit des contrats en France dispose que, « *la clause vidant le contrat de son intérêt est réputée non écrite* ». L'intérêt du contrat est donc une condition d'existence des clauses contractuelles. Les

---

<sup>952</sup> V°. F.C. DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz. 2003, p. 233.

<sup>953</sup> V°. S. Le GAC-PECH, « La proportionnalité en droit privé des contrats », *R.D.C.* Vol. 54 n°3, Juillet-Septembre 2002. J-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants: est-on allé trop loin? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz. 2003, p. 99; Voir. Aussi : D. Mazeaud, « Le régime de l'obligation de sécurité », *Gal. Pal.* 1997, 2, 1201, n°5 et s; Rouhette, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, in *Études Rodière*, D. 1981, p.265.

<sup>954</sup> V°. D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle? », in *Avenir du droit*, Mélanges à F. TERRÉ, éd. D., éd. du jurisclasser, Paris, 1999, p. 603; sur le solidarisme contractuel voire aussi: L. FINLANGER, *L'équilibre contractuel*, Ed. LGDJ, Paris, 2002, A. S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel* Ed. Litec, Paris, 2006.

<sup>955</sup> Il faut cependant noter que la notion d'intérêt de contrat n'a pas été retenue dans la version finale de la réforme française du droit des contrats.

parties peuvent prévoir toutes espèces de clauses à condition que celles-ci ne vident pas le contrat de son intérêt. C'est dans cet ordre d'idées que la jurisprudence disait qu'une « *clause contractuelle ne saurait déposséder un contractant du droit d'obtenir l'exécution de l'engagement qui constitue l'essence du contrat* »<sup>956</sup>. De même qu'il a été décidé qu'une clause de divisibilité expresse devait être réputée non écrite parce qu'elle était incompatible avec l'économie générale du groupe de contrats »<sup>957</sup>.

**359.** Néanmoins, il convient de préciser que la jurisprudence a souvent recours aux notions d'« *essence du contrat* » ou « *l'économie générale du contrat* ». À notre avis, ces deux notions constituent le contenu même de la notion du contrat. En fait, qui dit essence du contrat, dit attente contractuelle c'est-à-dire ce qui justifie l'engagement des parties au contrat. En d'autres termes, l'essence du contrat n'est rien d'autre que l'intérêt du contrat. Au surplus, l'économie du contrat fait référence à l'intérêt du contrat. Certes, un auteur a démontré que l'économie du contrat transcende « *la dichotomie classique [...] entre l'intérêt du contrat et l'intérêt des contractants et, partant entre la cause et les mobiles. En effet, l'économie du contrat propose une analyse renouvelée de la notion d'intérêt en s'attachant à l'intérêt de l'opération contractuelle* ». En outre, il précise que l'économie du contrat n'est, ni celui du contrat, encore moins celui des contractants, mais celui de l'opération contractuelle<sup>958</sup>.

**360.** En revanche, nous ne pensons pas qu'il existe une dichotomie entre l'intérêt du contrat et celui des contractants. En réalité, le premier est un contenant du second. En d'autres termes, l'intérêt des contractants est inclus dans celui du contrat. Cela est aisément vérifiable dans l'article 85 précité qui dispose que « *chaque partie doit avoir un intérêt au contrat qui justifie son engagement* ». L'engagement de chaque partie au contrat constitue son intérêt personnel. De plus, l'auteur s'est même contredit en tentant de définir l'opération contractuelle tantôt comme « *la raison d'être même du contrat* » c'est-à-dire « *l'effet attendu de son exécution* ». Tantôt comme « *l'effet économique normalement attendu de l'exécution de tous les contrats inclus dans cet ensemble* »<sup>959</sup>. Cependant, il faut nuancer l'importance de l'intérêt contractuel comme référence dans le traitement des risques contractuels. En effet, c'est un concept « exagérément élastique et

---

<sup>956</sup> Voir. F. TERRÉ. et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 2000, Spéc. p. 80 et p. 378.

<sup>957</sup> Voir. D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'estoppel », R.D.C. 2006, vol. 58, no 2, p. 363-392.

<sup>958</sup> V°. A. ARSAC-RIBEYOLLES, « Essai sur la notion d'économie du contrat », op. cit. , p. 302 et 303.

<sup>959</sup> V°. *ibid.*, p. 296.

absolument fondé sur une conception purement individualiste, volontariste à outrance du contrat »<sup>960</sup>

On peut donc constater aisément que l'intérêt de l'opération contractuelle justifie l'engagement d'une partie au contrat. La notion d'intérêt au contrat étant précisé, il convient dès de voir la sanction de la violation de la confiance légitime.

## **Paragraphe II. La sanction de la violation de la confiance légitime**

La nature de la sanction de la violation de la confiance légitime n'est pas facile à déterminer. Elle peut tantôt conduire à la violation d'une obligation légale tantôt à la violation d'une obligation contractuelle. Tout comme la nature, les modalités de la sanction d'une telle violation sont également difficile à définir.

### **A. La nature de la sanction**

**361.** La sanction de la violation de la confiance légitime dépend de la nature de l'obligation violée. En effet, s'agit-il d'une obligation légale ou contractuelle ? Avant de répondre à cette question, il convient de dire que la confiance est une technique élaborée en toute pièce par le juge pour protéger l'attente légitime des contractants. À ce titre, elle ne peut être fondée sur une obligation contractuelle. La confiance légitime est une norme comportementale. Elle permet d'encadrer les comportements aléatoires des parties. Elle est fondée sur l'obligation de bonne foi. C'est dans ce sens que la Chambre commerciale de la Cour de Cassation française a affirmé qu' « en vertu de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, et tromper la confiance de son cocontractant »<sup>961</sup>. Or, l'article 1134 al. 3 du Code sus évoqué fait référence à la notion de bonne foi. Par conséquent, la violation de la confiance légitime constitue la violation de l'obligation implicite du contrat<sup>962</sup>. Ainsi, puisqu'il s'agit de la violation d'une obligation extracontractuelle, nous pouvons naturellement dire que la responsabilité qui découle de sa violation est une responsabilité délictuelle parce que la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle exige la réunion des conditions suivantes :

---

<sup>960</sup> V°. S. N. DIAGNE, La pratique du montage contractuel : Réflexions sur une figure juridique en construction, Thèse UCAD, FSJP, 2015, p. 82.

<sup>961</sup> V°. D. MAZEAUD, « Confiance légitime et l'estoppel », *op. cit.*, p. 382.

<sup>962</sup> V°. P. LEGRAND, « L'obligation implicite contractuelle : aspects de la fabrication du contrat par le juge », *R.D.U.S* 1991, p. 109.



- Il faut qu'il existe un contrat valable<sup>963</sup> ;
- L'existence d'une relation contractuelle entre la victime et le responsable ;
- Enfin, il faut qu'il ait violation d'une obligation contractuelle.

**362.** Toutefois, une partie de la doctrine française niait l'existence de la responsabilité contractuelle.<sup>964</sup> La doctrine anti-responsabilité contractuelle se fonde sur plusieurs arguments. En premier lieu, elle estime que le Code civil ne fait pas aucunement allusion à la responsabilité contractuelle. En second lieu, il n'est également pas nécessaire de rechercher un fait générateur sous la forme d'une faute, du fait de la chose ou du fait d'autrui. Seule l'inexécution du contrat importe. Celle-ci est définie comme l'écart entre ce qui est promis par le débiteur et ce qui est accompli ou bien encore, l'écart entre ce que le créancier pouvait légitimement attendre du contrat et ce qu'il a effectivement reçu. Ainsi, l'introduction d'une faute de comportement procède d'une acculturation regrettable de la notion de devoir au sein du contrat. De plus, la faute est distincte de l'inexécution contractuelle. Celle-ci n'est que la conséquence de la première. Dans cette même lancée, Planiol a fait remarquer que « *lorsque l'inexécution de l'engagement est due à une faute de sa part, c'est que l'inexécution a pour cause un acte qui lui est imputable et cet acte est nécessairement distinct de l'inexécution, puisqu'il en est la cause* »<sup>965</sup>. Cela dit, l'inexécution d'un contrat est le résultat d'une faute et non la faute elle-même.

**363.** De plus, les articles 1382 et 1383 du Code civil font référence à la faute comme condition de la responsabilité délictuelle. En revanche, les articles 1134 et 1167 du même Code ne font nullement mention à la notion de faute<sup>966</sup>. De surcroît, pour monsieur **Planiol**, « *la violation d'une obligation contractuelle peut toujours se ramener à la violation d'une obligation légale [...] cet acte, qui constitue la faute, est contraire à la loi qui commande d'exécuter les conventions [...] la faute, même dans les contrats, est délictuelle* »<sup>967</sup>. Dans ce même ordre d'idées, monsieur **Esmein** estimait qu'il ne voyait pas pour quelle raison le propriétaire d'une maison d'habitation serait traité

---

<sup>963</sup> La validité du contrat s'apprécie par rapport aux dispositions des articles 47 et suivants du C.O.C.C.

<sup>964</sup> V°. P. REMY, « La responsabilité contractuelle histoire d'un faux concept », *RTD civ*, 1997, p. 323 et s.

<sup>965</sup> V°. V. WESTER-OUISSE, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle: fusion des régimes à l'heure internationale », *R.T.D. civ*, 2010, p. 419 et s.

<sup>966</sup> V°. Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats : Régime d'indemnisation*, Dalloz action 10e édition, 2014/2015, p. 810.

<sup>967</sup> V°. V. WESTER-OUISSE, *op.cit.*, p. 419.

autrement qu'un entrepreneur de spectacle. Il plaide pour une unification des conditions de la responsabilité<sup>968</sup>. C'est également le vœu du professeur **Wester-ouisse** qui souhaite, sous prétexte d'attractivité du droit français de la responsabilité, de fusionner les deux régimes de responsabilités.

**364.** Toutefois, il convient de dire que la faute contractuelle est assimilée à la faute délictuelle. Néanmoins, cette assimilation n'a pas reçu l'aval de tous les auteurs. Ainsi, pour une partie de la doctrine, deux éléments sont nécessaires à la responsabilité contractuelle. Il s'agit du dommage et de l'inexécution contractuelle. Ainsi, les adeptes de l'existence d'une responsabilité contractuelle ont conclu que l'inexécution du contrat est le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Ainsi, pour Madame **Viney** le fait générateur de la responsabilité contractuelle est l'inexécution. Dans le même sens, **Domat** estime que « *le défaut de s'acquitter d'un engagement est aussi une faute* »<sup>969</sup>.

**365.** Pour la jurisprudence, il convient de relever que la question de l'assimilation de la faute contractuelle à la faute délictuelle avait longtemps divisé les différentes Chambres de la Cour de cassation française. C'est surtout à l'égard des tiers que la controverse est posée. Ainsi, à la question de savoir si le tiers doit apporter une faute détachable du contrat pour engager la responsabilité de l'une des parties, la Chambre commerciale et la Chambre civile de la cour de cassation ont apporté des réponses divergentes. Pour la première, le tiers ne peut engager la responsabilité d'un contractant qu'à condition que l'inexécution du contrat constitue un manquement au devoir général de ne pas nuire à autrui. En revanche, pour la première Chambre civile les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur avait causé un dommage sans avoir à rapporter d'autres preuves. Finalement, il faut attendre un an après pour que l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation tranche en faveur de la Chambre Civile. Les faits de l'espèce sont les suivants :

Les propriétaires d'un immeuble commercial donné à bail à une société sont assignés en référé par le locataire-gérant du fonds de commerce qui est exploité. Ce dernier leur reproche un défaut d'entretien des locaux. Les juges du fond ayant accueilli la demande, les bailleurs forment un pourvoi en cassation articulé autour de l'idée que le locataire-gérant, tiers au contrat de bail commercial, doit établir l'existence d'une faute délictuelle envisagée en elle-même,

---

<sup>968</sup> V°. V. WESTER-OUISSE, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle: fusion des régimes à l'heure internationale » *op.cit.*, p. 420.

<sup>969</sup> V°. DOMAT, Les lois civiles dans leur ordre naturel, section IV du titre VIII du Livre II.

indépendamment de tout point de vue contractuel. Ainsi, la question qui s'est posée à la Cour de Cassation était de savoir si la faute délictuelle doit être détachable du contrat ? À cette question, l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation en date du 6 octobre 2006 a décidé que le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage; qu'ayant relevé [...] que les accès à l'immeuble loué n'étaient entretenus, que le portail d'entrée était condamné, que le monte-charge ne fonctionnait pas et qu'il en résultait une impossibilité d'utiliser normalement les locaux loués, la Cour d'Appel, qui a ainsi caractérisé le dommage causé par le manquement des bailleurs au locataire-gérant du fonds de commerce exploité dans les locaux loués, a légalement justifié sa décision<sup>970</sup>.

Cette décision de la haute Cour a été critiquée par une partie de la doctrine. Celle-ci estime que le tiers profite des effets d'une promesse qui ne lui a pas été faite alors que le débiteur contractuel ne peut opposer, au tiers, certaines clauses du contrat, notamment les clauses limitatives de responsabilité. Ces clauses ne sont pas valables dans le droit commun de la responsabilité civile<sup>971</sup>.

**366.** Il nous est difficile de soutenir certains arguments de la doctrine anti-responsabilité contractuelle. En effet, l'inexécution du contrat ne peut pas être le résultat de la faute car considérer l'inexécution contractuelle comme la conséquence de la faute, c'est confondre celle-ci au dommage. Ensuite, la causalité n'est pas en tant qu'elle un fait ou un acte, c'est un lien entre le fait générateur de la responsabilité et le préjudice. Enfin, la causalité est le lien qui explique le dommage alors que l'inexécution est le fait générateur du dommage.

Par conséquent, l'inexécution du contrat n'est pas le résultat de la faute, mais c'est la faute elle-même. C'est la raison pour laquelle, le législateur sénégalais assimile la faute contractuelle à la faute délictuelle<sup>972</sup>. Cependant, cette assimilation ne remet pas en cause l'existence de la responsabilité contractuelle pour plusieurs raisons :

---

<sup>970</sup> V°. F. BUY, *L'essentiel des grands arrêts du Droit des obligations*, op. cit. , p. 118.

<sup>971</sup> V°. C.O.C.C. Art. 152, « Hors les cas prévus par l'article précédent, les dispositions concernant la responsabilité de droit commun ou les régimes particuliers de responsabilité sont d'ordre public ».

<sup>972</sup> V°. C.O.C.C. Art. 119, « La faute est un manquement à une obligation préexistence de quelque nature qu'elle soit ».

Premièrement, la politique de l'assimilation est une technique législative prévue par des dispositions éparées en droit positif sénégalais. En droit de la famille le législateur sénégalais y fait référence à travers l'article 533 du Code de la famille pour dire que les enfants naturels reconnus sont assimilés aux enfants légitimes alors que cette assimilation n'est pas en réalité absolue<sup>973</sup>.

Deuxièmement, les clauses limitatives de responsabilité sont nulles en matière délictuelle alors qu'elles sont valables en matière contractuelle<sup>974</sup>.

Troisièmement, les règles de compétence en matière de responsabilité contractuelle sont différentes de celles qui existent en matière délictuelle. Dans le premier cas, «*Le demandeur peut assigner à son choix : Devant le tribunal du domicile du défendeur - devant celui dans le ressort duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée. Devant celui dans le ressort duquel le paiement devrait être exécuté*». Dans le second cas, l'article 34 du C.P.C prévoit que la demande en réparation peut être portée devant le tribunal du lieu où le dommage s'est produit. Au regard de ces considérations, nous pouvons conclure qu'il y a une unité de fondement et une dualité de régime entre la responsabilité contractuelle et délictuelle.

Au-delà de cette précision, la confiance légitime permet également de protéger les obligations implicites du contrat. À ce titre, sa violation peut donner lieu à la mise en œuvre d'une responsabilité délictuelle.

## **B. Les différents types de sanction**

**367.** D'emblée, la violation de la confiance légitime du contractant peut être vue comme le manquement à une obligation de ne pas faire<sup>975</sup>. En effet, chacune des parties au contrat ne doit pas trahir la confiance de son cocontractant. La trahison de la foi contractuelle constitue ainsi une violation à l'obligation de ne pas faire. Cette violation peut donner lieu à réparation<sup>976</sup>. Puisque la confiance sert à protéger la pérennité du lien contractuel, les sanctions qui découlent de son

---

<sup>973</sup> V°. S. GUINCHARD, *Droit patrimonial de la famille au Sénégal*, Nouvelles éd. africaines, 1980, p. 433 et s.

<sup>974</sup> V°. C.O.C.C. Art. 152.

<sup>975</sup> V°. PIGNARRE, « L'obligation de praestare », *R.T.D. civ.* 2001, p. 41; M. FABRE MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *R.T.D. civ.* 1996, p. 85; J. HUET, Des différentes sortes d'obligations et plus particulièrement de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée, Mélanges GHESTIN, 2001, p. 426; G. PIGNARRE, A la redécouverte de l'obligation de praestare - Pour une relecture de quelques articles du code civil, *R.T.D. civ.* 2001, p. 41.

<sup>976</sup> V°. C.O.C.C. Art. 6.

inobservation doivent préserver la relation contractuelle. C'est pourquoi, la réparation doit être en nature. D'ailleurs, le juge pourra s'inspirer des sanctions prévues par l'article 105 du C.O.C.C.<sup>977</sup> Ces sanctions sont les dommages et intérêts, la réduction des obligations du cocontractant victime, la réparation par équivalent et l'exécution forcée. Par conséquent, il existe une panoplie des sanctions du manquement à la confiance légitime. Cependant, la question qui se pose est de savoir si ces différentes sanctions sont adaptées à la nature de l'obligation violée.

**368.** En ce qui concerne la sanction relative à la réduction des obligations du contractant, il convient de dire que ce type de sanction est inapplicable car la confiance légitime est le plus souvent invoquée lorsqu'il y a manquement à une obligation implicite du contrat. Il ne s'agit pas de la violation d'une obligation expressément prévue par les parties dans leur contrat. Or, la réduction des obligations du contractant se comprend mieux que si l'inexécution de l'obligation corrélative crée un déséquilibre entre les parties.

**369.** Quant à l'exécution forcée<sup>978</sup>, elle constitue la sanction principale de l'inexécution contractuelle. Le créancier a le droit d'exiger du débiteur l'exécution forcée de sa prestation. Ainsi, il résulte de la décision de la Cour de Cassation française que « *la partie envers laquelle un engagement contractuel n'a point été exécuté a la faculté de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque celle-ci est possible* »<sup>979</sup>. La sécurité contractuelle et le respect de la parole donnée commande une condamnation *in rem*. Cette possibilité de condamnation du débiteur à exécuter en nature est même prévue pour la violation des obligations de faire ou de ne pas faire. Ainsi, selon l'article 6, al. 2. C.O.C.C, « [...] *Le juge peut ordonner la destruction de ce qui aurait été fait contrairement à l'obligation* ». Seulement, il peut arriver que l'exécution en nature soit impossible. Cette impossibilité peut être matérielle, juridique ou morale. L'impossibilité est matérielle lorsque, par exemple le corps certain qui devrait être livré a disparu totalement sans la faute du débiteur<sup>980</sup> ou lorsque le retard est tel que l'exécution ne présente aucun intérêt pour le créancier. En référence à la confiance légitime, on dira que lorsque l'exécution du contrat ne

---

<sup>977</sup> V°. C.O.C.C. Art. 105.

<sup>978</sup> V°. M. FONTAINE et G. VINEY, « Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles », Études de droit comparé, LDGJ, 2001. Voir. F. LAURE, « Principes de droit civil »; Yves-Marie LAITHIER, D. MAZEAUD, « La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution en nature ? », *R.D.C. Lextenso*, 1er avril 2012, n°2, p. 681 et s.P.GROSSER « Les remèdes à l'inexécution du contrat, essai de classification », Thèse, Paris I, 2000.

<sup>979</sup> V°. civ. 1re, 16 Janv. 2007; *Dalloz*. 2007, note O. Gout.

<sup>980</sup> V°. C.O.C.C. Art. 214.

présence aucun intérêt pour le créancier, le juge pourra ordonner l'exécution par équivalent. Cependant, le droit à l'exécution forcée est subordonné au comportement irréprochable du créancier. En effet, le créancier irrespectueux du contrat ne peut pas obtenir un ordre d'exécution du juge<sup>981</sup>.

**370.** L'impossibilité est juridique lorsqu'un tiers de bonne foi possède un droit acquis qui paralyse l'exécution du contrat. Cette hypothèse est prévue par l'article 262 al. 1 C.O.C.C. Selon ce texte, « *En matière mobilière, l'acquéreur de la chose d'autrui en devient propriétaire lorsqu'il a reçu de bonne foi* ». Cependant, s'il est démontré que le tiers est de mauvaise foi, le transfert de propriété au tiers sera, dans ce cas, inopposable au créancier. Quant à l'impossibilité morale, elle résulte du respect de la liberté individuelle. C'est le cas où l'obligation a un caractère personnel.

**371.** Dans tous les cas, lorsque l'exécution en nature est impossible, le créancier doit se contenter d'une exécution par équivalent, c'est-à-dire des dommages et intérêts. Mais, l'article 105 C.O.C.C. présente les dommages et intérêts comme une sanction complémentaire c'est dire que le débiteur est tenu de payer des dommages et intérêts indépendamment de l'exécution en nature. Le texte précité dispose en ces termes que, « [...] *l'autre partie peut, en dehors des dommages et intérêts qui lui sont dus, demander en justice soit l'exécution forcée* [...] ». Par conséquent, retenir les dommages et intérêts<sup>982</sup> en lieu et place de l'exécution forcée revient à diminuer les droits du créancier. C'est pourquoi, nous pensons que cette diminution doit être compensée par l'octroi des dommages et intérêts très importants.

**372.** De même, une partie de la doctrine est favorable à l'allocation des dommages et intérêts en cas de violation de la confiance légitime. En retenant ce mode de sanction, les tenants de cette doctrine se réfèrent à l'article 1142 du Code civil français. Aux termes de cette disposition, « *Toute obligation de faire ou de ne faire se résout par l'allocation des dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». Or, le respect de la confiance légitime est une obligation de faire. À ce titre, la sanction de sa violation se résout par l'allocation des dommages et intérêts. Cependant, il a été dit qu'il ne faut pas prendre littéralement les dispositions de l'article susmentionné. Ainsi, pour une bonne partie de la doctrine, l'article 1142 du Code civil français n'empêche pas le juge d'imposer l'exécution en nature pour une obligation inexécutée sauf si celle-

---

<sup>981</sup> V° T. GENICON, « La faute du créancier comme nouvelle lite à l'exécution forcée en nature », RDC 2014 n° 2, p. 171.

<sup>982</sup> V° E. NSIE, « La sanction de l'inexécution des obligations des parties dans la vente commerciale », *op. cit.*, p.114.

ci a un caractère personnel. Au-delà, il convient de dire que les instruments extracontractuels garantissent non seulement l'équilibre juridique du contrat mais aussi son équilibre économique.

## CHAPITRE II. LA GARANTIE DE L'ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE DU CONTRAT PAR LA CONSÉCRATION DE CERTAINES MESURES

L'équilibre économique du contrat renvoie à l'équivalence des prestations réciproques, c'est-à-dire au « rapport de valeur entre les prestations réciproques »<sup>983</sup>. Certains phénomènes rompent cet équilibre. Il s'agit notamment de la lésion et de l'imprévision.

**373.** La lésion est un déséquilibre économique existant au moment de la formation du contrat. Elle est définie par la législation sénégalaise comme un déséquilibre des prestations promises au moment de la formation du contrat<sup>984</sup>. C'est un préjudice pécuniaire résultant pour l'une des parties d'une absence d'équivalence entre les prestations réciproques. L'un des contractants a fait une mauvaise affaire ou une erreur d'évaluation de la prestation de l'autre. La lésion est différente des vices du consentement. La première n'est cause de nullité du contrat que dans les cas prévus par la loi alors que les vices du consentement entraînent toujours la nullité de l'accord des parties<sup>985</sup>. De plus, la sanction de la lésion a un nom propre. Il s'agit de la rescision. Or, la sanction des vices du consentement peut entraîner la nullité du contrat. Encore, la lésion est exclue dans les contrats aléatoires car l'aléa chasse la lésion. En revanche, il peut avoir des vices du consentement dans lesdits contrats.

Aux termes de l'article 75 C.O.C.C. la lésion suppose la réunion de plusieurs conditions cumulatives. Il s'agit d'une **condition économique**. C'est un déséquilibre des prestations promises et une **condition temporelle**, c'est-à-dire le déséquilibre doit exister au moment de la formation du contrat. Elle rompt « l'équilibre financier des prestations »<sup>986</sup>.

**374.** Quant à l'imprévision, c'est un déséquilibre économique existant au moment de l'exécution du contrat. Elle n'est pas définie par les dispositions C.O.C.C. Cependant, il y a imprévision, lorsqu'un changement des circonstances<sup>987</sup> économiques bouleverse l'économie initiale d'un contrat en rendant son exécution excessivement onéreuse pour l'une des parties. Lorsqu'un tel événement se produit, le juge n'a pas le pouvoir de modifier lui-même les conditions

---

<sup>983</sup> V°. E. HOUSSARD, « L'économie du contrat », revue juridique de l'ouest, année 2002, Vol. 15, n° 1, p. 42.

<sup>984</sup> V°. C.O.C.C. Art. 75.

<sup>985</sup> Si les conditions prévues par l'article 62 du C.O.C.C. sont remplies.

<sup>986</sup> V°. E. HOUSSARD, *ibidem*.

<sup>987</sup> V°. D. PHILIPPE, « Les clauses relatives aux changements de circonstances dans les contrats à long terme », *op. cit.*, p. 5 et s.



du contrat<sup>988</sup>. En effet, il appartient aux parties de se prémunir contre l'imprévision en prévoyant des clauses d'adaptations. L'insertion de telles clauses a pour but d'assurer la pérennité du contrat en dépit des bouleversements de l'environnement économique qui peuvent survenir pendant son exécution. Ainsi, la clause d'adaptation constitue un instrument de sécurité car elle permet de sauvegarder, en restaurant, leur équilibre, les contrats menacés de disparition. Au fond, la clause d'adaptation instille une dose de flexibilité dans le contrat et garantit sa pérennité.<sup>989</sup>

**375.** Seulement, l'efficacité de ces clauses est aléatoire. Ainsi, il a été décidé que « *la clause de rencontre, obligeant les parties à se rencontrer en cas d'événement majeur affectant leurs obligations respectives, n'oblige en aucune façon le cocontractant à accepter les modifications* » de contrat proposées par l'autre partie et même l'article du contrat intitulé « *adaptation et transfert du contrat* »<sup>990</sup>, selon lequel les parties ont convenu d'examiner ensemble « *les moyens d'adapter le contrat aux évolutions économiques, techniques ou de réglementation* ». Cette clause n'oblige nullement les parties à réviser le contrat, mais en autorise seulement la possibilité<sup>991</sup>. Il résulte de cette décision que la clause d'imprévision ne crée pas une obligation de résultat. À la limite on se demande même pourquoi les parties en font recours.

C'est pourquoi, à côté de ces clauses, la jurisprudence a créé une obligation dite de renégociation du contrat (**Section I**) et impose aux parties de renégocier en cas d'imprévision.

En outre, la jurisprudence a élaboré une autre technique juridique consistant à assurer le maintien du contrat tout en extirpant l'illicéité qui l'affecte. Il s'agit de la nullité partielle (**Section II**) qui permet de restaurer l'équilibre économique du contrat s'il y a défaut partiel de contrepartie ou en cas de prix excessif.

## SECTION I. L'OBLIGATION DE RENÉGOCIATION

**376.** La négociation est un échange de proposition et de contre-propositions à propos des éléments du contrat projeté<sup>992</sup>. À la différence du contrat d'adhésion qui est préétabli par la partie la plus forte, la négociation suppose que les parties aient discuté sur le contenu de leur accord sur

---

<sup>988</sup> V°. T. GENICON, « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », *Dalloz*, 2010 p. 2485.

<sup>989</sup> V°. D. MAZEAUD, « Renégocier ne rime pas avec réviser », *Dalloz*, 2007 – n° 11, p. 7

<sup>990</sup> V°. Cour de cassation 3 octobre 2006, pourvoi n° 04-13214.

<sup>991</sup> V°. Cass. Com. 3 octobre 2006, *Dalloz*, 2007 n° 11, Note de Denis MAZEAUD.

<sup>992</sup> V°. J. SCHMIDT, « La période précontractuelle en droit français », *R.D.C.* Vol. 42 n°2, Avril-Juin 1990, p. 546.

un pied d'égalité<sup>993</sup>. Elle se situe le plus souvent dans la période précontractuelle parce qu'elle permet une formation progressive du contrat. De ce fait, elle est gouvernée par les règles de la responsabilité délictuelle. Mais, les négociateurs peuvent, dans certains cas, privilégier la sécurité des relations précontractuelles en concluant des avant-contrats destinés à faciliter la préparation du contrat définitif<sup>994</sup>. Ces avant-contrats peuvent être des promesses de contrat ou de véritables contrats de négociation.

**377.** Par ailleurs, la clause de négociation peut être incluse dans un contrat définitif en vue de reconduire les effets, de l'adapter ou d'en modifier les effets. Dans ce cas, elle constitue une révision des clauses initialement stipulées ou une modification ultérieure de celles-ci en vue d'adapter le contrat. Elle constitue une remise en cause de l'intangibilité du contrat. Cependant, leur efficacité est relative. D'une part, elles n'obligent « *pas chaque partie à accepter n'importe quelle modification proposée par l'autre partie, elles mettent cependant à leur charge, en cas de bouleversement de l'équilibre économique du contrat en raison d'un événement extérieur aux parties, une obligation de renégocier loyalement* »<sup>995</sup>. D'autre part, la rupture des négociations ne peut en aucun cas engager la responsabilité de l'une ou de l'autre partie. Sauf s'il a apporté la preuve d'une faute de négociation<sup>996</sup>.

**378.** Face à cela, la Cour de Cassation française a imposé un devoir d'adaptation et de renégociation du contrat en présence des circonstances nouvelles<sup>997</sup>. Cette renégociation imposée par le juge, objet de notre présente section, est considérée comme une entorse grave à la liberté contractuelle, selon la doctrine de l'autonomie de la volonté. Pour cette doctrine, le contrat doit rester imperméable à toute ingérence du juge, en dépit de la crise qui l'affecte et qui menace sa pérennité. Il appartient aux parties de modifier les clauses que ça soit en période de paix ou de crise contractuelle.

---

<sup>993</sup> V°. F.DIENG, « Réflexion sur l'article 6/24 de l'avant-projet d'acte uniforme sur le droit des contrats », *Annales Africaines*, Nouvelle série, Vol. .I, Décembre 2014, p. 52.

<sup>994</sup> V°. J. SCHMIDT, « La période précontractuelle en droit français », *op.cit.*, p. 546.

<sup>995</sup> V°. Cour de cassation, 03 octobre 2006 *Dalloz*, 2007, p. 765.

<sup>996</sup> La faute de négociation est le fait de mener les négociations de façon déloyale. C'est-à-dire de traîner les négociations sans motif légitime.

<sup>997</sup> Voir. J. MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à l'esprit de collaboration », *R.T.D. civ.* 1986, p. 100 et s.

Cela étant, nous allons donc étudier d'abord les origines de l'obligation de négociation (**Paragraphe I**) ensuite les obstacles à l'obligation de négociation (**Paragraphe II**).

### **Paragraphe I. Les origines de l'obligation de renégociation**

L'obligation de renégociation du contrat permet d'adapter celui-ci en cas de changement des circonstances<sup>998</sup>. En d'autres termes, c'est une obligation qui est nécessaire lorsqu'il existe des circonstances nouvelles constitutives d'imprévision et en l'absence des clauses d'adaptation.

Ainsi, l'obligation de négociation dans les contrats préparatoires et dans les contrats de longue durée sera étudiée en premier lieu (**A**) avant de se pencher sur sa consécration dans l'avant-projet d'acte uniforme portant droit des contrats (**B**).

#### **A. L'obligation de négociation dans les contrats préparatoires et dans les contrats de longue durée**

**379.** Les avant-contrats sont des accords préparatoires des contrats définitifs. Il s'agit des promesses de contracter. Il y a plusieurs catégories de promesse de contrat<sup>999</sup>. Nous avons entre autres les promesses de contrats unilatéraux et les promesses de contrats bilatéraux. Les promesses bilatérales sont l'accord de principe<sup>1000</sup> et la promesse synallagmatique du contrat<sup>1001</sup>. Cette dernière n'est pas prévue par le droit O.H.A.D.A. Toutefois, on la trouve dans le droit commun en l'occurrence dans l'article 321 C.O.C.C. Cependant, le silence du législateur communautaire sur l'existence de la promesse synallagmatique du contrat ne renvoie pas à son exclusion dans le droit des affaires. Le droit interne joue un rôle de suppléance des lacunes du droit communautaire O.H.A.D.A.

**380.** Par ailleurs, le C.O.C.C. ne prévoit la promesse synallagmatique qu'en référence au contrat de vente. En fait, la disposition précitée dispose que le contrat de vente peut être précédé d'une promesse synallagmatique de vente. Celle-ci est définie par l'article 322 du même Code, « *La promesse synallagmatique est celle par laquelle les deux parties sont d'accords, le vendeur peut vendre, l'acheteur pour acheter une chose déterminée pour un prix fixé* ». Nonobstant cette

---

<sup>998</sup> V°. D. PLANUTIS, « Le déséquilibre contractuel dû au changement imprévisible des circonstances et ses remèdes Étude de droit comparé: Espagne Pologne France ».

<sup>999</sup> V°. R. DEMOGUE, « Les contrats provisoires », *Mélanges H. Capitant*, 1939, p. 159.

<sup>1000</sup> V°. I. NAJJAR, « L'accord de principe », *D.* 1991, p. 57.

<sup>1001</sup> V°. J. SCHIMIDT, « La période précontractuelle en droit français », *R.D.C.* Vol. 42 n° 2, Avril-Juin 1990, p. 563.

limitation légale du domaine de la promesse synallagmatique au contrat vente, celle-ci peut précéder la conclusion de toute sorte de contrat. Cette précision étant faite, il convient de retenir que la promesse synallagmatique du contrat ne permet pas la renégociation du contrat. Dans cette promesse, les parties ont déjà donné leur consentement définitif à la conclusion du contrat projeté<sup>1002</sup>.

**381.** En revanche, l'accord de principe est différent de la promesse synallagmatique du contrat. D'abord, l'accord de principe est le seul avant contrat qui génère entre les parties une obligation de négocier. Ensuite, l'accord de principe n'est pas un contrat définitif<sup>1003</sup> alors que la promesse synallagmatique est un contrat irrévocable. L'accord de principe est lesté d'une réserve et la fermeté de l'engagement y demeure dans une zone imprécise<sup>1004</sup>. Dans l'accord de principe on donne son consentement en attendant sa confirmation. C'est donc un engagement sujet à confirmation. Ainsi, la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé par arrêt du 24 mars 1958 que l'accord de principe est un engagement lorsqu'il est suivi de confirmation<sup>1005</sup>. Enfin, ces deux promesses n'ont pas les mêmes effets de droit. En effet, l'accord de principe crée entre les parties une obligation contractuelle de négocier. Elles sont tenues de négocier de bonne foi. En cas de faute dans la négociation, la responsabilité contractuelle de celui qui a commis la faute sera engagée<sup>1006</sup>. L'obligation de négocier est une obligation de moyen. Cependant, il incombe aux parties une obligation de résultat de négocier. Le refus de négocier engage la responsabilité contractuelle de la partie ayant refusé toute négociation. Mais, en tout état de cause, elles ne sont pas tenues à une obligation de résultat à la conclusion du contrat définitif. Ainsi, selon l'arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1989, l'accord de principe conclu avec un syndicat sur la réduction de la durée hebdomadaire de travail n'oblige pas l'employeur qui n'est pas tenu d'une obligation de résultat. Au regard de ce régime, l'accord donne aux deux parties un droit de réflexion. Elles ne se sont pas dessaisies de leur consentement. Ainsi, si la conclusion du contrat ne corrobore pas à leurs intérêts ; elles peuvent refuser de confirmer leur consentement.

---

<sup>1002</sup> Cependant, il faut faire la distinction entre une promesse qui porte sur la vente d'un bien meuble et immeuble. Dans le premier cas, il s'agit d'une vente parfaite si le contrat définitif est un contrat consensuel. En revanche, dans le second cas la promesse n'oblige pas les parties à conclure le contrat définitif.

<sup>1003</sup> V°. C.O.C.C. Art. 323.

<sup>1004</sup> V°. I. NAJIAR, « Accord de Principe », *op. cit.*, p. 57.

<sup>1005</sup> V°. F. BUY, *L'essentiel des grands arrêts du droit des obligations*, *op. cit.*, p. 24 et 25.

<sup>1006</sup> V°. J. SCHMIDT, « La période précontractuelle en droit français », *op. cit.*, p. 561.

**382.** Pour les promesses de contrats unilatéraux<sup>1007</sup>, nous pouvons citer le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contrat. La première est prévue par l'article 319 C.O.C.C. C'est un contrat par lequel une personne, le promettant, s'engage à proposer par priorité la conclusion d'une convention future à une autre personne, le bénéficiaire, qui accepte la préférence qui lui est accordée. Cet avant contrat offre à chacune des parties des droits. Au bénéficiaire, le pacte lui offre deux droits. Premièrement, il bénéficie un droit personnel éventuel, puisque la mise en œuvre de la préférence est subordonnée à la décision du promettant de conclure le contrat projeté. Deuxièmement, il jouit d'un droit de contrôle sur la personne du contactant futur du promettant<sup>1008</sup>. En effet, si la personne du tiers contractant convient au bénéficiaire du pacte, celui-ci ne mettra pas en œuvre la préférence dont il est titulaire et l'affaire sera valablement conclue entre le promettant et le tiers. En revanche, si la personne du promettant ne convient pas aux intérêts du bénéficiaire, celui-ci devra se prévaloir positivement de la préférence en contractant à la place du tiers aux mêmes conditions<sup>1009</sup>.

**383.** Quant au promettant, le pacte lui offre un droit de réflexion. La décision de conclure le contrat définitif dépend de sa seule volonté<sup>1010</sup>. Pour cela, il dispose d'un délai de réflexion fixé par le pacte. À défaut de délai précis, le pacte est conclu pour une durée indéterminée. De ce fait, le promettant dispose d'un délai de réflexion suffisamment long pour conclure le contrat futur en toute connaissance de cause. Cependant, ce type de contrat ne permet pas aux parties de négocier ou de renégocier le contrat car la décision de conclure le contrat final dépend de la volonté d'une seule personne.

**384.** Il en va de même pour la promesse unilatérale du contrat celui-ci ne permet pas aux parties de renégocier les obligations contractuelles. En effet, la promesse unilatérale est un avant contrat par lequel le promettant s'engage envers le bénéficiaire à conclure un contrat projeté dont les conditions sont d'ores et déjà déterminées si celui-ci le lui demande dans un certain délai. Elle peut porter sur toute espèce de contrat bien que le C.O.C.C. ne l'envisage que par rapport au contrat de vente<sup>1011</sup>. Dans la promesse unilatérale du contrat, le bénéficiaire dispose d'un droit de réflexion, parce qu'il prend seulement acte de l'engagement du promettant, mais ne promet pas de conclure

---

<sup>1007</sup> V° D. MAZEAUD, « La promesse unilatérale de vente », *Dalloz*, 2011, p. 1457.

<sup>1008</sup> V° D. MAINGUY, « La violation du pacte de préférence », *Droit. et patrimoine*, 2006, n° 144.

<sup>1009</sup> V° Cass. Ch. Mixte, 26 mai 2006, bulletin n°03-19376.

<sup>1010</sup> V° H. KENFACK, « Pacte de préférence et condition potestative "virtuelle" », *Dalloz*, 2003, p. 1190.

<sup>1011</sup> V° C.O.C.C. Art. 321 ; 324 ; 325 et 326.

le contrat définitif d'une part. D'autre part, il dispose d'une option qui lui laisse la liberté de donner ou non son consentement à celui-ci. Mieux, le bénéficiaire dispose d'un droit d'option qu'il peut exercer de façon discrétionnaire. C'est pour dire que rien ne doit déranger sa quiétude pendant le délai d'option<sup>1012</sup>.

**385.** L'obligation de renégociation a été également créée par la jurisprudence dans les contrats de longue durée. En fait, les contrats, dont l'exécution s'étale dans le temps, exposent les contractants à un aléa. L'échange des consentements au moment de la formation du contrat repose sur un équilibre originel des conditions économiques du contrat. Un bouleversement de celles-ci d'une façon imprévisible rompt l'équilibre initial au détriment de l'une des parties. En effet, « *le contrat subit les meurtrissures du temps* »<sup>1013</sup>. Ainsi, si l'exécution du contrat est échelonnée et que les obligations qui en découlent ont été fixées *ab initio*, c'est-à-dire à l'époque de la conclusion du contrat, les parties sont exposées à un risque. Il s'agit « *la transformation du contexte économique, politique, monétaire ou social* »<sup>1014</sup>. Ces risques ont pour conséquence de rompre l'équilibre économique du contrat. Généralement, les parties prennent en compte la durée de leur accord. Elles insèrent, soit des clauses de forces majeures qui visent à définir très largement les circonstances empêchant l'exécution et à assouplir la rigidité de ses conséquences, soit par des clauses « *hard ship* » qui prévoient un aménagement du contrat en cas de changement d'ordre économique dont la conséquence serait de déséquilibrer le contrat<sup>1015</sup>. Cependant, il peut arriver que ces clauses ne soient pas insérées dans le contrat. Face à cette situation, la Cour de Cassation française a refusé de réviser le contrat pour rétablir son équilibre économique. On désigne cette attitude sous le vocable de refus de la révision pour imprévision.

**386.** Selon la théorie de l'imprévision, un pouvoir de modification du contrat doit être reconnu au juge en cas d'imprévision<sup>1016</sup>. L'imprévision est un changement imprévu de circonstances, suffisamment important pour créer un grave déséquilibre entre les prestations des

---

<sup>1012</sup> V°. D. MAZEAUD, « La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence », *Gaz. Pal.* 1994, Doctrine. p. 210.

<sup>1013</sup> V°. D. MAZEAUD, « Du nouveau sur l'obligation de renégocier », *Dalloz*. 2004, p. 1754.

<sup>1014</sup> V°. *ibid.*, p. 1756.

<sup>1015</sup> V°. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, L.G.D.J. 1989, p. 218.

<sup>1016</sup> V°. Voir. P. STOFFEL-MUNCK, « Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain. », *PUAM* 1994.

parties. Le déséquilibre généré par le changement de circonstances apparaît pendant l'exécution du contrat

**387.** Par contre, la jurisprudence administrative a consacré la théorie de l'imprévision depuis 1916 par un arrêt dénommé *Gaz de bordeaux*. Dans cette affaire, le commissaire du gouvernement déclarait « *vous avez appliqué très largement le principe que les contrats doivent être exécutés de bonne foi et conformément à l'intention que les parties avaient pu avoir au moment où elles contractaient. Vous avez été ainsi amenés à tenir compte des faits qui n'avaient pas pu être lors de la passation du marché. Les difficultés exceptionnelles que rien ne permettaient de soupçonner* »<sup>1017</sup>. En fait, en droit administratif, l'acceptation de la théorie de l'imprévision a pour fondement l'intérêt général et la continuité du service public. Ces impératifs sont supérieurs à la force obligatoire du contrat parce que laisser le cocontractant de l'administration affronter un déficit important alors que les techniques contractuelles ne permettent pas de résorber, c'est le contraindre à cesser son activité et à interrompre le fonctionnement du service public.

**388.** En revanche, en droit privé, les contractants poursuivent la satisfaction de leurs intérêts privés. Il leur appartient donc de prendre en charge le déséquilibre contractuel résultant le bouleversement des circonstances. Cependant, une partie de la doctrine n'est pas de cet avis. En effet, il existe des débats doctrinaux par rapport à l'exclusion ou l'admission de l'imprévision. Ainsi, deux thèses se sont affrontées : il s'agit de la théorie classique et de la théorie moderne.

**389.** La théorie classique exclut l'idée de révision du contrat pour imprévision. Elle se fonde sur deux arguments. En premier lieu, il voit la révision comme une source d'insécurité juridique. Le contrat est un acte de projection ; il doit avoir une emprise sur le futur. Par conséquent, réviser le contrat à cause de la survenance d'un événement imprévisible, c'est remettre en cause la stabilité du contrat. En second lieu, la force obligatoire du contrat a été également invoquée pour rejeter la révision du contrat pour imprévision. Permettre à l'une des parties de ne pas exécuter le contrat sous prétexte de l'imprévision, c'est remettre en cause le respect de la parole donnée, c'est porter un inconvénient à la volonté commune des parties. L'intangibilité<sup>1018</sup> du lien contractuel implique

---

<sup>1017</sup> V°. Le commissaire du gouvernement cité par Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit., p 173.

<sup>1018</sup> V°. C.O.C.C. Art. 97.

le rejet de la révision du contrat pour imprévision. En outre, si les parties avaient voulu modifier leur contrat, elles l'auraient prévu pendant ou après la conclusion de leur accord.

**390.** La théorie moderne est favorable à la révision du contrat. Plusieurs arguments ont été avancés. Le premier renvoie à l'idée que dans tous les contrats, il existerait une clause tacite en vertu de laquelle les parties ne sont engagées qu'à la condition que les choses restent en l'état au moment de la conclusion du contrat. C'est la clause *rebus sic stantibus*. Dès lors, s'il survient un événement modifiant les conditions initiales, il faut réviser le contrat. Le deuxième argument est relatif à l'obligation de bonne foi. En effet, le refus de réviser le contrat pour imprévision est contraire à la bonne foi exigée dans l'exécution du contrat. Pour le troisième argument, il a été dit que l'exécution du contrat en dépit du bouleversement intervenu serait très proche de l'enrichissement sans cause. Le dernier argument invoqué est celui du solidarisme contractuel<sup>1019</sup>. Il est entrepris par une certaine doctrine qui entend réduire le droit subjectif à sa fonction sociale. Le solidarisme contractuel veut rétablir un certain équilibre de droits entre les parties inégales en fait<sup>1020</sup>. Pour cette doctrine, les parties doivent s'entraider dans la formation et dans l'exécution du contrat. Chacune doit prendre en compte les intérêts légitimes de l'autre. Pendant l'exécution du contrat, deux obligations s'imposent à chacune des parties. Une obligation passive qui consiste à ne pas rendre difficile ou impossible l'exécution du contrat par le cocontractant. En outre, il incombe aux parties une obligation positive, c'est-à-dire de collaborer à la réalisation de l'objet du contrat. C'est dans ce sens que **Demogue** disait que le contrat est une œuvre de coopération entre individus, « une sorte de microcosme, une petite société où chacun doit travailler dans un but commun »<sup>1021</sup>. **A. Serieux** poursuit que « la bonne volonté, la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère »<sup>1022</sup>. Quant à **D. Mazeaud** il écrit que la fraternité, l'amitié, la sociabilité constituent désormais la trilogie qui gouverne la relation contractuelle.

---

<sup>1019</sup> V°. C. THIBIERGE, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *R.T.D. civ.* 1997, p. 357 et s., pour Christophe Jamin, l'article précité note (8), et pour l'auteur de ces lignes « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in Mélanges François Terré, 1999, p. 603 et s.; « L'évolution du contrat en droit privé français », in L'évolution contemporaine du droit des contrats, PUF, 1986, spéciale. p. 45.

<sup>1020</sup> V°. J. CEDRAS, « Liberté – égalité – contrat ; le solidarisme contractuel en doctrine et devant la cour de cassation », *op. cit.*

<sup>1021</sup> V°. D. MAZEAUD, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de Cassation », [https://www.courdecassation.fr/...26/...36/.../doctrine\\_devant\\_6260.html](https://www.courdecassation.fr/...26/...36/.../doctrine_devant_6260.html), 15/09/2017.

<sup>1022</sup> V°. *ibid.*



En faveur de la révision du contrat pour imprévision, il est apparu l'émergence des nouveaux principes à savoir le principe de l'égalité contractuelle, de l'équilibre contractuel et de la fraternité contractuelle<sup>1023</sup>.

**391.** Cependant, la position traditionnelle de la Cour de Cassation française était le rejet de la théorie de l'imprévision. En effet, « *En 1957, Adam de Craponne s'oblige à construire et à entretenir perpétuellement un canal destiné à l'arrosage de la commune de Pelissanne. Le contrat prévoit en contrepartie que les habitants devront payer, à lui ou ses héritiers, 3 sols chaque fois qu'ils arroseront leur propriété. En 1841, soit trois siècles plus tard, le tribunal civil d'Aix décide que le prix, qui vaut à trois centimes, est insuffisant et hors proportion avec le prix des eaux et les dépenses que l'exploitant est désormais obligé de faire. Il porte en conséquence le prix de la redevance à soixante centimes pour la période de 1834 à 1874, ce qu'approuve par suite la Cour d'Appel d'Aix, laquelle juge que les contrats à caractère excessif peuvent être modifiés par la justice. La commune de Pelissanne et le syndic des arrosant, forment alors un pourvoi en cassation* »<sup>1024</sup>. La Cour Cassation a donné gain de cause à la commune en décidant, de façon solennelle, dans un arrêt en date du 6 mars 1976, « *Que dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer les clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants; Qu'en décidant le contraire et en élevant à 30 centimes de 1834 à 1874, puis à 60 centimes à partir de 1874, la redevance d'arrosage, fixée à 3 sols par les conventions de 1960 à 1967, sous prétexte que cette redevance n'était plus en rapport avec les frais d'entretien du canal de Craponne, l'arrêt attaqué a formellement violé l'article 1134 ci-dessus visé* »<sup>1025</sup>. Dans cet arrêt la Cour de Cassation a voulu garantir le respect de la parole donnée et placer le rôle du juge dans sa juste mesure. Il ne lui appartient pas de modifier l'accord des parties. Le juge est tenu de respecter et de faire respecter la force obligatoire du contrat. En effet, il appartient aux parties si elles jugent qu'il en va de leur intérêt, de se prémunir des clauses d'adaptation.

---

<sup>1023</sup> V°. Com 18 déc. 1979, Gazette du Palais 1980, I, p. 232; Cass 16 mars 2004, D. 2004, p. 1754, note Mazaud ; R.T.D. civ 2004, p. 218, obs. Mestre ; J. GHESTIN, « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *Dalloz* 2004, p. 2939; Christophe Jamin, « Une brève histoire politique dans l'interprétation de l'article 1134 du Code civil », D. 2002, p. 901 et s; Cass 3 novembre 1992, J.C.P. 1993, II, n° 22164, note Virassamy ; Social 25 février 1992, D. 1992, p. 390, note Defossez ; Com 24 novembre 1998, R.T.D. civ 1999, p. 98, obs. Mestre

<sup>1024</sup> V°. F. BUY, *L'essentiel des Grands arrêts du Droit des obligations*, op. cit., p. 102.

<sup>1025</sup> V°. *ibid.*, p. 102.

**392.** Aujourd'hui, la doctrine favorable à la révision du contrat pour imprévision a reçu un écho favorable tant dans la jurisprudence que dans la législation. Ainsi, la Chambre commerciale de la Cour de Cassation française a décidé par un arrêt rendu le 31 mars 1992 « *qu'après avoir relevé que la société B n'était pas contractuellement tenue de procéder à un sablage préalable des surfaces à peindre, l'arrêt retient que cette société ne peut soutenir avoir exécuté ses obligations, dès lors qu'elle n'a pas revêtu les cuves d'une peinture efficace, alors que d'autres procédés que le sablage permettaient d'obtenir le résultat escompté par son cocontractant; ainsi; la Cour d'appel n'a pas méconnu la loi du contrat en appréciant les conditions dans lesquelles il devait être exécuté de bonne foi* »<sup>1026</sup>. Cet arrêt impose à une entreprise d'adapter le contrat bien que cela ne soit pas prévu expressément par le contrat. Dans un autre arrêt le juge a décidé que l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois<sup>1027</sup>.

**393.** En 1992, dans un arrêt **Huard** la Cour de Cassation française a également imposé à l'un des contractants une obligation de négocier le contrat. Les faits de l'espèce sont suivants : Il a considéré que l'obligation de bonne foi doit conduire les parties à adapter le contrat aux circonstances économiques nouvelles.<sup>1028</sup> Cependant, la portée de cette décision est limitée car le déséquilibre du contrat n'est pas dû à des événements imprévisibles mais plutôt au fait d'un contractant<sup>1029</sup>. Néanmoins, dans une autre affaire, la Cour de Cassation française « *a fait obligation au mandant, en cas de changement de circonstances, de prendre des mesures concrètes pour permettre au mandataire de pratiquer des prix concurrentiels* »<sup>1030</sup>. Il en va ainsi dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Nancy. Le juge a estimé en 2007, « *qu'en présence d'une imprévision, la bonne foi doit conduire les parties à reprendre les négociations interrompues pour réviser le contrat* »<sup>1031</sup>. Cette obligation de négociation en cours d'exécution du contrat trouve son fondement dans l'obligation de bonne foi. Cette bonne foi a deux facettes. S'agissant du principe de négocier, il faut dire que les contractants y sont tenus. C'est une obligation prétorienne. À défaut de négocier, des sanctions s'imposent. Malheureusement, la jurisprudence ne précise pas les modalités des négociations, c'est-à-dire la forme ou le délai des négociations. Ensuite, le tribunal

---

<sup>1026</sup> V°. K. DE L'ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat*, op. cit., p. 255.

<sup>1027</sup> V°. *ibid.*, p. 256.

<sup>1028</sup> V°. B. FAGES, « Nouveaux pouvoirs: le contrat est-il encore la chose des parties? » op. cit., p. 2389.

<sup>1029</sup> V°. D. MAZEAUD, « Du nouveau sur l'obligation de renégocier », *Dalloz*. 2004, p. 1754 et s.

<sup>1030</sup> V°. B. FAGES, op.cit., p. 2389.

<sup>1031</sup> V°. Notes de M. BOUTOMET, *Dalloz*. 2008, p. 1120.

ne précise pas si pendant les négociations, on doit interrompre l'exécution du contrat ou poursuivre son exécution.

**394.** Aujourd'hui, l'article 1195 de l'ordonnance du 10 février 2016 a définitivement tranché la question de l'imprévision dans le droit positif français. D'abord, ce texte a admis la théorie de l'imprévision. Il dispose que : « *si un changement de circonstance imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la négociation* ». Ainsi, l'article précité a réglé le sort du contrat pendant la négociation. En effet, l'exécution du contrat doit continuer au moment de la négociation. Cependant, comme la jurisprudence, le Code civil ne précise pas les modalités de négociation.

**395.** En réponse à ce vide juridique, nous pensons que la négociation doit se dérouler *mutadis mutandis* par rapport aux clauses de renégociations, c'est-à-dire les parties sont tenues de se rencontrer et chacune d'elles doit prendre l'initiative des négociations. Le refus de négocier entraînera la responsabilité contractuelle de son auteur.

**396.** Quant à la manière de négocier, les parties sont tenues de négocier de bonne foi. Elles devront adopter un certain comportement dans la négociation lorsque survient l'événement imprévu. Chaque partie doit mettre en œuvre les moyens d'une négociation loyale et sérieuse. Lorsque son attitude est déloyale, sa responsabilité contractuelle sera engagée.

Consacrée par la jurisprudence française, l'obligation de négociation est prévue aujourd'hui dans l'avant-projet d'Acte uniforme portant droit des contrats.

## **B. L'obligation de renégociation dans l'avant-projet de l'Acte Uniforme sur le droit des contrats.**

**397.** Aux termes de l'article 6/24 de l'avant-projet d'Acte d'uniforme : « *En cas de bouleversement des circonstances, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée. 2) La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations.*

3) *Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal.* 4) *Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de bouleversement des circonstances peut, s'il l'estime raisonnable : a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ; ou b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations ».* On trouve le pendant de cet article dans les principes d'Uni droit tout comme dans les principes du droit européen des contrats (PDEC). Au préalable, il convient de préciser que dans les dispositions de l'avant-projet du droit des contrats, on parle de renégociation. Or, qui dit renégociation dit négociation préalable<sup>1032</sup>. Selon **F. Dieng** l'utilisation de la notion de renégociation par les rédacteurs de l'avant-projet du droit des contrats se justifie pour des raisons de sécurité juridique. En effet, dit-elle, « [...] *les négociations portent sur des contrats importants et complexes tels que les contrats de longue durée, les contrats internationaux si importants pour les pays en voie de développement qui traitent avec des entreprises étrangères pour la construction d'infrastructures telles que les routes, les chemins de fer, les aéroports [...] La référence aux négociations est une indication implicite du champ d'application de l'article 6/24 à savoir les contrats internationaux et les contrats commerciaux internes de longue durée. Cela restreint par conséquent le domaine du texte et limite la portée de l'imprévision, ce qui est souhaitable pour des raisons de sécurité juridique* »<sup>1033</sup>.

Nous partageons cette opinion car le droit O.H.A.D.A poursuit l'objectif essentiel de sécurité juridique et judiciaire. Cette sécurité juridique est présentée comme une valeur essentielle afin de favoriser l'essor des activités économiques et de promouvoir les investissements<sup>1034</sup>. Cependant, les investisseurs sont le plus souvent les entreprises étrangères. Ce sont donc les investisseurs étrangers qui sont protégés à travers cette disposition de l'avant-projet du droit des contrats.

**398.** S'agissant des modalités des renégociations, l'article précité indique qu'il appartient à la « *partie lésée* » de demander l'ouverture des renégociations. Ainsi, on entend par « *partie lésée* » le cocontractant qui est victime de bouleversement des circonstances. La partie lésée doit présenter sa demande sans retard. Le législateur veut éviter que le retard dans la formulation de la demande ne puisse aggraver la situation de la « *partie lésée* ». Une demande présentée tardivement peut

<sup>1032</sup> V°. F. DIENG, « Réflexion sur l'article 6/24 de l'avant-projet d'acte uniforme sur le droit des contrats », *Annales Africaines*, Nouvelle série, Vol. 1, Décembre 2014, p. 52.

<sup>1033</sup> V°. F. DIENG, « Réflexion sur l'article 6/24 de l'avant-projet d'acte uniforme sur le droit des contrats », *Annales Africaines*, Nouvelle série, Vol. 1, Décembre 2014, p. 52.

<sup>1034</sup> V°. P. MEYER, « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », *Ohada D-06-50*, p. 151-175.

donner peu chance à la renégociation et donc au rééquilibrage du contrat nécessaire à sa survie. Néanmoins, la forme de la demande n'est pas précisée par la loi. Par conséquent, la demande peut être écrite ou verbale. Toutefois, pour éviter le problème de la preuve de la demande, il vaudrait mieux qu'elle soit écrite. Dans tous les cas, la demande doit être motivée. Ce motif a pour objet le bouleversement des circonstances.

**399.** Par rapport au sort du contrat pendant les négociations, l'article 6/24 précité dispose que « *la demande d'ouverture des renégociations [...] ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations* ». Ainsi, nous pensons que la poursuite du contrat nonobstant les négociations entreprises permettra à la partie bénéficiaire du déséquilibre de retarder les négociations. En revanche, la suspension est l'option la plus efficace car elle incitera les parties à aboutir rapidement à un accord. Il convient de voir maintenant le destin de l'obligation de renégociation.

## **Paragraphe II. Le destin de l'obligation de négociation**

L'avenir de l'obligation de négociation peut être appréhendé à deux égards. Il s'agit de la réussite (A) ou de l'échec des négociations imposées (B).

### **A. La réussite des négociations imposées**

**400.** La réussite des négociations peut entraîner la transformation du contrat. Celui-ci peut ne plus avoir sa physionomie originelle. Cette modification du contrat implique la réfaction du contrat. Il s'agit de la réfaction forcée car celle-ci n'est pas déclenchée volontairement. Les parties ont été contraintes par le juge à réviser leur contrat. La réfaction a été étudiée dans la première partie de notre étude. Il s'agissait de la réfaction volontaire du contrat qui constitue un mécanisme contractuel de gestion de risque. Dans ce présent paragraphe, nous allons étudier la réfaction judiciaire comme un instrument extracontractuel de gestion des risques contractuels.

**401.** La réfaction judiciaire est le pouvoir que détient le juge d'obliger l'acheteur insatisfait de la chose livrée à la conserver moyennant la réduction du prix<sup>1035</sup>. C'est un instrument qui permet

---

<sup>1035</sup> V°. M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meuble corporel*, L.G.D.J. 1972, T. 122, p. 313 et s, sur la réfaction V°. Art. 288 de l'A.U.D.C.G., « Si le vendeur accorde un délai supplémentaire pour le paiement du prix, il ne peut, avant le terme de ce nouveau délai, invoquer l'inexécution des obligations de l'acheteur. Si l'acheteur exécute ses obligations dans ce délai, le vendeur ne peut prétendre à des dommages-intérêts ».

de corriger un contrat déséquilibré. Mais, la correction est faite ici par le juge qui va contraindre l'acheteur à la diminution du prix. Ainsi, le domaine traditionnel de la réfaction judiciaire était le contrat de vente commerciale. En effet, l'argument avancé par la jurisprudence, pour justifier la réfaction, réside dans les usages commerciaux ; il semblait naturel de conserver ce pouvoir aux seules ventes commerciales<sup>1036</sup>. Aujourd'hui, la jurisprudence l'a étendue dans d'autres types de contrats et notamment dans le contrat de bail. La réfaction judiciaire peut résulter également d'une révision contractuelle imposée aux parties notamment à la suite de l'obligation de renégociation imposée aux parties par le juge. L'obligation de négociation est donc un fondement de la réfaction du contrat. Mais, celle-ci peut avoir des conséquences négatives ou positives sur le contrat. Négativement, la réfaction peut entraîner la perte des sûretés tant qu'elle porte sur l'ensemble du contrat ou sur une clause ou une obligation essentielle garantie par une sûreté. En d'autres termes, l'adaptation peut occasionner la disparition d'une obligation essentielle du contrat, c'est un nouveau contrat qui naîtra. Dans le cas contraire, le contrat originel demeure.

**402.** Par conséquent, la renégociation du contrat peut être source de novation occasionnant ainsi la perte des garanties attachées à l'obligation primitive. Selon l'article 240 C.O.C.C. « *Entre les mêmes parties, le changement d'objet ou de cause de l'obligation, la modification des modalités ou des sûretés dont elles étaient assorties entraînent l'extinction de l'obligation primitive et la création d'une nouvelle obligation* ». Il résulte de cette définition que la novation existe dans plusieurs situations.

**403.** La première situation est relative au changement d'objet. L'objet de l'obligation, c'est la prestation promise. Celle-ci dépend de l'engagement des parties au contrat. Par exemple, en matière de contrat de vente, la prestation promise par le vendeur, c'est la chose, celle de l'acheteur c'est le prix. Il peut s'agir du changement de la prestation d'une seule partie plus précisément lorsque c'est cette partie qui souffre de l'imprévision. En fait, la négociation peut porter sur le prix en cas de dévaluation monétaire. Elle peut également porter aussi sur les deux prestations lorsque les parties veulent changer le contrat dans son entier.

**404.** La deuxième situation est relative au changement de la cause de l'obligation. Le législateur n'a pas donné de définition à la cause de l'obligation. La cause de l'obligation c'est la contreprestation promise. Elle est différente de la cause du contrat. En réalité, la renégociation

---

<sup>1036</sup> V°. G. PIETTE, *La correction du contrat*, op. cit., p. 78.

porte le plus souvent sur les prestations réciproques car l'imprévision est un déséquilibre grave entre celles-ci.

**405.** La troisième situation concerne modification des sûretés de l'obligation. Ici l'obligation reste intacte mais les sûretés sont modifiées. Il peut s'agir des sûretés réelles ou personnelles. Ainsi, les parties peuvent changer une sûreté personnelle par une sûreté réelle ou vice versa. Elles peuvent aussi changer une sûreté personnelle par une autre sûreté personnelle : par exemple changer le cautionnement à une garantie autonome. Plus encore, la sûreté peut simplement être modifiée sans être remplacée par une autre.

**406.** La quatrième et dernière situation est relative à la modification des modalités du contrat. En réalité, ces modalités renvoient au terme et à la condition. Le terme est un événement futur et certain qui a pour effet de retarder l'exécution de l'obligation ou d'y mettre fin<sup>1037</sup> alors que la condition est un événement futur et incertain dont dépend la formation ou la disparition de l'obligation. La négociation portant sur les modalités du contrat peut résulter de la modification du terme ou condition du contrat. Elle peut également porter sur la suppression ou la création d'une nouvelle obligation assortie de nouvelles modalités. Elle peut aussi consister à la fois à la création et à la suppression des modalités du contrat. En outre, les parties peuvent changer un contrat de durée déterminée à un contrat à durée indéterminée ou vice versa. Il y a en outre novation en cas de changement de condition suspensive en une condition extinctive.

## **B. L'échec des négociations contractuelles**

**407.** L'échec des négociations contractuelles peut entraîner la responsabilité contractuelle de l'une ou de l'autre partie en cas de faute. En fait, l'obligation de renégociation fait peser sur les parties une obligation de moyen, c'est-à-dire elles devront mettre en œuvre les moyens d'une négociation loyale et sérieuse. Certes, le déroulement des négociations est placé sous le signe de la liberté contractuelle et n'est inséré sous aucune forme impérative. Cependant, elles ne devront pas commettre une faute dans le déroulement desdites négociations. La faute, dans le cadre des négociations imposées, est analogue à celle qui existe dans le cadre des pourparlers ou de l'accord de principe. Par conséquent, lorsque l'une des parties rompt les négociations sans raison valable, elle commet une faute qui engage sa responsabilité contractuelle, car les parties sont liées par un

---

<sup>1037</sup> V°. C.O.C.C. Art. 69.

contrat. L'obligation de renégociation fait naître deux prestations<sup>1038</sup>. *Primo*, les parties doivent entreprendre les négociations. Le demandeur, qui a obtenu une décision du juge autorisant la négociation du contrat, peut obliger son cocontractant à entreprendre les négociations. Entreprendre les négociations, c'est prendre l'initiative des négociations. En d'autres termes, chaque partie doit faire des propositions en vue des négociations. Si l'une des parties rejette toute proposition et en retour n'en propose rien cela équivaut à un refus de négociation. *Secundo*, les parties devront conduire les négociations de bonne foi, c'est-à-dire formuler des propositions sérieuses en rapport avec l'objet et l'importance économique du contrat considéré et, de manière générale, d'avoir une attitude active et positive dans la recherche d'un contrat équilibré<sup>1039</sup>.

Par ailleurs, les parties ne sont pas tenues d'une obligation de résultat. L'obligation de négociation, tout comme les clauses de rencontre, n'oblige pas les parties à trouver un accord d'adaptation du contrat.

**408.** D'ailleurs, l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats va dans le même sens, puisque l'article 6/24 dudit avant-projet prévoit que faute d'accord entre les parties, le tribunal peut, soit mettre fin au contrat, soit l'adapter en vue de rétablir l'équilibre des prestations. Cependant, l'anéantissement du contrat est discutable. En effet, l'un des objectifs dans l'avant-projet est d'assurer la stabilité du contrat. Par conséquent, l'anéantissement du contrat ne doit avoir lieu que s'il n'y a plus rien à faire<sup>1040</sup> car elle crée, dans certains cas, un déséquilibre contractuel si tant est que le contrat est exécuté partiellement. Certes l'article 7/18 de l'avant-projet d'Acte uniforme prévoit qu'après la résolution du contrat, chaque partie peut demander la restitution de ce qu'elle a fourni, pourvu qu'elle procède simultanément à la restitution de ce qu'elle a reçu. Mais, la résolution se comprend mieux lorsqu'il s'agit d'un contrat instantané alors que la renégociation ne concerne en principe que les contrats de longue durée.

L'obligation de renégociation n'est pas le seul instrument qui permet de restaurer l'équilibre économique du contrat. À côté de celle-ci il y a la nullité partielle.

---

<sup>1038</sup> V° J. SCHMIDT, « La période précontractuelle en droit français », *op. cit.*, p. 545 et s.

<sup>1039</sup> V° J. SCHMIDT, « La période précontractuelle en droit français », *op. cit.*, p. 545.

<sup>1040</sup> V° F. DIENG, « Réflexion sur l'article 6/24 de l'avant-projet d'acte uniforme sur le droit des contrats », *op. cit.*, p. 60.



## SECTION II. LA NULLITÉ PARTIELLE

**409.** La nullité est une sanction des conditions de formation du contrat<sup>1041</sup>. Il existe deux sortes de nullité : la nullité absolue et la nullité relative. « *La nullité est absolue lorsqu'elle sanctionne une condition de validité édictée dans l'intérêt général* »<sup>1042</sup>. La nullité absolue renvoie donc à l'absence de consentement ou lorsque la cause ou l'objet de l'acte sont contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. C'est donc une nullité qui a pour but de protéger l'ordre public, qu'il s'agisse de l'ordre public classique ou de direction.

**410.** L'acte entaché de nullité absolue peut être invoqué par toute personne intéressée et en outre par le ministère public, ou soulevée d'office par le juge<sup>1043</sup>. L'action en nullité absolue est soumise à la prescription de droit commun, c'est-à-dire dix ans à compter de la formation de l'acte juridique.

**411.** Quant à la nullité relative, elle « *Résulte de l'inobservation des règles destinées à assurer la protection d'un intérêt privé, telles que les dispositions concernant les vices du consentement, l'absence de cause, les incapacités de protection et la lésion* »<sup>1044</sup>. La nullité relative sert à protéger les intérêts individuels des particuliers, c'est pourquoi seule la partie protégée pourra s'en prévaloir. L'action en nullité relative se prescrit par deux ans à partir du jour de la formation du contrat. Ce délai court cependant dans les cas d'incapacité ou de violence du jour où elles ont cessé, dans le cas d'erreur ou de dol du jour où le vice a été découvert<sup>1045</sup>. Ces précisions nous conduisent à déterminer la notion de nullité partielle (**Paragraphe I**) avant de voir sa mise en œuvre (**Paragraphe II**).

### Paragraphe I. La notion de la nullité partielle

La notion de nullité partielle est expressément consacrée par les dispositions du C.O.C.C. En effet, elle constitue l'intitulé de l'article 94 C.O.C.C. Ce texte dispose que : « *Lorsque la nullité porte sur une clause accessoire du contrat, les autres clauses demeurent valables* ».

---

<sup>1041</sup> V°. C.O.C.C. Art 84 et s.

<sup>1042</sup> V°. C.O.C.C. Art. 85 al.1.

<sup>1043</sup> V°. C.O.C.C. Art. 85 *in fine*.

<sup>1044</sup> V°. C.O.C.C. Art. 86 al. 1.

<sup>1045</sup> V°. C.O.C.C. Art. 87.

On constate donc qu'il s'agit d'une nullité partielle car seule la clause annulable est amputée, les autres clauses demeurent valables. Ainsi, la nullité partielle peut être une nullité partielle relative (**A**) ou une nullité partielle d'ordre public (**B**) selon que la clause amputée est contraire à l'ordre public ou seulement à l'intérêt privé d'une partie au contrat.

### **A. La définition de la nullité partielle**

**412.** Il existe deux conceptions de la nullité partielle. La première conception (conception restrictive) considère la nullité partielle comme la nullité d'une clause sans conséquence pour le contrat qui la comporte. Il s'agit donc d'ajuster l'étendue de la nullité sur la stricte mesure de l'illicite<sup>1046</sup>. Traditionnellement, le juge pratiquait une politique du tout ou rien, privilégiant fréquemment l'annulation totale pour sanctionner les irrégularités de l'acte<sup>1047</sup>. Cette conception restrictive est celle qui est prise en compte dans l'article 94 C.O.C en disposant que les autres clauses demeurent lorsque la nullité porte sur une clause accessoire. Ainsi, la conception restrictive a pour finalité d'assurer la stabilité du contrat tout en supprimant l'illicéité qui l'affecte. Au-delà même de la loi, le juge s'est investi de la mission de sauvegarder le contrat toutes les fois que cela s'avérait nécessaire et utile même en l'absence de texte dès l'instant que l'illicéité pouvait être considérée comme légère par rapport à l'équilibre du contrat<sup>1048</sup>.

**413.** La deuxième conception, extensive, la nullité partielle est « *la sanction qui frappe un acte vicié seulement dans ses éléments accessoires ou dans le quantum d'un élément essentiel, et qui se réalise par la suppression dans l'acte de l'élément accessoire vicié ou par la réduction du quantum excessif à la mesure de ce qui est permis* »<sup>1049</sup>. Cette deuxième conception fait référence à plusieurs modalités de la nullité partielle. Il s'agit de la nullité réduction, la nullité conversion, la nullité substitution. La nullité réduction consiste à amputer l'acte par la suppression de la clause nulle. C'est une nullité qui réduit le quantum excessif alors que la nullité conversion consiste à

---

<sup>1046</sup> V°. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « Libre propos sur la transformation du droit des contrats », *R.T.D. civ.* 1957, p.387.

<sup>1047</sup> V°. *Inédit.*, p 389.

<sup>1048</sup> V°. I.Y. NDIAYE, Cours du droit des obligations, D.E.A droit privé général, UCAD, 2010- 2011, inédit.

<sup>1049</sup> V°. P. SIMLER, La nullité des actes juridiques, Paris L.G.D.J. 1969.

valider l'acte nul sous la qualification qu'on lui avait attribuée, en lui donnant une autre qualification dont il remplit les conditions<sup>1050</sup>.

Au-delà de cette précision sémantique, la nullité partielle est un instrument extracontractuel qui permet de corriger le déséquilibre contractuel. Elle consiste à empêcher les abus et les excès susceptibles de déséquilibrer le contrat. À cet effet, elle insère une certaine proportionnalité dans le contrat.

## **B. La spécificité de la nullité partielle**

**414.** La technique de la nullité partielle s'apparente à celle de la clause réputée non écrite, mais en réalité ces deux instruments sont distincts. Celle-ci, « *permet la suppression d'une clause, en ce qu'il tend à considérer que la clause litigieuse n'a jamais été stipulée, n'a jamais été insérée dans le contrat* »<sup>1051</sup>. La clause sera purement et simplement effacée non matériellement, mais juridiquement. Cependant, la nullité partielle tout comme la clause réputée non écrite permet de supprimer une clause tout en maintenant le reste du contrat. Aussi, dans certains cas, le législateur utilise les deux instruments de manière indifférenciée comme si les deux notions sont synonymes. À cet amalgame législatif s'ajoute une confusion émanant de la jurisprudence. Ainsi, l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation française rendu le 18 octobre 1994 a confirmé la décision de la Cour d'appel qui a retenu la nullité d'une clause léonine<sup>1052</sup>. Or, l'article 1844-1 du Code civil prévoit expressément que les clauses léonines sont réputées non écrites. En conséquence de cette confusion, une partie de la doctrine estime que la nullité partielle et la clause réputée non écrite recouvrent la même réalité<sup>1053</sup>. Elle estime que la clause réputée non écrite ne se distingue pas de la technique de la nullité partielle. La première n'est qu'un substitut, un synonyme de la seconde.

**415.** Néanmoins, il existe des différents notables entre les deux instruments. D'abord, par la nullité « *l'acte est présumé valable tant qu'il n'a pas été annulé* »<sup>1054</sup>. Par contre, la clause

---

<sup>1050</sup> V°. BOUGEK, « La conversion par réduction : contribution à l'étude des nullités des actes juridiques formels », R.T.D. com. 2002, p.223.

<sup>1051</sup> V°. V. CORNEAU, « La clause réputée non écrite », J.C.P. Éd. G, n° 28)29, pp. 315-319, dans le même sens V°. J. KULLMAN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *Recueil Dalloz Sirey* 1993, p. 60.

<sup>1052</sup> V°. V. CORNEAU, « La clause réputée non écrite », *op. cit.*, p. 315.

<sup>1053</sup> V°. G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Thèse. Dijon, 1961.

<sup>1054</sup> V°. G. PIETTE, *La correction du contrat*, *op.cit.*, p. 78.

réputée non écrite est inefficace dès sa stipulation. Ainsi, le cocontractant qui se prévaut du caractère non écrit n'a pas à combattre une présomption de validité<sup>1055</sup>. La clause réputée non écrite est frappée originellement. Ensuite, la nullité est la sanction d'un vice de formation alors que la clause réputée non écrite existe en dehors de tout vice. Enfin, l'action en nullité du contrat est enfermée dans un certain délai. Ce délai est de dix ans à compter de la naissance de l'obligation ou deux ans à compter de la découverte, de la cassation du vice ou de la naissance de l'obligation<sup>1056</sup>. Alors que l'action en retranchement d'une clause réputée non écrite n'est enfermée dans aucun délai. En effet, la loi n'a prévu aucun délai. On pourrait donc en déduire que l'action en retranchement d'une clause réputée non écrite est imprescriptible<sup>1057</sup>.

## **Paragraphe II. La mise en œuvre de la nullité partielle**

Le mécanisme de la nullité partielle a été mis en œuvre à propos de la réduction des prix (A) et la fausseté partielle de la cause (B).

### **A. La nullité partielle consécutive à la réduction du prix**

**416.** Le prix est une contre prestation en argent<sup>1058</sup>. Il renvoie à une certaine somme d'argent qu'il faut donner pour obtenir un bien ou un service, matériel ou immatériel<sup>1059</sup>. Ainsi, le prix est toujours attaché à quelque chose. C'est une notion générique, il peut renvoyer au prix de vente, de loyer ou à la commission.

Notion générique, le prix constitue aussi une condition de validité du contrat. Ainsi, selon l'article 268 C.O.C.C. « *Il n'y a pas de vente s'il n'y a pas de prix fixe ou si celui qui a été stipulé apparaît comme fictif ou dérisoire* ». Le texte en ajoute que le prix est fictif lorsqu'il a été convenu que le vendeur n'en demanderait jamais le paiement. . Dans ce cas, il n'y a pas de vente en ce sens que le transfert de propriété n'a pas de contrepartie. En revanche, le prix est dérisoire lorsque son chiffre est si bas qu'il ne puisse être mis en rapport avec la valeur de la chose vendue. Aussi, dans certains cas la loi interdit toute dissimulation du prix.

---

<sup>1055</sup> V°. *Ibid.*, p. 78.

<sup>1056</sup> V°. C.O.C.C. Art. 85 et 86

<sup>1057</sup> V°. I. Y. NDIAYE, Cours du droit des obligations, D.E.A droit privé général, UCAD, 2010- 2011.

<sup>1058</sup> V°. M.A. FRISON-ROCHE, « L'indétermination du prix », *R.T.D. civ.* 91 (2), Avr. Juin 1992, p. 270.

<sup>1059</sup> V°. M.A.FRISON-ROCHE, « Qu'est-ce qu'un prix en droit? Du droit des contrats au droit de la régulation », <file:///Users/macintosh/Desktop/DOCUMENT/LA%20NOTION%20DE%20PRIX%20.pdf>, consulté le 02/05/2015.

En premier lieu, l'article 385 al. 2 C.O.C.C, dispose qu'en matière immobilière, « *Tout accord de quelque nature qu'il soit, tendant à exiger un supplément au prix fixé dans le contrat, est nul* ».

En deuxième lieu, la simulation du prix est également interdite en matière de vente de fonds de commerce. En effet, « *Est nulle et de nul effet toute contre-lettre ou convention ayant pour objet ou pour effet de dissimuler tout ou partie du prix de cession du fonds de commerce* »<sup>1060</sup>.

**417.** La notion de contre-lettre suppose l'existence de deux conventions, l'une ostensible, l'autre occulte, intervenues entre les mêmes parties, dont la seconde est destinée à modifier ou à annuler les stipulations de la première. Qui parle de contre-lettre fait référence à la simulation. La doctrine française a donné deux acceptions à la simulation. Dans le sens large, la simulation a été définie comme « *le fait de créer une fausse apparence dans la conclusion d'un contrat* » De plus, pour **D. Mazeaud**, « *On appelle simulation une opération dont le but est créer une situation apparente différente à la situation véritable* »<sup>1061</sup>. Dans le sens restrictif, il y a simulation lorsque les parties, après avoir fait ostensiblement une convention, écartent, modifient ou complètent ses dispositions par une autre convention qu'elles gardent secrète<sup>1062</sup>. Cependant, le législateur n'a pas donné une définition de la simulation. Il se contente de préciser ses effets à travers les articles 211 et suivants C.O.C.C.

**418.** Par rapport à ses effets, la simulation n'est pas en principe une cause de nullité du contrat sauf dans les cas prévus par la loi<sup>1063</sup>. Ainsi, dans les rapports entre les parties c'est la contre-lettre qui s'impose. Les contractants doivent exécuter les obligations résultant de toute contre-lettre modifiant les stipulations de l'acte apparent selon l'article 211 C.O.C.C. Il s'agit donc de respecter l'autonomie de la volonté des parties. En revanche, la simulation est inopposable aux tiers. Ces derniers ont une option. Ils peuvent se prévaloir, soit sur l'acte apparent, soit sur la contre-lettre en fonction de leur intérêt. Cependant, le tiers de mauvaise foi ne peut qu'invoquer l'acte ostensible.

---

<sup>1060</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 158.

<sup>1061</sup> V°. H. MAZEAUD, Cours de droit civil, 1956, 2e année, polycopie, p. 183, cité par J. D.BREDIN, « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », R.T.D. civ. 1956, p. 265.

<sup>1062</sup> V°. ESMEIN, Cours de droit civil, 2e année 1946 polycopie, p. 183, cité par J. D. BREDIN, « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », R.T.D. civ. 1956, p. 265.

<sup>1063</sup> V°. C.O.C.C. Art. 211

**419.** Aujourd'hui, la jurisprudence attache une importance particulière au prix depuis les arrêts rendus le 1<sup>er</sup> décembre 1995 par l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation française<sup>1064</sup>. La jurisprudence française a mis en œuvre la technique de la nullité partielle pour sanctionner, soit l'indétermination du prix, soit sa fixation abusive dans les contrats. « *Désormais l'article 1129 du Code civil n'est plus applicable à la détermination du prix ; seul le prix abusif est sanctionné, non plus par la nullité mais par la résiliation ou l'attribution des dommages et intérêts* »<sup>1065</sup>. Il s'agit d'une nullité par reconversion. La nullité est remplacée, soit par la résiliation, soit par l'attribution des dommages et intérêts. En effet, le grief de l'indétermination du prix constitue un déséquilibre économique du contrat. Elle se manifeste en cas de lésion ou du fait de l'imprévision. Et l'octroi des dommages et intérêts à la victime de l'indétermination du prix permet de compenser le déséquilibre économique. Cette annulation par ajout des dommages –intérêts est une application du principe de proportionnalité dans l'exécution du contrat et qui tend au rééquilibrage des prestations contractuelles.

**420.** En outre, le juge a appliqué la technique de la nullité partielle par substitution à propos des clauses de prix dans le cadre de l'adaptation. La jurisprudence reconnaît au juge le pouvoir de substituer un indice nul ou inefficace par un indice valable<sup>1066</sup>. La clause d'adaptation relative aux prix est une clause essentielle du contrat car sans le prix il n'y a pas de contre prestation. Il y a donc une absence de cause et le contrat est annulable. Mais, le juge français a préféré remplacer l'indice nul par un autre indice valable à fin de sauvegarder la stabilité et l'équilibre économique du contrat<sup>1067</sup>.

La technique de la nullité partielle est également mise en œuvre en cas de fausseté partielle de la cause.

## **B. La nullité partielle consécutive à la fausseté partielle de la cause**

**421.** La notion de la cause en général a fait l'objet des développements. Dans cette partie, il ne s'agit pas de revenir sur cette notion, mais de l'appréhender sous l'angle de la nullité partielle afin de tenir en compte l'équilibre économique du contrat. Cette précision étant faite, il convient

---

<sup>1064</sup> V° Cour. Cass. Ass. Plénière, 1<sup>er</sup> Décembre 1995, pourvoi n° 91-15578.

<sup>1065</sup> V°. A. BRUNET et A. GHOZIL, « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », *Dalloz*. 1998, Chr. p. 1.

<sup>1066</sup> V°. P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, L.G.D.J. 1969, p. 21 n° 20 et s.

<sup>1067</sup> V°. *Ibid.*, p. 21.

de dire que la technique de la nullité est expressément prévue par l'article 94 précitée et intitulé : « *nullité partielle* ». Mais, cet article pose un problème par rapport à l'appréciation de la notion de clause accessoire.

En France la nullité partielle a été créée par la jurisprudence. Il s'agit de l'arrêt de la Cour de Cassation du 11 mars 2003<sup>1068</sup>. Dans cet arrêt, le juge a décidé que la fausseté partielle de la cause n'entraîne pas l'annulation de l'obligation, mais sa réduction à la mesure de la fraction subsistante<sup>1069</sup>. La solution de la Cour est ingénieuse car elle utilise la cause non comme une condition de formation du contrat, mais pour contrôler l'équivalence des prestations.

**422.** Cependant, la notion de fausse cause a fait l'objet de discussion doctrinale. Certains auteurs, définissent cette notion de façon objective. Ils estiment que la fausse cause est une croyance erronée du débiteur par rapport à l'existence objective d'une contrepartie qui fait défaut. Pour d'autres, ils définissent la cause subjectivement. Ils la considèrent comme la raison de l'une des parties de s'engager<sup>1070</sup>. À ce débat relatif à la notion de fausse cause s'ajoute la polémique sur la notion de fausseté partielle de la cause.

Malheureusement, cet élan jurisprudentiel a été brisé par l'arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation française du 1er mai 2007. En l'espèce, une personne avait acquis les actions d'une société et, de façon concomitante, la créance en compte courant de son vendeur. Le prix des actions avait été déterminé en tenant compte du prix fixé pour la seconde cession. Mais, *a posteriori*, l'acquéreur découvre que le montant du compte-courant est trois fois supérieur à ce qu'il avait cru lors de la conclusion du contrat. Il sollicite alors la réduction du prix payé pour les actions. Débouté en appel, il forma un pourvoi en estimant que la cause de son obligation était partiellement fausse. Le pourvoi a été rejeté par la Cour de Cassation en décidant que « *dans un contrat synallagmatique, la fausseté partielle de la cause ne peut entraîner la réduction de l'obligation* »<sup>1071</sup>. Ces différentes jurisprudences sur la cause du contrat ont perdu toute leur portée.

---

<sup>1068</sup> V°. F. BUY, *L'essentiel des grands arrêts du droit des obligations*, Gualino 6e éd. 2014-2015, p. 64;

<sup>1069</sup> V°. *Ibid.*, p. 64.

<sup>1070</sup> V°. B. MEKKI et S.A. FAUVARQUE-COSSON, *Droits des contrats* octobre 2006- septembre 2007, *Dalloz*. 2007 p. 2966;

<sup>1071</sup> V°. S.A. MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 2967.

En effet, la notion de cause a disparu dans le paysage juridique français depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016. L'ordonnance n° 2016-131 a substitué la cause du contrat par « *le contenu du contrat* »<sup>1072</sup>.

**424.** Toutefois, la théorie de la nullité partielle n'est pour autant abandonnée. L'article 78 du projet de réforme du droit des contrats français estime que « *le défaut d'équivalence des obligations n'est pas une cause de nullité du contrat* »<sup>1073</sup>. Aussi, on trouve la nullité partielle dans l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats en son article 3/18. Selon ce texte « *L'annulation se limite aux seules clauses du contrat visées par la cause d'annulation, à moins que, eu égard aux circonstances, il ne soit déraisonnable de maintenir les autres dispositions du contrat* ». Le droit doit donc s'orienter de plus en plus vers la technique de nullité partielle par réduction.

## CONCLUSION DU TITRE I

**425.** Le contrat est un lien social. Il n'apparaît plus comme le fruit de la volonté exclusive des parties. Il est de plus en plus perçu comme un accord-règlement. Par conséquent, la délimitation des droits et des obligations ne peut pas être la simple expression des volontés contractantes. Sa réglementation extérieure est nécessaire afin qu'il soit équilibré. Il est donc soumis aux influences extérieures de l'ordre juridique qui l'accueille et le modèle<sup>1074</sup>.

**426.** Dans certains cas, le juge s'est interféré dans le contrat afin d'éviter une résolution inopportune du contrat en admettant la suspension du contrat pour cause de force majeure. Le juge s'est également immiscé dans le contrat et a prévu l'obligation de renégocier le contrat en cas de survenance des circonstances imprévisibles. De plus, le juge peut même neutraliser les pouvoirs contractuels<sup>1075</sup> afin de sauvegarder la survie du contrat. La Chambre commerciale de la Cour de Cassation française avait admis en 1984, que le juge des référés puisse ordonner la continuation d'un contrat d'approvisionnement brutalement rompu afin d'éviter un dommage imminent susceptible d'en résulter<sup>1076</sup>.

---

<sup>1072</sup> V°. Code civil. Art. 1128 et 1162.

<sup>1073</sup> V°. F. BUY, *L'essentiel des grands arrêts du droit des obligations*, op. cit., p. 65.

<sup>1074</sup> V°. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *R.T.D. civ.* avril-juin 1997, p. 359.

<sup>1075</sup> Ces pouvoirs sont notamment la résolution unilatérale du contrat, l'exception d'inexécution et la réfaction unilatérale.

<sup>1076</sup> V°. P. STOFFEL-MUNCK, « La rupture du contrat »,



**427.** Cette intervention judiciaire est justifiée par l'exigence d'équilibre contractuel. Ainsi, le juge du contrat n'est plus le spectateur passif de la querelle contractuelle, prisonnier d'un prétendu principe de l'autonomie de la volonté qui lui impose de respecter les termes de la convention et lui interdit de modifier le contenu, fût-ce, pour rétablir entre les parties, un équilibre injustement rompu. Parmi les instruments correcteurs du déséquilibre contractuel, il y a : le principe de la proportionnalité, la confiance légitime, l'obligation de négociation et la nullité partielle. Ces instruments qui permettent de corriger le déséquilibre juridique et économique du contrat sont en train d'être entérinés par le législateur dans l'arsenal juridique contractuel.

---

Rapport français,

<http://www.henricapitant.org/sites/default/files/4.%20Rupture%20du%20contrat%20%20Rapport%20fran%C3%A7ais%20Stoffel-Munck.pdf>, (15/08/2015).



## TITRE II. LES INSTRUMENTS EXTRACTIONNELS, GARANTS DE LA COMPLÉTUDE CONTRACTUELLE

**428.** L'incomplétude est relative au fait que des accords conclus *ex ante* ne peuvent prévoir tous les états du monde futurs possibles et y associer des clauses de comportement certaines<sup>1077</sup>. L'article 103 C.O.C.C a prévu des instruments qui permettent de compléter les lacunes du contrat<sup>1078</sup>. En principe le contenu du contrat est fourni par les contractants eux-mêmes<sup>1079</sup>. À défaut, il est indiqué par le législateur, ou deviné par le juge. Par conséquent, le contenu est explicite dans le premier cas, ou implicite dans le deuxième et dans le troisième cas. Mais, il est impossible pour les parties au contrat de tout prévoir<sup>1080</sup>. C'est pourquoi, selon **L. Josserand**, « *c'est la loi elle-même qui, en tournant les regards vers la bonne foi, vers l'équité et vers l'usage, l'invite – le juge – à fouiller le fond contractuel pour y découvrir des obligations nouvelles susceptibles de varier et se multiplier au cours des âges sous la pression des phénomènes individuels, économiques ou sociaux* »<sup>1081</sup>. Ainsi, la loi, les usages, la bonne foi ou l'équité sont des instruments qui permettent d'élargir le cercle contractuel<sup>1082</sup>.

**429.** S'agissant de la loi, il s'agit de la loi supplétive qui fait office en cas de silence des parties. La loi supplétive est une règle à laquelle, les parties peuvent se soustraire, mais à condition qu'elles se soumettent à d'autres règles qui peuvent être des stipulations contractuelles ou des dispositions d'une loi étrangère ou encore des usages<sup>1083</sup>.

---

<sup>1077</sup> V°. T. KIRAT, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des complets "incomplets" à la pratique des contrats administratifs », R. I.E. n°1, 2003, p. 11-46.

<sup>1078</sup> Ces instruments sont: la loi, les usages, la bonne foi et l'équité. En effet, aux termes de l'article 103 du COCC 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.

<sup>1079</sup> V°. C.O.C.C. Art. 42.

<sup>1080</sup> V°. P.A. CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 R. du B. can. 1, 5; PINEAU, BURMAN et GAUDET, n° 221, p. 399.

<sup>1081</sup> V°. F. DIESSE, « le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », in. *Archives de philosophie du droit*, 1999, p. 259-302.

<sup>1082</sup> V°. P. LEGRAND, « L'obligation implicite contractuelle : aspects de la fabrication du contrat par le juge », *R.D.U.S.* 1991, n° 22, p.109 et s.

<sup>1083</sup> La suppléance des lacunes du contrat par la loi est une garanti pour la sécurité juridique. En effet, les contractants savent d'ores et déjà qu'une disposition supplétive complète leur contrat en cas de lacune de celui-ci. Aussi, l'identification de cette loi applicable au contrat est à la portée du juge. En effet, celui-ci a dit-on la maîtrise de la règle de droit.

**430.** En revanche, la complétude du contrat par des usages pose plus des difficultés. En effet, le terme usage n'a pas fait l'objet de définition précise. Certes, le droit international a tenté de donner une définition aux « usages » qui regroupent « *les règles de droit nées d'une pratique répétée dans un milieu déterminé et applicables, sauf convention contraire des parties dès lors qu'elles en avaient connaissance ou auraient dû en avoir connaissance* »<sup>1084</sup>. Cette définition trouve son pendant dans l'article 239 A.U.D.C.G. Seulement, le droit international est beaucoup plus explicite que le droit communautaire<sup>1085</sup>.

**431.** Pour l'obligation de bonne foi, il convient de dire que la bonne foi a existé depuis l'Antiquité romaine. Néanmoins, c'est un concept très flexible qui permet d'adapter le droit à une société où les rapports marchands se multiplient. À son apparition, la bonne foi faisait figure de substitut de sécurité et de garantie d'exécution du contrat. De nos jours, la bonne foi est omniprésente dans le droit et donc en droit des contrats. En matière contractuelle, la bonne foi a une place prépondérante. C'est à la fois une condition d'exécution du contrat et un critère d'interprétation de celui-ci. Seulement, la bonne foi est une notion extensive, un concept mou. Elle partage ce critère avec la notion d'équité. Celle-ci a été considérée comme une notion « *difficile à définir* »<sup>1086</sup>. Toutefois, Kant l'a définie comme un droit moral<sup>1087</sup>, c'est-à-dire un droit dépourvu de contrainte. Toutefois, la bonne foi est considérée aujourd'hui comme une obligation<sup>1088</sup>. Et, à ce titre, sa violation fait l'objet de sanction. Cependant, nous pensons que la bonne foi est plus qu'une obligation. C'est un principe juridique car elle embrasse toute une série d'application. Elle n'est pas édictée en vue d'une situation juridique déterminée<sup>1089</sup>. Mais, dans le cadre de cette étude la notion de bonne foi sera invoquée tantôt comme une obligation tantôt comme un principe juridique.

---

<sup>1084</sup> V°. C.N.V.I.M. Art. 9 Paragraphe 2.

<sup>1085</sup> En fait, celui n'a pas donné une définition aux usages. Il se contente de dire que « *Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les pratiques qui se sont établies dans leurs relations commerciales* ». Cela étant, les usages ne sont pas élaborés par le juge, mais ils résultent de la pratique des affaires. Le juge ne les crée pas, il ne fait que les appliquer. En effet, « *ils fournissent des modèles aux commerçants d'une place ou d'une profession et ces règles ont le caractère des normes de droit, puisque le juge est invité à les appliquer dans le silence du contrat et que les contractants sont tenus de les subir* ».

<sup>1086</sup> V°. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Introduction générale, Droit civil*, Paris cujas, 2<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 38.

<sup>1087</sup> V°. J-C. MERLE, « L'équité dans la pensée du droit de Kant et des kantien et son influence sur la philosophie de droit contemporaine », *Annuaire de l'Institut Michel Villey* – Vol. 2 – 2010, p. 79 et s.

<sup>1088</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 237.

<sup>1089</sup> V°. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit., p. 84.

Quant à l'équité, elle a pour but d'humaniser le juste juridique, en complétant ou en modérant ce que l'application stricte des règles de droit aurait d'insuffisant ou de trop dur<sup>1090</sup>. Une bonne partie de la doctrine considère l'équité comme une arme au service du juge lui permettant d'atténuer ce que le droit peut avoir de trop rigide. C'est une notion correctrice, modératrice voire supplétive du droit<sup>1091</sup>. Cette fonction supplétive du droit résulte expressément des dispositions de l'article 103 COCC.

Notre étude portera successivement sur la complétude du contrat garantie par le principe de la bonne foi (**Chapitre I**), puis sur la complétude du contrat garantie par l'équité (**Chapitre II**).

---

<sup>1090</sup> V°. E. AGOSTINI, « L'équité », *Dalloz. Sirey*, 1978, p. 7.

<sup>1091</sup> V°. L. BRUNEAU, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, *op. cit.*, p. 251 et s.

## CHAPITRE I. LA COMPLÉTUDE DU CONTRAT GARANTIE PAR LE PRINCIPE DE LA BONNE FOI

432. La bonne foi est un principe essentiel à tout ordre juridique<sup>1092</sup>. En droit des contrats, elle est une règle générale qui gouverne toute la vie du contrat<sup>1093</sup>. Mais, que signifie l'expression « *bonne foi* » ? La réponse à cette question est fort complexe car, ni le C.O.C.C, ni le droit O.H.A.D.A ne l'ont définie. C'est donc vers la doctrine et la jurisprudence que nous devons nous tourner pour trouver une définition à cette notion énigmatique. À cet effet, **B. Lefebvre** a tenté de déterminer le contour de cette notion dans son article intitulé : « *la bonne foi : notion protéiforme* »<sup>1094</sup>. En effet, cet auteur considère la bonne foi comme une notion dualiste. Celle-ci, dit-elle, constitue à la fois une croyance erronée et une norme de comportement.

Par rapport à la croyance erronée « *Être de bonne foi, c'est croire en l'existence d'une situation juridique régulière alors que la réalité est tout autre. Dans un tel cas, le droit porte secours à celui qui est de bonne foi, malgré l'irrégularité de sa situation réelle* » alors que selon le second élément c'est-à-dire la norme de comportement, être de bonne foi, c'est avoir un comportement honnête. Être de bonne foi, c'est également avoir un comportement loyal. Alors que l'honnêteté est intrinsèquement reliée à l'intention de son auteur, la loyauté peut s'entendre des agissements, des normes, des standards requis dans une situation donnée. « Est loyale, adéquate à la bonne foi, une situation juridique conforme aux "lois morales"... ». Pour **Y. Picod**, « *en droit romain la bonne foi avait un triple sens : elle correspondait tout d'abord à une attitude psychologique, à savoir l'ignorance dans laquelle se trouvait une personne par rapport à une situation donnée, elle correspondait ensuite à une attitude morale de loyauté entendue comme absence de dol ou de fraude ; elle permettait enfin d'opposer deux types de contrat de droit strict, d'une part (...), les contrats de bonne foi, d'autre part* »<sup>1095</sup>. Par conséquent, la notion de bonne foi est difficile à définir. Comme le risque, la bonne foi est un concept polysémique. Sa signification varie en fonction de chaque moment du contrat. Au moment de la formation du contrat, la bonne foi fait référence à l'obligation précontractuelle d'information. Ainsi, la bonne foi exige que chaque contractant soit tenu d'informer son partenaire afin d'éclairer son consentement. Dans la phase d'exécution du contrat, « *la bonne foi est la fidélité aux engagements ou la sincérité*

---

<sup>1092</sup> V°. E. ZOLLER, « La bonne foi en droit international public », *op. cit.*, Paris, 1977. ,

<sup>1093</sup> V°. R. LOIR, *Les fondements de l'exigence de la bonne foi en droit français des contrats*, Mémoire 2001-2002.

<sup>1094</sup> V°. B. LEFEBVRE, « La bonne foi: notion protéiforme », *op. cit.*, p.331.

<sup>1095</sup> V°. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *op. cit.* , p.12.

dans les paroles »<sup>1096</sup>. Quant à **F. Magnan** « la bonne foi peut recevoir deux acceptions selon le verbe qui l'accompagne : la bonne foi est d'abord un état d'esprit (« être » de bonne foi), mais aussi une façon d'agir et de se comporter (« agir » de bonne foi) <sup>1097</sup>».

Aujourd'hui, en droit interne comme en droit international le principe de la bonne foi a acquis droit de cité<sup>1098</sup>. Elle fait du contrat un acte de solidarité et un instrument d'harmonisation de leur attente légitime. En quelque sorte, elle constitue la nervure du contrat<sup>1099</sup>.

Nous pensons qu'en droit des contrats, la bonne foi permet d'éclairer le consentement des parties, c'est un critère d'exécution et d'interprétation du contrat et enfin une règle qui complète le contenu du contrat.

Fort de ces considérations, nous étudierons d'abord la bonne foi comme un instrument de gestion des risques congénitaux du contrat (**Section I**) avant de la considérer comme un instrument de gestion des risques postnataux (**Section II**).

## SECTION I. LA GESTION DES RISQUES CONGÉNITAUX DU CONTRAT

**433.** Contrairement au C.O.C.C, le Code civil ne s'est pas contenté de lister seulement les conditions de formations du contrat. Il s'est intéressé également à la manière dont les parties doivent exécuter leur convention<sup>1100</sup>. En droit O.H.A.D.A, l'article 237 2<sup>ème</sup> A.U.D.C.G dispose que « les parties doivent se conformer aux exigences de bonne foi ». Mais, c'est surtout la jurisprudence française qui estimait que le principe de bonne foi est aussi applicable dans la période

---

<sup>1096</sup> V°. A. VOLANSKY, « Essai d'une définition expressive du droit basé sur l'idée de bonne foi », Paris 1929, n° 76.

<sup>1097</sup> V°. M. FABRE-MAGNAN, Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral, 4<sup>ème</sup> éd., PUF 2016, p. 95 et 96.

<sup>1098</sup> Si les articles 1134 du code civil et 103 du C.O.C.C limitent son influence pendant l'exécution du contrat, la jurisprudence l'impose dès le commencement des pourparlers jusqu'aux tous derniers instants de la relation contractuelle. En outre, la bonne foi a une portée générale, elle s'applique à toutes les parties au contrat. Mieux l'article 1:201 des principes de la commission de lando prévoit que les parties ne peuvent, ni exclure, ni limiter le principe de bonne foi. Voir en ce sens : B. FAGES, « Quelques évolutions du droit français des contrats à la lumière des principes de la commission de lando », *Dalloz*. 2003, n° 35, p. 2388.

<sup>1099</sup> Ainsi, pour PICOD, la bonne foi a une double fonction. « Elle permet tout d'abord d'exiger un degré de loyauté plus ou moins élevé dans la formation et l'exécution des actes juridiques ; elle permet ensuite de protéger les erreurs du possesseur, de l'acquéreur, du débiteur du conjoint ou de celui qui traite avec le titulaire apparent d'un droit. En ce sens V°. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit., 12.

<sup>1100</sup> V°. C. civ. Art.1134 al. 3.

précontractuelle. Ainsi, nous nous pencherons sur l'étude de la bonne foi dans la période précontractuelle (**Paragraphe I**) puis dans la période de la formation du contrat (**Paragraphe II**).

### **Paragraphe I. La bonne foi dans la période précontractuelle**

**434.** La formation du contrat est un processus qui s'étale dans le temps. De ce processus, la bonne foi intervient pour gérer les risques liés à la formation. Dans cette période, la bonne foi intervient pour informer les futurs contractants sur les tenants et aboutissants du contrat. Elle intervient dans le cadre des négociations précontractuelles. En ce sens, la bonne foi est révélatrice de l'obligation d'information (**A**) et est un critère d'exécution de l'obligation de négociation dans les avants contrats (**B**)

#### **A. La bonne foi, révélatrice de l'obligation d'information précontractuelle**

**435.** D'emblée, l'article 1134 du Code civil français ne prend en compte la bonne foi que pendant l'exécution du contrat, la jurisprudence a étendu son domaine dans la période précontractuelle. C'est surtout sur le terrain des vices du consentement que la notion a émergé. Les exigences de la bonne foi sont nombreuses. Il s'agit notamment de l'obligation d'information précontractuelle<sup>1101</sup>. On trouve cette obligation dans trois phases qui aboutissent à la formation définitive du contrat.

**436.** La première phase est relative à l'invitation d'entrer en pourparlers<sup>1102</sup> ou un appel d'offre. Dans cette phase l'individu informe les tiers de son intention de conclure un contrat futur. Cependant, dans son annonce, le contenu et les modalités du projet de contrat ne sont pas précisées. Tout au plus l'information porte ici uniquement sur la nature du futur contrat. Elle a le mérite d'éviter l'erreur obstacle. Celle-ci porte sur la nature du contrat ou sur l'objet du contrat.

**437.** La deuxième phase concerne les pourparlers<sup>1103</sup>. C'est la phase d'élaboration du projet de contrat<sup>1104</sup>. Nous pouvons dire sous la plume de **J. Ghestin** que « *c'est la phase préliminaire où*

---

<sup>1101</sup> Sur la question voir : M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 1992.

<sup>1102</sup> V°. J. SCHMIDT, « La période précontractuelle en droit français », *R.D.C.* Vol. 42 n°2, Avril-juin 1990. p. 545 et s. V°. dans le même sens : J.-M. MOUSSEON, La durée dans la formation du contrat, in *Mélanges Alfred Jauffret*, nos 369 et 1974, s. p. 503 et s. J. SCHMIDT, « La sanction de la faute précontractuelle », *R.T.D civ.* 1974, p. 46 et s.

<sup>1103</sup> V°. H. BARCHA, « Les obligations naissant des pourparlers », *op. cit.*, p. 4.

<sup>1104</sup> V°. F. KNOEPFLER, « Pourparlers précontractuels, promesse de conclure et droit d'option en matière de bail », *Séminaire sur le droit du bail Neuchâtel* 1998, p. 2.



*les clauses du contrat sont étudiés et discutées* ». Dans cette période, les futurs contractants échangent leur point de vue, formulent les propositions et discutent sur le contenu du contrat projeté, sans être pour autant assuré de conclure le contrat. Les pourparlers comprennent deux éléments constitutifs.

- Un élément chronologique, car c'est une phase qui se situe dans le temps avant la conclusion du contrat.
- Un élément d'incertitude parce que la conclusion du contrat futur est incertaine.

C'est pourquoi, l'intérêt des pourparlers réside dans la lucidité du consentement des futurs contractants, à travers des informations mutuelles, qui en découlent. Ces informations exigent un devoir de transparence pour que « *chaque partie puisse comprendre exactement ce qui était dû par l'un ou l'autre partie* »<sup>1105</sup>. Ainsi, dans les projets de réforme de droit français et européen, il est exigé pour chaque négociateur, qui détient une information dont il connaît l'importance pour son partenaire à la lui transmettre, sous peine d'engager sa responsabilité<sup>1106</sup>. Seulement, l'obligation d'information précontractuelle n'exclut pas le devoir de se renseigner<sup>1107</sup>.

**438.** Par ailleurs, l'inconvénient de taille inhérente à cette phase précontractuelle, c'est le fait pour un pourparleur de s'approprier ces informations à des fins de concurrence déloyale. C'est pourquoi, l'obligation d'information à une contrepartie, c'est celle de la discrétion c'est-à-dire, « *chaque négociateur a un devoir de confidentialité sur les informations qui ont été échangées lors de la phase de la formation du contrat* »<sup>1108</sup>. Cette obligation de discrétion peut être renforcée par la volonté des négociateurs. En fait, les négociateurs peuvent conclure une clause de confidentialité. C'est une clause par laquelle les futurs contractants sont tenus de ne pas divulguer les informations aux tiers ou d'en faire ou un usage quelconque.

**439.** La troisième phase concerne l'offre. C'est une proposition ferme de conclure un contrat déterminé dans les conditions déterminées. L'offre doit être précise et ferme. Elle est

---

<sup>1105</sup> V°. G. FLECHEUX, « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », *Mélanges J. Ghostln*. Paris 2001, p. 342.

<sup>1106</sup> V°. D. MAZEAUD, « Les dix commandements du droit français contemporain des contrats », in *Catalogue avant publication de Bibliothèque et Archives Canada*, Conférences Roger-Comtois; 4, 2005, p. 9.

<sup>1107</sup> V°. P. JOURDAIN, « Le devoir de se renseigner », *Dalloz*. 1983. Chr. 139.

<sup>1108</sup> V°. D. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 9.

précise lorsqu'elle comporte les éléments essentiels du futur contrat. Les éléments essentiels sont des éléments sans lesquels le contrat ne pourra être conclu. Cette exigence permet à l'acceptant éventuel d'avoir une pleine connaissance sur le contrat futur. Elle est ferme lorsqu'elle est exempte de réserve.

**440.** Ainsi, l'information précontractuelle permet d'élucider le consentement des parties. Elle permet à l'une des parties de connaître les caractéristiques du bien ou du service objet du contrat. L'article 33 de la loi 94-63 du 22 août 1994 dispose qu' « *Au regard de la présente loi, constituent les règles d'information commerciale, la publicité de prix, l'affichage, le marquage, l'étiquetage, la communication des barèmes de prix et des conditions générales de vente ou de tout autre procédé approprié. Il est également exigé le respect des règles en matière de facturation* ». Cette disposition n'est effective, que si les indications mentionnées sont données dans la période précontractuelle, car elle a pour but d'éviter une éventuelle erreur<sup>1109</sup> du cocontractant. En effet, l'erreur de celui-ci consiste en une manifestation inexacte de la réalité, c'est-à-dire une discordance entre la volonté déclarée et la volonté interne. Cette situation résulte de son ignorance sur la réalité. Une information fournie avant la formation du contrat permet de remédier à cette ignorance et donc d'assurer l'intégrité du consentement.

L'obligation d'information peut avoir un contenu objectif ou subjectif. Le contenu objectif est relatif aux éléments inhérents au contrat : à son contenu ou à sa forme alors que le contenu subjectif porte en principe sur la personne des futurs contractants.

**441.** En ce qui concerne le contenu objectif du contrat, la disposition précitée énonce que : l'information porte sur le prix ou les conditions générales de vente. La formule « conditions générales » suppose que cette publicité doit porter sur les conditions de fond et de forme du contrat, c'est-à-dire que l'objet du contrat, les clauses contractuelles, le lieu et le moment d'exécution du contrat. En outre, les modalités du contrat doivent être portées à la connaissance des tiers et ces modalités sont notamment le terme et la condition. Dans cette disposition, il s'agit ici pour le créancier de cette obligation, en l'occurrence le professionnel, de faire une idée sur la qualité, les dangers et la valeur des produits ou des services.

---

<sup>1109</sup> V°. J. GHESTIN, « Erreur », *repertoire civ.* Dalloz, septembre 2006, p. 92-150.

De plus, dans l'Acte Uniforme relatif au contrat de transport de marchandise ; l'expéditeur est tenu de mettre à la disposition du transporteur les documents nécessaires et lui fournir tous renseignements utiles.<sup>1110</sup> En la matière, l'information précontractuelle porte sur les modalités d'exécution du contrat ainsi que sur l'étendue des obligations des parties.

**442.** Au surplus, l'obligation d'information commerciale a été également prévue par la loi n° 2008-08 sur les transactions électronique. L'article 10 de cette loi dispose que : *« Sans préjudice des autres obligations d'information prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur, toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 8 de la présente loi est tenue d'assurer à ceux à qui est destinée la fourniture de biens ou la prestation de services un accès facile, direct et permanent utilisant un standard ouvert aux informations suivantes : 1) s'il s'agit d'une personne physique, ses nom et prénom et, s'il s'agit d'une personne morale, sa raison sociale ; 2) l'adresse complète de l'endroit où elle est établie, son adresse de courrier électronique, ainsi que son numéro de téléphone ; 3) si elle est assujettie aux formalités d'inscription au registre du commerce et du crédit mobilier ou au répertoire national des entreprises et associations, le numéro de son inscription, son capital social et l'adresse de son siège social ; 4) si elle est assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée et immatriculée au répertoire national des entreprises et associations, son numéro d'identification national des entreprises et associations (NINEA) ; 5) si son activité est soumise à un régime d'autorisation, le nom et l'adresse de l'autorité ayant délivré celle-ci ; 6) si elle est membre d'une profession réglementée, la référence aux règles professionnelles applicables, son titre professionnel, l'État membre dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel auprès duquel elle est inscrite. Toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 8 de la présente loi doit, même en l'absence d'offre de contrat, dès lors qu'elle mentionne un prix, indiquer celui-ci de manière claire et non ambiguë, et notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus »*. Selon cette disposition, l'objet de l'information est surtout relatif à l'identité de la personne. Cela a pour but d'éviter de conclure avec une personne fictive ou de commettre une erreur sur la personne.

**443.** En outre, dans la jurisprudence française, le professionnel doit informer son partenaire sur divers aspects : des contre-indications de sa propre prestation ; des contraintes techniques ; des risques encourus par le client, en d'autres termes il doit l'informer des risques de la chose et de la

---

<sup>1110</sup> V°. A.U.C.T.M. Art. 6.

façon de les éviter. L'obligation précontractuelle d'information a pour finalité de protéger le consentement du futur contractant. Ainsi, dans l'arrêt **Vilgrain**<sup>1111</sup>, la Cour de Cassation française avait décidé que le dirigeant de société est tenu d'une obligation d'information sur la valeur des titres qu'il rachète à ses associés. Dans le même ordre de protection du consentement, la jurisprudence avait même condamné le silence gardé par un contractant sur une information utile pour son partenaire. En effet, il a été jugé que « *le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter* »<sup>1112</sup>. La bonne foi intervient aussi dans le cadre des négociations dans les avant-contrats.

## **B. La bonne foi, critère d'exécution de l'obligation de négociation dans les avant-contrats**

**444.** Les avant-contrats sont destinés à sécuriser la phase précontractuelle<sup>1113</sup> contre les risques d'abus de rompre unilatéralement des pourparlers. Aussi, ils permettent aux parties de murir leur consentement car les conditions du contrat projeté sont amplement discutées. Il y a donc deux catégories d'avant-contrats en droit sénégalais. Il s'agit des avant-contrats unilatéraux et les avant-contrats bilatéraux.

**445.** Les premiers sont notamment la promesse unilatérale de contrat et le pacte de préférence. La promesse unilatérale de contrat est réglementée par les articles 321 ; 324 ; 325 ; 326 et 327 C.O.C.C. L'article 321 précité dispose que le contrat de vente peut être précédé d'une promesse de vente unilatérale. Puis, aux termes de l'article 324 C.O.C.C., la promesse de vente est unilatérale lorsque le bénéficiaire de l'offre n'assume aucune obligation d'acheter, alors que le promettant est tenu de l'obligation de vendre. À côté de la promesse unilatérale de vente, il y a la promesse unilatérale d'achat. C'est une convention par laquelle une personne s'engage à acheter une chose si le vendeur consent à la vendre<sup>1114</sup>. Dans la promesse unilatérale d'achat, l'acheteur est tenu de maintenir sa promesse de vendre. Le vendeur ne supporte aucune obligation. De surcroît, la conclusion de la vente définitive dépend de sa volonté unilatérale.

---

<sup>1111</sup> V°. Cass. Com., 27 février 1996, bull. n° 94-11241.

<sup>1112</sup> V°. Cass. Civ. 3è, 15 Janvier 1971, n°69-12180.

<sup>1113</sup> V°. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La période précontractuelle en droit français », *R.D.C.* Vol. 42 n°2, Avril-juin 1990, p. 545 et s.

<sup>1114</sup> V°. C.O.C.C. Art. 327.

**446.** En dehors de la promesse unilatérale de contrat, nous avons le pacte de préférence<sup>1115</sup>. Celui-ci a son siège dans l'article 319 C.O.C.C. C'est un contrat par lequel une personne, le promettant, s'engage à proposer par priorité la conclusion d'une convention future à une autre personne, le bénéficiaire, qui accepte la préférence qui lui est accordée.

**447.** L'article 319 du Code susnommé soumet le pacte de préférence au même régime juridique que les promesses de contrat. Cependant, malgré cette assimilation celui-là est différent de celles-ci. En effet, dans la promesse de contrat, le promettant donne d'ores et déjà son consentement à la conclusion du contrat projeté alors que le débiteur du pacte de préférence ne promet qu'une priorité pour le cas où il déciderait finalement de conclure le contrat déterminé, ce à quoi le pacte ne l'oblige pas. Ensuite, dans le pacte de préférence le promettant est tenu de faire connaître au bénéficiaire de la préférence non seulement sa décision d'aliéner mais aussi les conditions du contrat qu'il projette de passer avec un tiers.

**448.** Au-delà de cette précision, les avant-contrats unilatéraux obéissent aux mêmes règles de formation et aux mêmes effets. S'agissant de la formation, ils sont soumis aux conditions générales de formations prévues par l'article 47 du Code susnommé. Quant aux effets, ils sont régis par l'article 326 C.O.C.C. En cas de violation de la promesse de contrat, le créancier de la promesse à une option entre :

- L'octroi des dommages et intérêts puisqu'il s'agit de la violation d'une obligation de faire, c'est-à-dire de maintenir la promesse. Par ailleurs, l'article 105 C.O.C.C considère les dommages et intérêts comme une sanction complémentaire obligatoire. Ils ne font pas partie du choix du créancier<sup>1116</sup>.
- Poursuivre l'annulation du contrat contre le tiers acquéreur. Cette option exige la réunion de deux conditions cumulatives. *Primo*, l'acquéreur doit être de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il doit connaître la fraude du débiteur. Le créancier pourra apporter la preuve de la mauvaise foi du tiers par tous les moyens. *Secundo*, la mauvaise foi de l'acquéreur doit être établie au moment de l'acquisition de la chose.

---

<sup>1115</sup> V°. D. MAINGUY, « La violation du pacte de préférence », droit et patrimoine, 2006, n° 144, p. 72.

<sup>1116</sup> Le créancier a le choix entre la résolution ou résiliation du contrat, la réparation par équivalent et la réduction de ses obligations voir dans ce sens V°. C.O.C.C. Art. 105.

**449.** L'action en nullité du contrat contre le tiers tend à sanctionner la fraude par intervention d'un tiers<sup>1117</sup>. Il s'agit de la fraude paulienne<sup>1118</sup>, qui sanctionne la mauvaise foi du débiteur et du tiers qui veut nuire au créancier. Cependant, la bonne foi est toujours présumée<sup>1119</sup>. Il appartient donc au bénéficiaire de la promesse d'apporter la preuve de la mauvaise foi du tiers. Celle du débiteur est établie du fait même d'avoir violé sa promesse<sup>1120</sup>. Il s'agit ici de la malhonnêteté du contractant de violer la promesse qu'il a lui-même faite.

**450.** En dehors des avant-contrats unilatéraux, il y a ceux bilatéraux. Pour ceux-là on peut citer deux : la promesse synallagmatique et l'accord de principe. La promesse synallagmatique de contrat est prévue par l'article 322 et 382 C.O.C.C. Le premier texte dispose que : « *La promesse synallagmatique est celle par laquelle les deux parties sont d'accord, le vendeur peut vendre l'acheteur pour acheter une chose déterminée pour un prix fixé* ». En outre, la promesse synallagmatique de vente peut avoir pour objet un immeuble. Ainsi, l'article 382 précité énonce que : « *L'acte par lequel les parties, s'engagent l'une à céder, l'autre à acquérir, un droit sur un immeuble, est une promesse synallagmatique de contrat* ».

**451.** En ce qui concerne l'accord de principe, il convient de dire qu'il n'est pas expressément consacré par les dispositions C.O.C.C. Toutefois, l'admission de la liberté contractuelle par celui-ci lui suffit comme fondement. Ce faisant, l'accord de principe est différent de la promesse de contrat. Cette dernière est déjà un contrat irrévocable alors que l'accord de principe n'est pas un contrat définitif ; il est lesté d'une réserve et la fermeté de l'engagement y demeure dans une zone imprécise. Dans l'accord de principe, on donne son consentement en attendant sa confirmation. L'accord de principe est donc un engagement sujet à confirmation<sup>1121</sup>. Ainsi, la Chambre sociale de la Cour de Cassation a décidé par arrêt du 24 mars 1958 que l'accord de principe est un engagement lorsqu'il est suivi de confirmation. Mais, même s'il n'est pas un contrat définitif, l'accord de principe donne naissance à certains effets de droit actuels. Ainsi, il crée entre les parties une obligation contractuelle de négocier, c'est-à-dire que les parties sont non seulement tenues de poursuivre les négociations mais aussi de les mener de bonne foi. Si un des contractants refuse de poursuivre les négociations, l'autre peut intenter une action en responsabilité

---

<sup>1117</sup> V°. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit. , p. 65.

<sup>1118</sup> V°. C.O.C.C. Art. 204.

<sup>1119</sup> V°. C.O.C.C. Art. 10.

<sup>1120</sup> Sauf s'il apporte la preuve d'un cas de force majeure.

<sup>1121</sup> V°. I. NAJJAR, « L'accord de principe », D.1991, p. 57.

contractuelle de la partie contre lui. De plus, il ne suffit pas simplement de négocier, mais encore faut-il négocier de bonne foi, c'est-à-dire, les parties doivent mettre en œuvre les moyens d'une négociation loyale et sérieuse<sup>1122</sup>. L'obligation de négocier<sup>1123</sup> dans l'accord de principe est une obligation de moyen. Les parties ne sont pas tenues, comme en matière de promesse synallagmatique, de conclure le contrat définitif. En effet, même si elles s'entendent sur les éléments essentiels de celui-ci, elles doivent réitérer leur consentement pour que le contrat projeté soit formé. Néanmoins, pour certains auteurs, l'accord de principe ne donne pas lieu à l'obligation de négation car il n'existe pas une obligation de négocier l'exécution d'un contrat. Cette opinion n'est pas retenue par la jurisprudence française.

## **PARAGRAPHE II. La bonne foi, dans la formation du contrat.**

**452.** Les articles 103 C.O.C.C et 1134 du Code civil de 1804 ne placent pas la bonne foi dans la période de la formation du contrat, mais dans ses effets. Cependant, l'article 237 A.U.D.C.G dispose que la bonne foi est une règle générale qui préside la formation du contrat de vente commerciale. L'article précité énonce dans l'al. 1 deuxième phrase que : « *Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi. Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée* ».

Dans la période de la formation du contrat, la bonne foi interdit le dol (**A**) et assure la protection des tiers par la théorie de l'apparence<sup>1124</sup>(**B**).

### **A. L'interdiction du dol**

**453.** Le dol est un vice de consentement prévu par l'article 63 C.O.C.C. Celui-ci dispose que : « *Le dol est une tromperie provoquée par des manœuvres que l'un des contractants a pratiqué à l'encontre de l'autre pour l'amener à donner son consentement* ». Il résulte de cette définition que le dol comprend deux éléments constitutifs :

**454.** L'élément matériel : les manœuvres

---

<sup>1122</sup> V°. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La période précontractuelle en droit français », *R.D.C.* Vol. 42 n°2, Avril-juin 1990, p. 547.

<sup>1123</sup> V°. *Ibid.*, p. 547.

<sup>1124</sup> V°. P. GRIDEL, « La cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *Dalloz*. 2002, n°3, p. 235.

Ces manœuvres résultent de toutes machinations, de toutes mises en scène et tous artifices. À ces manœuvres la jurisprudence a assimilé le simple mensonge. Celui-ci est constitutif de dol quelle que soit sa forme : écrite ou verbale sauf si ce mensonge n'est que l'exagération des qualités ou de la valeur de la chose offerte. C'est ce qu'on appelle le *dolus bonus*. Cependant, la mesure du dol tolérable dépend de la qualité de l'auteur. Plus son autorité est grande moins son mensonge est admissible. On tient compte également de la qualité de sa victime, c'est-à-dire de son âge, de sa compétence professionnelle et de son instruction, etc.

#### 455. L'élément moral du dol

L'auteur du dol doit agir sciemment dans l'intention de tromper son cocontractant. Le dol trouve son origine dans la déloyauté de son auteur. Il s'agit de sanctionner la mauvaise foi de celui-ci en annulant le contrat. Cependant, la mauvaise foi de l'auteur du dol doit être prouvée<sup>1125</sup>. Mais, là il se pose un problème de la preuve, car la bonne foi de celui-ci est toujours présumée. Ensuite, l'intention relève du domaine de l'intime et du caché. Il est difficile dans ce cas, de savoir l'intention réelle de l'auteur. Néanmoins, la preuve peut être apportée par tous moyens parce qu'il s'agit d'une question de fait.

Dans tous les cas, l'exigence de l'élément intentionnel du dol manifeste l'attitude du législateur à limiter les cas de nullité pour le dol. Dans le même sens, le juge a apporté une limite à la nullité du contrat pour manquement à l'obligation précontractuelle de renseignement<sup>1126</sup>. En premier lieu, dans l'arrêt *Balbus* rendu le 3 mai 2000 par la première Chambre civile, la Cour de Cassation a décidé «*qu'aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur* »<sup>1127</sup>. En second lieu, la même jurisprudence a été affirmée avec force dans un arrêt rendu le 17 janvier 2007. Le juge de la chambre civile de la Cour de cassation française a estimé que «*l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis* »<sup>1128</sup>. Seulement, dans certains cas, la chambre civile de la Cour de cassation française estime que le silence peut constituer un dol. Ainsi, il a été jugé que «*Manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence, la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée,*

---

<sup>1125</sup> V°. C.O.C.C, Art 10.

<sup>1126</sup> V°. J-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants: est-on allé trop loin? », *op. cit.*, p.9.

<sup>1127</sup> V°. Cass. Civ; 1re, 3 mai 2000, bull. n° 98-11381.

<sup>1128</sup> V°. Cass. Civ. 3eme. 17 janvier 2007, pourvoi: 06-10442.



omet de porter cette information à la connaissance de la caution l'incitant ainsi à s'engager »<sup>1129</sup>. Cette décision consacre la réticence dolosive<sup>1130</sup>. Il s'agit donc du dol par la seule rétention d'une information cruciale pour l'une des parties. La réticence dolosive a été également consacrée par un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation française le 2 octobre 1974. Dans cet arrêt le juge français a décidé que « *le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter ; dès lors qu'elle a déterminé le consentement du cocontractant, l'erreur provoqué par le dol peut être mise en considération, même si elle ne porte pas sur la substance de la chose qui fait l'objet du contrat* »<sup>1131</sup>. La rétention de l'information est donc constitutive de dol. Ce dernier est une erreur provoquée, sanctionnée par la nullité du contrat. L'action en nullité sera intentée par le créancier de l'information. Elle est de deux ans à compter de la découverte du dol.

Cependant, la jurisprudence a apporté une limite à la nullité du contrat pour manquement à l'obligation d'information. En effet, la Chambre commerciale de la Cour de cassation française a décidé le 28 juin 2005 que « *le manquement à une obligation d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement* »<sup>1132</sup>.

**456.** Le dol manifeste la déloyauté du cocontractant. Cette déloyauté a aujourd'hui glissé sur le terrain de la lésion. Ainsi, l'article 3.10 des principes d'Uni Droit considère la lésion comme un avantage excessif injustement accordé par le contrat ou par une clause à l'une des parties. L'avant-projet d'Acte Uniforme a consacré la lésion comme une cause générale de la nullité du contrat. La lésion trouve sa cause dans la déloyauté de l'une des parties ou de certaines circonstances objectives comme l'état de dépendance de l'autre, sa détresse économique ou l'urgence de ses besoins. Elle peut résulter aussi des circonstances subjectives à savoir l'imprévoyance de l'une des parties, son ignorance ou son inaptitude à la négociation. Ici l'on condamne la malhonnêteté, la déloyauté le fait d'abuser bref ; l'exploitation. D'ailleurs, la jurisprudence a créé un autre vice de consentement qui sanctionne l'exploitation abusive de l'une

---

<sup>1129</sup> V°. Cass. Civ; 1<sup>re</sup>. 10 mai 1989, n° de pourvoi: 87-14294.

<sup>1130</sup> V°. J. MOULY, « Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable (l'opinion dissidente d'un « travailleur » », D. 2003, p. 2023. Dans le même sens Voir. J. GHESTIN, « La réticence dolosive, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles », D. 1971. Chr. 247.

<sup>1131</sup> V°. Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>. n° de pourvoi: 73-11901.

<sup>1132</sup> V°. Cass. Com. 28 juin 2005. n° de pourvoi: 03-16794.

des parties contractantes. C'est le vice de faiblesse. Il s'agit pour l'une des parties au contrat d'exploiter la faiblesse ou la vulnérabilité de son cocontractant pour obtenir son consentement. Ce dernier peut invoquer le vice de faiblesse pour obtenir la nullité du contrat sans préjudice des dommages et intérêts. En fait, la morale la plus élémentaire réprouve le fait d'exploiter la vulnérabilité d'une personne pour en tirer profit.

L'obligation de bonne foi est une règle générale de comportement qui doit précéder la formation de tout contrat. Elle exige un minimum de transparence dans les rapports contractuels. La bonne foi protège également le tiers sous couvert de la théorie de l'apparence.

## **B. La protection du tiers par la théorie de l'apparence**

457. L'apparence est une notion qui a eu une belle histoire, celle d'un esclave habile qui dissimulait sa véritable qualité pour exercer la charge de prêteur<sup>1133</sup>. Dans le sens courant, l'apparence signifie « *ce qui se présente immédiatement à la vue ou à la pensée (Larousse), de l'aspect d'une personne ou d'une chose (Robert)* »<sup>1134</sup>. En revanche, selon le sens juridique, l'apparence « *oppose la réalité d'un droit ou d'une qualité à la perception erronée ou la croyance fausse - l'apparence - de cette réalité : elle suppose une situation vraisemblable mais inexacte en droit* »<sup>1135</sup>. Dans certains cas, la théorie de l'apparence a permis de valider une situation juridique. Selon l'article 167 C.O.C.C : « *Le paiement fait de bonne foi à celui qui se présente apparemment comme le créancier est valable* ».

458. En matière contractuelle, la théorie de l'apparence permet de protéger le tiers de bonne foi. Cette protection est justifiée par le fait que « *la vie des affaires est faite de rapidité et cette considération autorise les acteurs du commerce, qui se dispensent d'effectuer un certain nombre de vérifications, de fonder leurs actions sur des présomptions attachées à des comportements* »<sup>1136</sup>. C'est pourquoi, l'article 183 A.U.D.C.G. dispose que lorsque le comportement du représenté de commerce conduit le tiers à croire raisonnablement et de bonne foi, que l'intermédiaire ait le pouvoir d'agir pour le compte du représenté, ce dernier ne peut se prévaloir à l'égard dudit tiers du défaut de pouvoir de l'intermédiaire. On voit donc le tiers qui est protégé par la théorie de

---

<sup>1133</sup> V°. M. BOUDOT, «L'apparence», *répertoire civ.* Dalloz, Janvier 2003, p. 2.

<sup>1134</sup> V°. *Ibid.*, p. 3.

<sup>1135</sup> V°. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, n° 1502, p. 571.

<sup>1136</sup> V°. M. BOUDOT, *op.cit.*, p. 6.

l'apparence est le tiers de bonne foi. Ainsi, la bonne foi est un instrument qui permet d'assurer l'efficacité des conventions.

Cependant, la théorie de l'apparence ne peut pas remettre en cause le respect des dispositions d'ordre public. En effet, en matière immobilière la Cour d'Appel de Dakar avait admis la validité d'un mandat apparent alors que les textes n'admettent que le mandat notarié. Sa décision a été censurée par la Cour suprême au motif que « *lorsque la loi exige, pour la conclusion d'un contrat, des formes particulières, le pouvoir de passer ce contrat doit être donné au représentant dans la même forme* »<sup>1137</sup>. Néanmoins, nous pensons que cette décision ne protège pas le tiers de bonne foi. La Cour n'aurait pas dû subordonner la validité du contrat au respect des formes particulières entre le représenté et le représentant. Elle aurait pu tout simplement exiger le respect de ces formalités au moment de la conclusion entre le tiers et le représenté. Ceci a pour conséquence de protéger à la fois l'ordre public et le tiers de bonne foi.

## **SECTION II. LA GESTION DES RISQUES POSTNATAUX**

Les risques postnataux sont des risques qui sont nés après la conclusion du contrat. Ces risques relatifs aux difficultés d'interprétation et d'exécution du contrat. S'agissant de l'interprétation, l'article 103 COCC donne au juge le pouvoir de compléter les lacunes du contrat. Dans ce cas, nous pouvons dire que la bonne foi est une règle d'interprétation du contrat (**Paragraphe II**). Quant à l'exécution, l'article 1134 *in fine* du Code civil français dispose que : les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Dans cette situation, la bonne foi est un critère d'exécution du contrat (**Paragraphe I**).

### **Paragraphe I. La bonne foi, un critère d'exécution du contrat**

L'article 1134 du code civil français pose expressément la bonne foi comme une condition d'exécution du contrat. Il convient d'analyser la prise en compte de la bonne foi<sup>1138</sup> comme condition d'exécution du contrat. Pour cela, elle se manifeste par l'interdiction de l'abus (**A**) et la solidarité dans l'exécution du contrat (**B**).

---

<sup>1137</sup> V°. C. Suprême, Ch. Civ. Com., Arrêt n° 66 du 07 août 2013, n° J/345/RG/12, inédit.

<sup>1138</sup> V°. B. LEFEBVRE, « La bonne foi: notion protéiforme », *R.D.U.S.*, n° 26 1996, p. 340 et s.

## A. L'interdiction de l'abus

**459.** La notion d'abus<sup>1139</sup> de droit avait fait l'objet d'une discussion doctrinale. La doctrine classique estimait que le titulaire d'un droit peut en user librement. Qu'il ne peut y avoir abus dans l'exercice d'un droit. En d'autres termes, un droit ne peut être à la fois légal et abusif. Ainsi, ne lèse personne celui qui use de son droit. Par conséquent, derrière un abus de droit, il y a un abus de langage. Cependant, au même moment une partie de la doctrine classique, contrairement à la thèse précédente, condamne l'usage abusif d'un droit à travers des formules suivantes : « *nous ne devons pas user de notre droit de mauvaise foi. Pas d'indulgence pour la mauvaise foi* »<sup>1140</sup>. Pour **L. Josserand**, l'abus est l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit, à sa fonction sociale, à sa finalité. L'abus de droit ne se caractérise pas par l'intention de nuire<sup>1141</sup>, mais simplement en détournant un droit de son objet<sup>1142</sup>. Ainsi, selon cet auteur, tous les droits ont un but d'ordre social. Cependant, son opinion n'est partagée par tous les auteurs. En effet, monsieur **Teboul** affirmait que si chaque droit subjectif doit tendre vers le but en vue duquel il est accordé, cela peut faire naître une incertitude car le juge doit apprécier au cas par cas la finalité des droits accordés<sup>1143</sup>.

Nous partageons cette idée de **Teboul** car le contrôle de la finalité du droit donnera au juge beaucoup de pouvoir dans la mise en œuvre des droits subjectifs. Néanmoins, il convient également de noter que le droit a une fonction sociale. Il tend à harmoniser les rapports sociaux et à équilibrer les intérêts en présence. La finalité doit nécessairement être prise en compte car elle constitue le socle même du droit. Ainsi dit-on, lorsque le bien commun cesse d'être l'objectif, l'exercice du droit cesserait d'être justifié.

**460.** Contestable en doctrine, la notion d'abus de droit est admise expressément par le législateur sénégalais, à travers l'article 122 C.O.C.C. Cependant, à la différence de monsieur **Josserand**, le législateur sénégalais considère l'intention de nuire comme un critère d'abus de droit.

---

<sup>1139</sup> V°. P-G. JOBIN, « Grands pas et faux pas de l'abus de droit contractuel », *Les Cahiers de Droit*, 1991 n°32, p. 155.

<sup>1140</sup> V°. P. STOFFEL-MUNCK, « L'abus dans le contrat; essai d'une théorie », *L.G.D.J.*, 2000, Tome 337.

<sup>1141</sup> V°. C. TUAILLON, « L'abus en droit des sociétés, vague concept ou vaste concept de protection ? », *Les Petites Affiches*, 10 mars 2004 n° 50, p. 4.

<sup>1142</sup> V°. P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, régime d'indemnisation*, 10<sup>ème</sup> éd. Dalloz 2014-2015, P 1801.

<sup>1143</sup> V°. G. TEBOUL, « L'abus en droit des affaires et le pouvoir de modération du juge », *Gaz. Palais-recueil* Novembre-Décembre 2009, p. 3635.

L'article précité dispose que « *Commet une faute par abus de droit, celui qui use de son droit dans l'intention de nuire à autrui, ou celui qui en fait un usage contraire à sa destination* ».

**461.** En droit des contrats, la notion d'abus est omniprésente. En réalité, on parle souvent de l'interdiction de l'abus sur la fixation du prix, sur la rupture du contrat ou encore l'interdiction des clauses abusives. De surcroît, il est exigé aux parties de coopérer entre elles<sup>1144</sup> dans l'exécution de leurs obligations contractuelles. Ainsi, l'abus constitue en droit des contrats un baromètre de l'exercice des pouvoirs des contractants. Il est réprimé sous l'égide de la bonne foi qui assure la police de l'exécution des obligations contractuelles. La bonne foi constitue ainsi une correction contre certains abus contractuels<sup>1145</sup>.

La sanction de l'abus a consisté d'abord à encadrer l'exercice des pouvoirs des contractants. Il s'agit en premier lieu des pouvoirs unilatéraux d'origine conventionnelle. Ce sont notamment le pouvoir de fixation unilatérale du prix<sup>1146</sup> du contrat et le pouvoir de résolution unilatérale<sup>1147</sup> prévu par une clause résolutoire.

**462.** S'agissant du pouvoir de fixation unilatérale du prix, la Cour de cassation française avait admis le pouvoir pour une partie au contrat-cadre de fixer unilatéralement le prix des contrats d'application. En effet, la Cour Cassation française avait estimé que « *lorsqu'une convention prévoit la conclusion des contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces conventions dans ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à réalisation ou indemnisation* »<sup>1148</sup>. En fait, la réserve de l'abus consiste à établir que la fixation du prix est un véritable pouvoir et l'abus exprime la nécessité de prendre en compte l'intérêt de l'autre partie lors de la détermination du prix. Le contractant titulaire du pouvoir de fixation du prix doit donc l'exercer dans l'intérêt du contrat. Cet intérêt englobe celui du cocontractant dépendant.

---

<sup>1144</sup> V°. J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *R.E.I.* Vol .92. 2e et 3e trimestres 2000. p. 92.

<sup>1145</sup> V°. L. LAMBERT-GARREL, « Le juge et le prix du contrat », *R.R.J.* 2003, p. 723.

<sup>1146</sup> V°. T. REVET, « Les apports au droit des relations de dépendance », *R.T.D. com.* 50 (1), Janvier- mars 1997, p. 40.

<sup>1147</sup> V°. B. LE BARS, « La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime », *Dalloz.* 2002, n °4, p. 381 et s.

<sup>1148</sup> V°. T. REVET, *op. cit.*, p. 40.

Cette jurisprudence trouve son fondement dans l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi. D'ailleurs, les arrêts de la Cour de cassation française du 1er décembre 1995, siège de cette règle prétorienne, visent l'article 1134 du Code civil. Toutefois, elle prend le contrepied de la conception classique du contrat qui veut que chaque contractant prenne en charge ses intérêts et de ses seuls intérêts. Ainsi, l'interdiction de l'abus tend à modérer l'exercice égoïste des droits contractuels. Dans cette espèce, le juge de la Cour de cassation française s'est référé à la doctrine du solidarisme contractuel. Celle-ci substitue la vision du contrat comme le produit de la conciliation des intérêts égoïste, celle du contrat comme œuvre de coopération entre individus situés, unis par des liens de solidarité issus de leur appartenance au groupe social.

**463.** L'interdiction de l'abus a été également posée à propos de la clause résolutoire. C'est une clause qui permet à chaque partie de résilier le contrat en cas d'inexécution. En fait, la clause résolutoire offre aux parties la possibilité de contourner les inconvénients de l'article 105 COCC en privant le juge de son pouvoir d'appréciation. Cependant, pour éviter que la clause ne soit invoquée de façon abusive, le juge contrôle sa mise en œuvre<sup>1149</sup>. D'abord, la jurisprudence contrôle les circonstances de la mise en œuvre de ladite clause. Celle-ci ne doit pas être mise en œuvre dans des conditions qui empêcheraient le débiteur d'être en règle. La bonne foi du créancier est donc vérifiée en aval. « Ainsi, dans une espèce où le propriétaire avait attendu les vacances d'été pour délivrer à son locataire une mise en demeure d'exécuter des travaux de réparation et d'entretien dans le délai d'un mois, les juges de fond écartèrent la clause résolutoire en considérant que le locataire avait été mis dans l'impossibilité matérielle de régulariser, compte tenu de la fermeture annuelle des entreprises ayant accepté de faire les travaux »<sup>1150</sup>. Ensuite, la Cour de cassation française a indiqué d'autres exigences relatives à la mise en demeure préalable de la clause résolutoire. De ce fait, il a été dit que la mise en demeure doit être explicite et indiquer les raisons de l'infraction alléguée<sup>1151</sup>. Ainsi, la troisième Chambre civile de la Cour de Cassation avait reproché au bailleur d'avoir adressé une sommation précisant seulement que les preneurs n'avaient pas rempli leurs obligations. La Cour estime que l'acte aurait dû indiquer la nature des infractions alléguées<sup>1152</sup>. *Idem*, la jurisprudence a estimé qu'une mise en demeure se bornant à

---

<sup>1149</sup> V°. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, Paris 2007, p. 248.

<sup>1150</sup> V°. Y. PICOD, « La clause résolutoire et la règle morale, la semaine juridique », éd. G, n° 20, 1990, p. 3447, n° 5.

<sup>1151</sup> V°. *Ibid.* p. 5.

<sup>1152</sup> V°. *Ibid.* p. 5.

énoncer les clauses du bail sans préciser celles qui sont inexécutées, ne peut entraîner le jeu de la clause résolutoire<sup>1153</sup>.

Les exigences de la jurisprudence française par rapport à la mise en demeure ont été reprises par l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général. Il s'agit de l'article 133 A.U.D.C.G.<sup>1154</sup> à propos de la résiliation judiciaire ou conventionnelle. En effet, la mise en demeure préalable à cette résiliation doit être suffisamment claire pour ne laisser aucun doute à la mauvaise foi. Pour ce faire, elle doit non seulement indiquer les obligations inexécutées et le délai exigé pour les exécuter mais aussi préciser la juridiction compétente pour statuer à cet effet et les conséquences que risque le débiteur en cas d'inexécution.

Au-delà de la mise en demeure préalable, le juge effectue un contrôle intrinsèque de la clause résolutoire. Ainsi, celle-ci doit être rédigée sans équivoque car l'ambiguïté est fille de la mauvaise foi. L'ambiguïté, dans la rédaction de la clause résolutoire, permettra aux juges de recouvrer leur pouvoir d'appréciation<sup>1155</sup>. Il s'agit là d'exiger un formalisme informatif dans la rédaction de la clause résolutoire. La jurisprudence veut que le débiteur soit suffisamment informé des conséquences de l'inexécution de ses obligations contractuelles. Et, comme la clause résolutoire entraîne *de jure* la résolution du contrat, il doit être informé de ses tenants et aboutissants. De manière générale, l'exigence de la bonne foi dans la rédaction de la clause résolutoire tend à instaurer un devoir de loyauté dans la relation contractuelle. Ainsi, l'ignorance,

---

<sup>1153</sup> V°. Y. PICOD, « La clause résolutoire et la règle morale, la semaine juridique », *op. cit.*, p. 5.

<sup>1154</sup> V°. A.U.D.G. Art. 133 : « Le preneur et le bailleur sont tenus chacun en ce qui le concerne au respect de chacune des clauses et conditions du bail, sous peine de résiliation.

La demande en justice aux fins de résiliation du bail doit être précédée d'une mise en demeure de respecter la ou les clauses ou conditions violées. La mise en demeure est faite par acte d'huissier ou notifiée par tout moyen permettant d'établir sa réception effective par le destinataire.

À peine de nullité, la mise en demeure doit indiquer la ou les clauses et conditions du bail non respectées et informer le destinataire qu'à défaut de s'exécuter dans un délai d'un mois à compter de sa réception, la juridiction compétente statuant à bref délai est saisie aux fins de résiliation du bail et d'expulsion, le cas échéant, du preneur et de tout occupant de son chef.

Le contrat de bail peut prévoir une clause résolutoire de plein droit. La juridiction compétente statuant à bref délai constate la résiliation du bail et prononce, le cas échéant, l'expulsion du preneur et de tout occupant de son chef, en cas d'inexécution d'une clause ou d'une condition du bail après la mise en demeure visée aux alinéas précédents.

La partie, qui entend poursuivre la résiliation du bail, doit notifier aux créanciers inscrits une copie de l'acte introductif d'instance. La décision prononçant ou constatant la résiliation du bail ne peut intervenir qu'après l'expiration d'un délai d'un mois suivant la notification de la demande aux créanciers inscrits».

<sup>1155</sup> V°. Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, *op. cit.*, p. 26.

la tromperie et la malhonnêteté sont des vices qui affectent la bonne exécution du contrat. Alors que l'information facilite son exécution.

En outre, l'exigence de bonne foi a permis au juge de corriger les clauses excessives, c'est-à-dire celles par lesquelles l'un des contractants s'octroie un avantage excessif. Il s'agit des clauses abusives<sup>1156</sup>, des clauses pénales et les clauses léonines.

**464.** La notion de clause abusive a suscité une abondante littérature<sup>1157</sup>. Ainsi, avant même que le législateur ne légifère en la matière, le juge avait reconnu le droit de qualifier une clause d'abusives<sup>1158</sup>. Ainsi, dans un arrêt rendu le 14 mai 1991, la Cour de Cassation française consent *contrat legem*, à déclarer une clause abusive en l'absence de décret d'interdiction. Le juge français s'est sans doute fondé sur la notion de bonne foi qui doit précéder tout processus du contrat<sup>1159</sup>.

**465.** S'agissant des clauses pénales, elles permettent, en cas d'inexécution de son obligation principale, à verser à l'autre partie une somme forfaitaire à titre de dommages-intérêts<sup>1160</sup>. La clause pénale remplit deux fonctions. Premièrement, elle permet de garantir l'exécution du contrat. Deuxièmement, elle permet de sanctionner l'inexécution de l'obligation. Cependant, pour éviter la mise en œuvre abusive de la clause pénale, l'article 154 C.O.C.C. donne au juge le pouvoir de l'appliquer proportionnellement en cas d'inexécution partielle du contrat. En France, l'article 1152 al. 2 du Code civil permet au juge de corriger la clause pénale lorsqu'elle est manifestement excessive ou dérisoire.

**466.** Quant aux clauses léonines, il convient de dire qu'aux termes de l'article 54 A.U.S.C./G.I.E. la clause léonine est la stipulation « *Attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, ainsi que celles excluant un associé totalement*

---

<sup>1156</sup> Pour une comparaison du droit français et allemand, V°. not. A. RIEG, « La lutte contre les clauses abusives des contrats (Esquisse comparative des solutions allemande française) », in Études offertes à René Rodière, Dalloz, 1981, p. 221 s.; J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, Droit de la consommation, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 8e édition, 2010, n° 173.

<sup>1157</sup> V°. J. HUET, « les hauts et les bas de la protection contre les clauses abusives », Dalloz, 1988. Chr. 253

<sup>1158</sup> V°. Civ. 1re 14 mai 1991 "Iorthior" J.C.P. 1991.II.21763, note de G. PESANT; Pour une présentation générale de droit comparé en Europe, v. G. PAISANT, « La lutte contre les clauses abusives des contrats dans l'Union européenne », in Vers un code européen de la consommation, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 165 s. V°. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, Traité de droit civil, ssdir. J. Ghestin, Les contrats de consommation, Règles communes, LGDJ, 2012, n° 578.

<sup>1159</sup> V°. M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », R.D.C. 2009, p. 202.

<sup>1160</sup> V°. F. CHABAS, « La réforme de la clause pénale », Dalloz, 1976. Chr. 229.



*du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes* ». Dans cette hypothèse, on constate un abus : « soit par un associé qui recherche l'attribution de la totalité du profit ou l'exonération de la totalité des pertes, soit par l'ensemble des associés à l'encontre de l'un des leurs, dans le but de l'exclure totalement du profit ou de lui faire supporter la totalité des pertes »<sup>1161</sup>. La prohibition des clauses léonines repose sur l'idée qu'elles portent atteinte à l'égalité des associés<sup>1162</sup>. En effet, l'équilibre contractuel est ébranlé, car contrairement aux objectifs de la société, un associé ou des associés sont avantagés au détriment des autres<sup>1163</sup>, c'est dire que la clause léonine<sup>1164</sup> est contraire à l'*affectio societatis*<sup>1165</sup> car le partage des bénéfices ou la participation aux pertes constitue l'essence même de la société. La sanction des clauses léonines est semblable à celles des clauses abusives puisqu'elles sont toutes réputées non écrites. Le contrat de société est maintenu et la règle supplétive va s'appliquer c'est-à-dire la participation aux bénéfices et aux pertes se réalisera proportionnellement à la part de chaque associé dans le capital social. La bonne foi impose également un devoir de coopération dans l'exécution du contrat.

## **B. L'exigence d'un devoir de solidarité dans l'exécution du contrat**

**467.** La bonne foi exige aux parties un devoir de solidarité et de coopération dans l'exécution du contrat. En effet, lorsque l'exécution du contrat se heurte à des graves difficultés, les parties doivent se concerter et coopérer activement pour chercher les moyens de les surmonter. Cela se manifeste à travers l'obligation de renégociation.

La bonne foi implique également la transparence dans les rapports entre contractants. Comme le soulignait un auteur « chaque fois que l'un des contractants exerce une activité qui peut avoir une influence sur l'exécution des obligations contractuelles, il doit en avertir l'autre ». Ce devoir de transparence doit exister, doit être permanent. Il implique un devoir de fidélité dans l'exécution du contrat. Aussi, le cocontractant doit respecter certaines qualités ou vertus comme la patience, la délicatesse et la discrétion.

---

<sup>1161</sup> V°. G. PIETTE, *La correction du contrat*, op. cit., p. 66.

<sup>1162</sup> V°. C. KOERING, La notion d'actionnaire, Droit 21. <http://www.droit21.com>. Date de mise en ligne : 15 janvier 2001.

<sup>1163</sup> V°. A. FAYE, « L'égalité entre associés », *Ohada D-04-10*, p. 16.

<sup>1164</sup> V°. F. FAYOT et K. PANICHI, « Article 1855 du Code Civil: la prohibition des clauses léonines », *op. cit.*, p. 77 et s.

<sup>1165</sup> Sur la notion d'*affectio societatis* V°. D. NZOUABETH, *Les litiges entre les associés*, op. cit., p. 77 et s.

**468.** La patience revêt parfois le caractère d'une obligation juridique. La Cour d'Appel de Paris avait décidé le 16 janvier 1998 que le manque de patience d'un client est constitutif de faute. Dans les relations d'affaires habituelles, les usages veulent qu'une partie ne s'émeuve pas outre mesure d'une défaillance provisoire et inhabituelle de son client. Cependant, cette patience ne signifie pas une acceptation des manquements contractuels. La tolérance d'une attitude fautive d'un tiers n'est jamais constitutive d'un droit pour celui-ci. C'est ce qu'a dit la Cour d'Appel de Paris : « *la tolérance n'est pas créatrice de droit* »<sup>1166</sup>. C'est au nom du devoir de patience que le débiteur bénéficie souvent un délai du délai grâce. Le juge, qui accorde un délai de grâce à un débiteur, proroge les modalités du contrat en l'occurrence le terme. Celui-ci est un événement futur et incertain qui a pour effet de retarder l'exécution de l'obligation ou d'y mettre fin. En principe, le terme du contrat est fixé par les parties au contrat<sup>1167</sup>. À ce titre, l'octroi d'un délai de grâce constitue une atteinte à la liberté contractuelle. En effet, celui-ci prolonge la souffrance du créancier car on lui impose une patience du débiteur.

Cependant, le juge ne peut accorder d'office cette faveur il faut que le débiteur fasse la demande. Aussi faudrait-il que celui-ci soit malheureux et de bonne foi. Le débiteur malheureux est le débiteur qui éprouve des difficultés réelles à faire face à ses engagements, à cause des revenus ou l'absence des revenus<sup>1168</sup> alors que le débiteur de bonne foi est celui qui a manifesté de la bonne volonté pour payer ses dettes sans pourtant y parvenir<sup>1169</sup>.

**469.** De plus, la délicatesse impose parfois au professionnel, soit une obligation de ne pas faire, soit une obligation de faire. Celui-ci doit conseiller le client même contre son propre intérêt.

**470.** De même, la discrétion, même en l'absence d'une clause de confidentialité<sup>1170</sup>, oblige aux parties ou à l'une des parties à ne pas révéler des informations pouvant, soit procurer un avantage concurrentiel à son bénéficiaire, soit nuire à la réputation de l'un des contractants.

**471.** Par ailleurs, l'exigence d'un devoir de coopération impose au créancier de minimiser son dommage. L'obligation de minimiser son dommage est le fruit d'une création jurisprudentielle.

---

<sup>1166</sup> V°. CA de Paris 16 janvier 1998, *inédit*.

<sup>1167</sup> V°. C.O.C.C. Art. 42.

<sup>1168</sup> V°. E.J. PANGÈLE, « Les délais de grâce avec l'entrée en vigueur de l'acte uniforme portant voies d'exécution », *Revue Africaine des Sciences Juridiques*, Vol.1, n°.3 2003, p. 5.

<sup>1169</sup> V°. *Ibid.*, p. 5.

<sup>1170</sup> V°. F.X. TESTU, « La confidentialité conventionnelle », *Revue de droit et patrimoine*, 2002, p.1 et s.

Il s'agit pour le créancier de prendre des mesures propres à réduire son dommage ou à éviter son aggravation. En fait, « *Admettre le contraire est de nature à inciter la victime à l'insouciance et à la négligence et aboutit à paralyser l'effet d'exonération partielle normalement attribué à la faute de la victime en évinçant toute obligation préexistante ; sans parler du risque, souvent relevé, d'augmenter inutilement le coût de la réparation due par le responsable* »<sup>1171</sup>. En réalité, le manquement à l'obligation de minimiser son préjudice constitue une limite au droit de réparation contre l'abus. Cette limite vient s'ajouter aux conditions de la réparation du préjudice prévu par les articles 124 à 127 C.O.C.C. Cependant, il convient de préciser que l'obligation de minimiser que le droit positif français était initialement contre l'obligation de minimiser son dommage. Ainsi, la Cour de cassation française avait décidé que « *l'auteur d'un accident est tenu d'en réparer toutes les conséquences dommageables* » et que « *la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable* »<sup>1172</sup>. De surcroît, en matière contractuelle, la jurisprudence a rejeté l'obligation de minimisation de la part de la victime<sup>1173</sup>. Par ailleurs, dans certaines situations particulières, la jurisprudence française a admis l'obligation de minimisation du préjudice<sup>1174</sup>. Toutefois, l'obligation de minimiser le préjudice n'est nullement une condition de la réparation du préjudice. Elle tend seulement à limiter l'étendue de la réparation du dommage. Dès lors, cette obligation peut être entendue comme une « *obligation qui pèse sur le créancier de dommages et intérêts de réduire dans la mesure du possible et de manière raisonnable les conséquences du préjudice dont il est victime* »<sup>1175</sup>. Créée par la jurisprudence française<sup>1176</sup>, l'obligation de minimiser son dommage est désormais codifiée. On la trouve dans l'article 293 A.U.D.C.G. Ainsi, aux termes de cette disposition, « *La partie qui invoque une inexécution des obligations du contrat doit prendre toutes les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter sa perte, ou préserver son gain* ».

**472.** L'appréciation de la bonne foi du créancier se fait en fonctions des « *mesures raisonnables, eu égard aux circonstances* ». Qu'est-ce-à dire ? Cela signifie que « *le raisonnable*

---

<sup>1171</sup> V° P. JOURDAIN, « Vers une sanction de l'obligation de minimiser son dommage ? », *R.T.D. civ.* 2012 p. 324.

<sup>1172</sup> V° Civ. II, 19 juin 2003 (2arrêts), *Bull. civ. II*, n° 203 ; D. 2003, 2326 note **CHAZAL** (J. P.).

<sup>1173</sup> V° A. PINNA, La mesure du préjudice contractuel, LGDJ, E.J.A., 2007, p. 320.

<sup>1174</sup> V° *Ibid*, p. 322.

<sup>1175</sup> V° B. LEHAIRE, « Analyse tridimensionnelle de son obligation de minimiser son dommage en droit civil québécois », *Bulletin de droit économique* 2013, université Laval, p. 1. ,

<sup>1176</sup> V° Com. 29 oct. 1991 non pub. *Bull.*, pourvoi, n° 90-12175. CA Reims, 16 nov. 1987, inédit, *juris data* n° 1987-049066.

*renvoie à la raison, c'est-à-dire à la faculté de penser* »<sup>1177</sup>. Le droit O.H.A.D.A a plusieurs fois<sup>1178</sup> mentionné l'expression « *raisonnable* » sans pour autant donné une définition. Le raisonnable est également utilisé par les Principes du Droit Européen des Contrats (P.D.E.C) qui la définissent. L'article 1 : 302 P.D.E.C dispose que : « *doit être tenu pour raisonnable, aux termes des présents principes, ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel* »<sup>1179</sup>. Le raisonnable s'apprécie par rapport à un individu de bonne foi placé dans la même situation que les parties. Ainsi, par « *mesures raisonnable* » on doit entendre des mesures qu'une personne de bonne foi prendrait c'est-à-dire ce qui est possible voire prévisible pour une personne de bonne foi. Elles peuvent aussi signifier ce qui est efficace et utile eu égard aux circonstances pour limiter la perte.

Dans tous les cas, il appartient au débiteur d'apporter la preuve que le créancier n'avait pas pris des mesures raisonnables eu égard aux circonstances pour limiter son dommage car la bonne foi est toujours présumée<sup>1180</sup>. Condition d'exécution du contrat, la bonne foi est également un critère d'interprétation du contrat.

## **PARAGRAPHE II. La bonne foi, un critère d'interprétation du contrat**

**473.** « *En droit, interpréter un contrat consiste à dégager le sens et la portée de ses clauses et à fixer l'étendue des droits et obligations des parties en respectant le plus fidèlement possible la pensée mal exprimée de celles-ci* »<sup>1181</sup>. En d'autres termes, l'interprétation d'un contrat vise à déterminer l'étendue des obligations qui en découlent.

**474.** L'interprétation doit être différente des notions voisines. En premier lieu, elle est différente de la qualification. Celle-ci est une opération juridique qui consiste à déterminer la catégorie juridique à laquelle le contrat appartient. La qualification succède l'interprétation car « *on doit d'abord dissiper les obscurités du contrat avant de pouvoir rattacher à une catégorie déterminée* »<sup>1182</sup>. L'interprétation doit être aussi distinguée de la preuve du contrat. Les deux

---

<sup>1177</sup> V°. F. DIENG, « Réflexions sur l'article 6/24 de l'avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *op. cit.*, p. 54.

<sup>1178</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 238, et 253 *in fine*.

<sup>1179</sup> V°. F. DIENG, *op. cit.*, p. 54.

<sup>1180</sup> V°. C.O.C.C. Art. 10.

<sup>1181</sup> V°. . **Collection Lamy Droit Civil – Lamy Droit du Contrat- Mars 2002**, inédit.

<sup>1182</sup> V°. **Collection Lamy – Lamy Droit du Contrat- *ibidem***.

mécanismes se succèdent dans le temps, car un contrat ne peut être interprété qu'une fois son existence établie<sup>1183</sup>. En second lieu, l'interprétation est différente de la révision du contrat. En effet, « *la révision implique une différence entre un certain état initial du contrat et un (ou des) état(s) successif(s)* »<sup>1184</sup>. Cependant, l'interprétation est une notion voisine de la révision du contrat parce que dans l'opération de clarification du contrat, le juge peut être tenté d'actualiser celui-ci ou d'en corriger les maladresses afin d'en assurer l'efficacité.

Par ailleurs, l'interprétation ne se conçoit pas de la même manière selon que le contrat est écrit ou verbal. Une convention écrite comporte un double accord. Il y a un premier accord qui porte sur la nature et l'étendu des liens contractuels. Un second accord sur le choix des termes et des structures aptes à les préciser<sup>1185</sup>.

Ainsi, nous allons d'abord présenter les mécanismes d'interprétation du contrat **(A)** avant de voir la place de la bonne foi dans l'interprétation du contrat **(B)**.

## **A. Les mécanismes d'interprétation du contrat**

**475.** Lors de l'exécution du contrat plusieurs difficultés peuvent apparaître. Il peut s'agir notamment d'« *exécution jugée insatisfaisante par l'une des parties en dépit des protestations de l'autre ; désaccord sur l'existence, dans le type de contrat conclu, d'obligations implicites, mises à la charge d'une partie par la loi ; opposition sur la signification d'un terme ambigu dans l'accord écrit, etc.* »<sup>1186</sup>. Tous ces différends naissent souvent d'un malentendu sur la signification des clauses du contrat. Ainsi, lorsque les parties ne s'entendent pas pour trouver une solution à l'amiable, elles s'en remettent au juge qui se livre à un travail d'interprétation.

---

<sup>1183</sup> Toutefois, elles se recoupent à deux titres. D'une part, la loi institue parfois un formalisme protecteur en subordonnant la validité de certains accords à des conditions de clarté afin de d'éviter l'interprétation. D'autre part, en analysant les termes d'une convention discutée, les interprètes peuvent déceler une contradiction ou une lacune profonde révélant le défaut de consentement des parties. En ce sens voir: Collection Lamy Droit Civil – Lamy Droit du Contrat.

<sup>1184</sup> V°. G. ROUHETTE, « la révision conventionnelle du contrat », *R.D.C.* Vol. 38, n° 2, Avril-juin 1986. p. 369 et s.

<sup>1185</sup> V°. T. IVANER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », *op. cit.*, p. 3023

<sup>1186</sup> V°. G. HELLERINGER, « Quand les parties font leur loi. Réflexions sur la contractualisation du pouvoir judiciaire d'interprétation », in *Repenser le contrat*, sous la direction de G. LEZKOZICZ et M. XIFARAS, p. 277 et s.

476. Le régime de l'interprétation du contrat s'articule autour de deux idées. Il s'agit du juge de l'interprétation du contrat et des méthodes<sup>1187</sup> d'interprétation du contrat. L'interprétation du contrat a été considérée depuis belle lurette comme un pouvoir souverain des juges du fond parce que c'est une question de fait<sup>1188</sup>. Or, la Cour Suprême n'est pas juge du fait. Son rôle est de déterminer si les juges du fond ont correctement appliqué le droit. En outre, la Cour suprême a été instituée « *pour maintenir l'unité de la loi par l'uniformité de la jurisprudence* » alors que le contrat, qui est certes la loi des parties, n'est pas une loi générale et impersonnelle. Elle n'est pas l'expression de la volonté générale. Il s'agit juste d'une loi qui régit les intérêts occasionnels et privés des parties contractantes. Cela revient à dire que le haut magistrat n'interprète pas le contrat.

477. Cependant, il y a deux limites par rapport au monopole du contentieux de l'interprétation réservé aux juges du fond. Il s'agit de la dénaturation et de la qualification. La dénaturation consiste à interpréter les clauses claires et précises de la convention. Selon l'article 100 C.O.C.C, « *Si les termes du contrat sont clairs et précis, le juge ne peut sans dénaturation leur donner un autre sens* ». Dans ce même ordre d'idées, la CCJA sous l'empire de l'article 207 (ancien) AUDCG<sup>1189</sup>, avait décidé que le juge saisi ne peut se livrer à l'interprétation des usages et des habitudes en application de cette disposition que si l'intention des parties n'est pas ou est mal exprimée<sup>1190</sup>. Dans le même sens, la Cour de cassation sénégalaise avait décidé que « *le pouvoir souverain exercé par les juges du fond dans l'interprétation des contrats et la recherche de leur commune volonté est limité strictement par l'interdiction qui leur est faite de dénaturer ces conventions lorsqu'elles comportent des clauses claires et précises* »<sup>1191</sup>. L'interprétation d'un contrat ne se conçoit donc qu'en présence d'une ambiguïté<sup>1192</sup>. Cela peut être une maladresse dans la rédaction du contrat ou dans le langage contractuel. Ainsi, certaines clauses peuvent être mal rédigées. De même, il peut y avoir une divergence entre le contenu des clauses et l'intitulé de

---

<sup>1187</sup> V°. S. GRAMMOND, « Interprétation des contrats », <http://store.lexisnexis.ca/store/images/samples/CA/9780433460749.pdf>, consulté le 20/01/2016.

<sup>1188</sup> V°. F. MARCHADIER, « Interprétation du contrat, liberté contractuelle et renonciation à certains aspects du droit au juge », RDC 01/03/2017, n° 1, p. 147.

<sup>1189</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 239.

<sup>1190</sup> V°. CCJA arrêt n° 064/2005 du 22 décembre 2005, aff. SANY QUINCAILLERIE c/SUBSAHARA SERVICES NC, Rec. CCJA n° 6, 2005, p. 54 ; JURISDATA n° J 064- 12/2005.

<sup>1191</sup> V°. Bull. des arrêts de la Cour de cassation 2004/2005 n° 12, Chambre civile et commerciale, arrêt n° 85, audience du 21 Avril 2004, p. 65.

<sup>1192</sup> V°. T. IVANIER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties » J.C.P. 1981. p. 3023, n° 45 et s.

l'article ou une discordance entre le renvoi et le document visé. Il peut également y avoir des mentions erronées ou bien une mauvaise construction des phrases.

Il n'y a donc pas lieu d'interpréter un contrat si ses termes sont clairs. Ainsi, selon une jurisprudence constante « *s'il appartient aux juges du fond d'interpréter un contrat, ils ne peuvent, sous prétexte d'interprétation, en dénaturer le sens et la portée quand les clauses sont claires et précises, sans que leur décision tombe sous le contrôle et la censure de la Cour de Cassation* »<sup>1193</sup>. De ce fait, la dénaturation consiste à attribuer aux clauses du contrat une portée qu'elles n'ont pas, à en faire une interprétation inexacte, une mauvaise lecture<sup>1194</sup>. Il y a lieu cependant de préciser que la dénaturation ne se limite pas au seuil de l'opération d'interprétation du contrat.

Elle peut avoir lieu même pendant l'interprétation du contrat. En effet, sur un même contrat on peut avoir d'une part des clauses claires et précises et d'autre part des clauses ambiguës et contradictoires. Ainsi, celles-ci doivent être interprétées par les juges du fond. En revanche, celles qui sont claires et précises ne requièrent aucune interprétation<sup>1195</sup>. Toutefois, certains droits étrangers estiment qu'un texte clair ne dispense pas le juge de tout pouvoir d'interprétation<sup>1196</sup>. En effet, certains arrêts ont écarté la règle du texte clair en estimant que le juge peut écarter les termes utilisés par les parties, s'il est démontré que malgré leur clarté les termes invoqués, pris dans le sens littéral, sont incompatibles avec l'ensemble du contrat et l'intention évidente des parties<sup>1197</sup>.

Par ailleurs, il y a plusieurs manières de dénaturer un contrat. Il s'agit : la dénaturation par adjonction, la dénaturation par extension, la dénaturation par omission, la dénaturation par restriction, la dénaturation par méconnaissance totale du contrat et la dénaturation en équité.

**478.** La dénaturation par adjonction<sup>1198</sup> suppose que les juges du fond aient ajouté au contrat un élément que les parties n'ont pas prévu dans leur accord. En réalité, lorsque les termes du contrat sont clairs et précis et qu'il n'existe aucune lacune, le juge ne doit pas l'interpréter objectivement. L'interprétation objective du contrat se comprend mieux lorsque celui est lacunaire. S'il n'y a pas de lacune, le juge ne doit pas compléter le contrat. Ainsi, la jurisprudence française a condamné la

---

<sup>1193</sup> V°. Cass. Civ. 23 février. 1982, Dalloz 1892, I, p. 256.

<sup>1194</sup> V° Cass. 1re civ. 21 janv. 1983, n° 82-11.551.

<sup>1195</sup> V°. C.O.C.C. Art. 100.

<sup>1196</sup> V°. C. Civ. (Québec) Art. 1425.

<sup>1197</sup> V°. S. GRAMMOND, « L'interprétation des contrats », *op. cit.*, consulté le 20/10/2016.

<sup>1198</sup> V°. Collection Lamy Droit Civil – Lamy Droit du Contrat- © Lamy S.A - Mars 2002, p. 331-43.

dénaturation par adjonction, quelle que soit son importance, notamment par l'addition d'une conjonction de coordination ou même d'une simple virgule.

**479.** Quant à la dénaturation par extension, elle consiste à étendre la portée des clauses du contrat alors qu'elles sont claires et précises. L'interprétation du contrat ne doit pas porter atteinte à certaines libertés fondamentales. Il s'agit notamment de la liberté contractuelle, la liberté d'entreprendre, la liberté de travail et celle d'agir en justice. De ce fait, l'interprétation des clauses d'exclusivité et de non-concurrence ne doit pas porter atteinte à la liberté d'entreprendre et de travail.

**480.** Pour l'interprétation par omission, « *les juges du fond ne peuvent pas supprimer un élément du contrat ou en restreindre la portée* »<sup>1199</sup>. En effet, « *l'omission d'un élément de l'accord clair et précis constitue une dénaturation, quelle que soit sa taille (pièce, clause, phrase, conjonction) parce que le contrat forme un tout et que ses dispositions doivent être combinées afin de donner un sens à chacune d'elles* »<sup>1200</sup>. La dénaturation par omission<sup>1201</sup> peut être caractérisée, soit par l'ignorance d'une clause contractuelle, soit par la suppression pure et simple d'une disposition contractuelle. Ainsi, dans une espèce, la Cour suprême du Sénégal a consacré la dénaturation par omission en estimant que : « *la Cour d'appel en ne prenant pas en compte intégralement la volonté des parties dans l'interprétation du contrat, en n'examinant même pas toutes les dispositions du procès-verbal, en particulier le préambule et les engagements des parties, a violé les dispositions de l'article 99 COCC* »<sup>1202</sup>.

**481.** En ce qui concerne la dénaturation par restriction<sup>1203</sup>, il consiste à restreindre la portée des clauses et les termes généraux de la convention. Dans ce cas, le problème est délicat. Il résulte de l'article 101 al. 2 que les termes généraux ne constituent pas un obstacle à la recherche de la volonté réelle des parties. Dès lors, comment détecter la commune intention des parties lorsque les termes du contrat sont généraux sans dénaturer le contrat. Cette interrogation témoigne à suffisance que l'interprétation du contrat n'est pas facile pour le juge. Celui-ci est coincé entre l'obligation d'interpréter le contrat sous peine de déni de justice car le refus d'interprétation du contrat est un

---

<sup>1199</sup> V°. Cass. Civ. 5 Janvier. 1948, Dalloz. 1948, Jur. , p.265.

<sup>1200</sup> V°. *Ibid.*, p. 265.

<sup>1201</sup> V°. Collection Lamy Droit Civil – Lamy Droit du Contrat- © Lamy S.A - Mars 2002, p. 331-45.

<sup>1202</sup> V°. Cour suprême, ch. civ et com., arrêt n° 95 du 4 décembre 2013, Bulletin des arrêts n° 6-7.

<sup>1203</sup> V°. Collection Lamy Droit Civil. *op. cit.* , p. 331-46.



déni de justice- et l'obligation de ne pas dénaturer du contrat. Ainsi, la décision du juge peut être censurée pour dénaturation lorsqu'il, sous prétexte de la commune intention des parties, écarte les termes généraux en retenant une volonté imaginaire des contractants.

**482.** La dénaturation par méconnaissance du contrat<sup>1204</sup> consiste à modifier les modalités du contrat. Il en est ainsi lorsqu'une condition suspensive est transformée en une condition résolutoire. La dénaturation par méconnaissance est également de mise lorsqu'il y a interversion d'une faculté et d'une obligation. Ainsi, une faculté ne constitue pas une obligation et qu'un avis réglementaire stipulant formellement le caractère facultatif d'une prime, ne permet d'obliger l'employeur à verser cette prime à certains employés<sup>1205</sup>. Cependant, le fait pour le juge d'accorder un délai de grâce à la demande du débiteur ne constitue pas une dénaturation par méconnaissance du contrat.

**483.** Au surplus, la dénaturation en équité nous fait rappeler l'arrêt de « *canal de Craponne* » où il a été interdit « *quelque équitable que puisse apparaître, leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* »<sup>1206</sup>. L'équité n'intervient en principe que pour combler les lacunes du contrat. Ainsi, lorsque le contrat n'est pas lacunaire, on ne peut modifier la convention des parties sous prétexte qu'elles sont inéquitables.

**484.** En outre, le juge de droit doit contrôler la compétence des interprètes<sup>1207</sup>. En effet, les parties peuvent, à travers une clause contractuelle, confier le contentieux d'interprétation du contrat à une tierce personne appelée arbitre. Elles sont donc libres d'imposer ou de proposer leur propre lecture de la convention et délimiter le champ d'interprétation du contrat à l'arbitre ou au juge. Ainsi, si ce dernier méconnaît la clause d'interprétation du contrat, sa décision peut être censurée pour violation de la force obligatoire du contrat. En fait, les règles relatives à l'interprétation ne sont pas des règles d'ordre public. Selon la jurisprudence française « *les règles posées par les articles 156 à 1164 du Code civil ne comportent aucune hiérarchie et ne sont que des simples*

---

<sup>1204</sup> V°. Collection Lamy Droit Civil. *op. cit.*, p. 331-47.

<sup>1205</sup> V°. Cass. Civ., 15 Avril. 1872, DP 1872, I, p. 176.

<sup>1206</sup> V°. Cass. civ., 6 mars 1876, *Dalloz* 1976. 1. 193, note Giboulot.

<sup>1207</sup> V°. Collection Lamy Droit Civil. , *op. cit.*, p. 331-39.

*recommandation dont la méconnaissance n'est pas censurée par la Cour de Cassation* »<sup>1208</sup>. Cependant, si les parties ont prévu une clause d'interprétation, celle-ci lie le juge en vertu de la force obligatoire du contrat.

En définitive, le mécanisme d'interprétation du contrat est très important. Il permet au juge de clarifier le sens aux mots que les parties ont utilisé dans leur accord. Cet accord constitue la conception matérielle de la pensée des contractants. Or, « *la pensée est aléatoire, indéterminée, en raison même des multiples choix qui s'offrent à la conscience* »<sup>1209</sup>. Ainsi, les mots utilisés par les parties peuvent être ambigus. Dans ce cas, le juge peut avoir un pouvoir considérable dans l'interprétation du contrat parce qu'il lui appartient de lever l'ambiguïté et de choisir des mots clairs et univoques en lieu et place des parties. Néanmoins, pour ne pas retenir une volonté imaginaire en lieu et place de l'intention commune des parties, le législateur sénégalais a prévu trois méthodes d'interprétation du contrat.

## **B. Les méthodes d'interprétation du contrat**

**485.** Ces méthodes sont : la méthode d'interprétation subjective, la méthode d'interprétation objective<sup>1210</sup> et la méthode d'interprétation *in favore*. La méthode d'interprétation subjective est prévue par l'article 99 C.O.C.C. Ce texte dispose que : « *Par-delà la lettre du contrat, le juge doit rechercher la commune intention des parties pour qualifier le contrat et en déterminer les effets* ».

**486.** La première règle qu'il convient de relever dans cette disposition c'est que le juge doit aller « *par-delà de la lettre du contrat* ». Cela signifie que le juge ne doit pas se contenter de la lettre du contrat. Il doit aller au-delà de celle-ci et ce pour plusieurs raisons. D'abord, il peut y avoir une erreur sur le choix des mots. Ainsi, « *c'est dans le cadre d'un système linguistique commun à toutes les parties à un acte, que celles-ci choisissent le mot dont elles décident de se servir. L'absence de ce commun répertoire risque d'entacher d'erreur le choix des mots* »<sup>1211</sup>. Ensuite, une erreur sur le sens des mots peut être due à la qualité des contractants selon qu'il s'agit d'un professionnel, d'un profane ou d'une personne instruite et ou d'un analphabète. Effectivement, il peut arriver que le profane ignore le sens du mot utilisé par le professionnel ou bien avoir une

---

<sup>1208</sup> V°. Cass. Req., 16 Février. 1968, I, p. 302.

<sup>1209</sup> V°. CLARET, *l'idée et la forme*, Que je sais-je ?, inédit.

<sup>1210</sup> V°. B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétations des actes juridiques*, pref. Y. Flour, Paris, LGDJ, n° 269, p. 151.

<sup>1211</sup> V°. T. IVANIER, « *Lettre et l'esprit de la loi des parties* », *op. cit.*, p. 3023 et s.

définition différente de celle que donne les professionnels. De même, un analphabète ignore le plus souvent le langage juridique utilisé dans la rédaction du contrat. Le risque d'ignorance n'est pas important dans les contrats négociés. Le contrat négocié est présumé juste<sup>1212</sup> car les parties ont eu la possibilité de débattre sur tous ses points au moment de formation. Les futurs contractants se trouvent face à face et discutent d'égal à égal dans une langue comprise par les deux parties. Dans cette situation, ils peuvent appeler un traducteur. Toutefois, le problème est de savoir celui qui doit supporter les honoraires du traducteur. Il nous semble dans ce cas que les frais de la traduction incombent au débiteur d'information<sup>1213</sup>. Ainsi, dans un contrat liant le consommateur au professionnel il appartient à ce dernier de supporter les frais de la traduction.

Cependant, le risque de conflit ou d'ignorance sur les mots n'est pas pour autant aplani si le contrat met en relation une personne analphabète et une personne instruite. Néanmoins, le législateur sénégalais a tenté d'amenuiser ce risque en prévoyant une obligation d'information<sup>1214</sup>.

Par ailleurs, le risque de conflit sur le sens des mots est plus grand dans les contrats pré-formulés. Ces derniers sont souvent des contrats d'adhésion. Il y a absence de négociation préalable au moment de leur conclusion.

**487.** Un contractant profane ne connaît pas le vocabulaire que son cocontractant professionnel peut utiliser dans le contrat. Il en est ainsi lorsqu'il s'agit d'un contrat d'adhésion. Le cocontractant ne fait qu'adhérer à un modèle de contrat pré-formulé. Sa liberté contractuelle se limite à la liberté ou non de conclure le contrat<sup>1215</sup>. Il n'a pas la possibilité de discuter sur le contenu du contrat. C'est pourquoi, le juge doit aller au-delà de la lettre du contrat car le contenu matérialisé par écrit peut ne pas refléter la commune intention des parties<sup>1216</sup>.

**488.** Cependant, le contenu de l'article de 101 C.O.C.C. nous semble contradictoire. En effet, celui-ci dispose qu' « *En présence des clauses ambiguës ou simplement douteuse, le juge peut*

---

<sup>1212</sup> V°. S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit Privé des contrats*, op. cit., p. 67.

<sup>1213</sup> V°. J. FLOUR, « *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme* », in *Mélanges Ripert*, T. II, p. 93 et s.

<sup>1214</sup> V°. L'art. 10 de la loi n° 2008 – 08 sur les transactions électroniques et l'art. 33 de la loi 94 – 63 du 22 août 1994 sur le prix, la concurrence et le contentieux économique.

<sup>1215</sup> V°. J. FLOUR et J-L. AUBERT, *Les obligations I. L'acte juridique* 8e éd., p. 71 et s.

<sup>1216</sup> V°. D. HOUTCIEFF, « Formalisme et interprétation de la volonté : à chacun le sien ! » RDC 01/06/2017, n° 2, p. 280.

*décélérer la volonté des parties en interprétant les clauses de la convention les unes par rapport aux autres [...] ».*

Ainsi, cette disposition correspond à un négocié où les parties ont élaboré ensemble le contenu de leur accord. Dans ce cas, on doit confronter les clauses pour décélérer la commune intention des parties en cherchant la cohérence à travers les différentes clauses. La lettre du contrat ne doit pas constituer un obstacle à la recherche de la volonté réelle des parties. Il en est ainsi car l'article 101C.O.C.C. *in fine* dispose que les termes trop généraux ne font pas obstacle à la recherche de la volonté réelle des parties lorsqu'il s'agit d'interpréter les clauses visant un point particulier. De même, en cas de contradiction entre les différentes clauses du contrat, le juge doit faire prévaloir les clauses manuscrites sur celles imprimées ou dactylographiées parce que les premières ont un caractère personnel<sup>1217</sup>.

Force est de constater que la lettre du contrat ne rend pas celui-ci immuable. La force obligatoire du contrat ne se résulte pas du respect de sa lettre, mais de la volonté réelle des parties. Cela est dû par le fait que le juge est tenu de respecter la force obligatoire du contrat alors qu'il n'est pas tenu de tenir compte la lettre du contrat du moins dans le cadre de son interprétation<sup>1218</sup>.

**489.** Cependant, on note une certaine incohérence si l'on se réfère au contrat pré-formulé. En fait, dans ce contrat, les clauses sont imposées par la partie la plus forte. Dès lors, il n'est plus question d'interpréter ces clauses les unes par rapport aux autres car il n'y a pas de commune intention. La seule intention qui existe est celle de la partie qui se trouve en position de supériorité. Par conséquent, toutes les clauses sont stipulées par le contractant le plus fort<sup>1219</sup>. Par conséquent, les articles 101 et 102C.O.C.C. deviennent inutiles.

Néanmoins, l'article 99 garde tout son intérêt. En allant au-delà de la lettre du contrat, le juge pourra le rééquilibrer en réputant non écrites les clauses abusives ou celles qui créent une contradiction illégitime au détriment<sup>1220</sup> de la partie faible.

---

<sup>1217</sup> V° E.-H. PERRAU, « Clauses manuscrites et clauses imprimées », RTD civ. 1927, p. 303 et s.

<sup>1218</sup> C'est pourquoi, en matière de simulation, l'acte apparent ne s'impose pas aux parties. Celles-ci sont tenues de respecter la contre lettre. En effet, cela peut poser un problème de sécurité contractuelle si on doit rechercher la force obligatoire du contrat en dehors de la volonté déclarée.

<sup>1219</sup> Il n'existe qu'une seule intention, c'est celle de la partie la plus forte.

<sup>1220</sup> V° D. MAZEAU, « La confiance légitime et l'estoppel », *op.cit.*, p. 373.

**490.** Par ailleurs, la recherche de la volonté réelle des parties fait référence au débat sur la prééminence entre la volonté interne et la volonté déclarée. Laquelle des deux volontés sert-elle le fondement à l'acte juridique ? À cette question deux doctrines se sont opposées. Il s'agit de la doctrine de l'autonomie de la volonté et la doctrine sociale. Selon la première, la doctrine de l'autonomie, la volonté déclarée doit emporter sur la volonté interne. En effet, « *l'individu étant lié parce qu'il a voulu et dans la mesure où il l'a voulu, seule compte son intention réelle de s'engager. Chaque partie ne peut voir sa liberté restreinte par les obligations nées du contrat que si elles les a réellement voulues* »<sup>1221</sup>. En outre, un contrat est susceptible d'intéresser les tiers qui ne connaissent pas la volonté interne des contractants. Aussi, ils ne sont pas au courant des circonstances de la conclusion du contrat. Prendre en compte la volonté interne, c'est sacrifier la sécurité juridique sous l'autel de l'autonomie de la volonté.

**491.** Cette doctrine a été âprement critiquée car elle est néfaste à l'autonomie de la volonté. C'est pourquoi, la doctrine sociale a estimé que la déclaration de volonté doit prévaloir sur la volonté interne. Pour elle, « *l'élément essentielle à la formation du contrat n'est pas le fait psychologique de la volonté, mais l'extériorisation de celle-ci* »<sup>1222</sup>.

Il s'agit donc d'un conflit entre deux impératifs inconciliables : la sécurité juridique et l'autonomie de la volonté. La sécurité juridique peut être définie comme « *la possibilité reconnue à l'opérateur économique, fiscal, à tout administré, d'évoluer dans un environnement juridique sûr parce qu'à l'abri des aléas et de revirements imprévisibles affectant les normes du droit* »<sup>1223</sup>. Selon **G. Piette**, la sécurité juridique participe à la confiance entre les parties<sup>1224</sup>. Elle apparaît donc comme l'absence de danger du droit<sup>1225</sup>. Or, il y a danger si on fait prévaloir le fait psychologique de la volonté sur l'extériorisation de celle-ci.

C'est pourquoi, la Commun Law a préféré la volonté déclarée. En effet, « *lorsqu'une personne intervient à un acte pour y contracter des obligations, ses intentions ne doivent pas être jugées de son point de vue subjectif, sauf les cas où elle peut plaider erreur, dol ou violence, mais*

---

<sup>1221</sup> V°. F. TERRE et alii *Droit civil les obligations*, 9e éd. p. 108 et 109.

<sup>1222</sup> V°. *ibid.*, p. 109.

<sup>1223</sup> V°. M. HEERS, « La sécurité juridique en droit administratif français: vers une consécration du principe de confiance légitime? », *R.F.D.A.* 1995, p. 963 et s.

<sup>1224</sup> V°. C. THIBIERGE GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *op. cit.*, p. 357 et s.

<sup>1225</sup> V°. G. PIETTE, *La correction du contrat*, *op. cit.*, p.77.

*d'abord selon le sens objectif que peut avoir, pour tous ce qui sont appelés à le lire, le texte auquel elle a souscrit. Si le texte est clair, explicitement ou implicitement, il est concluant et ne laisse plus d'objet à l'appréciation des juges du fait. Il y a de la sécurité des transactions »*<sup>1226</sup>.

Au Sénégal, le législateur a interdit d'interpréter un contrat dont les termes sont clairs et précis<sup>1227</sup>. Néanmoins, lorsque les termes du contrat sont obscurs ou contradictoires, il a préféré la volonté interne sur la volonté déclarée. Selon l'article 99 C.O.C.C, le juge doit prévaloir l'esprit sur la lettre du contrat pour détecter la commune intention des parties. Cette disposition met à la charge du juge un travail pénible. Pour deux raisons. *Primo*, il doit interpréter le contrat tout en respectant sa force obligatoire du contrat. *Secundo*, l'identification de l'intention est une question délicate si l'on sait que l'intention<sup>1228</sup> relève du domaine du cachet, du domaine psychologique. Elle est hors portée, on ne peut pas la saisir matériellement. De plus, l'intention des parties doit être différente de la cause du contrat<sup>1229</sup> c'est-à-dire du motif déterminant ayant conduit les parties à conclure un contrat. À la différence de la cause du contrat, la commune intention renvoie à ce que les contractants ont réellement voulu dans leur accord. Par conséquent, on ne se réfère pas à la finalité de l'accord mais à son contenu. Cela se comprend aisément car l'interprétation pose un problème d'incompréhension du contenu matériel du contrat. Toutefois, dans cette entreprise de recherche de la commune intention, le législateur donne une main forte au juge en estimant qu'il doit s'appuyer sur « *les circonstances de la cause* »<sup>1230</sup>.

**492.** Cependant, le texte précité n'est pas très explicite. Il ne précise pas le moment dans lequel cette commune intention doit être recherchée. S'agit-il de l'époque de la conclusion du contrat ou pendant son exécution<sup>1231</sup>? Il convient de dire que le problème d'interprétation du contrat survient pendant son exécution. De plus, l'interprétation subjective<sup>1232</sup> permet d'une part de qualifier le contrat et d'autre part de déterminer ses effets. Le juge doit se placer au moment de la formation du contrat pour faire ce travail. En fait, les obligations liant les parties sont souvent

---

<sup>1226</sup> V°. S. GRAMMOND, « L'interprétation des contrats », *op. cit.*, consulté le 20/10/2016.

<sup>1227</sup> V°. C.O.C.C. Art. 100.

<sup>1228</sup> V°. A. VIGNON-BARRAULT, *Intention et responsabilité*, thèse 2000, p. 7 et s.

<sup>1229</sup> V°. H. LECUYER, « Contrat, acte de prévision », in *Avenir du droit*, in Mélanges en hommage à François Terré, p. 656.

<sup>1230</sup> V°. C.O.C.C Art. 99 *in fine*.

<sup>1231</sup> V°. Y. KALIEU ELONGO, « La distinction de la formation et de l'exécution des contrats », <http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr>, Afrilex n°5, p. 113.

<sup>1232</sup> V°. G. ALPA, « Le contrat individuel et sa définition », *R.D.C.*-1998, p. 346.

stipulées à l'époque de la conclusion de l'accord. Pourtant, il peut arriver dans certains cas que les parties insèrent des clauses dans leur accord pendant son exécution. Pour celles-ci, le juge doit se situer au moment de la conclusion du contrat pour rechercher la commune intention des parties. La jurisprudence sénégalaise a adopté une position identique dans le cadre de l'option de statut conjugal. En effet, la Cour suprême a eu l'occasion de préciser que pour connaître la volonté du défunt, « *il échet de s'attacher davantage à sa réelle intention plutôt qu'à son mode d'expression* ».

**493.** Par ailleurs, nous ne souscrivons pas à la prééminence de la volonté interne sur la volonté déclarée<sup>1233</sup> et ce pour plusieurs raisons. L'article 99 susmentionné pose une règle d'interprétation d'un accord écrit. Ainsi, en mentionnant « *Par-delà de la lettre* » cela suppose que le contrat soit écrit. Et, même pour l'accord écrit, l'article 99 est insuffisant car un contrat écrit comporte un double accord. Le premier est relatif à la nature et à l'étendue des liens contractuels. Le second concerne le choix des termes et des structures apte à préciser<sup>1234</sup>. C'est dans ce second accord que la méthode d'interprétation subjective se comprend mieux. Cependant, sa mise en œuvre est utopique. En effet, il est difficile de trouver la commune intention des parties. Le juge ne peut pas savoir ce qui relie psychologiquement les parties. Par conséquent, la commune intention relève de l'imagination. De surcroît, l'interprétation « *par-delà de la lettre du contrat* » et selon « *la commune intention des parties* » est inconcevable lorsqu'il s'agit d'une convention verbale. D'où notre étonnement, car le principe en matière contractuelle, c'est le consensualisme. Cela résulte de l'article 41 du C.O.C.C qui dispose qu'aucune forme n'est requise pour la formation du contrat. Le législateur sénégalais prévoit donc une règle d'interprétation pour l'interprétation des accords formels et ne prévoit rien pour celle d'un accord consensuel. Heureusement, la méthode subjective n'est qu'une simple indication pour le juge<sup>1235</sup>.

**494.** Toutefois, des difficultés existent toujours, car un contrat verbal est par vocation ambigu. À la différence de l'écrit qui « *est livré à son seul sens et interdit à son auteur de le sauver de quelque faiblesse a posteriori par des gestes ou des propos appropriés* ». Dans l'accord verbal, il est difficile de connaître les intentions des contractants. Ils ne sont pas liés par la lettre de leur accord puisqu'il existe aucun écrit. Ils peuvent donc changer de comportement en fonction des

---

F. TERRE et *alii* Droit Civil. Les obligations, p. 108, n° 93.

<sup>1234</sup> V°. I. IVAINER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », *op. cit.*, p. 3023.

<sup>1235</sup> Les règles d'interprétation du contrat ne sont pas d'ordre public. Il est seulement interdit au juge de dénaturer les termes du contrat.

circonstances. C'est pourquoi, **T. Ivainer** disait que, « *si l'écriture n'a été inventée que pour avertir l'homme* »<sup>1236</sup>, « *le discours oral, quant à lui, favorise le mensonge et l'insécurité juridique* »<sup>1237</sup>.

**496.** De plus, l'interprétation selon la commune intention<sup>1238</sup> est saugrenue dans certains types de contrat. En effet, peut-on parler de la commune intention des parties dans les contrats d'adhésion où les clauses sont unilatéralement rédigées ou imposées par la partie la plus forte ? Peut-on parler de la commune intention des parties dans les contrats unilatéraux alors que ces contrats n'engendrent des obligations qu'à la charge d'une seule des parties ?

**497.** Pour remédier à ses difficultés, le droit OHADA a prévu une méthode d'interprétation spécifique lorsque l'interprète est en face d'une clause ambiguë. Ainsi, selon l'article 238 A.U.D.C.G. « *Lorsqu'une clause est ambiguë, la volonté d'une partie doit être interprétée selon le sens qu'une personne raisonnable, de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, aurait déduit de son comportement* ». Par conséquent, il n'y a pas de règle standard pour l'interprétation d'un accord. Le juge doit se fonder, en plus du comportement des parties, sur un ensemble d'indices. « *L'indice est un fait immédiatement perceptible qui nous fait connaître quelque chose à propos d'un autre fait qui ne l'est pas perceptible* »<sup>1239</sup>.

**498.** En outre, il y a des méthodes d'interprétations complétives. Il s'agit de l'interprétation *in favore* et de l'interprétation objective. Ce sont des méthodes complétives parce qu'elles ne sont de mises que si la méthode principale fait défaut.

En ce qui concerne l'interprétation objective du contrat, il est question ici des lacunes du contrat. Ces lacunes sont comblées par la loi, la bonne foi, les usages et l'équité.

---

<sup>1236</sup> V°. T. IVAINER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », *op. cit.*, p. 3023.

<sup>1237</sup> V°. *Ibid.*, p. 3023.

<sup>1238</sup> C'est la méthode d'interprétation principale prévue par l'article 99 du C.O.C.C. En revanche, dans la vente commerciale, l'interprétation se fait par référence à une « personne raisonnable, de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation ».

<sup>1239</sup> V°. PRIETO, « Sémiologie », *op. cit.*, p. 95.



## CHAPITRE II. LA COMPLÉTUDE DU CONTRAT GARANTIE PAR L'ÉQUITÉ

**499.** Selon certains auteurs, la notion de l'équité a deux sens. Dans un premier sens, on peut entendre par là « *equitas* » romain et « *equity* » anglaise. Il s'agit alors d'un système juridique séparé destiné à pallier les insuffisances du droit positif civil ou commun. Dans un second sens, on est seulement en présence d'un mode d'interprétation des règles de droit – et cela sous des vocables divers : « *équitable, raisonnable, ou honnête -, mode d'interprétation reconnu dans tous les systèmes juridiques* ». Cette deuxième acception permettrait à la jurisprudence de modifier les obligations contractuelles en cas d'imprévision sous prétexte que le juge ne statue pas en équité, mais en droit. Néanmoins, dans l'arrêt de *Canal de Craponne* le juge français a écarté l'application de l'équité.<sup>1240</sup>

Dans une autre décision, la Cour de cassation française exclut la référence à l'équité dans la décision du juge. En effet, elle précise que le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables et ne peut se borner qu'à une simple référence à l'équité. Le juge a même estimé de façon péremptoire que l'équité n'est pas une source du droit<sup>1241</sup>. Cette interdiction l'est aussi pour l'arbitre. La C.C.J.A a reproché aux arbitres d'avoir statué en équité alors qu'aucun accord des parties n'avait été fourni sur ce point aux arbitres. La décision a été annoncée de la manière suivante : « *qu'en statuant [...] sans fournir des éléments d'appréciation fondés sur le droit ivoirien devant régir ladite procédure, le tribunal a usé des pouvoirs d'arbitrage que les parties ne lui ont pas conférés, l'arbitrage se définissant de manière négative comme le pouvoir des arbitres de ne pas s'en tenir à l'application stricte des règles de droit, ce qui permet aussi bien de les ignorer que de s'en écarter en tant que leur sentiment d'équité l'exige et que la sentence [...] doit, en conséquence, être annulée...* »<sup>1242</sup>.

Cependant, l'équité n'est pas toujours absente de la règle de droit. Elle peut inspirer ou exprimer l'intention du législateur dans plusieurs situations.

---

<sup>1240</sup> V°. F. BUY, *op. cit.*, p. 102.

<sup>1241</sup> V°. P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, p. 16.

<sup>1242</sup> V°. Encyclopédie du droit OHADA, sous la direction de Pougué Paul-Gérard, Edition Lamy 2011.

C'est pourquoi, de nos jours, la jurisprudence a évolué en admettant la fonction correctrice et supplétive de l'équité. Nous allons donc examiner la gestion corrective du contrat par l'équité (**Section I**) puis nous évoquerons la gestion supplétive du contrat par l'équité (**Section II**)

## SECTION I. LA GESTION CORRECTIVE DU CONTRAT PAR L'ÉQUITÉ

**500.** La fonction de correction de l'équité a été mise en exergue par monsieur **Albiges** dans son ouvrage intitulé « *De l'équité en droit privé* »<sup>1243</sup>. L'auteur élague, en citant un philosophe grec que la référence à l'équité a pour objet de redresser la loi là où elle se trompe afin de corriger ses imperfections. Poursuivant, il estime sous la plume de Thomas d'Aquin que l'équité a pour objet de modérer la règle de droit applicable à un cas particulier<sup>1244</sup>. Ainsi, l'équité permet d'échapper « à la rigidité de la règle et instituer un véritable pouvoir modérateur du juge »<sup>1245</sup>. Par conséquent, l'équité donne au juge un pouvoir d'appréciation. Ce pouvoir modérateur existe « *chaque fois que la correction imposée se fait dans le sens d'une réduction, d'une modération de la rigueur de la règle de droit normalement applicable* »<sup>1246</sup>. Mieux, une bonne partie de la doctrine admet que l'équité est une arme au service du juge lui permettant d'atténuer ce que le droit peut avoir de trop rigide<sup>1247</sup>. C'est pourquoi, est née la notion d'équité judiciaire. Celle-ci est définie comme un « *recours au juge contre la loi* »<sup>1248</sup>.

**501.** Dans la Rome antique, l'équité était un droit parallèle mis en œuvre par le juge pour corriger les excès<sup>1249</sup>. Cependant, la fonction correctrice suppose l'existence d'un texte qui effectue un renvoi à l'équité. Elle ne peut donc s'exercer que si le législateur l'a prévue et, par conséquent a conditionné l'exercice de la fonction modératrice du juge<sup>1250</sup>. Le principe en droit est celui de la primauté de la loi et que le recours à l'équité doit être exceptionnel. Cela dit le juge ne dispose pas d'un pouvoir synonyme d'arbitraire car l'exercice de son pouvoir ne vient pas *ex nihilo*. Il faut un texte qui renvoie à l'équité et que celle-ci s'applique de façon exceptionnelle<sup>1251</sup>. En revanche, la

---

<sup>1243</sup> V°. C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, op. cit., p. 169.

<sup>1244</sup> V°. *Ibid.*, p. 170. ,

<sup>1245</sup> V°. G. KHAIRALLAH, « Le raisonnable » en droit privé français », *R.T.D. Civ* 1984.

<sup>1246</sup> V°. C. BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil*, Thèse, Paris, 1973.

<sup>1247</sup> V°. B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, D. 1re éd., n°105, p. 121.

<sup>1248</sup> V°. L. BRUNEAU, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, op. cit. , p. 253.

<sup>1249</sup> V°. *Ibid.*, p. 253.

<sup>1250</sup> V°. ALBIGES, op. cit. , p. 171.

<sup>1251</sup> L'équité est un pouvoir dévolu au juge, soit par le législateur à travers 103 du C.O.C.C, soit par les parties à travers la clause d'amiable composition.

société négro-africaine « le juge n'a pas pour tâche de dire le droit mais de dire la vérité et de statuer en équité »<sup>1252</sup>. En effet, « la mission des juges n'est pas d'appliquer de manière automatique, mécanique ou aveugle, la règle de droit ; elle est de trouver dans chaque cas d'espèce la solution la plus juste, c'est-à-dire la plus équitable, compte tenu les circonstances de l'espèce »<sup>1253</sup>

**502.** Toutefois, l'intervention de l'équité en droit des contrats peut être problématique du fait même de l'autonomie de la volonté. Les parties sont mieux placées que quiconque pour prendre en considération l'équité dans leurs relations contractuelles. Pour cela, on avait admis le concept de « *dénaturation en équité* » c'est-à-dire, le juge ne peut pas modifier les stipulations contractuelles sous prétexte qu'elles sont inéquitables.

Pourtant, le droit reconnaît aujourd'hui la fonction correctrice même si son admission est discutée (**Paragraphe I**) mais cette admission est nécessaire (**Paragraphe II**)

### **Paragraphe I. L'admission discutée de la fonction correctrice de l'équité**

L'admission de la fonction correctrice de l'équité a été contestée en droit des contrats du fait du principe de l'autonomie de la volonté, seule maître du contrat en l'absence d'une loi impérative<sup>1254</sup> et par la jurisprudence classique<sup>1255</sup>. En effet, il existe à la fois des arguments extra jurisprudentiels (**A**) et jurisprudentiels contre la fonction correctrice de l'équité (**B**). Mais, pour notre part, le recours à la fonction correctrice de l'équité serait bien venu en droit des contrats<sup>1256</sup>.

---

<sup>1252</sup> V° F. K. CAMARA et A. CISSE, « Arbitrage et médiation dans les cultures juridiques négro-africaines : entre la prédisposition à dénouer et la mission de trancher », Revue de l'arbitrage, 2009, n°2, p. 285 et s.

<sup>1253</sup> V° F. K. CAMARA et A. CISSE, « Arbitrage et médiation dans les cultures juridiques négro-africaines : entre la prédisposition à dénouer et la mission de trancher », *ibidem*.

<sup>1254</sup> V° I.F. KAMDEM, « L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux », *Les cahiers de Droit*, vol. 40, n° 3, 1999, p. 658.

<sup>1255</sup> V° C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, op. cit., p. 96. Dans le même sens v°. Chambre Sociale 21 février 1980, Bull. Civ.V. n° 170, p. 128.

<sup>1256</sup> En fait, l'équité permet de protéger la partie faible au contrat et c'est aussi un instrument qui complète les lacunes du contrat.

## A. Les arguments extra jurisprudentiels contre la fonction correctrice de l'équité

Plusieurs arguments peuvent être invoqués contre l'admission de la fonction correctrice de l'équité en droit des contrats. Il s'agit notamment de la théorie de l'autonomie de la volonté, de la force obligatoire du contrat et de la sécurité juridique.

**503.** L'autonomie de la volonté signifie que l'obligation contractuelle a sa source dans la volonté des parties. Le contrat n'existe que lorsque l'obligation découle librement du consentement<sup>1257</sup>. La loi et le juge ne sauraient entraver la liberté de contracter ou la liberté de ne pas contracter<sup>1258</sup>. Ce sont les parties qui décident de la manière dont elles vont se lier<sup>1259</sup>. Elles déterminent également le contenu de leur accord<sup>1260</sup>. Et, le législateur ne saurait se substituer à elles pour leur dire ce que doit renfermer le contrat, tout au plus, il peut leur faire des propositions que les parties sont libres d'accepter ou non. L'individu est obligé parce qu'il l'a voulu et il n'est obligé que dans la mesure où il l'a voulu. On trouve trace de cette explication dans l'article 1134 du Code civil français selon lequel si les conventions légalement formées « *tiennent lieu de loi* », c'est seulement à « *ceux qui les ont faites* », suggérant ainsi que la force obligatoire du contrat vient de la volonté propre des parties s'étant donné cette loi.

Cette idée se retrouve dans plusieurs adages classiques tels que « *Tu patere legem quamipse fecisti* »<sup>1261</sup>. La justification de la toute-puissance ainsi donnée à la volonté réside en outre dans l'idée selon laquelle le contrat ne peut qu'être juste s'il est laissé à la libre détermination des parties<sup>1262</sup>. C'est le sens de la célèbre expression de **Fouillée** : « *Qui dit contractuel, dit juste* ». L'autonomie de la volonté a été confortée par les doctrines philosophiques et économiques. Il y a tout d'abord l'origine philosophique selon laquelle l'autonomie de la volonté plonge ses racines dans la théorie philosophique de l'individualisme des droits naturels. Dans la philosophie spontanée et implicite de toute époque, la règle de droit qui naît comme conséquence de tel ou tel acte

---

<sup>1257</sup> V°. S. BRADO, Dictionnaire de droit privé, en ligne (<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/vice-du-consentement.php>) consulté, le 12/04/2015.

<sup>1258</sup> V°. J.-P. NIBOYET, «La théorie de l'autonomie de la volonté», in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Paris, Sirey, 1928, p. 57.

<sup>1259</sup> V°. F. TERRÉ, Introduction générale au droit, [https://fr.wikipedia.org/wiki/François\\_Terré](https://fr.wikipedia.org/wiki/François_Terré).

<sup>1260</sup> C'est dans ce sens que l'article 42 du C.O.C.C dispose que les parties peuvent prévoir toutes espèces de clauses.

<sup>1261</sup> Signification : « subis les conséquences de la loi que tu as toi-même faite ».

<sup>1262</sup> V°. M.E.ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, thèse Paris, éd 2002; n° 175 et s. p. 123 et s.

juridique est une petite loi capable de régir, dans une occasion ou un petit nombre d'occasions, le comportement d'un sujet ou d'un petit nombre de sujets.

504. Ainsi, pour **Spencer**, « le contrat libre assure à la recherche par chaque contractant de son intérêt propre et sa conciliation par négociation avec celui de son cocontractant. Il estime que le contrat libre, c'est-à-dire non réglementé, érige les volontés individuelles en sources, non seulement des droits et des devoirs auxquels elles ont à se soumettre, mais également de la réglementation qui les encadre »<sup>1263</sup>. Cet auteur prône pour l'individualisme juridique contractuel et énonce que la règle du contrat se confond avec le contrat lui-même plus exactement avec son contenu décidé librement par les volontés contractantes<sup>1264</sup>.

505. En outre, la conception de **Kelsen**<sup>1265</sup>, qui voit « l'ordre juridique comme un système à marches successives, nous offre une vision raffinée de cette symétrie entre la règle étatique et la règle individuelle »<sup>1266</sup>. Le pouvoir de créer la norme privée a un nom : autonomie. Cette expression se rapporte, littéralement, à la situation de celui à qui il appartient d'établir les règles qui le concernent. On ne connaît pas de systèmes de droit où il n'existerait aucune autonomie des sujets. L'instrument de l'autonomie est l'acte. Qui veut le respect de la personne humaine veut l'autonomie. Il la veut à la condition que l'exercice de l'autonomie ne nuise pas aux tiers. « L'autonomie nous permet de constituer, par la célébration du mariage, une famille. L'autonomie multiplie l'importance de la propriété, en vertu du pouvoir de tester. L'autonomie permet de satisfaire ses propres besoins et nécessités, en les graduant conformément à des priorités subjectives et des préférences personnelles »<sup>1267</sup>.

506. Il y a aussi l'origine économique avec le libéralisme<sup>1268</sup>. Cette idée a été transposée en droit des contrats, ce qui a engendré le postulat suivant : si on permet aux hommes d'aménager librement leurs rapports, l'équilibre du contrat sera automatiquement assuré.

---

<sup>1263</sup> V°. M. PLOUVIEZ, « Le contrat comme institution sociale », *op. cit.*, p. 75.

<sup>1264</sup> V°. *ibid.*, p. 75.

<sup>1265</sup> Sur la théorie de Kelsen V°. G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, E.J.A., Paris 1997, p.43.

<sup>1266</sup> Kelsen cité par M. PLOUVIEZ, *op. cit.*, p. 76.

<sup>1267</sup> V°. R. SACCO, « Liberté Contractuelle, Volonté contractuelle », *R.D.C* 4-2007, p. 744 et s.

<sup>1268</sup> V°. H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, 1938, p. 13, cité par V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 48, note 137.

**507.** Cependant, cette autonomie de la volonté va être remise en cause. Cette remise en cause se fait d'abord sur le plan philosophique. C'est la remise en cause du postulat de la toute-puissance de la volonté. Cette théorie est discutable car elle met sur un pied d'égalité la volonté et la loi et exagère le pouvoir de volonté et la liberté de l'homme. La volonté ne crée pas du droit au même titre que la loi et est soumise à des valeurs supérieures comme l'intérêt général et la justice.

**508.** En outre, le contrat libre de **Specien** est injuste. L'autonomie de la volonté sur laquelle elle repose est une fiction : les volontés contractent toujours dans une situation d'hétéronomie<sup>1269</sup>. Tout rapport entre individus qui se trouvent dans des conditions sociales inégales est nécessairement injuste car il y a « *une coaction exercée par le plus favorisé des deux contractants sur l'autre, coaction qui fausse les conditions de l'échange* »<sup>1270</sup>.

**509.** L'argument de la toute-puissance de l'autonomie de la volonté est ensuite écarté au motif que « *si la volonté était toute-puissante, elle devrait pouvoir se lier mais aussi se délier : la volonté passée de s'engager ne devrait en effet pas prévaloir sur la volonté présente de ne pas exécuter. En d'autres termes, si seule la volonté individuelle se donnait sa propre loi, elle devrait pouvoir se désengager aussi facilement qu'elle s'était engagée* »<sup>1271</sup>. La justification de la force obligatoire du contrat ne pourrait donc pas résider dans la seule volonté de celui qui s'oblige. C'est dans ce sens que **Kelsen** disait que « *la convention est obligatoire dans la mesure où l'ordre juridique la considère comme un état de fait créateur de droit ; ou, en d'autres termes, dans la mesure où une norme d'un degré supérieur (la loi ou une norme coutumière) autorise ses sujets à créer (par délégation) une norme d'un degré inférieur* »<sup>1272</sup>. Par conséquent, la justification réelle de la force obligatoire du contrat ne peut être recherchée que dans une norme supérieure à savoir la loi.

**510.** De plus, la critique de l'autonomie de la volonté se fait aussi sur le plan social. Il s'agit de la remise en cause du postulat selon lequel la liberté conduit aux rapports les plus justes parce

---

<sup>1269</sup> V°. P. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, p. 203.

<sup>1270</sup> V°. M. PLOUVIEZ, « Le contrat comme institution sociale. La notion de solidarité contractuelle chez Emile Durkheim », *op. cit.*, p.78.

<sup>1271</sup> V°. L. JESSERAND, « Le contrat forcé et le contrat légal », DH 1940. 5; P. DURAND, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *R.T.D. civ.* 1944.73.

<sup>1272</sup> Kelsen cité par G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, E.J.A., Paris 1997, p. 45.

qu'à partir du début du XX<sup>ème</sup> la doctrine prend conscience de deux choses. D'une part, la liberté absolue est source d'inégalité. L'affirmation d'une égalité en droit ne suffit pas à garantir une égalité de fait. La liberté absolue conduit au renforcement des inégalités entre les cocontractants qui ne permettent plus le dialogue entre les parties. C'est pourquoi, on dit : « entre *le fort et le faible c'est la volonté qui opprime et c'est la loi qui libère* ». D'autre part, la liberté doit être conciliée avec l'exigence des interventions judiciaires et législatives pour rendre le contrat plus juste et utile. Ces interventions se sont faites sous couvert de l'équité et ont donc conduit à limiter la liberté contractuelle. Ainsi, l'autonomie, en matière contractuelle, n'est qu'une approximation et ne saurait être considéré comme un principe absolu. En effet, la volonté n'intervient pas seule dans l'acte juridique. Elle est en concurrence avec des éléments extérieurs qui fixent et donnent force obligatoire au contrat<sup>1273</sup>.

**511.** S'agissant de la sécurité juridique, l'équité est un concept aux contours flous. C'est une notion vague et fuyante et ne garantit pas la sécurité juridique<sup>1274</sup>. D'ailleurs, il a été dit qu' « *à moins de se piper des mirages de la métaphysique, l'équité est indéfinissable* »<sup>1275</sup>. Dans ce même ordre d'idée, un auteur disait que l'équité est une notion entourée de mystères, d'incertitudes et d'embarras<sup>1276</sup>. Un autre auteur a exprimé ses inquiétudes par rapport à cette notion énigmatique et sa crainte contre une atteinte à la sécurité juridique. Il dit, afin d'assurer la sécurité juridique, il faut que tout concept juridique soit susceptible d'une définition fondée sur les attributs qu'il comporte et les relations spécifiques entre ses divers éléments<sup>1277</sup>. En outre, « *toute juridiction doit se conformer aux textes de loi et les appliquer* »<sup>1278</sup> alors que la référence à l'équité donnerait au juge un pouvoir d'appréciation sans précédent du fait que c'est une notion imprécise. Ce pouvoir d'appréciation ne peut être que source d'arbitraire et donc d'insécurité juridique. « *Cette appréhension à l'égard de l'équité est inhérente aux risques d'insécurité encouru lors de tout recours à la notion* »<sup>1279</sup>. C'est pourquoi, monsieur **Guettes** affirmait qu'il « *n'est, en matière*

---

<sup>1273</sup> V°. G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., p. 46.

<sup>1274</sup> V°. M.S. ZAKI, *Définir l'équité*, A.P.D., Sirey, Tome XXXV, 1990, p. 87

<sup>1275</sup> V°. L. BRUNAUT, « contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant », Thèse, Toulouse, 2005, p. 257.

<sup>1276</sup> V°. M.S. ZAKI, op.cit., p. 257.

<sup>1277</sup> V°. J-L. BERGEL, « Théorie générale du droit, » Paris Dalloz, collection "méthodes du droit"; 3<sup>ème</sup> Éd., 1998, n° 183, p 196.

<sup>1278</sup> V°. C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, opt. cit., p. 161.

<sup>1279</sup> V°. *ibid.*, p. 161. V°. M. P. FABREGUETTES, *La logique judiciaire et l'art de juger*, Paris, L. G. D. J., 2<sup>ème</sup> Éd., 1926, p. 402. ,

*d'administration de la justice, pire chose que l'équité, car l'équité n'est qu'un sentiment : variable comme tous les sentiments, elle diffère donc du tout au tout suivant les individus »*<sup>1280</sup>.

**512.** Cependant, les arguments invoqués ci-dessus ne sont pas dirimants. En fait, l'équité n'est pas la seule notion difficile à délimiter. Il existe d'autres concepts mous qui sont néanmoins, consacrés en droit positif. Par exemple, le législateur O.H.A.D.A. a consacré la notion d'intérêt social dans l'A.U.D.S.C/G.I.E alors que l'intérêt social est également présenté par la doctrine comme un concept fuyant difficile à cerner<sup>1281</sup>. De même, les rédacteurs de l'A.U.D.C.G. ont pris en compte un autre concept mou à savoir le raisonnable<sup>1282</sup>. Par conséquent, le caractère imprécis d'une notion n'a jamais été un obstacle pour sa consécration juridique. De surcroît, la souplesse et la plasticité, qui innervent la nature profonde de l'équité, sont garantes de la pérennité du contrat<sup>1283</sup>. En définitive, l'équité permet de corriger les imperfections et atténue la rigueur de notre système juridique. Elle permet en outre de compléter les lacunes du contrat si l'on en juge conformément à l'article 103 C.O.C.C. Aux termes de l'article précité « *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* ». L'équité est aujourd'hui prise en compte en droit positif et permet de compléter les lacunes du contrat.

**513.** Toutefois, elle est distincte de la règle de droit. L'équité suppose une adaptation de la règle aux circonstances de l'espèce. Elle a un caractère concret. Or, le propre d'une règle de droit est d'être abstrait. « *L'équité comme la justice avec un "j" majuscule* » alors que dans certains cas, la justice peut être sacrifiée par le droit au nom de la protection de l'ordre et de la sécurité. En effet, le juge chargé d'appliquer la règle de droit ne peut l'écarter parce qu'elle conduit à une injustice. Ainsi, selon Aristote, l'équité est une rectification du droit quand celui-ci comporte des failles en raison de son universalité. Par conséquent, l'équité a pour but d'humaniser la règle de droit<sup>1284</sup>. Et, l'humanisation du droit s'effectue au moyen de l'introduction des principes de l'équité<sup>1285</sup>. Dans ce même ordre d'idées, Salomon demandait de juger les hommes par un cœur sympathique plutôt que par la connaissance du droit. L'équité permet donc de transformer le droit en justice. Le droit

---

<sup>1280</sup> V°. M.P. FABREGUETTES, *La logique judiciaire et l'art de juger*, Paris, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 1926, p. 402 ;

<sup>1281</sup> V°. D.NZOUABETH, *Les litiges entre associés*, Thèse, UCAD, 2005, *op. cit.*, p. 95 et s.

<sup>1282</sup> V°. A.U.D.C.G. Art. 238 al.1; 253 al. 3; 271 al. 2.

<sup>1283</sup> V°. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *op. cit.*, p. 357 et s.

<sup>1284</sup> V°. L. BRUNEAU, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, p. 266 et s.

<sup>1285</sup> V°. *ibid.*, p. 252.



à une « *fonction de police* » alors que l'équité a pour finalité de concilier les intérêts opposés selon les circonstances de chaque cas. Elle permet de « *découvrir les règles d'application raisonnables afin d'assurer à la solution des procès de conséquences justes* ».

L'équité n'est pas le droit. Celui-ci doit faire régner non seulement la justice mais l'ordre, la sécurité et la paix dans les relations sociales, pour prévenir les conflits. C'est pourquoi, un auteur disait que « *mieux vaut une injustice qu'un désordre* ». La finalité première du droit est d'assurer l'ordre, non la justice.

**514.** La force obligatoire du contrat s'opposait à la fonction correctrice de l'équité. Cette dernière suppose la modification du contenu du contrat. Cette modification contrarie l'immutabilité du contrat.

Ainsi, la force obligatoire du contrat trouve son siège dans les articles 96 et 97 C.O.C.C. Le premier texte dispose que « *le contrat légalement formé crée entre les parties un lien irrévocable* ». Le second article ajoute que « *Le contrat ne peut être révisé ou résilié que du consentement mutuel des parties ou pour les causes prévues par la loi* »<sup>1286</sup>. Par conséquent, les deux mamelles de la force obligatoire du contrat sont : l'irrévocabilité et l'immutabilité du contrat.

**515.** L'irrévocabilité signifie que les parties ne peuvent pas se délier ni destituer ce que le contrat a créé. Elles sont soumises à la loi du contrat. L'article 1134 du Code civil français exprime de façon solennelle cette soumission en disposant que : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Les parties sont soumises à leur contrat comme les citoyens sont soumis à la loi de la République. Une fois signé et accepté, le contrat échappe à la volonté des parties et s'impose à elles. Il est une loi d'airain à laquelle on ne peut plus échapper. Le contrat doit être exécuté contre vents et marées<sup>1287</sup>.

**516.** L'immutabilité du contrat concerne en réalité une partie au contrat parce que l'article 97 prévoit la modification par « *consentement mutuel des parties* ». L'immutabilité évite qu'une partie ait une emprise sur le sort du contrat. Les modifications unilatérales du contrat sont donc

---

<sup>1286</sup> Parmi les causes prévues par la loi, on peut citer: la réfaction unilatérale, la rupture unilatérale du contrat et l'octroi d'un délai supplémentaire d'exécution.

<sup>1287</sup> V°. J-B. SEUBE, Cours des obligations, sources: contrats, Leçon 6 : "La force obligatoire du contrat", Université Numériques Juridiques Francophones (UNJF), inédit.

interdites. La modification n'est admise que dans deux cas prévus par la disposition précitée : « *consentement mutuel des parties ou pour les causes prévues par la loi* ».

**517.** La force obligatoire du contrat a pour corolaire l'autonomie de la volonté. Selon cette théorie, « *l'état de liberté est l'état naturel de l'homme*<sup>1288</sup> » et que « *l'homme est libre et ne peut être lié que parce qu'il a voulu, dans la mesure où il a voulu* »<sup>1289</sup>. À cet effet, le juge ne peut porter atteinte à la force obligatoire du contrat car, il est tenu de la respecter et la faire respecter. Certes, en présence d'un contrat comportant des clauses obscures, contradictoires ou des lacunes, il possède un pouvoir d'interprétation grâce auquel il interviendra dans l'aménagement du contenu du contrat, dans le sens qui lui paraît le plus équitable<sup>1290</sup>. Mais, les pouvoirs du juge s'arrêtent en présence des clauses claires et précises<sup>1291</sup>. Il ne peut pas modifier les clauses claires et précises du contrat sous prétexte qu'elles sont inéquitable. Dans le cas contraire, il s'agira de la dénaturation en équité. La dénaturation est une sanction de la violation de la force obligatoire du contrat par le juge. En effet, l'équité n'a pas de place dans le contrat lorsque les termes de celui-ci sont clairs et précis. Ainsi, l'équité corrective permet au juge d'obérer la rigueur de la loi, de l'adapter au gré des situations concrètes. Or, cela conduit inéluctablement à modifier les termes du contrat. Une telle modification est contraire à la force obligatoire du contrat. L'application de l'équité en droit a été également remise en cause par la jurisprudence classique.

## **B. Les obstacles jurisprudentiels à l'admission de l'équité**

**518.** La remise en cause de l'équité par la jurisprudence classique était justifiée par rapport aux risques liés à tout pouvoir d'appréciation confié au juge. Le rôle de ce dernier doit être limité à la stricte application du droit légiféré. Il doit trancher le litige conformément aux règles de droit. Cela résulte expressément des dispositions du Code de procédure civile. L'article 1-6 nouveau du C.P.C. dispose que : « *Le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit* ». Et en matière contractuelle, le juge doit se limiter à la stricte application de la loi contractuelle. L'équité

---

<sup>1288</sup> V°. C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Mélanges offerts à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001.

<sup>1289</sup> V°. H.M. MINKABA, « La question de la définition du contrat en droit privé : essai d'une théorie institutionnelle », *Juridical Tribune* Vol. 4, Issue 1, June 2014, p. 94.

<sup>1290</sup> V°. B. STATCK et alii, *Obligations*, 2. *Contrat*, 5<sup>ème</sup> éd. litec, p. 503.

<sup>1291</sup> V°. C.O.C.C. Art. 100 : « *Si les termes du contrat sont clairs et précis, le juge ne peut sans dénaturation leur donner un autre sens* ».

est source de méfiance. Elle sape la force obligatoire du contrat alors que celle-ci est nécessaire à la confiance du contrat<sup>1292</sup>.

519. L'équité est source d'insécurité juridique en raison de sa nature incertaine et subjective<sup>1293</sup>. En fait, « *toute application, par les juridictions de fond, de l'équité doit être censurée par la Cour de cassation* »<sup>1294</sup>. Cette exclusion de la référence à l'équité a été également retenue en droit administratif dans l'arrêt **Dame Montfort** du 6 juillet 1956. Dans cet arrêt, le Conseil d'État français estimait que le moyen tiré de ce que l'application d'une réglementation « *entraînerait des conséquences inévitables pour des agents concernés, n'est pas susceptible d'être invoqué à l'appui d'un recours en l'excès de pouvoir* »<sup>1295</sup>. À cet arrêt du droit du Conseil d'État, il s'y ajoute d'autres décisions de la Cour de Cassation française qui excluent le recours à l'équité. Au paravent, la haute Cour avait censuré la décision d'une cour d'appel ayant octroyé des dommages et intérêts à un salarié alors que l'obligation de non-concurrence qui s'imposait n'était assortie d'aucune contrepartie. Sa décision a été cassée parce que le juge ne peut substituer des considérations d'équité à la force obligatoire du contrat<sup>1296</sup>. Au nom de la sécurité contractuelle, ce dernier ne peut pas écarter les stipulations au profit de l'équité. La Cour de cassation a affirmé cela de façon solennelle dans un arrêt centenaire en date du 6 mars 1876. Elle a décidé « *qu'en aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse apparaître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer les clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptés par les contractants....* »<sup>1297</sup>.

Cet arrêt a été confirmé par plusieurs arrêts qui ont exclu toute référence à l'équité. Dans un arrêt du 6 juin 1921, la Cour de Cassation française a cassé la décision de la Cour d'appel qui avait pris en considération « *l'augmentation extraordinaire du prix des animaux résultant de la guerre de 1914* »<sup>1298</sup>. Les faits de l'espèce sont les suivants : un bailleur avait attribué à un fermier cinq vaches que ce dernier avait l'obligation de restituer en valeur ou en nature à l'expiration du bail. Selon les termes du texte en vigueur à l'époque, l'article 1826 du Code civil énonce que le

---

<sup>1292</sup> V°. J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *R.E.I.* Vol. 92. 2e et 3eme trimestres 2000, p. 85.

<sup>1293</sup> V°. L. BRUNEAU, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, *op. cit.*, p. 65;

<sup>1294</sup> V°. *ibid.*, p. 96.

<sup>1295</sup> V°. *ibid.*, p. 96.

<sup>1296</sup> V°. Soc, 9 Octobre 1986, Jur. p. 42 Onote, Y. SERRA.

<sup>1297</sup> V°. Cass. civ 6 mars 1876, Dalloz 1876. 1. 193. note Giboulot.

<sup>1298</sup> V°. C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, *op. cit.*, p. 198.

fermier devrait apprécier le bien au jour de la conclusion du contrat de bail. Or, à la suite de la dépréciation monétaire, cette somme était nettement inférieure à la valeur du cheptel à l'expiration du contrat. Le fermier a ainsi pu se libérer en payant une somme qui permettait au propriétaire de ne racheter qu'une vache et non cinq. La Cour Cassation française a cependant écarté toute révision des conditions originaires du bail sous prétexte de l'équité<sup>1299</sup>.

Par une autre décision, la Cour de Cassation française a d'adopté la même position. En fait, le 19 mars 1913, la Chambre civile de la Cour de cassation française avait cassé une décision du Tribunal de commerce de Chartres qui avait apprécié en équité une disposition du cahier des charges qui fixait les conditions de vente aux enchères publiques de coupe de bois et avait réduit le prix convenu afin qu'il soit conforme à la contenance indiquée. Par contre, la Chambre civile de la Cour de cassation a estimé que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et aucune considération d'équité ne saurait autoriser le juge à les modifier* »<sup>1300</sup>.

Même si, l'arrêt de « **canal de Craponne** » et les arrêts subséquents ont subi certains fléchissements depuis l'arrêt *Huard* du 3 novembre 1992, l'argument classique est resté inchangeable. Dans l'arrêt *Huard* le fondement de la révision du contrat était l'obligation de bonne foi sur le fondement de l'article 1134 al. 3 Code civil alors que dans l'arrêt de Canal de Craponne, le juge interdisait d'avoir recours à l'équité pour réviser les stipulations contractuelles. En réalité, l'équité est elle-même source d'insécurité juridique. On ne peut pas pallier une insécurité en faisant recours à une notion aussi incertaine que l'équité. Il s'agit donc d'une évolution par rapport au fondement de la révision pour imprévision<sup>1301</sup>: on a abandonné l'équité au profit de la bonne foi puisque la loi permet cela en disposant que le contrat doit être exécuté de bonne foi. L'équité est différente de la bonne foi à plusieurs égards.

**520.** D'abord, la bonne foi a un domaine d'intervention plus large que l'équité<sup>1302</sup>. En effet, la première intervient dans le processus du contrat, c'est-à-dire de la formation à la rupture du contrat alors que l'équité n'intervient que pendant l'exécution du contrat. Ensuite, pour monsieur **DEREUX**, le juge corrigerait le contrat au nom de la bonne foi et le compléterait au nom de

---

<sup>1299</sup> V°. C. ALBIGES, *op. cit.*, p. 198.

<sup>1300</sup> V°. *ibid.*, p. 198 et s.

<sup>1301</sup> V°. P. TOFFEL-MUNCK, regards sur la théorie de l'imprévision, P.U.A.M. 1994.

<sup>1302</sup> Le constat est fait en se fondant sur les articles 103 du C.O.C.C., 237 de l'A.U.C.G. et 1134 du Code civil. En outre, la bonne foi intervient même dans la période précontractuelle (par exemple en matière de pourparlers).

l'équité<sup>1303</sup>. Son idée repose d'une part sur l'article 1134 du Code civil qui dispose que les conventions doivent être exécutées de bonne foi et d'autre part sur l'article 1135 du même Code qui dispose que les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature<sup>1304</sup>.

## **Paragraphe II. L'admission nécessaire de la fonction correctrice de l'équité**

La fonction correctrice est un gage de l'utilité contractuelle. Elle permet non seulement de corriger les imperfections du contrat (**A**), mais atténuer aussi la rigueur des stipulations contractuelles (**B**).

### **A. La correction des imperfections du contrat par l'équité**

**521.** Le contrat est une œuvre humaine. Il ne peut donc pas être parfait. L'équité permet de perfectionner la convention des parties. Certes, au regard de la loi, le contrat est présumé juste. En premier lieu, en vertu du principe de l'égalité juridique des parties. En second lieu, il résulte de l'adage « *qui dit contractuel dit juste* ». Cependant « *ce qui est équitable, tout en étant juste, ne l'est pas conformément à la loi ; c'est comme une amélioration de ce qui est juste selon la loi* »<sup>1305</sup>. D'ailleurs, un auteur disait que la référence à l'équité a pour objet de redresser la loi là où elle se trompe afin de corriger ses imperfections<sup>1306</sup>. Or, le contrat est régi par la loi. Celle-ci intervient de la formation du contrat pour en fixer les conditions de validité. La loi intervient également en aval pour déterminer les effets du contrat<sup>1307</sup>. L'imperfection de la loi a donc forcément une incidence sur le régime du contrat.

**522.** L'équité doit inspirer même le comportement des parties dans l'exécution de leurs obligations. Le contrat n'est pas seulement la somme des volontés individuelles. La rencontre de volontés des parties forme un tout « *un unique corps doté de l'intention de faire quelque chose* »<sup>1308</sup>. Cette volonté commune doit être soudée, cimentée par l'équité afin d'éviter que les

---

<sup>1303</sup> V°. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit., p. 93.

<sup>1304</sup> Dans certains cas, la bonne foi peut même jouer le rôle attribué à l'équité. En effet, dans l'article 103 du C.O.C.C, la bonne foi à l'instar de l'équité permet de compléter les lacunes du contrat.

<sup>1305</sup> V°. L. VIALLET, *Le sens de l'observance. Enquête sur les réformes franciscaines entre l'Eibe et l'Oder, de Capistran à Luther, (vers 1450 - vers 1520)*, inédit, p. 210.

<sup>1306</sup> V°. C. ALBIGES, op. cit., p. 170.

<sup>1307</sup> V°. C.O.C.C. Art., 96 et 97.

<sup>1308</sup> V°. C. BONICCO, « Tout n'est pas contractuel dans le contrat. Variations sur un thème durkheimien dans la sociologie interactionniste américaine », in *Repenser le contrat*, Dalloz 2009, p 161.

cocontractants agissent de façon égoïste. Le contrat est « *un rapport social* »<sup>1309</sup>, c'est la « *figure moderne du lien social* ». Par conséquent, il doit s'approprier de toutes les règles de conduites sociales à savoir la règle de droit, la règle morale et l'équité. À cet effet, nous pouvons affirmer sous la plume de **T. AQUIN** que « *l'équité ne va pas contre ce qui est juste en soi, mais contre ce qui est juste selon la loi* »<sup>1310</sup>. En matière contractuelle, on dira que l'équité va contre ce qui est juste selon le contrat. Or, ce qui est juste selon le contrat peut être source de déséquilibre contractuel.

En outre, l'équité est présente dans toutes les institutions sociales. Il ne devra pas donc en être autrement pour le contrat. L'équité permet également de concilier les intérêts divergents des parties au contrat. Pour cela, le juge ne doit pas à tout bout de champ faire une application mécanique de la loi contractuelle qui est souvent inique. En fait, « *les pouvoirs conférés* » au juge « *ont alors pour finalité de garantir et même de promouvoir la paix sociale, en recherchant l'équilibre dans les relations entre les individus* »<sup>1311</sup>.

**523.** De plus, l'équité intervient dans la cause de l'obligation. La cause de l'obligation, c'est la prestation promise. Ainsi, si la cause fait défaut, le contrat est anéanti<sup>1312</sup>. Il est inéquitable qu'une personne s'appauvrit volontairement en abandonnant une partie de son patrimoine et en retour elle n'obtient rien. *Idem*, en matière de prix, l'équité a été appelée à la rescousse. C'est pourquoi, il n'y a pas de vente si le prix est dérisoire<sup>1313</sup>. En réalité, un prix dérisoire est un prix inéquitable. Ces différents exemples démontrent clairement que l'équité est un instrument qui protège l'une des parties au contrat.

## **B. L'équité : un assouplissement de la force obligatoire du contrat**

« *La loi permet souvent au juge de tempérer sa rigueur ou d'adapter aux circonstances les obligations des parties : circonstances atténuantes en droit pénal, octroi de délai de grâce, révision de la clause pénale, réduction pour excès [...]* »<sup>1314</sup>.

---

<sup>1309</sup> V°. M. PECHARMAN, « Le contrat comme transfert volontaire de droit. Sur le contrat génétique chez Thomas Hobbes », », in *Repenser le contrat*, Dalloz 2009, p. 56.

<sup>1310</sup> V°. L. BRUNAU, *op. cit.*, p. 254.

<sup>1311</sup> V°. C. ALBIGES, *op. cit.*, p. 142.

<sup>1312</sup> V°. C.O.C.C. Voir. Art. 77 et 86.

<sup>1313</sup> V°. C.O.C.C. Art. 268.

<sup>1314</sup> V°. E. AGOSTINI, « L'équité », *Dalloz*. Sirey 1978, p. 8.

**524.** Selon un auteur<sup>1315</sup> « l'équité [...] c'est le concept qui permet de faire pénétrer, dans la sphère juridique, le sentiment de justice ». Pour P. **Malaurie** et P. **Morvan**, l'équité est une source d'inspiration du droit positif, un élément du donné idéal qui l'irrigue, à l'instar du droit naturel<sup>1316</sup>. Dans ce même ordre d'idées, J. **Ghestin** fait remarquer que le droit « *manquerait à sa mission s'il se borne à enregistrer les rapports de force ou à consolider indéfiniment les positions acquises. Il doit, au contraire, orienter l'activité humaine en fonction d'une éthique inspirée par la recherche de la justice* ».

Dans ce sens, on doit faire référence à l'équité pour humaniser la rigueur des stipulations contractuelles. À cet effet, l'article 7.1.6 de l'UNIDROIT prévoit que : « *Une partie ne peut se prévaloir d'une clause limitative ou exclusive de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation, ou lui permettant de fournir une prestation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement s'attendre l'autre partie si, eu égard au but du contrat, il serait manifestement inéquitable de le faire* ». Ce texte attribue au juge un pouvoir modérateur fondé sur l'équité<sup>1317</sup>. Il peut écarter les clauses qui sont « *manifestement inéquitables* ». Dans cette situation, le juge se fonde sur l'équité pour apprécier l'applicabilité des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité. En effet, lorsque la clause est inéquitable, son application conduit dans ce cas à un déséquilibre contractuel<sup>1318</sup>. Pour cela, le bénéficiaire de la clause limitative ne peut pas s'en sortir indemne. Sa responsabilité contractuelle sera engagée.

**525.** Le caractère inéquitable de ces clauses sera apprécié en fonction du but du contrat. Celui-ci renvoie à la cause du contrat<sup>1319</sup> et aux attentes raisonnables des parties. Au regard de la cause du contrat, lorsque la clause est manifestement inéquitable, elle sera réputée non écrite. Ainsi, la référence à l'équité permet au juge de neutraliser les termes d'une convention inéquitable. Toutefois, cette référence à l'équité ne vient pas *ex nihilo*. Elle suppose l'existence d'un texte qui effectue un renvoi à l'équité comme en témoigne l'article précité. Cette exigence préalable d'un

---

<sup>1315</sup> V° P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, p. 257 et s.

<sup>1316</sup> V° P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au Droit*, 5ème édition, L.G.D.J., 2014, p. 45.

<sup>1317</sup> À ce titre, la référence à l'équité permet de prendre en compte la doctrine du solidarisme contractuel. Parce que le solidarisme contractuel est également un instrument qui corrige le déséquilibre contractuel.

<sup>1318</sup> V° J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *Journées de René SAVATIER* 24-25 Octobre 1985, p. 8.

<sup>1319</sup> V° H. LECUYER, « Le contrat acte de prévision », *op. cit.*, p. 656 et s.

texte de loi qui autorise l'application de l'équité par le juge est un garde-fou contre le risque d'arbitraire inhérent au pouvoir d'appréciation du juge.

## SECTION II. LA GESTION SUPPLÉTIVE DU CONTRAT PAR L'ÉQUITÉ

**526.** La fonction de suppléance de l'équité en matière contractuelle a été affirmée par le législateur sénégalais<sup>1320</sup> et français<sup>1321</sup>. L'article 103 C.O.C.C dispose 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* ». Quant à l'article 1135 Code civil, « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ».

Au regard de ces textes, l'équité n'est pas la seule notion qui complète les lacunes du contrat<sup>1322</sup>. Pour cela, il convient de voir la place de l'équité parmi les autres instruments de complétude du contrat (**Paragraphe I**) avant de se pencher sur la fonction complétive proprement dite de l'équité (**Paragraphe II**).

### Paragraphe I. La place de l'équité parmi les instruments de complétude du contrat

L'article 103 du C.O.C.C cite l'équité comme le dernier instrument de suppléance du contrat alors que l'article 1135 Code civil français la mentionne en premier lieu avant l'usage ou la loi. Cependant, il se pose la problématique de la hiérarchie entre ces instruments (**A**) et les rapports pouvant exister entre eux (**B**).

#### A. La problématique de la hiérarchie entre les différents instruments prévus par l'article 103 C.O.C.C

**527.** En cas de silence de la volonté des parties, « *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* ». Le juge, appelé à mettre en œuvre cette disposition, doit-il respecter l'ordre établi par l'article 103 C.O.C.C. Autrement dit, l'équité serait-elle le dernier rechange dans cette entreprise de complétude du contrat ?

---

<sup>1320</sup> V° C.O.C.C Art. 103.

<sup>1321</sup> V° C. civ. Art. 1135.

<sup>1322</sup> À côté de l'équité, nous avons: la bonne foi, les usages, le raisonnable voir la loi.



**528.** Pour rappel, l'équité est considérée, comme un instrument qui complète la loi. Elle est une béquille pour la loi « *boiteuse* » une boussole pour le juge chargé de l'appliquer<sup>1323</sup>. Par conséquent, elle ne peut avoir la même autorité que la loi. Celle-ci est l'expression de la volonté générale. Et que le juge ne peut obéir qu'à l'autorité de la règle de droit. Ainsi, l'équité ne peut être qu'un instrument au service de la loi, c'est-à-dire, elle permet juste d'atténuer ce que le droit peut avoir de trop rigide<sup>1324</sup>. Elle ne peut faire office de la loi parce qu'elle n'est pas source de la règle de droit. Aussi, le juge n'est que la bouche de la loi. C'est donc en fonction du droit positif qu'il doit trancher le différend qui lui est soumis. Nous pouvons donc conclure que l'ordre établi par l'article 103 précité est hiérarchique. Le juge doit d'abord compléter les lacunes du contrat par la loi. Et, c'est seulement si la loi est défaillante qu'il se verra appliquer l'équité. Seulement, ce récit est aux antipodes de ce qu'était l'équité dans les sociétés négro-africaine. En effet, « *la justice africaine autochtone répugne à mettre la règle de droit au-dessus de l'équité. L'homme juste ne peut trancher autrement, [...] qu'en disant la vérité (...) car le jugement de vérité-équité est censé recueillir l'approbation de tous, y compris celle des parties en litige [...]* »<sup>1325</sup>. Ainsi, le législateur sénégalais aurait dû retenir l'équité, règle propre au droit autonome africain, pour en faire un principe directeur du contrat comme il a fait avec la bonne foi<sup>1326</sup>.

**529.** quant à l'usage, il est considéré « *comme une pratique généralement suivie dans un milieu* »<sup>1327</sup>. Ainsi, il existe deux types d'usages. Il s'agit : des usages de droit et des usages de faits. Les usages de droit ont un caractère impératif. Ils ne peuvent être écartés que par la volonté des parties. Ces usages s'imposent quelle que soit la volonté des parties. Par ailleurs, les parties ne sont pas tenues de prouver l'existence et le contenu de ces usages car le juge est censé les connaître.

**530.** En revanche, les usages de fait ne s'appliquent qu'à défaut de volonté exprimée par les parties. Celles-ci peuvent écarter par une manifestation de volonté l'application de l'usage de fait. Pour être appliqué il doit être prouvé. Celui qui invoque l'usage de fait doit apporter la preuve de son existence et de son contenu au moyen de parère. Si la preuve de son existence est apportée, on présume que les parties l'ont accepté<sup>1328</sup>. Cependant, il convient de souligner que la règle de

<sup>1323</sup> V° C. ALBIGES, « Équité », *Rép. civ.* Dalloz, 2003, n°23.

<sup>1324</sup> V° L. BRUNEAU, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant op. cit.*, p. 252.

<sup>1325</sup> V° F. K. CAMARA et A. CISSE, « Arbitrage et médiation dans les cultures juridiques négro-africaines : entre la prédisposition à dénouer et la mission de trancher », *op. cit.*, p. 285 et s.

<sup>1326</sup> V° A.U.D.C.G. Art. 237.

<sup>1327</sup> V° N. L'HEUREUX, *Précis de droit commercial du Québec*, Québec, P.U.L., 1975, p. 9.

<sup>1328</sup> V° A.U.D.C.G. Art. 117 et 239.

l'acceptation tacite de l'usage dans les rapports entre les parties ne s'applique pas dans un contrat mixte ou civil. En effet, on ne peut appliquer l'usage de fait au civil que s'il accepte expressément.

**531.** Le juge ne crée pas de son propre chef un usage. Celui-ci est issu de la pratique des affaires. Soit il est codifié par le législateur et donc le juge est censé le connaître, soit il ne l'est pas, par conséquent la partie qui l'invoque doit apporter la preuve de son existence. Le rôle des usages dans la complétude du contrat est très important. Ils permettent de combler les lacunes du contrat en raison de l'incapacité de la loi à suivre les mutations économiques. Cette fonction de suppléance des usages est prévue par maintes dispositions. En effet, l'article 103 C.O.C.C. précité, qui est une disposition de droit de droit commun, prévoit cette fonction de suppléance. À côté de ce texte, il existe d'autres articles spécifiques qui prévoient cette même fonction. Il s'agit des articles 193 al. 4 ; 214 al.2 et 239 AUDCG. La référence aux usages en cas de lacune du contrat se comprend aisément en ce sens qu'il se repose sur une probable volonté des parties de respecter dans leur rapport contractuel. C'est ce qui résulte clairement dans l'article 239 al.1 précité. Celui-ci dispose que : « *Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les pratiques qui se sont établies dans leurs relations commerciales* ». Cette volonté présumée pour l'application des usages fait que ceux-ci ont une autorité supérieure à l'équité. L'application de celle-ci ne résulte jamais d'une volonté présumée des parties. Son application résulte, dans certains cas, de la volonté du législateur. En effet, la loi permet au juge de compléter les lacunes du contrat pour éviter une insécurité contractuelle. C'est pourquoi, en présence des usages le juge doit écarter l'application de l'équité. L'application des usages conduit à se conformer à la volonté tacite des parties. À ce titre, les usages ont une valeur juridique supérieure à l'équité.

**532.** Seulement, l'application de l'usage résulte d'une volonté tacite des parties. Cela dit, l'usage ne peut pas primer sur une volonté clairement exprimée des parties<sup>1329</sup>. De plus, l'usage peut être écarté par les parties au contrat. Mais, cette idée ne réduit en rien ce que le juge est tenu de respecter de l'ordre établi par l'article 103.

**533.** S'agissant de la bonne foi, elle a été citée en dernier par l'article 103 C.O.C.C. Il convient de retenir qu'aujourd'hui la bonne foi est un principe général du contrat. À cet effet, l'article 237 A.U.D.C.G prévoit que : « *Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de*

---

<sup>1329</sup> Sauf si cette volonté expresse est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Dans ce cas le juge peut l'écarter et remplacer cette lacune par les usages. Cependant, si l'application de l'équité est expressément par les parties, le juge doit l'appliquer en lieu et place de l'usage.

*la bonne foi. Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter les effets* ». Cette disposition atteste suffisamment que la bonne foi a une autorité supérieure à l'équité en matière contractuelle. Au regard de ces précisions, nous pouvons conclure que l'ordre établi par l'article 103 est hiérarchisé.

Néanmoins, il convient de faire la nuance. En effet, dans l'ordre établi par l'article 103, la bonne foi est placée après les usages. Par conséquent, si on doit tenir cette liste comme hiérarchisée, on sera obligé de considérer que les usages priment sur la bonne foi. Alors que la tendance actuelle du droit du contrat est de placer la bonne foi au-dessus des stipulations contractuelles puisque « *les parties sont tenues de conformer aux exigences de bonne foi* ».

En définitive, en présence des usages, le juge ne peut pas se référer à l'équité pour combler les lacunes du contrat si tant est que le contenu de cette dernière est prévu par les usages. Ensuite, au nom de la bonne foi le juge peut écarter l'application des usages ou de l'équité.

Au regard de ces considérations, nous pouvons dire que l'ordre établi par l'article 103 précité n'est pas d'ordre public. Ce n'est pas un ordre hiérarchisé.

## **B. Les relations entre la loi, les usages, la bonne foi et l'équité**

**534.** D'emblée, ces différents instruments ont pour point commun de compléter les lacunes du contrat. Tel est l'esprit de l'article 103 susnommé. Qu'il s'agisse de la loi, des usages<sup>1330</sup>, de la bonne foi<sup>1331</sup> et de l'équité<sup>1332</sup>. S'agissant de la loi, il y a lieu de dire que le texte précité fait référence à une loi supplétive. Cela se passe de commentaire d'autant plus que les lois d'ordre public s'imposent aux parties *ab initio*. C'est aussi la loi d'ordre public qui régit les conditions de validité du contrat<sup>1333</sup>. L'article 103 fait donc référence à une loi supplétive. À la loi, on ajoute les usages. Ces usages s'incorporent au contrat parce que les parties sont censées les accepter. Contrairement à la loi, à la bonne foi ou à l'équité qui s'appliquent indépendamment de la volonté des parties, les usages sont d'application volontaire. C'est l'idée de l'article 1/8 de l'avant-projet d'Acte Uniforme qui dispose que : « *1) les parties sont liées par les usages auxquels elles ont*

---

<sup>1330</sup> V°. D. LLUELLES, « Du bon usage de l'usage comme source de stipulations implicites », *op. cit.*, p. 102 et s.

<sup>1331</sup> V°. H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », *op. cit.*, p. 656.

<sup>1332</sup> V°. L. BRUNEAU, « Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant », *op. cit.*, p. 252 et s.

<sup>1333</sup> V°. C.O.C.C. Art. 47.

*consenti, ainsi que les pratiques qu'elles ont établies entre elles. 2) Elles sont liées par tout usage qui est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même nature, à moins que son application ne soit pas déraisonnable* ». Cette interprétation doit être relativisée parce que l'avant-projet <sup>1334</sup> lui-même considère « *des pratiques établies entre les parties et les usages* » comme des obligations implicites<sup>1335</sup>. Par conséquent :

- Tantôt, les usages sont d'application volontaire car les parties les ont présumés accepter.
- Tantôt, les usages constituent des obligations et s'imposent aux parties.

**535.** Dans tous les cas, le caractère impératif des usages n'est pas absolu, car les parties peuvent les écarter. Tout comme la loi et l'usage, la bonne foi permet de compléter les lacunes du contrat<sup>1336</sup>. Mais, à la différence des deux premiers, la bonne foi s'impose aux parties et ne peut être écartée par ces dernières. C'est ce qui résulte de l'article 237 de l'A.U.D.C.G. repris textuellement par l'article 1/6 AP/A.U.C. précité selon lequel : « *1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi. 2) Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée* ».

Au-delà de cette précision, nous allons voir la mise en œuvre de l'équité.

## **Paragraphe II. La mise en œuvre de l'équité**

L'application de l'équité intervient dans le cadre de l'interprétation<sup>1337</sup> du contrat. Dans ce cas son application est indépendante de la volonté des parties (**A**). Au-delà de l'interprétation, les parties peuvent insérer dans leur contrat une clause d'amiable compositeur. Dans cette situation, la mise en œuvre de l'équité découle de la volonté des parties (**B**).

---

<sup>1334</sup> V°. AP/A.U.C. Art. 5/1.

<sup>1335</sup> V°. P. LEGRAND, « L'obligation implicite contractuelle aspects de la fabrication du contrat par le juge », *op. cit.*, p. 133 et s.

<sup>1336</sup> V°. E.M. CHARPENTIER, « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », *op. cit.*, p. 315.

<sup>1337</sup> V°. Z. IZDEBSKI, « De quelques aspects de l'interprétation des lois.. », *R.D.C.* Vol. 13 n°4, Octobre-décembre 1961, p. 755 et s.

## A. L'application involontaire de l'équité

**536.** « *En l'absence de volonté exprimée, le contrat oblige [...] à toutes les suites que [...] l'équité donne à l'obligation d'après sa nature* »<sup>1338</sup>. Ainsi, le législateur admet la possibilité de recourir à l'équité si la volonté des parties est silencieuse. En cas de silence du contrat, le juge est tenu de trancher sous peine de déni de justice. La notion de déni de justice est consacrée par l'article 313 du Code de Procédure civile. Ce texte dispose qu' « *Il y a déni de justice lorsque les juges refusent de répondre aux requêtes ou négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées* ».

**537.** Le déni de justice tel que consacré par le texte précité est différent de celui du droit français. En France, « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*<sup>1339</sup> ». Ainsi, alors que le droit sénégalais fonde le déni de justice sur la négligence du juge ou son refus de répondre à des requêtes. C'est donc la faute du juge qui est sanctionnée en droit sénégalais. Cette faute consiste, soit à la négligence, soit au refus de répondre à des requêtes.

**538.** En revanche, en droit français le déni de justice a pour fondement l'insuffisance de la loi. Dans ce droit le déni de justice de justice est fondé sur une responsabilité sans faute<sup>1340</sup>. Le juge répond des manquements du pouvoir législatif<sup>1341</sup>. En fait, « *le silence* », « *l'obscurité* » ou « *l'insuffisance* » de la loi sont sur le passif du pouvoir législatif. Il s'agit donc d'une défaillance législative et non de celle du juge.

Cependant, il faut nuancer cette dissemblance dans certains cas. Au Sénégal, le juge peut être poursuivi pour déni de justice lorsqu'il refuse de répondre aux requêtes sous prétexte de l'insuffisance, de l'obscurité ou du silence de la loi. En réalité, l'interdiction de déni de justice a également pour finalité d'assurer une bonne administration de la justice. Le refus de trancher serait considéré comme un dysfonctionnement du service public de la justice.

---

<sup>1338</sup> V° C.O.C.C. Art. 103.

<sup>1339</sup> V° C. civ. Art. 4.

<sup>1340</sup> En effet, c'est la défaillance de la loi (lacune ou insuffisance de la loi) qui constitue le fondement du déni de justice et non la faute du juge.

<sup>1341</sup> Le déni de justice en droit sénégalais peut avoir comme fait générateur une faute intentionnelle (le refus du juge à répondre à des requêtes) ou faute non intentionnelle (la négligence du juge à juger les affaires qui lui sont soumises).

**539.** Par ailleurs, le législateur sénégalais considère également le déni de justice comme une prise à partie. Cela résulte de l'article 312, 4° du Code de Procédure civile. La procédure de déni de justice est une procédure dangereuse pour le demandeur. En effet, si celui-ci est débouté ou si la requête est rejetée, le demandeur sera condamné à des dommages et intérêts.<sup>1342</sup>

**540.** Au-delà de cette précision, il convient de dire « *qui peut le plus peut le moins* ». Le contrat a une valeur juridique inférieure à la loi<sup>1343</sup>. On peut donc retenir également le déni de justice contre le juge qui refuserait de trancher un litige contractuel sous prétexte que les stipulations contractuelles n'ont rien prévu. La référence à l'équité pour combler les insuffisances du contrat est donc une nécessité pour le juge d'éviter un déni de justice. Pour cela, la mise de l'équité<sup>1344</sup> dans cette hypothèse ne résulte pas d'une volonté des parties, mais d'une exigence de la bonne administration de la justice et de la sécurité juridique. Et, « *d'une pierre le juge fait trois coups* » : En fait en appliquant l'équité, le juge comble les lacunes du contrat, il évite un déni de justice et assure le bon fonctionnement du service public de la justice<sup>1345</sup>.

De plus de l'application d'office de l'équité pour combler les lacunes du contrat, les parties peuvent aussi insérer dans leur accord une clause d'amiable compositeur.

## **B. L'application conventionnelle de l'équité**

**541.** Aux termes de l'article 15 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, « *Les arbitres tranchent le fond du litige conformément aux règles de droit désignées par les parties [...]* ». Les parties ont donc une totale liberté quant au choix de la règle applicable à leur contrat sous réserve de l'ordre public. D'ailleurs, les textes sur l'arbitrage autorisent les parties à prévoir que les arbitres statueront en amiables compositeurs<sup>1346</sup>. Le texte précité existait déjà dans le Code de procédure civile du Sénégal en son article 811 qui dispose que, « *Les arbitres et les tiers arbitres décident, d'après les règles du droit, à moins que le compromis ne leur donne pouvoir de prononcer comme amiables compositeurs* ». Ainsi, l'amiable composition a été définie comme « *un mode de*

---

<sup>1342</sup> V°. C.P.C. Art. 320 et 323.

<sup>1343</sup> V°. C. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *Dalloz*. 2002, n° 11, p. 904.

<sup>1344</sup> V°. E. AGOSTINI, « L'équité », *Dalloz. Sirey*- 1978, p 8.

<sup>1345</sup> À titre d'exemple, l'équité ne peut être considérée comme un instrument d'insécurité contractuelle. Elle assure la complétude du contrat.

<sup>1346</sup> V°. Encyclopédie du droit OHADA, sous la direction de Pougué Paul-Gérard, Edition Lamy 2011, p. 267.

*règlement des différends fondés sur une conciliation des parties quant au choix pour parvenir à la solution du litige* »<sup>1347</sup>. L'amiable compositeur est donc un mode de règlement de conflit que les parties à un contentieux contractuel décident de conférer à un arbitre ou à un tiers de trancher leur litige par rapport à la solution la plus équitable. L'attribution des pouvoirs d'amiable compositeur permet à l'arbitre d'écarter les règles du droit étatique, sous réserve des règles d'ordre public, pour faire valoir l'équité<sup>1348</sup>. L'amiable compositeur est une renonciation par les parties à l'application stricte de la règle de droit. À cet effet, la clause d'amiable compositeur permet de déroger les lois et y substituer les règles mieux adaptées afin d'assurer la pérennité du lien contractuel. Ainsi, cette clause a un caractère obligatoire pour l'arbitrage car il s'agit de respecter le choix des parties et donc la force obligatoire du contrat<sup>1349</sup>. À défaut la sentence arbitrale encourt la nullité. Selon l'article 26 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage retient comme cas d'ouverture de recours en nullité de la sentence arbitrale <sup>1350</sup> « *si le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée* ». C'est dans ce sens que la Cour de Cassation avait décidé que « *le tribunal arbitral, auquel les parties ont conféré mission de statuer comme amiable compositeur, doit faire ressortir dans sa sentence qu'il a pris en compte l'équité* »<sup>1351</sup>

Cette mission est définie dans le cas où les parties invitent les arbitres à statuer conformément à l'équité. À cela, il convient d'apporter deux précisions de taille. D'abord, les arbitres ne peuvent trancher en amiable compositeur que si les parties l'ont prévu dans leur convention<sup>1352</sup>. Ensuite, l'amiable compositeur n'oblige pas les arbitres à écarter les règles de droit inéquitable. En effet, il n'écarter les règles de droit que si leur application conduit à une solution inéquitable. C'est pourquoi, la jurisprudence française exige à l'amiable compositeur de justifier dans sa décision qu'il s'est référé à l'équité. C'est dans ce sens que, le 15 février 2001, la Cour de cassation française a cassé un arrêt de la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence qui avait refusé d'annuler une sentence rendue exclusivement en droit par un amiable compositeur qui, à l'occasion d'un litige relatif à une garantie de passif, n'avait pas motivé sa décision conformément à l'équité.

---

<sup>1347</sup> V°. P. ESTOUP, « L'amiable composition », *Dalloz*. 1986, Chr. XXXV, p. 221.

<sup>1348</sup> V°. E. LOQUIN, « Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur », in *Revue. Arb.* 1985, p. 222.

<sup>1349</sup> V°. J. BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, LGDJ Lextenso éd., Paris 2013, p.422.

<sup>1350</sup> V°. E. PUTMAN, « *La sentence arbitrale et son exécution* » *R.R.J.* 1996, p. 23.

<sup>1351</sup> V°. Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., Arr. n° 98 du 1 février 2012, pourvoi n° 11-11.084.

<sup>1352</sup> V°. A.U.A. Art. 26. Le recours en nullité est recevable si le tribunal arbitral a statué sans se conformé à la mission qui lui a été confié.

Au-delà de cette précision, il y a lieu de dire que l'arbitre n'est pas la seule personne à être investie des pouvoirs d'amiable compositeur. En France, l'article 12 al. 4 du nouveau Code de procédure civile permet aux parties de conférer au juge la qualité d'amiable compositeur. Ainsi, le juge ayant la qualité d'amiable compositeur peut écarter l'application du droit pour lui donner une solution équitable si l'application stricte du droit lui paraît engendrer des résultats iniques<sup>1353</sup>.

**542.** Dans tous les cas, la clause d'amiable compositeur permet à l'arbitre ou au juge de ne pas appliquer rigoureusement la force obligatoire du contrat. À ce titre, la clause d'amiable compositeur a été assimilé à la clause de révision « *dans la mesure où elle donne à l'arbitre le pouvoir de statuer sur la base des considérations d'équité ou d'opportunité, ce qui implique le pouvoir de modifier dans certaines limites les obligations contractuelles, qu'elles soient échues ou à échoir* »<sup>1354</sup>.

---

<sup>1353</sup> V°. C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé op. cit.*, p. 244.

<sup>1354</sup> V°. P. REUTER, « Quelques réflexions sur l'équité en droit international », *Rev. BDI*, 1980, p. 183 et s.



## CONCLUSION DU TITRE II

**543.** Au chapitre des instruments permettant d'assurer la complétude du contrat nous avons la bonne foi et l'équité. La première est une notion polysémique qui intervient dans tous le processus contractuel. Dans la période précontractuelle, elle est le soubassement de l'obligation de renseignement ou d'information. C'est une obligation que la jurisprudence impose à l'un ou à l'autre des futurs contractants ayant une connaissance supérieure de donner toutes les informations utiles sur les tenants et aboutissants de l'accord projeté de façon à assurer l'existence d'un consentement libre et éclairé. Dans la période d'exécution du contrat, la bonne foi est à la fois une règle d'interprétation et une norme de comportement. La seconde est également un concept mou et permet au juge non seulement de corriger les imperfections du contrat mais aussi de combler ses lacunes. L'équité trouve son champ de prédilection dans la période d'exécution du contrat.

**544.** Ainsi, la bonne foi tout, comme l'équité, est un instrument qui favorise l'immixtion du juge dans le droit des contrats. En effet, comme énoncé ci-dessus, le contrat est un acte de prévision. Sa force obligatoire est un garant contre l'immixtion du juge. Ce dernier est tenu de respecter lui-même la force du contrat à partir du moment où celui-ci est valablement formé. Pourtant, bien des fois, le juge ne se contente pas d'appliquer les stipulations contractuelles telles quelles. Il se sert le plus souvent des instruments qui lui permettent de modifier la loi des parties. Cette intervention est somme toute justifiée car il s'agit d'humaniser la rigidité du contrat ou d'assurer sa bonne exécution.

## CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

**545.** Le contrat est de moins en moins perçu comme une simple rencontre de volonté. Il est de plus en plus considéré comme un accord-règlement. À côté de la matière négociée il y a des inventions législatives ou judiciaires qui modifient, complètent ou suppléent les obligations contractuelles. Ces interventions sont justifiées par un souci d'équilibre et de complétude contractuelle.

**546.** L'équilibre permet non seulement une répartition des avantages contractuels mais des risques et des désavantages qui résultent des rapports contractuels. Quant à la complétude contractuelle, elle permet d'assurer une exécution complète et satisfaisante des obligations contractuelles.

Ce duo entre équilibre et complétude contractuel, constitue désormais le nouveau paradigme contractuel. Les instruments contractuels institués à cet effet par le juge sont entre autre la proportionnalité, de la confiance légitime et de l'obligation de renégociation. À ces instruments judiciaires, s'ajoutent ceux mis à la disposition du juge. Il s'agit de la bonne foi et de l'équité.

Ces instruments sont souvent des concepts à contenu variable qui permettent de gérer à la fois plusieurs risques<sup>1355</sup>. Le juge peut moduler voire adapter les techniques extracontractuelles en fonction du risque envisagé et le gérer et ce de façon impartiale. C'est en ce sens que le juge est garant de l'équilibre et de la complétude du contrat.

---

<sup>1355</sup> Il s'agit du principe de la confiance légitime, le devoir de loyauté, le raisonnable, etc. ces instruments sont invoqués par le juge pour, soit équilibrer le contrat, soit le compléter.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

**547.** La gestion des risques contractuels est hétérogène. C'est le tout premier constat que l'on peut tirer au terme de cette présente étude. Le dogme de l'autonomie de la volonté autour duquel est construit le contrat ne peut plus être considéré comme l'unique paradigme de la gestion des risques qu'il en court. L'autonomie de la volonté coexiste à côté d'autres principes directeurs du contrat que sont le principe de la bonne foi, l'équilibre contractuel, de la justice contractuelle.

**548.** À travers le principe de l'autonomie de la volonté, les parties se positionnent comme les premiers acteurs de la gestion des risques contrat actuels. Ces dernières sont mieux placées pour traiter les litiges liés à leur convention. À cet effet, la loi met à leur disposition des pouvoirs unilatéraux qui permettent à l'une des parties de réagir lorsque son cocontractant a failli à son engagement contractuel. Ces pouvoirs peuvent tantôt conduire à la destruction du lien contractuel tantôt à sa survie. Ainsi, ils favorisent la manifestation des intérêts égoïstes dans le droit des contrats.

**549.** À côté de ces pouvoirs unilatéraux, les parties peuvent de leur propre chef, façonner des clauses de gestion de risques qui permettent de traiter le risque possible. La validité de ces clauses ne pose l'ombre d'un doute en vertu de la liberté contractuelle. Cependant, elles pèchent par certaines considérations. En premier lieu, elles ne sont pas autonomes par rapport au contrat principal. L'anéantissement de celui-ci emporte dans son sillage les clauses qu'il renferme. En second lieu, ces clauses sont, dans la plupart des cas, imposées par l'une des parties. L'autre partie n'a pas à négocier. Elle se contente tout court d'adhérer ou non. Cette autonomie ou prétendue autonomie de la volonté a permis à la partie la plus forte d'imposer sa vision contractuelle à son cocontractant faible. En réalité, « *Qui dit contractuel dit juste* »<sup>1356</sup> suppose que les contractants soient égaux, or fréquemment un contractant est économiquement, intellectuellement ou socialement plus faible que l'autre. En dernier lieu, les parties n'ont pas la maîtrise de toutes les contingences auxquelles leur accord peut être confronté dans son processus d'exécution. Ce constat dénote à suffisance que les instruments contractuels de gestion de risques favorisent la prédominance de l'unilatéralisme et la montée en puissance des pouvoirs contractuels.

---

<sup>1356</sup> V°. Alfred Fouillée (18 octobre 1838 à La Pouëze - 16 janvier 1912 à Lyon) est un philosophe français. Il est l'auteur du célèbre adage en droit civil: « Qui dit contractuel, dit juste ».

**550.** Afin de sauver la survie, l'utilité et la complétude du contrat il est nécessaire que des volontés étrangères interviennent dans l'administration du processus contractuel. Cette intervention est d'abord nécessaire pour contrôler les pouvoirs unilatéraux et corriger les clauses contractuelles. Et, en évitant que le plus fort ne puisse dicter sa loi au plus faible. Il est par conséquent nécessaire de trouver des instruments qui assurent une gestion rationnelle des risques du contrat. Ce faisant, le juge s'est efforcé à élaborer des techniques de gestion à partir de son pouvoir d'interprétation. En effet, aujourd'hui, il n'y a pas de doute, le contrat n'est plus la chose des parties parce que « *tout n'est pas obligationnel dans le contrat, tout n'est pas consensuel dans le contrat et tout n'est pas contractuel dans le contrat* »<sup>1357</sup>. Il existe un intérêt contractuel distinct de celui des contractants et dont le juge a la charge. Il peut donc modérer ou moduler l'application de la loi contractuelle afin d'assurer l'équilibre et la complétude du contrat.

Cette volonté judiciaire est encouragée par le législateur qui met à sa disposition d'autres instruments tendant à assurer l'efficacité du contrat. Cependant, cette efficacité est obtenue grâce au dirigisme contractuel. Certes, ce dernier a pour conséquence directe l'affaiblissement de la théorie de l'autonomie de la volonté. Néanmoins, ce déclin de l'autonomie de la volonté n'a pas entraîné celui du contrat. En effet, l'on pourrait plutôt parler d'un nouvel essor contractuel<sup>1358</sup> car le contrat investit des secteurs qui lui étaient traditionnellement fermés<sup>1359</sup>. Mais, il reste que le droit contemporain des contrats est fortement marqué par la crise de la volonté contractuelle.

---

<sup>1357</sup> V° F. C. DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique », in La nouvelle crise du contrat, Dalloz 2003, p. 225.

<sup>1358</sup> V° R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 12<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2016, p. 33- 34.

<sup>1359</sup> V° C. JAMIN, « Théorie générale du contrat et droit des secteur régulés », Dalloz 2005, p. 2342.

## RÉFÉRENCES DE LECTURE

### A/ BIBLIOGRAPHIE

#### I/ OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS ET MANUELS

##### **AYNES (L.) et CROCQ (P.)**

- ♦ Droit civil. Droit des sûretés, LGDJ 10<sup>ème</sup> éd., 2016, 496 pages.

##### **BENABENT (A)**

- ♦ *Droit Civil. Les obligations*, Montchrestien, 6<sup>ème</sup> éd. 1997, 575 pages.
- ♦ *Droit des obligations*, LGDJ Lextenso 15<sup>ème</sup> éd., 2016, 736 pages.

##### **BILLIAU (M)**

- ♦ *Traité de droit civil, les Obligations, Les effets du contrat*, LGDJ, 1992, 1048 pages.
- ♦ *Droit civil. Les obligations. I. L'acte juridique*, Paris, 16<sup>ème</sup> éd. Sirey, 2014, 537 pages.

##### **BUFFELAN-LANORE (Y.) LARRIBAU-TERNEYRE (V.)**

- ♦ *Droit civil. Les obligations*, 15<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2017, Paris, 1157 pages.

##### **CABRILLAC (R.)**

- ♦ *Droit des obligations*, Paris 12<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2016, 453 Pages.
- ♦ *Introduction générale au droit*, Paris, 12<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2017, 250 pages.

##### **LARROUMET (Ch.) et BROS (S.)**

- ♦ *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*. Ch. LARROUMET (Dr.), Tome 3, 15<sup>ème</sup> éd., Economica 2016, 997 pages.

##### **CARBONNIER (J.)**

- ◆ *Droit civil – Introduction*, Paris, 27<sup>ème</sup> éd., Thémis, Droit privé ; P.U.F., Paris 2002, 384 pages.

- ◆ *Droit civil. Les biens. Les obligations*. Tome 2, Paris, puf, 1995, 2551 pages.

**COMAIR-OBEID (N.)**

- ◆ *Les contrats en droit musulman des affaires*, Paris, éd., *Économica* 1995, 228 pages.

**CORNU (G.)**

- ◆ *Introduction, Les personnes, Les biens, Droit civil*, Paris, Montchrestien, Domat, 9<sup>ème</sup> éd., 1999, 653 pages.

**DESHAYES (O.), GENION (T.) et LAITHIER (Y.-M.)**

- ◆ *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis SA, 2016, Paris, 945 pages.

**DEUMIER (P.)**

- ◆ *Introduction générale au droit*, Paris, 4<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2017, 357 pages.

**FABREGUETTES (M. P.)**

- ◆ *La logique judiciaire et l'art de juger*, Paris, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 1926, 574 pages.

**FABRE-MAGNAN (M.)**

- ◆ *Les obligations*, Paris, PUF, 1<sup>ère</sup> éd. 2004, 979 pages.
- ◆ *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 4<sup>ème</sup> éd., PUF 2016, Paris, 825 pages.
- ◆ *Droit des obligations*. Paris, LGDJ Lextenso 7<sup>ème</sup> éd., 2017, 450 pages.

**FLOUR (J.) AUBERT (J.- L.) et SAVAUX (E.)**

- ♦ *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, Paris, 9<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2015, 515 pages.

#### **FRANÇOIS (J.)**

- ♦ *Traité de droit civil, Tome 4, Les obligations régime général*, Ch. LARROUMET (Dr.), 4<sup>ème</sup> éd.Économica 2017, Paris, 625 pages.

#### **GHESTIN (J.)**

- ♦ *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause- les nullités*, J. GHESTIN (Dir.), 4<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, 1603 pages.
- ♦ *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*. 3<sup>ème</sup> éd. LGDJ Lextenso éditions, 2010, Paris, 937 pages.

#### **GHESTIN (J.), GREGOIRE (L.) et SERINET (Y.-M.)**

- ♦ *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat – Le consentement*. LGDJ, Lextenso éd., 4<sup>ème</sup> éd., 2013, 1532 pages.

#### **GUINCHARD (S.)**

- ♦ *Droit patrimonial de la famille au Sénégal*, Nouvelles éd. africaines, 1980, 669 pages.

#### **GUYON (Y.)**

- ♦ *Droit des affaires. Droit commercial général et Sociétés. Tome 1.*, Paris, Économica 1998, 926 pages.

#### **HESS-FALLON (B.), SIMON (A-M) et VANBREMEERSCH (M)**

- ♦ *Droit Civil*, Paris, 11<sup>ème</sup> éd., Sirey 2013, 490 pages.

**JAOUEN (M.)**

- ◆ *La sanction prononcée par les parties au contrat. Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, Paris, Economica, 2013, 478 pages.

**LE TOURNEAU (P) et CADIET (L)**

- ◆ *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2002, Paris, 938 pages.

**MAINGUY (D.)**

- ◆ *Contrats spéciaux*, Paris, 9<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2014, 627 pages.

**MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.)**

- ◆ *Introduction générale, Droit civil*, Paris Cujas, 2<sup>ème</sup> éd., 1994, 390 pages.

**MALAURIE (Ph.) et MORVAN (P.)**

- ◆ *Introduction au Droit*, Paris, 5<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J., 2016, 464 pages.

**MALAURIE (P.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.)**

- ◆ *Droit des obligations*, Paris, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ Lextenso 2016, 883 pages.

**MALINVAUD (P.) et FENOUILLET (D.)**

- ◆ *Droit des obligations*, Paris, 12<sup>ème</sup> éd., LexisNexis SA, 2012, 741 pages.

**MEYZEAUD-GARAUD (M.-C.)**

- ◆ *Droit international privé*, Paris, éd., Bréal, 2002, 159 pages.

**MOUSSERON (J. M.)**

- ◆ *Technique contractuelle*, 4<sup>ème</sup> éd., par MOUSSERON (P.), RAYNARD (J.) et SEUBE (J-B), éd. Francis Lefebvre 2010, 732 pages.



**QUEZEL-AMBRUNAZ (C.)**

- ♦ *Fiches de Droit des contrats*, Paris, éd., ellipse, 2013, 188 pages.

**SAVAUX (E.)**

- ♦ *La théorie générale du contrat mythe ou réalité*, LGDJ, 1997, 392 pages.

**STATCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.)**

- ♦ *Obligations, 2. Contrat*, 6<sup>ème</sup> éd. Litec, 1998, 856 pages.

**TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.)**

- ♦ *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2013, 1608 pages.

**TOSI (J.P.)**

- ♦ *Le droit des obligations au Sénégal*, LGDJ, 1981, 410 pages.

**VOIRIN (P.) GOUBEAUX (G.)**

- ♦ *Droit civil. Tome 1. Introduction du droit. Personnes-Famille. Personnes protégées. Bien-obligations-sûretés*, LGDJ Lextenso, 36<sup>ème</sup> éd., Paris 2016, 798 pages.

**II/ OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES et THÈSES**

**AGBENOTO (K. M.)**

- ♦ *Le cautionnement à l'épreuve des procédures collectives*, Thèse, Université de Lomé et Université du Maine, 2008, 397 pages.

**ALBARIAN (A.)**

- ♦ *De la perte de la confiance légitime en droit contractuel. Essai d'une théorie*, Thèse, Université Paul Cézanne, 2010, 679 pages.

**ALVAREZ (I.)**

- ♦ *Essai sur la notion d'exécution contractuelle*, Harmattan 2017, coll. Juridiques, 486 pages.

**ARSAC-RIBEYROLLES (A.)**

- ♦ *Essai sur la notion d'économie du contrat*, Thèse, Université Clermont I- et Université d'Auvergne, 2005, 329 pages.

**BELLOT-LENA (A.)**

- ♦ *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, Thèse, L.G.D.J., 2008, 560 pages.

**BERTHIAU (D.)**

- ♦ *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Paris, LGDJ, E.J.A., 1999, 475 pages.

**BILLEMONT (J.)**

- ♦ *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, LGDJ, Lextenso éd., 2013, Paris, 533 pages.

**BODIN (M.)**

- ♦ *Les notions relatives en droit civil*, Thèse, Université de Bordeaux 2011, 609 pages.

**BOULOGNE-YANG-TING (C.)**

- ♦ *Les incapacités et le droit des sociétés*, Thèse, Paris, L.G.D.J., 2007, 438 pages.

**BRUN (P.)**

- ♦ *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, 4<sup>ème</sup> éd. LexisNexis SA 2016 661 pages.

**BRUNEAU (L.)**

- ♦ *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, Thèse, Université Toulouse, 2005, 518 pages.

**BUY (F.)**

- ♦ *L'essentiel des grands arrêts de droit des obligations*, 6<sup>ème</sup> éd., 2015, Gualino, 211 pages.

**CHARBONNEL (L.)**

- ♦ *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, Thèse, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2010, 361 pages.

**COURDIER-CUISINIER, (A.-S.)**

- ♦ *Le solidarisme contractuel*, LexisNexis Litec, Paris 2006, 729 pages.

**DIAGNE (N. S.)**

- ♦ *La pratique du montage contractuel : Réflexions sur une figure juridique en construction*, Thèse UCAD, FSJP, 2015, 531 pages.

**DE MUNAGORRI, (R. E.)**

- ♦ *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, E.J.A., Paris 1996, 551 pages.

**CHAZAL (J.-P.)**

- ♦ *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse Université de GRENOBLE II. 1996, 621 pages.

**FORRAY (V.)**

- ♦ *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, LGDJ, E.J.A., Paris 2007, 654 pages.

**GENICON (T.)**

- ♦ *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, Paris 2007, 826 pages

**GHESTIN (J.)**

- ♦ *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaison franco-belges*, **FONTAINE (M.) et GHESTIN (J.)** (Dir.) LGDJ, E.J.A., Paris 1992, 464 pages.

**GRAS (N.)**

- ♦ *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse, Université Clermont I et Université d'Auvergne 2014, 625 pages.

**HELLERINGER, (G.)**

- ♦ *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, LGDJ Lextenso éd., Paris 2012, 435 pages.

**IBARA (R.)**

- ♦ *L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, Thèse Université de Poitiers, 2012, 720 pages.

**KONE (M.)**

- ♦ *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA*, LGDJ E.J.A., Paris 2003, 416 pages.

**LABORDERIE, (A.-S.)**

- ♦ *La pérennité contractuelle*, LGDJ, E.J.A., Paris 2005, 661 pages.

**LAITHIER (Y.- M.)**

- ♦ *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ E.J.A., Paris 2004 666 pages.

**MAZEAUD. (D.)**

- ♦ *La notion de clause pénale*, LGDJ, E.J.A., Paris 1992, 447 pages.

**NDIAYE (A. W.)**

- ♦ *Le développement du crédit-bail au Sénégal*, Thèse UCAD 2013, 453 pages.

**NZOUABETH (D.)**

- ♦ *Les litiges entre associés*, Thèse, UCAD 2005, 447 pages.

**OST (F.)**

- ♦ *Le temps du droit*, Paris, éd., Odile Jacob, 1999, 343 pages.

**PAULIN (Ch.)**

- ♦ *La clause résolutoire*, LGDJ, E.J.A, Paris 1996, 329 pages.

**PAULINE (M.)**

- ♦ *Les métamorphoses de la souveraineté*, Thèse, Université d'Angers, 2011, 473 pages.

**PENIN (O.)**

- ♦ *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat – Contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, Thèse, L.G.D.J., 2012, 492 pages.

**PINNA (A.)**

- ♦ *La mesure du préjudice contractuel*, LGDJ, E.J.A., Paris 2007, 570 pages.

**ROCHFELD (J.)**

- ♦ *Les grandes notions du droit privé*, Puf, 1<sup>ère</sup> éd., Paris 2011, 576 pages.

**SAGHY-CADENAS (P.)**

- ♦ *La simulation de contrat. Étude comparée en droit civil français et vénézuélien*, Thèse Université Panthéon-Assas, 2012, 215 pages.

**SIDIBÉ (H. S.)**

- ♦ *Le sort des créances postérieures en droit français et droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires (OHADA)*, Thèse, Université de Nice, 2015, 472 pages.

#### **VOIDEY (N.)**

- ♦ *Le risque en droit civil*, PUAM, 2005, 375 pages.

#### **WICKER (G.)**

- ♦ *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, E.J.A., Paris 1997, 441 pages.

### **III/ ARTICLES, CHRONIQUES ET NOTES DE JURISPRUDENCE**

#### **AGOSTINI (E.)**

- ♦ «L'équité», *Recueil Dalloz Sirey*- 1978, p. 6.

#### **AMOUSSOU-GUENOU (R.)**

- ♦ «Les investissements étrangers en Afrique et l'arbitrage international», *doctrine O.H.A.D.A*, n° 2 Juillet – Août - Septembre 1998, p. 7.

#### **ANCEL (P.)**

- ♦ « Imprévision et bonne foi en droit québécois », *RDC* 15/09/2017, n° 03, p. 546.
- ♦ «La force obligatoire. Jusqu'où faut-il la défendre ? », In *la nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p. 163.
- ♦ «Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit Québécois», *R.J.T. ns*, 2011, Vol. 45, pp. 87-110.
- ♦ « Force obligatoire et Contenu Obligationnel du contrat », *R.T.D. civ.* n° 4 oct.-déc. 1999, p. 776.

#### **ARMAND-PREVOST (M.) et RICHARD (D.)**

- ♦ « Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », *J.C.P.* 1979, I, 2952.

#### **ARSAC-RIBEYROLLES (A.)**

- ♦ « L'abus à la baisse dans la fixation du prix », *Les Petites affiches* 27 janvier 2006, n° 20, p. 10.

#### **ATIAS (C.)**

- ♦ « Restaurer le droit du contrat », *Dalloz* 1998, p. 137.

#### **AUBERT (J.-L.)**

- ♦ « Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité », in *Le contrat au début du XXème siècle*, Études offertes à Jacques Ghestin, LGDJ 2001, pp. 69-86.

#### **AUBRY (H.)**

- ♦ « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *R.D.C.* 3-2005, p. 631.

#### **AURELIE (D.)**

- ♦ « Flexibilité interne et flexibilité externe dans le contrat OMI », *Études rurales* 2, (2009), p. 69.

#### **AYNES (L.)**

- ♦ « Le contrat, loi des parties », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dossier n°17, 2004, p. 120.

#### **BABOU (P.)**

- ♦ « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitrage dans le droit OHADA », in *Revue Camerounaise de l'arbitrage* n°9, Avril – Mai – Juin 2000, p. 1.

#### **BARMANN (J.)**

- ◆ « *Pacta sunt servanda*. Considérations sur l’histoire du contrat consensuel. », *R.D.C.* Vol. 13 n°1, Janvier-mars 1961, pp. 18-53.

**BATTIFOL (H.)**

- ◆ «La “crise du contrat” et sa portée», in *Archives de philosophie du droit*, T. XIII, 1968, p. 13.

**BAUDOIN (J.-L.)**

- ◆ « Justice et équilibre, la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », In *Le contrat au début du XXème siècle*, Études offertes à Jacques Ghestin, LGDJ 2001, p. 29.

**BELLAMY (M.)**

- ◆ «Malaise et déséquilibre du droit du crédit en France», *J.C.P.* 1974. 2650.

**BENABENT (A.)**

- ◆ «Conformité et vices cachés dans la vente : l’éclaircie», *Dalloz* 1995, p.115.

**BERRADA (S.)**

- ◆ « Subsidiarité et proportionnalité dans l’ordre juridique communautaire », *R.A.E.* 1998, p. 48.

**BLONDEEL (J.)**

- ◆ «La Common Law et le droit civil », *R.D.C.* Vol. 3 n°4, Octobre-décembre 1951, p. 585.

**BOCCARA (B.)**

- ◆ « Procédures collectives et contrats en cours », *J.C.P.* éd. E, 1994-I-385.

**BONNECASE (J.)**



- ♦ « La notion juridique de bonne mœurs. Sa portée en droit civil français », *Études H. Capitant*, 1939, p. 91.

#### **BOULAY (J.-C.)**

- ♦ «Réflexion sur la notion d'exigibilité de la créance», *R.T.D. civ* 1990, p. 339.

#### **BOUREL (P.)**

- ♦ «À propos de l'OHADA : libres opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique», *Recueil Dalloz* 2007, n° 14, p. 69.

#### **BOUTONNET (M.)**

- ♦ «Le risque, condition “de droit” de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution ? (à propos de CA Versailles, 4 février 2009) », *Dalloz* n° 12, 2009, p. 819.

#### **BOY (L.)**

- ♦ «Les limites du formalisme du droit de l'OHADA à la sécurisation des entreprises», In *Revue de l'ERSUMA* n°1, Juin 2012, pp. 128-137.
- ♦ «La clause dédit», *Mélange, P. Raynaud*, 1985, p. 41.

#### **BROUSSEAU (E.) et FARES (M. H.)**

- ♦ «Règles de droit et inexécution du contrat : L'apport de la théorie économique des contrats au droit comparé», *R.E.P.*, n° Spécial "L'Économie du Droit", sld B. Deffains, 2002, p. 1.

#### **BRUNET (A.) et GHOZI (A.)**

- ♦ «La jurisprudence de l'assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat», *Recueil Dalloz* 1998, 1<sup>er</sup> Cahier Chr. p. 1.

#### **BRUNETTI-PONS (C.)**

- ♦ « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *R.T.D. com.*, 2000, p. 783.

### **CADIET (L.)**

- ♦ « Une justice contractuelle, l'autre », in *Le contrat au début du XXème siècle*, LGDJ 2001, p. 177.
- ♦ « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *Petites Affiches*, 5 mai 2000, p 30.

### **CAILLE (A.)**

- ♦ «De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement) », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p. 27.

### **CALAIS-AULOY (J.)**

- ♦ «L'attente légitime une nouvelle source de droit subjectif ? », *Mélanges Yves GYON*, Dalloz 2003, pp. 171-181.

### **CARBONNIER (J.)**

- ♦ «La prescription extinctive», *R.T.D. civ.* 1952, p. 171.

### **CARDAHI (C.)**

- ♦ «L'exécution des conventions immorales et illicites», *R.D.C.* Vol. 3 n°3, Juillet-septembre 1951, p. 385.

### **CASTETS-RENARD (C.)**

- ♦ «Les projets de réforme du droit français des contrats», In *OSAKA UNIVERSITY LAW REVIEW* n° 57 (février 2010), pp. 65-86.

### **CHANTAL (P.)**

- ♦ «Renouer les fils de l'alliance. Bourgeois, Durkheim et l'incomplétude du contrat», In *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p. 51.

### **CHARPENTIER (E.)**

- ◆ «Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », In *Les Cahiers de Droit*, vol.45, n° 1, mars 2004, p. 69.
- ◆ « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme/consensualisme », *Les cahiers de droit* vol 43, n° 2, juin 2002, p. 275.

### **CHAZAL (J P.)**

- ◆ «Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p. 135.
- ◆ «Théorie de la cause et justice contractuelle», *J.C.P.* 1998, I, 152.

### **CHATAIN (A) et ERB (J. – P.)**

- ◆ « Les conséquences de la réforme du droit des contrats sur l'intervention du juge », *La semaine Juridique*, entreprise et affaires, 4 mai 2017, Hebdomadaire, n° 18, p. 1245.

### **CHENOT (B.)**

- ◆ «Réflexions sur l'arbitrage », in *Revue économique*. Vol. 2, n°1, 1951. p. 1.

### **CONSTANTIN (A.)**

- ◆ «Prohibition et sanction des contrats perpétuels ; durée des sociétés», *J.C.P. éd. G*, n° 13, 26 mars 2003, p. 559.

### **COTTERAU (V.)**

- ◆ «La clause réputée non écrite», *JCP. Éd. G*, n° 28-29, p. 315.

### **COUDRY (M.)**

- ◆ «Loi et société : la singularité des lois somptuaires de Rome», in *Cahiers Glotz*, XV, 2004, p. 135.

**CROCQ (P.)**

- ♦ « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », *Dalloz*. 2006, Chron., p 1306.

**CUMYN (M.)**

- ♦ «Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités leur efficacité», *Revue juridique Thémis*, n° 41, 2007, p. 1.

**DARANKOUM (E.S.)**

- ♦ «La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution», in *Revue de droit uniforme* 2008, p. 230.

**DAVID (R.)**

- ♦ «L'imprévision dans les droits européens», in *Mélanges Jaffret*, 1974, p. 211.

**DEBELECQUE (P.)**

- ♦ «L'anéantissement unilatéral du contrat », in *Unilatéralisme et le droit des obligations*, Collection Études Juridiques, dirigée par Nicolas MOLFESSIS 1998, p. 61.

**DELMAS-SAINT-HILAIRE (J. - P.)**

- ♦ «L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in *Tendance à la stabilité au rapport contractuel*, L.G.D.J. 1960, p. 201.

**DEMEYERE (A.)**

- ♦ « Étude comparative de la clause pénale en droit français et en Common Law », in *Revue de l'Institut de droit comparé*, Montréal Novembre 1999, p. 47.

**DEMOGUE (R.)**

- ♦ « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD civ.* 1970, p. 245.

## **DEPREZ (J.)**

- ♦ « La lésion dans les contrats aléatoires », *RTD civ.* 1955, p. 1.

## **DERRIDA (F.)**

- ♦ « Le crédit et le droit des procédures collectives », *Mélanges Études offertes à RÉNÉ RODIÈRE*, Dalloz 1981, p. 67.

## **DESDEVISES (Y.)**

- ♦ «Le rôle du juge et des parties dans la solution conventionnelle des litiges», in *Revue Judiciaire de l'Ouest*, 1983-2, p. 88.

## **DESHAYES (O.)**

- ♦ « L'exception d'inexécution doit – elle être proportionnée ? », *RDC* 01/12/2016, n° 04, p. 654.
- ♦ « L'exception de nullité du contrat est-elle une défense au fond ou une demande reconventionnelle ? », *Dalloz* 2011, p. 1870.
- ♦ « L'introduction de l'obligation de modérer son dommage en matière contractuelle », *Rapport français*, Lextenso, 1<sup>er</sup> Juillet 2010, pp. 1139 -1151.

## **DIALLO (B.)**

- ♦ *Promesse sous seings privés de vente d'immeuble immatriculé ne vaut ?*, *Observations sur C.S. Sénégal n° 79 du 16 juillet 2008*, Aliou Bathily c/ Abdoul Diallo, *Revue Droit et Ville*, n° 71, 2011, p. 175-197.

## **DIESSE (F.)**

- ♦ « Le Devoir de Coopération Comme Principe Directeur du Contrat », in *Archives de philosophie du droit*, 1999, pp. 259-302.

**DIOUF (A.) et BA (Y.)**

- ♦ « Vers une harmonisation réconciliant économique et juridique », *MNTM* juin 1993, p. 1193.

**DHAINAUT (I.)**

- ♦ «Les idées directrices de René Demogue en droit des contrats dans son traité des obligations en général», *Université Lille 2, Annales de l'école doctorale*, Vol. 6, 1999, p. 9.

**DOUBLET (J.)**

- ♦ «Des lois dans leurs rapports avec la population», in *Population*, 4<sup>ème</sup> année, n°1, 1949, p. 39.

**DUBOIS (R.)**

- ♦ «Réflexions sur les clauses de révisions du prix », *J.C.P.* éd. C.I. 1972. II. 707.

**DUFFAINS (B.) et FEREY (S.)**

- ♦ « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats », *R.T.D.civ* Octobre/novembre 2010, p. 719.

**DUONG (L.)**

- ♦ « Le raisonnable dans les principes du droit européen des contrats», *R.D.C.* n° 3, 2008, p. 701.

**DUTILLEUL (F C.)**

- ♦ «Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? », In *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p. 225.

**EL-HAKIM (M J.)**

- ♦ «Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats», *R.D.C.* Vol. 92 n° 2, Avril-juin 1997, pp. 325-345.

**FABRE (R.)**

- ♦ «Les clauses d'adaptation dans les contrats», *RTD civ* 1983, p. 1.

**FABRE-MAGNAN (M.)**

- ♦ «L'obligation de motivation en droit des contrats», in *Le contrat au début du XXème siècle*, Études offertes à Jacques Ghestin, LGDJ 2001, p. 301.

**FAGES (B.)**

- ♦ «Quelques évolutions du droit français des contrats à la lumière des principes de la commission lando», *Dalloz*. 2003, n° 35, p. 2386.
- ♦ «Nouveaux pouvoirs le contrat est-il encore la chose des parties», in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p. 153.

**FALL (P. T.)**

- ♦ « Normes communautaires et sécurité juridique », in *Nouvelles annales africaines*, Revue de la FSJP, n° 1-2007, p. 200

**FLECHEUX (G.)**

- ♦ « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », In *Le contrat au début du XXème siècle*, LGDJ 2001, p. 341.

**FLOUR (Y.)**

- ♦ « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Mélanges offert a Ripert*, Tome. I. Paris L.G.D.J. 1950 p. 93.

**FONTAINE (M.)**

- ♦ « Avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : vue d'ensemble », *Rev. Dr. unif.* 2008, p. 203.

**FOURMENT (F.)**

- ♦ «Défauts cachés de la chose vendue : que reste-t-il de l'action en garantie des vices cachés ? », *R.T.D.com.*, n°3, 1997, p. 395.

#### **FRISON-ROCHE (M.-A.)**

- ♦ « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTD civ.* 1998, p. 43.
- ♦ «Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats», *RTD civ.* 1995, p. 573.
- ♦ «L'indétermination du prix », *R.T.D. civ.* Vol. 91, n°2, Avril-Juin 1992, pp. 271-303.

#### **GANDU (F.)**

- ♦ «L'ordre public en droit du travail», in *Le contrat au début du XXème siècle*, Études offertes à Jacques Ghestin, LGDJ 2001, p. 363.

#### **GENICON (T.)**

- ♦ « Théorie de l'imprévision...Ou de l'imprévoyance », *Recueil Dalloz* 2010. 2485.
- ♦ « obligation d'exécuter le contrat de bonne foi : beaucoup de modération », *Revue des contrats Lextenso*, mars 2017/1, p. 14.

#### **GHESTIN (J.)**

- ♦ «Le contrat en tant qu'échange économique», in *R.E.I* Vol 92. 2e et 3<sup>ème</sup> trimestre 2000, pp. 81-100.
- ♦ «Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers», *R.T.D. civ* n°4 Octobre-Décembre 1994, p. 777.
- ♦ « La distinction des parties et des tiers », *J.C.P* 1992.1.3628.
- ♦ «La notion de contrat», *Dalloz*. 1990 Chr. p. 27.



### **GODÉ (P.)**

- ♦ « Commentaire du décret n° 78-464 du 24 mars 1978 », *R.T.D civ.* 1978, p. 744.

### **GOUT (O.)**

- ♦ « Le juge et l'annulation du contrat », *R.D.C.*, Vol. 52 n° 3, 2000, p. 675.

### **GRIDEL (J.-P.)**

- ♦ «La personne morale en droit français», *R.D.C.* Vol. 42 n°2, Avril-juin 1990, p. 495-512.
- ♦ «La cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », in *Dalloz* n° 3, 2002, p. 228.

### **GUIDO (A.)**

- ♦ «L'avenir du contrat», *R.D.C.* Vol. 37 n°1, Janvier-mars 1985, p. 7.
- ♦ «Les nouvelles frontières du droit des contrat», *R.D.C.* Vol. 50 n° 4, Octobre-décembre 1998, p. 1015.
- ♦ « Le contrat individuel et sa définition», *R.D.C.* Vol. 40 n°2, Avril-Juin 1988, p. 327.

### **GUILLOT (E. J.)**

- ♦ «Réflexions sur les coutumes de droit privé en Afrique Noire et à Madagascar», *R.D.C.* Vol. 4 n°3, Juillet-septembre 1952, p. 419.

### **GUYON (Y.)**

- ♦ « Le droit des contrats à l'épreuve des procédures collectives », In *Le contrat au début du XXème siècle*, Études offertes à J. Ghestin, 2001, p. 405.

### **HEBRAUD (P.)**

- ♦ « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », in *Études offertes à Pierre KAYSER*, Tome II, PUAM 1979, p. 1.

## **HOUTCIEFF (D.)**

- ◆ « Formalisme et interprétation de la volonté : à chacun le sien ! », RDC 01/06/2017, n° 02, p. 280.

## **ISSA-SAYEGH (J.)**

- ◆ « La liberté contractuelle dans le droit des sûretés », *Penant* 851 Avril-juin 2005, p.173.
- ◆ *L'OHADA, instrument d'intégration juridique des pays africains de la zone franc* : RJ com. 1999, doct., p. 237.

## **IVANIER (T.)**

- ◆ «La lettre et l'esprit de la loi des parties», J.C.P. 1981. I. 3023.

## **IZDEBSKI (H.)**

- ◆ «Le rôle du droit dans les sociétés contemporaines : essai d'une approche sociologique du droit comparé» », In *R.I.D.C.* Vol. 40 n°3, Juillet-septembre 1988, p. 563.
- ◆ «De quelques aspects de l'interprétation des lois...», *R.D.C.* Vol. 13 n°4, Octobre-décembre 1961, p. 755.

## **JACQUET (J.-M.)**

- ◆ « Le droit français des contrats et les principes d'Uni DROIT », in *Actes du Colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats* – Ouagadougou 2007, p. 179.

## **JAMIN (C.)**

- ◆ « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », In *Le contrat au début du XXème siècle*, Études offertes à Jacques Ghestin, LGDJ 2001, p. 441
- ◆ «Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil», *Dalloz* n° 11, 2002, pp. 901-907.

- ♦ «Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », In *unilatéralisme et le droit des obligations*, Collection Études Juridiques, dirigée par Nicolas MOLFESSIS 1998, p. 71.
- ♦ « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p. 9.

#### **JARRASSON (C.)**

- ♦ «Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale», *R.D.C.* Vol. 49 n°2, Avril-juin 1997, p. 338.

#### **JOBIN (P.-G.)**

- ♦ «La modernité du droit commun des contrats dans le code civil du Québec : Quelle modernité», *R.D.C.* Vol. 52 n°1, Janvier-mars 2000, p. 49
- ♦ « L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du code civil au Québec », *RTD civ.* 2004, p. 693.
- ♦ «Grands pas et faux pas de l'abus de droit contractuel», In *Les Cahiers de droit*, vol. 32, n° 1, 1991, p. 153.

#### **JOURDAIN (P.)**

- ♦ « Vers une sanction de l'obligation de minimiser son dommage ? », *RTD civ.* 2012, p. 324.
- ♦ «Le devoir de se renseigner, *Dalloz* 1983, Chr. p.139.

#### **JOSSERAND (L.)**

- ♦ « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.* 1937, p.1.

#### **KAMDEM (I. F.)**

- ♦ «L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux», in *Les cahiers de droit*, vol. 40, n° 3, 1999, p. 645.

**KANTÉ (A.)**

- ♦ « Réflexions sur le principe de l'égalité entre créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif (O.H.A.D.A.) », *Oh data D-06-47*, p. 3.

**KARIM (V.)**

- ♦ « L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation », in *Les Cahiers de droit*, Vol 40, n 2, 1999, p. 403.

**KENDERIAN (F.)**

- ♦ « La clause résolutoire du bail commercial », *La semaine juridique, entreprise et affaires*, 11 mai 2017, Hebdomadaire, n° 18, p. 1258.

**KENFACK DOUAJNI (G.)**

- ♦ « Les nouvelles sûretés introduites dans l'Acte uniforme sur les sûretés adopté le 15 décembre 2010 », in *Revue ERSUMA*, numéro spécial – Novembre/Décembre 2011, p.81.

**KEUBOU (P.) et KAMLA (C.)**

- ♦ « La sanction pénale du non-respect des formalités relatives au RCCM dans l'espace OHADA : le cas du Cameroun », in *Revue ERSUMA* n°1- juin 2012, p. 192.

**KIRAT (T.)**

- ♦ « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats incomplets à la pratique des contrats administratifs », *R.D.E.* n°1, 2003, p. 11.

**KLEIN (G.)**

- ♦ « Aléa et équilibre contractuel dans la formation du contrat de vente d'immeuble en viager », *RTD civ.* 1979, p. 13.

**KOUMBA (E M.)**

- ♦ «Les enjeux de l’extension de l’acte uniforme relatif aux procédures collectives d’apurement du passif aux entreprises informelles africaines : enjeux juridiques et économiques», in *Revue ERSUMA* n°1, juin 2012, p. 160.

#### **LAGARDE (X.)**

- ♦ « Clauses de conciliations encore quelques précisions... », *Revue des contrats*, R.D.C.O 2004, n° 2, p. 417.
- ♦ «Sur l’utilité de la théorie de la cause», *Recueil Dalloz* 2007, n° 11, p. 740.

#### **LAITIER (Y.-M.)**

- ♦ « ‘Les clauses dérogatoires au droit commun’ dans les conditions générales », *RDC Lextenso*, mars 2017/1, p. 17.
- ♦ « L’exécution du contrat n’est pas en soi une confirmation », *RDC Lextenso*, 01/07/2014, p. 169.

#### **LAMBERT-GARREL (L.)**

- ♦ « Le juge et le prix du contrat », *R.R.J.*, 2003, p. 723.

#### **LARROUMET (C.)**

- ♦ «De la cause de l’obligation à l’intérêt du contrat (à propos du projet de réforme du droit des contrats) », *Dalloz* 2008, p. 2441.

#### **LATINA (M.)**

- ♦ « Nouvelle variation sur le domaine de la perpétuité de l’exception de nullité », *RDC Lextenso* 01/06/2016, p. 260.

#### **LAZEGA (E.)**

- ♦ «Arrangements contractuels et structures relationnelles», in *Revue française de sociologie*. Vol. 37 n° 3, 1996, p. 439.

## **LE BARS (B.)**

- ♦ «La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime», *Dalloz* n° 4, 2002, p. 381.

## **LECLERC (G.)**

- ♦ «La bonne foi dans l'exécution des contrats», in *Congrès Henri Capitant 1992*, Vol. 37, p. 1070.

## **LECLERC (O.)**

- ♦ «Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail», in *Droit social*, février 2005, p. 1.

## **LÉCUYER (H.)**

- ♦ «Le contrat, acte de prévision», in *Avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF, 1999, p. 643
- ♦ « La modification unilatérale du contrat », in *Unilatéralisme et le droit des obligations*, Collection Études Juridiques, dirigée par Nicolas MOLFESSIS, 1998, p. 47.

## **LEFEBVRE (B.)**

- ♦ « La bonne foi : notion protéiforme », in *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke (Québec)*, Vol. 26, n° 2, 1996, p.331.
- ♦ « Justice Contractuelle Mythe ou Réalité », *Les Cahiers de droit*, vol. 37, n° 1, 1996, pp. 17-30.

## **LE GALL (J. P.)**

- ♦ « Le retard dans la livraison des marchandises vendues», *R.T.D. Com.* 1963, p. 239.

## **LEGRAND (P.)**

- ♦ « L'obligation implicite contractuelle : aspects de la fabrication du contrat par le juge », *R.D.U.S.* 1991, p. 110.

**LE GAC-PECH (S.)**

- ♦ «Rompre son contrat», R.T.D. civ. 2005. p. 223.

**LEQUETTE (Y.)**

- ♦ «Bilan des solidarismes contractuels», *Mélanges Paul Didier* 2008, p. 247.

**LISANTI-KALCZYNSKI (C.)**

- ♦ «L'action directe dans les chaînes de contrats? Plus de dix ans après l'arrêt Besse», *JCP E.* 2003, I. 102.

**LISI. (F.L.)**

- ♦ «La pensée historique de Platon dans les Lois», in *Cahiers du Centre Gustave Goltz*, 11, 2000. pp. 9-23.

**LOISEAU (G.)**

- ♦ « L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail », in *Le contrat au début du XXème siècle*, Études offertes à Jaques Ghestin, LGDJ 2001, p. 579.

**LUCAS (F-X.)**

- ♦ «Les associés et les procédures collectives», *Petites Affiches* 09 janvier 2002 n° 7, p. 7.

**LUELLES (D.)**

- ♦ « Du bon usage de l'usage comme source de stipulations implicites », in *Revue juridique Thémis* 2002, p.87.

**MAINGUY (D.)**

- ♦ «La violation du pacte de préférence», *Droit et patrimoine*, n° 144, 2006, p. 72.

**MALAUURIE (P.)**

- ♦ « Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP éd. G.*, n° 44, 29 Octobre 2008, I. 204.

#### **MARCHADIER (F.)**

- ♦ «Interprétation du contrat, liberté contractuelle et renonciation à certains aspects du droit au juge », *RDC Lextenso* 01/03/2017, p. 147.

#### **MARTIN (D. R.)**

- ♦ «La stipulation du contrat pour autrui», *Recueil Dalloz Sirey*- 1994, pp. 145-147.

#### **MAZEAUD (D.)**

- ♦ «Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons», *Dalloz* 2008 n° 26, p. 1776-1782.
- ♦ «Renégocier ne rime pas avec réviser», *Dalloz*. 2007, n° 11, pp. 765-770.
- ♦ «La confiance légitime et l'estoppel », *R.D.C.* 2-2006, p. 363.
- ♦ «Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *Dalloz* 2005 n° 27, pp. 1828-1831.
- ♦ «Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas aller trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, *Dalloz* 2003, p. 135.
- ♦ «Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in *Le contrat au début du XXème siècle* Études offertes à Jacques Ghestin, LGDJ 2001, p. 367.
- ♦ «Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges en hommage à François Terré*, PUF et éd. Juris-classeur, 1999, p. 603.

#### **MBA-OWONO (CH.)**

- ♦ « Exception d'inexécution dans la vente Commerciale en droit uniforme OHADA », *Revue du CERDIP*, Vol. 2, n° 2, juillet - décembre 2006, p. 35.

#### **MEKKI (B.) et FAUVARQUE-COSSON (S. A.)**

- ♦ « Droits des contrats octobre 2006- septembre 2007 », *Dalloz* 2007, p. 2966.



**MEKKI (M.)**

- ♦ « Le nouvel essor du concept de la clause contractuel (2de partie) : l'efficacité des clauses contractuelles », *RDC* 2007/2, *LGDJ*, p. 239.

**MELIN (F.)**

- ♦ « L'OHADA et le droit de la faillite internationale », *Recueil Dalloz* 2005 n° 23, p. 1568.

**MENARD (C.)**

- ♦ « Imprévision et contrats de longue durée, un économiste à l'écoute du juriste », in *Le contrat au début du XXème siècle*, Études offertes à Jacques Ghestin, *LGDJ* 2001, p. 661.

**MESTRE (J.) et FAGES (B.)**

- ♦ « La résolution unilatérale s'installe doucement dans le paysage juridique français », *RTD civ.* 2001, p. 363.

**MESTRE (J.)**

- ♦ « L'évolution du contrat en droit privé français », in *Journée RENE SAVATIER* 24-25 octobre 1985, p. 1.

**MINKADA (H. M. M.)**

- ♦ « La question de la définition du contrat en droit privé : essai d'une théorie institutionnelle », *Juridical Tribune* Vol. 4, Issue 1, June. 2014, p. 94.

**MOLFOSSIS (N.)**

- ♦ « Le principe de la proportionnalité et la formation du contrat », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé*, petites affiches, 30 septembre, 1998, p.
- ♦ « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *Les Petites Affiches*, 30 sept. 1998, n° 117, p. 21.

**MOREL (H.)**

- ♦ « La théorie du contrat chez les monarchomaques », in *Études offertes à Pierre KAYSER*, Tome II, PUAM, 1979, p. 225.

**MORIN (G.)**

- ♦ «Le devoir de coopération dans les contrats internationaux : droit et pratique», DPCI, Tome. 6, 1980, p. 9.

**MOUSSERON (J.J.)**

- ♦ « La gestion des risques par le contrat », *R.T.D. civ.* 1987, p. 481.

**NDOYE (D.) SAKHO (M.)**

- ♦ « Autopsie du traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires », *Revue EDJA*, n° 22, juillet – septembre 1994, p. 18.

**NEGRI (A.)**

- ♦ «Déclaration de volonté et acte d'exécution dans la théorie de l'acte juridique (droits français et italien) », *R.D.C.* Vol. 35 n°2, Avril-juin 1983, pp. 353-382.

**NEWMAN (R. A.)**

- ♦ «La nature de l'équité en droit civil», *R.D.C.* Vol. 16 n° 2, Avril-juin 1964, p. 289.

**NGUIHE KANTE (P.)**

- ♦ « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficultés dans l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives et d'apurement du passif OHADA », *Penant* 2002, n° 838, p. 5.

**NJJAR (I.)**

- ♦ « L'accord de principe », *Dalloz*. 1991, p. 57.

**NOUVELLET (D.) et LARCENA (A.)**

- ♦ «Private equity» et nouveaux risques juridiques », *R. E. F.* p. 1.

**NSIE (E.)**

- ♦ «La sanction de l'inexécution des obligations des parties dans le contrat de vente, Doctrine O.H.A.D.A », Penant 850, pp. 96-137.

**NZOUABETH (D.)**

- ♦ « Aperçu sur la procédure collective internationale dans le droit OHADA », in *Droit comparé et Droit étrangers*, RRJ, 2016-1, pp. 367-379.

**OCQUETEAU (F.)**

- ♦ «La gestion des risques dans le transport routier des marchandises», in *Déviance et société*. 1998 Vol. 22 - n°3. p. 319.

**ONANA ETOUNDI (F.)**

- ♦ «Les Principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats», in *Revue de Droit Uniforme NS* - Vol. X 2005-4, p. 683.
- ♦ «Les expériences d'harmonisation des lois en Afrique», in *Revue de l'ERSUMA* n°1, juin 2012, p. 8.

**PACKER (F.) et ZHU (H.)**

- ♦ « Clauses contractuelles et tarification des contrats dérivés sur défaut d'emprunteur », Rapport trimestriel BRI, 2005, p. 87.

**PAILLUSSEAU (J.)**

- ♦ «L'Acte uniforme sur le droit des sociétés », *Les Petites Affiches*, 13 octobre 2004 n° 205, p. 19.

**PEMADON (M.)**

- ♦ « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? », *R.T.D. Com.* 1959, p. 335.

**PETEL (P.) et CABRILLAC (M.)**

- ♦ «Le printemps des sûretés réelles» *D. Sirey*-1994, pp. 243-249.

**PEYTEL (A.)**

- ♦ «La théorie de l'imprévision et les contrats commerciaux», *Gaz. Pal.* 1949.1. p. 57.

**PHILIPPE (D.)**

- ♦ « Les clauses relatives au changement de circonstances dans les contrats à long terme ». *Le contrat à prestations successives, Bruxelles, Émile Bruylant*, 1991, p. 7.

**PIAZZON (T.)**

- ♦ « Retour sur la violation des pactes de préférence », *RTD civ.* 2009, p 433.

**PICOD (Y.)**

- ♦ «La clause résolutoire et la règle morale», *La semaine Juridique*. Éd. G, n° 20, p. 3447.

**PIEDELIEVRE (A.)**

- ♦ « L'efficacité de la garantie hypothécaire », *Études offertes à Jacques FLOUR*, Paris, *répertoire notariat Défrénois*, 1979, p. 368.

**RADÉ (C.)**

- ♦ «Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile», *Dalloz*. 1999. p. 313.

**REIFEGERSTE (S.)**

- ♦ «L'obligation de loyauté et information du dirigeant en cas de cession d'actions», *Petites Affiches*. 16 juillet 2004 n° 142, p. 15.

**REMY (P.)**

- ♦ « De la notion de la clause pénale et ses limites. », *RTD civ.* 1983, p. 594.

- ♦ «La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept», *R.T.D. civ.* 1997, p. 323.

#### **REMY-CORLAY (P.)**

- ♦ «Observations sur la version française des principes du droit européen du contrat», *R.D.C.* 1-2004, p. 205.

#### **REVET (Th.)**

- ♦ « Le nouveau discours contractuel (rapport de synthèse) » *RDC Lextenso* 01/09/2016, p. 627.
- ♦ «Les apports au droit des relations de dépendance», *RTD com.* 50 (1), Janvier-Mars 1997, p. 37.
- ♦ «Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p. 83.

#### **RICHARD (D.)**

- ♦ «Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », *J.C.P.* 1979, I. 2952.

#### **RIVAUD-DANSET (D.)**

- ♦ « Les contrats de crédit dans une relation de long terme. De la main invisible à la poignée de main », in *Revue économique*. Vol. 47, n° 4, 1996, p. 937.

#### **RIVERO (J.)**

- ♦ «Sanction juridictionnelle et règle de droit», *Dalloz*. 1964, p. 457.

#### **ROCHE-DAHA (J.)**

- ♦ « L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique », *Dalloz* 1994 p. 255.

**ROUSSEL-GALLE (PH.)**

- ♦ «Risques et responsabilités des contractants», in *Loi de sauvegarde des entreprises. Risques et responsabilités en droit des procédures collectives*, Actes du colloque de Caen du 15 octobre 2010, pp. 89-92.

**RUDDEN (B.) et JUILHARD (P.)**

- ♦ « La théorie de la violation efficace », *R.D.C.* Vol. 38 n°4, Octobre-décembre 1986, p. 1015.

**SAKHO (A.), et NDIAYE (I.Y.),**

- ♦ Pratiques des garanties de crédit, *Revue Africaine de Banque*, 1998, p. 19

**SAKHO (M.)**

- ♦ « Le nouvel Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : propos introductifs autour d'une refonte d'envergure du droit des sûretés », in *Revue ERSUMA*, n° spécial 2011, p. 87.

**SAMB (M.)**

- ♦ « Étude sur les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace OHADA : cas du Benin, Burkina-Faso, Mali et Sénégal », in *Revue de l'ERSUMA* n°1- juin 2012, p. 285.

**SAMUEL (G.)**

- ♦ «Réalisme et efficacité du droit anglais des contrats », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p. 69.

**SAVATIER (R.)**

- ♦ «Destin du code civil français. 1804-1954 », *R.D.C.* Vol. 6 n°4, Octobre-décembre 1954, p. 637.

**SAVAUX. (E.)**

- ♦ « Pour un temps encore : la cause comme instrument de contrôle de la validité des pactes

d'actionnaires », *Revue des contrats Lextenso*, mars 2017/1, p. 21.

♦ « L'interprétation dans un ensemble contractuel », *Revue des contrats* 2016/2, p. 207.

♦ « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français », *Revue des contrats*, 01 juillet 2010 n° 3, p. 1057.

#### **SCHMIDT (J.)**

♦ «La période précontractuelle en droit français», *R.D.C.* Vol. 42 n°2, Avril-juin 1990, p. 545.

#### **SCHMIDT-SZALEWSKI (J.)**

♦ « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD civ.* 2000, p. 25.

#### **SCHULZE (R.)**

♦ «Des principes de la conclusion du contrat dans l'acquis communautaire», *R.D.C.*, 4-2005, p. 877.

#### **SECK (A.)**

♦ « L'Afrique et le droit. Investir en Afrique, n° 5, OHADA », *Gaz. Pal.* 1999, n° 48, p. 49.

#### **SÉRIAUX (A.)**

♦ « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel », In *unilatéralisme et le droit des obligations*, Collection Études Juridiques, dirigée par Nicolas MOLFESSIS 1998, pp.10-18.

♦ « La notion de contrat synallagmatique », In *Le contrat au début du XXème siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, *L.G.D.J.*, 2001, p. 777.

#### **SMORTO (G.)**

♦ «La justice contractuelle», *R.D.C.* 3-2008, p.584.

#### **SORTAIS (J-P.)**

- ♦ «La situation des créanciers titulaires des sûretés et de privilèges dans les procédures collectives», *Ed. Sirey*, 1976, pp. 269-83.

#### **SOUPGUI (E.)**

- ♦ « La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA », *Penant n° 870*, Janvier-mars 2010, p. 70.

#### **SPITZ (J-F.)**

- ♦ « Qui dit contractuel dit juste : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD civ* Avril/Juin 2007, p. 282.

#### **STOFFEL-MUNCK (P.)**

- ♦ « Formalisme informatif *ad validitatum* : retour à une logique civiliste », *Revue des contrats Lextenso*, mars 2017/1, p. 25.

#### **STORCK (M.)**

- ♦ « L'exception de nullité en droit privé », *Dalloz*. 1987. Chr. p. 67.

#### **SUPIOT (A.)**

- ♦ «La contractualisation de la société», *Conférence du 22 Février 2000*, ENAM université de tous les savoirs, p. 1.
- ♦ «Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Droit social* 2003, p. 59.

#### **TABI TABI (G.)**

- ♦ « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel », *Les Cahiers de Droit*, vol. 53, n° 3, 2012, p. 577.

#### **TALLON (D.)**

- ♦ «L'inexécution du contrat : pour une autre présentation», *RTD civ.* avril-juin, Vol 2. 1994, pp. 223-238.



- ♦ «La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents Du droit comparé », in *Mélange d'A. SAYAG*, Paris. Litec, 1997, p. 403.

#### **TCHENDSOU (M.)**

- ♦ «La faute extracontractuelle», *Gazette du Palais* Mercredi 5, Jeudi 6 Avril 2000, pp.614-623.

#### **TEBOUL (G.)**

- ♦ «L'abus en droit des affaires et le pouvoir modérateur du juge», *Gaz. Pal* Novembre-Décembre 2009, p. 3635.
- ♦ «La cession de contrat», *R.D.C.* Vol. 3 n°2, Avril-juin 1951, p. 217.

#### **TOURE (P. A.)**

- ♦ «Le nouveau visage de l'action en résiliation du bail à usage professionnel dans l'acte uniforme portant sur le droit commercial général adopté le 15 décembre 2010», in *Revue ERSUMA* n°1, juin 2012, p. 312.

#### **TOURNAFOND (O.)**

- ♦ «L'influence du motif illicite sur la validité du contrat (à propos de l'arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 07 Octobre 1998), *Recueil Dalloz* 1999, p. 237.

#### **TUAILLON (C.)**

- ♦ «L'abus en droit des sociétés, vague concept ou vaste concept de protection ? », *Petites Affiches*, 10 mars 2004, n° 50, p. 4.

#### **TUNC (A.)**

- ♦ «L'unification du droit des contrats en Europe : avec ou sans loi ? », *RDC* Vol. 45 n°4, Octobre-décembre 1993, p. 877.

#### **VALLENS (J-L.)**

- ♦ «Le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité : vers l'harmonisation du droit de la faillite ? », *Dalloz*. 2004, n° 33, pp. 2420-2428.

**VAN OMMESLAGHE (P.)**

- ♦ «Les clauses de force majeure et d'imprévision (Hardship) dans les contrats internationaux» *RDC*, n° 29, 1980, p. 40.

**VERKINDT (P-Y.)**

- ♦ «Le contrat de travail. Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? », In *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, pp. 197 - 224.

**VEZINA (N.)**

- ♦ « La demeure, le devoir de bonne foi et la sanction extrajudiciaire des droits du créanciers », *R.D.U.S* n° 26 1996, p. 458.

**VIANDIER (A.)**

- ♦ « La complaisance ». *J.C.P.* 1980.I. 2987.

**VINCENT (K.)**

- ♦ « L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation », *Cahiers de Droit*, Dalloz, 40 (1999) : 403, p. 407.

**VINEY (G.)**

- ♦ « La responsabilité contractuelle en question », in *Le contrat au début du XXème siècle*, Études offertes à Jaques Ghestin, LGDJ 2001, p. 921.

**VIVIEN (G.)**

- ♦ «De l'erreur déterminante et substantielle», *R.T.D. civ.* 1992, p. 305.

**WATT (H.M.)**

- ♦ «Analyse économique et perspective solidariste», in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p. 183.

#### **WEHRLI (Y.)**

- ♦ « Le juge et le contrat : regards croisés », *RDC Lextenso*, 01/12/2015, n° 04, p. 817.

#### **WESTER-OUISSE (V.)**

- ♦ «Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : confusion des régimes à l'heure internationale», *R.T.D. civ.* 2010, p. 419.

#### **WIEDERKHER (G.)**

- ♦ « Le principe du contradictoire », *Dalloz*, 1974, Chr., p 95.

### **B/ WEBOGRAPHIE**

#### **AUDET (L.)**

- ♦ « La mise en demeure »,  
([http://www.droitdespme.com/documents/Mise\\_en\\_demeure.pdf](http://www.droitdespme.com/documents/Mise_en_demeure.pdf)) consulté le 20/04/2015.

#### **BRADO (S.)**

- ♦ *Dictionnaire de droit privé*, en ligne (<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/vice-du-consentement.php>) consulté, le 12/04/2015.

#### **CARON (C.)**

- ♦ « La clause résolutoire en droit français »,  
♦ ([www.fdsf.rnu.tn/useruploads/files/christophe\\_caron.pdf](http://www.fdsf.rnu.tn/useruploads/files/christophe_caron.pdf)) consulté le 13/04/2016

**CARRON (B.)**

- ♦ « La protection du consommateur lors de la formation du contrat »,
- ♦ [https://www2.unine.ch/files/content/users/dsperratore/files/La%20protection%20du%20consommateur%20\(3\).pdf](https://www2.unine.ch/files/content/users/dsperratore/files/La%20protection%20du%20consommateur%20(3).pdf), consulté le 26/01/2016.

**CHAZAL (J. -P.)**

- ♦ «La protection de la partie faible chez Josserand ou la tentative de maintenir le compromis républicain», [http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/chazal\\_protection\\_josserand.pdf](http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/chazal_protection_josserand.pdf), consulté le 20/01/2016.

**DUPICHOT (P.)**

- ♦ « Les contrats du consommateur rapport français »,
- ♦ <http://www.henricapitant.org/sites/default/files/France.pdf>, consulté le 10/04/ 2016.

**ELONGO (Y K.)**

- ♦ « La distinction de la formation et de l'exécution du contrat »,
- ♦ <http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr>, consulté 12/03/2015.

**FLOUR (J.), AUBERT (J L.) et SAVAUX (E.)**

- ♦ *Les obligations : l'acte juridique*
- ♦ ([http://data0.revolublog.com/ensd1/mod\\_html49800\\_4.pdf](http://data0.revolublog.com/ensd1/mod_html49800_4.pdf)) consulté le 17/04/2015.

**FRANCO (O.)**

- ♦ « Les causes d'exonérations en matière contractuelle »,

- ♦ [http://www.francejus.ru/upload/fiches\\_fr/Les%20causes%20d%20exoneration%20en%20matiere%20contractuelle.pdf](http://www.francejus.ru/upload/fiches_fr/Les%20causes%20d%20exoneration%20en%20matiere%20contractuelle.pdf), (17/12/2015).

#### **GANNAGÉ (L.)**

- ♦ «Le contrat sans loi en droit international privé », in *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3 (Décembre 2007), <http://www.ejcl.org>, (consulté 12/02/2016).

#### **GRAMMOND (S.)**

- ♦ «Interprétation du contrat »,
- ♦ <http://store.lexisnexis.ca/store/images/samples/CA/9780433460749.pdf>, consulté le 20/01/2016.

#### **HINESTROSA (F.)**

- ♦ « La révision du contrat » Rapport général
- ♦ <http://www.henricapitant.org/sites/default/files/3.%20R%C3%A9vision%20du%20contrat%20Rapport%20g%C3%A9n%C3%A9ral%20F.%20Hinestrosa.pdf>, consulté le 26/01/2016.

#### **FRISON-ROCHE (M. A.)**

- ♦ « Qu'est-ce qu'un prix en droit? Du droit des contrats au droit de la régulation », <file:///Users/macintoshs/Desktop/DOCUMENT/LA%20NOTION%20DE%20PRIX%20.pdf>, consulté le 02/05/2015.

#### **KEBE (M.)**

- ♦ «Les clauses de stabilisations dans les contrats d'investissement »,
- ♦ <file:///Users/macintoshs/Downloads/KEBE-Les-clauses-de-stabilisation-dans-les-contrats-d-investissement.pdf> (consulté le 17/11/2015).

#### **LEFEBVRE (B.)**

- ♦ « L'évolution de la justice contractuelle en droit québécois : une influence marquée du droit français quoique non exclusive », [http : //papyrus.bib.umontreal.ca](http://papyrus.bib.umontreal.ca), (consulté le 10/01/ 2016).

#### **LEDUC (F.)**

- ♦ « L'articulation de la responsabilité du fait des produits défectueux avec d'autres régimes de responsabilité »,
- ♦ [http : //grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/305/305945\\_38\\_fleduc.pdf](http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/305/305945_38_fleduc.pdf), (20/12/2015).
- ♦ « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... »,
- ♦ [ddata.over-blog.com/.../3/.../Denis-Mazeaud-melanges-Jean-Hauser.pdf](http://ddata.over-blog.com/.../3/.../Denis-Mazeaud-melanges-Jean-Hauser.pdf), n° 8, (20/12/2015).

#### **MAZEAUD (D.)**

- ♦ « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... »,
- ♦ [ddata.over-blog.com/.../3/.../Denis-Mazeaud-melanges-Jean-Hauser.pdf](http://ddata.over-blog.com/.../3/.../Denis-Mazeaud-melanges-Jean-Hauser.pdf), n° 8.

#### **MEKKI (M.)**

- ♦ «La bonne foi dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations, du 23 octobre 2013 », [www.mekki.fr](http://www.mekki.fr) , (consulté le 12/03 2016).

#### **NEVRY (R.)**

- ♦ «L'adaptation du prix dans une vente de marchandise par l'arbitrage international», <http://library.ohada.org/greenstone/collect/dohada/index/assoc/HASHd773.dir/adaptation-prix-vente-internationale-marchandise.pdf>, (consulté le 01/12/2015).

#### **PASCAL (N. K.)**

- ♦ « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA »,

- ♦ <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/3doc9kante.pdf>, consulté le 03/1/2016, P. P. 182 et s.

**RENARD (C.) et VIEUJAN (E.)**

- ♦ « Nullité, Inexistence et Annulabilité en droit civil Belge »,
- ♦ [http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rfd/doc/1962\\_RenVieujean.pdf](http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rfd/doc/1962_RenVieujean.pdf), consulté le 20/01/2016.

**RITAINE (E. C.)**

- ♦ «Le législateur et le droit privé », Colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre, Université de Genève les 22 et 23 septembre 2005,
- ♦ [http://www.lalive.ch/data/publications/le\\_legislateur\\_et\\_le\\_droit\\_privé.pdf](http://www.lalive.ch/data/publications/le_legislateur_et_le_droit_privé.pdf), (consulté le 17/11/2015).

**STOFFEL-MUNCK (P.)**

- ♦ « La rupture du contrat », Rapport français,
- ♦ <http://www.henricapitant.org/sites/default/files/4.%20Rupture%20du%20contrat%20%20Rapport%20fran%C3%A7ais%20Stoffel-Munck.pdf>, 05/09/2015.

**TAHITA (J.-C.)**

- ♦ «L'efficacité de la sanction contractuelle civile»,
- ♦ [http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/L\\_efficacite\\_de\\_la\\_sanction\\_contractuelle\\_civile.pdf](http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/L_efficacite_de_la_sanction_contractuelle_civile.pdf), (04/12/2015).

**TAPOTIE (R.)**

- ◆ «L'incomplétude contractuelle comme imprévision endogène ou structurelle du contrat»,  
Faculté de droit université McGill et Université de Montréal,  
<http://www.analyseeconomiquedudroit.com/Documents-de-recherche.html>.

**TESTU (F. X.)**

- ◆ « La confidentialité conventionnelle »,
- ◆ <http://www.testuavocats.com/docs/Confidentialit%E9%20T&A%2002.pdf>, (consulté le 02/12/2015).



## INDEX ALPHABETIQUE

### A

#### **Abus**

- clause abusive 144 s., 148 s., 465 s.,
- en matière contractuelle 112, 113, 152, 462, 463
- notion d'abus de droit 459, 460, 461
- dans la fixation du prix 462

**Acceptation** 14, 81, 530

**Aléa ou aléatoire** 5, 9, 30, 46, 53 s. 86, 110 s. 130 s., 136, 138 s., 164, 211, 361, 373 s., 385, 484.

#### **Acte**

- **acte de prévision** 26, 338, 544
- **acte uniforme** 33, 43, 59, 75, 82 s., 104, 120, 131, 162, 178, 192, 206, 214, 219, 230, 241, 245, 343, 408, 441, 456, 463, 534, 541.

**Avant-projet** 33, 91, 167, 219, 379, 396 s., 408, 424, 456, 535.

#### **Apparence**

- **théorie de l'apparence** 457, 458

#### **Autonomie**

- **autonomie de la volonté** 10 s., 20, 38 s., 491, 503, 505, 507 s., 517, 547 s.

### B

**Bail professionnel** 44, 75, 95, 205 s., 209, 213 s., 227, 246, 275, 280, 365, 463.

**Bonne foi** 24 s., 31 s., 35, 43, 89, 93, 112s., 116, 125, 305s., 328, 338, 357, 361, 370, 381, 387, 390, 392 s., 407, 428, 431s., 443, 449, 451 s., 455s., 461, 463, 467s., 472s., 519s., 533s., 543s., 547.

**Bonne mœurs** 101, 121.

### C

**Capacité** 10, 178, 180 s., 186, 189, 216 s., 260, 331, 411, 531

## **Cause**

- **cause du contrat** 43, 222, 314 s., 356, 359, 409, 423, 491, 525
- **cause étrangère** 27, 29
- **cause de l'obligation** 220, 285, 292, 318 s, 402, 404, 420, 422, 523

## **Clause**

- **clause abusive** (voir abus)
- **Clause de confidentialité** 49, 132 s., 438
- **clause de gestion** 49 s., 133, 150 s.,
- **Clause limitative de responsabilité** 97, 137, 353 s.,
- **clause pénale** 49, 74, 97, 133 s., 151, 296, 305, 355, 465 s., 523
- **clause d'indexation ou d'imprévision** 142, 375
- **clause réputé non écrite** 35, 75 s., 414 s.,
- **clause de réserve de propriété** 86 s.,

## **Condition 2**

**Confiance ou confiance légitime** 21, 35 s., 82, 119, 123, 155, 157, 215, 218, 283, 329 s., 361 s., 518, 546

**Collaboration** 219, 277, 307

**Coopéartion** 82, 118, 205, 219, 235, 265, 307, 330, 333, 390, 462, 466 s., 471

## **Contrat**

- **définition** 10 s., 166, 198 s.,
- **principes directeurs du contrat** 11 s., 52 s., 227 s.,
- **clauses et contrat** 48 s., 98 s., 107 s., 115 s., 122 s., 138 s.,
- **contenu du contrat** 24 s., 89 s., 93 s., 97 s.,
- **contrat et loi** 87 s.,

## **D**

### **Délai**

- de rétractation 14
- de préavis 119 s., 206, 214 s.
- de grâce 262, 468, 482, 523

**Dol** 32, 113, 171, 355, 411, 432, 443, 453 s., 491

**Dommages et intérêts** 120, 135, 175, 202, 233, 236, 270 s., 289, 367, 371 s., 419, 447, 456, 471, 519, 539

## **E**

**Effet relatif** 11, 18

**Efficacité** 19, 26, 37, 41, 44, 46, 33, 63, 78, 85 s., 115, 173, 188, 192, 225, 254, 375 s., 458, 474, 550

**Exception d'inexécution** 161 s., 225, 229, 236, 265, 269, 274, 278, 289, 294, 326 s.

## **F**

**Faute** 1, 18, 25, 29, 72 s., 113, 116, 120, 125, 169 s., 215, 223, 272, 280, 297, 346, 354, 362 s., 366, 369, 377, 381, 407 s., 460, 468, 471

## **G**

**Garantie** 1, 49 s., 58, 61, 63, 66, 71s., 83, 95, 162, 174, 176, 231, 337, 401 s.

## **I**

**Inexécution** 18, 29, 74, 118, 134 s., 158, 171 s., 193 s., 202, 207, 212 s., 222, 227 s., 223, 228 s., 237 s., 241, 249, 250, 262, 268 s., 278, 280, 285, 326 s., 349, 351 s., 363 s., 368 s., 463, 465 s.

**Inexécution partielle** 222,, 225, 227 s., 229, 296, 305, 327, 465

**Information** 31 s., 43, 125, 133, 188, 206, 218 s., 288, 341, 344, 432, 435 s., 455, 463, 470, 486, 543

**Intention de nuire** 112 s., 152, 164, 459, 460

**Interprétation** 432, 458, 474 s.

## **L**

**Loyauté** 24 s., 33, 43, 101, 112, 188, 278, 286, 336, 390, 432, 455 s., 463

## M

**Mauvaise foi** 71, 110, 112 s., 117, 119, 133, 150, 152, 274, 343, 350, 370, 418, 448 s., 455, 459, 463

**Mise en demeure** 62, 78, 137, 175, 205 s., 215, 239, 248, 275, 463

**Morale** 19 s., 102, 212, 325, 338, 342, 369, 432, 442, 456, 522

## N

### Nullité

- **absolue** 201, 206 s., 217, 221, 223 s., 214, 256, 301, 409 s.
- **partielle** 36, 222, 283, 375, 408 s., 412 s., 421 s.
- **relative** 207, 217 s., 220 s., 225 s., 256, 302, 409, 411

## O

### Obligation

- **alternative** 136 s.
- **essentielle** 172 s., 353 s., 401
- **d'information** (voir information)
- **de moyen** 381, 407, 451
- **précontractuelle** 219, 432, 455
- **de résultat** 115, 125, 375, 318, 407

**Ordre public** 43, 54, 75, 77, 87 s., 90, 104 s., 121, 209 s., 298 s.

## P

**Pacte de préférence** 382, 447

**Païement (ou cessation de paiement)** 38 s., 66, 70 s., 80, 83 s., 97, 141, 163, 167, 184, 187 s., 190 s., 234, 236, 264, 275, 327 s., 347, 457

**Pourparlers** 343, 346, 407, 436 s., 444

**Promesse synallagmatique** 379 s., 450 s.

**Promesse unilatérale** 382, 384, 445 s.,

**Proportionnalité** 35, 222, 283, 286, 289 s., 303 s., 315 s., 413., 419, 427, 546

## R

**Réfaction** 29, 155, 177, 225 s., 244 s., 250, 269, 326, 400 s.,

**Résolution** 27, 34, 75, 78, 81 s., 121, 157 s., 170, 175, 189, 192, 194 s., 202, 209, 213, 226, 228, 235, 265, 269 s., 274, 289, 294, 326, 349, 351, 408, 426, 461, 463

**Responsabilité**

- **délictuelle** 171, 346, 363
- **contractuelle** 250, 361 s., 364, 366, 381, 395 s., 407, 451, 524

**Rétractation** 14, 81, 262, 288

**Risque** 1 s., 6 s., 10, 26, 28 s., 41, 55, 58, 60, 63, 70 s., 84, 86, 131, 138, 142, 153, 154, 163, 175 s., 178 s., 183 s., 189, 191, 200, 210, 229, 237, 249, 251, 276 s., 279, 333, 342, 463, 486, 525, 546, 549

**S**

**Solidarisme** 20, 164, 272, 277, 282, 307, 357, 390, 462

**Subrogation** 66, 83

**Synallagmatique**, v. contrat synallagmatique

**T**

**Tacite** 84, 194, 196, 221, 258, 268, 296, 390, 531 s.,

**Transparence** 188, 437, 456, 467

**U**

**Unilatéral**, v. contrat unilatéral

**V**

**Vice de consentement** 33, 217, 453, 457

## TABLE DES MATIÈRES

|                                                                                                     |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| AVERTISSEMENTS .....                                                                                | I   |
| REMERCIEMENTS .....                                                                                 | II  |
| LISTE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABREVIATIONS .....                                                   | IV  |
| SOMMAIRE .....                                                                                      | VII |
| INTRODUCTION.....                                                                                   | 1   |
| PREMIERE PARTIE. L'EFFICACITÉ RELATIVE DES INSTRUMENTS CONTRACTUELS<br>DE GESTION DES RISQUES ..... | 25  |
| TITRE I. LA GESTION ALÉATOIRE DES RISQUES POSSIBLES .....                                           | 27  |
| CHAPITRE I. LES ALÉAS EXTERNES AUX CLAUSES DE GESTION DES RISQUES                                   | 28  |
| SECTION I. L'EFFICACITÉ COMPROMISE PAR LE FAIT DU CONTRACTANT.....                                  | 29  |
| PARAGRAPHE I. La neutralisation des sûretés .....                                                   | 29  |
| A. La suspension de la réalisation des sûretés .....                                                | 30  |
| B. L'existence d'un risque de non-paiement.....                                                     | 39  |
| 1. Notion de clôture pour insuffisance d'actifs .....                                               | 40  |
| 2. Les conséquences de la clôture pour insuffisance d'actifs.....                                   | 41  |
| PARAGRAPHE II. La neutralisation des clauses contractuelles .....                                   | 44  |
| A. La discussion relative à la sanction réputée non écrite de certaines clauses du contrat.....     | 44  |
| B. La limite : la clause de réserve de propriété .....                                              | 52  |
| SECTION II. L'EFFICACITÉ ALTÉRÉE PAR L'INTERVENTION DU LEGISLATEUR                                  | 55  |
| PARAGRAPHE I. L'emprise de la loi nouvelle sur le contenu obligationnel du contrat .....            | 57  |
| A. L'intervention <i>crescendo</i> de la loi dans le contenu implicite du contrat.....              | 58  |
| B. L'intervention limitée de la loi nouvelle dans le contenu explicite du contrat.....              | 61  |
| PARAGRAPHE II. L'emprise de la loi nouvelle dans le contenu non obligationnel du contrat            | 62  |
| A. Clauses de stabilisation et loi nouvelle.....                                                    | 63  |
| B. Les Clauses de contrat sans loi et loi nouvelle .....                                            | 69  |
| CHAPITRE II. LES ALÉAS INTERNES AUX CLAUSES DE GESTION DES RISQUES                                  | 71  |
| SECTION I. LES ALÉAS SUBJECTIFS .....                                                               | 73  |
| Paragraphe I. Le comportement des parties contractantes .....                                       | 74  |
| A. Le comportement, cause de la perte d'un droit contractuel .....                                  | 74  |
| B. Le comportement, un obstacle à l'exécution du contrat .....                                      | 76  |

|                                                                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Paragraphe II. L'intervention des tiers .....                                                                         | 79  |
| A. L'identification des clauses de désignation des tiers.....                                                         | 79  |
| B. Les aléas affectant les tiers au contrat .....                                                                     | 85  |
| SECTION II. LES ALÉAS OBJECTIFS .....                                                                                 | 87  |
| Paragraphe I. Les aléas relatifs à la rédaction des clauses de gestion de risques .....                               | 87  |
| A. Les aléas relatifs à la rédaction des clauses pénales et de confidentialité .....                                  | 87  |
| B. Les aléas relatifs à la rédaction des clauses de révision .....                                                    | 92  |
| Paragraphe II. Le caractère abusif des clauses de gestion de risques .....                                            | 99  |
| A. L'abus consécutif à l'existence d'une clause contractuelle : la clause abusive .....                               | 99  |
| B. L'abus consécutif à la mise en œuvre de la clause de gestion .....                                                 | 102 |
| CONCLUSION DU TITRE I.....                                                                                            | 103 |
| TITRE II. LA GESTION ÉGOÏSTE DES RISQUES PROBABLES .....                                                              | 105 |
| CHAPITRE I. LA PARALYSIE DU CONTRAT CONSÉCUTIVE À LA GESTION DES RISQUES .....                                        | 107 |
| SECTION I. LA PARALYSIE PROVISOIRE DU CONTRAT CONSÉCUTIVE À L'EXCEPTION D'INEXÉCUTION.....                            | 108 |
| Paragraphe I. L'exception d'inexécution défensive : un instrument de gestion du risque d'inexécution consommé.....    | 109 |
| A. L'insécurité liée à la mise en œuvre de l'exception d'inexécution défensive.....                                   | 109 |
| B. Les conséquences imprévisibles de l'exception d'inexécution défensive.....                                         | 118 |
| Paragraphe II. L'exception d'inexécution préventive : un instrument de gestion du risque d'inexécution imminente..... | 122 |
| A. La nécessité d'un risque d'inexécution réelle .....                                                                | 123 |
| B. La consignation du prix ou des marchandises .....                                                                  | 128 |
| SECTION II. LA PARALYSIE DÉFINITIVE DU CONTRAT CONSÉCUTIVE À LA ...                                                   | 131 |
| GESTION DE RISQUES.....                                                                                               | 131 |
| Paragraphe I. La résiliation ou résolution unilatérale .....                                                          | 132 |
| A. Le mécanisme de la rupture unilatérale du contrat.....                                                             | 132 |
| B. La problématique de la généralisation de la rupture unilatérale du contrat.....                                    | 141 |
| 1. Les données du problème .....                                                                                      | 141 |
| 2. La solution retenue .....                                                                                          | 144 |
| Paragraphe II. L'exception de nullité .....                                                                           | 145 |
| A. L'exception de nullité relative.....                                                                               | 146 |

|                                                                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B. L'exception de nullité absolue.....                                                                        | 151 |
| CHAPITRE II. LE MAINTIEN DU CONTRAT CONSÉCUTIF À LA GESTION DES RISQUES .....                                 | 152 |
| SECTION I. LE MAINTIEN DU CONTRAT MODIFIÉ CONSÉCUTIF À LA GESTION DES RISQUES .....                           | 153 |
| Paragraphe I. La modification du contrat occasionnée par la réfaction unilatérale .....                       | 154 |
| A. La glose de la réfaction unilatérale du contrat .....                                                      | 154 |
| B. La finalité de la réfaction.....                                                                           | 159 |
| Paragraphe II. La modification du contrat occasionnée par la faculté de remplacement.....                     | 160 |
| A. L'analyse globale de la réfaction unilatérale.....                                                         | 161 |
| B. Les suites de la faculté de remplacement sur la relation contractuelle.....                                | 168 |
| SECTION II. LE MAINTIEN D'UN CONTRAT IRRÉGULIER CONSÉCUTIF À LA ....                                          | 169 |
| GESTION DES RISQUES.....                                                                                      | 169 |
| Paragraphe I. Le maintien d'un contrat annulable : la confirmation.....                                       | 170 |
| A. Les conditions du maintien d'un contrat annulable.....                                                     | 171 |
| B. Les effets du maintien.....                                                                                | 173 |
| Paragraphe II. Le maintien d'un contrat inexécuté : le délai supplémentaire d'exécution .....                 | 175 |
| A. Le régime du délai supplémentaire d'exécution.....                                                         | 175 |
| B. La portée du délai supplémentaire d'exécution .....                                                        | 178 |
| CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....                                                                         | 183 |
| PARTIE II. L'EFFICACITÉ ÉPROUVÉE DES INSTRUMENTS EXTRA CONTRACTUELS DE GESTION DES RISQUES .....              | 185 |
| TITRE I. LES INSTRUMENTS EXTRA CONTRACTUELS, GARANTS DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL.....                          | 188 |
| CHAPITRE I. LA GARANTIE DE L'ÉQUILIBRE JURIDIQUE DU CONTRAT PAR LA RECONNAISSANCE DE CERTAINS PRINCIPES ..... | 190 |
| SECTION I. LE PRINCIPE DE LA PROPORTIONNALITÉ .....                                                           | 190 |
| Paragraphe I. L'essor du principe de proportionnalité en droit des contrats .....                             | 192 |
| A. Genèse du concept de proportionnalité en droit des contrats .....                                          | 192 |
| B. Le fondement du principe de proportionnalité .....                                                         | 196 |
| 1. Un fondement textuel visé par référence au raisonnable .....                                               | 196 |
| 2. Un fondement doctrinal axé sur le solidarisme contractuel .....                                            | 198 |
| Paragraphe II. L'application du principe de proportionnalité en droit des contrats.....                       | 202 |



|                                                                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. La prise en compte du principe de la proportionnalité par la cause du contrat.....                                      | 203 |
| B. La prise en compte du principe de proportionnalité dans la mise en œuvre des sanctions de l'inexécution du contrat..... | 207 |
| SECTION II. LE PRINCIPE DE LA CONFIANCE LÉGITIME .....                                                                     | 209 |
| Paragraphe I. Notion et rôle de la confiance légitime .....                                                                | 209 |
| A. La notion de confiance légitime. ....                                                                                   | 209 |
| B. Le rôle de la confiance légitime en matière contractuelle .....                                                         | 212 |
| Paragraphe II. La sanction de la violation de la confiance légitime .....                                                  | 223 |
| A. La nature de la sanction.....                                                                                           | 223 |
| B. Les différents types de sanction.....                                                                                   | 227 |
| CHAPITRE II. LA GARANTIE DE L'ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE DU CONTRAT PAR LA CONSÉCRATION DE CERTAINES MESURES .....               | 231 |
| SECTION I. L'OBLIGATION DE RENÉGOCIATION .....                                                                             | 232 |
| Paragraphe I. Les origines de l'obligation de renégociation .....                                                          | 234 |
| A. L'obligation de négociation dans les contrats préparatoires et dans les contrats de longue durée .....                  | 234 |
| B. L'obligation de renégociation dans l'avant-projet de l'Acte Uniforme sur le droit des contrats. ....                    | 242 |
| Paragraphe II. Le destin de l'obligation de négociation.....                                                               | 244 |
| A. La réussite des négociations imposées .....                                                                             | 244 |
| B. L'échec des négociations contractuelles.....                                                                            | 246 |
| SECTION II. LA NULLITÉ PARTIELLE .....                                                                                     | 248 |
| Paragraphe I. La notion de la nullité partielle .....                                                                      | 248 |
| A. La définition de la nullité partielle .....                                                                             | 249 |
| B. La spécificité de la nullité partielle.....                                                                             | 250 |
| Paragraphe II. La mise en œuvre de la nullité partielle.....                                                               | 251 |
| A. La nullité partielle consécutive à la réduction du prix .....                                                           | 251 |
| B. La nullité partielle consécutive à la fausseté partielle de la cause.....                                               | 253 |
| CONCLUSION DU TITRE I.....                                                                                                 | 255 |
| TITRE II. LES INSTRUMENTS EXTRA CONTRACTUELS, GARANTS DE LA COMPLÉTUDE CONTRACTUELLE.....                                  | 258 |
| CHAPITRE I. LA COMPLÉTUDE DU CONTRAT GARANTIE PAR LE PRINCIPE DE LA BONNE FOI.....                                         | 261 |
| SECTION I. LA GESTION DES RISQUES CONGÉNITAUX DU CONTRAT .....                                                             | 262 |

|                                                                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Paragraphe I. La bonne foi dans la période précontractuelle .....                                            | 263 |
| A. La bonne foi, révélatrice de l'obligation d'information précontractuelle .....                            | 263 |
| B. La bonne foi, critère d'exécution de l'obligation de négociation dans les avant-contrats .....            | 267 |
| PARAGRAPHE II. La bonne foi, dans la formation du contrat. ....                                              | 270 |
| A. L'interdiction du dol.....                                                                                | 270 |
| B. La protection du tiers par la théorie de l'apparence .....                                                | 273 |
| SECTION II. LA GESTION DES RISQUES POSTNATAUX .....                                                          | 274 |
| Paragraphe I. La bonne foi, un critère d'exécution du contrat .....                                          | 274 |
| A. L'interdiction de l'abus .....                                                                            | 275 |
| B. L'exigence d'un devoir de solidarité dans l'exécution du contrat.....                                     | 280 |
| PARAGRAPHE II. La bonne foi, un critère d'interprétation du contrat .....                                    | 283 |
| A. Les mécanismes d'interprétation du contrat.....                                                           | 284 |
| B. Les méthodes d'interprétation du contrat .....                                                            | 289 |
| CHAPITRE II. LA COMPLÉTUDE DU CONTRAT GARANTIE PAR L'ÉQUITÉ .....                                            | 296 |
| SECTION I. LA GESTION CORRECTIVE DU CONTRAT .....                                                            | 297 |
| Paragraphe I. L'admission discutée de la fonction correctrice de l'équité .....                              | 298 |
| A. Les arguments extrajurisprudentiels contre la fonction correctrice de l'équité .....                      | 299 |
| B. Les obstacles jurisprudentiels à l'admission de l'équité .....                                            | 305 |
| Paragraphe II. L'admission nécessaire de la fonction correctrice de l'équité.....                            | 308 |
| A. La correction des imperfections du contrat par l'équité.....                                              | 308 |
| B. L'équité : un assouplissement de la force obligatoire du contrat .....                                    | 309 |
| SECTION II. LA GESTION SUPPLÉTIVE DU CONTRAT.....                                                            | 311 |
| Paragraphe I. La place de l'équité parmi les instruments de complétude du contrat.....                       | 311 |
| A. La problématique de la hiérarchie entre les différents instruments prévus par l'article 103 C.O.C.C ..... | 311 |
| B. Les relations entre la loi, les usages, la bonne foi et l'équité .....                                    | 314 |
| Paragraphe II. La mise en œuvre de l'équité.....                                                             | 315 |
| A. L'application involontaire de l'équité .....                                                              | 316 |
| B. L'application conventionnelle de l'équité .....                                                           | 317 |
| CONCLUSION DU TITRE II .....                                                                                 | 320 |
| CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE.....                                                                        | 321 |
| CONCLUSION GÉNÉRALE .....                                                                                    | 322 |

|                             |     |
|-----------------------------|-----|
| RÉFÉRENCES DE LECTURE ..... | 324 |
| A/ BIBLIOGRAPHIE .....      | 324 |
| B/ WEBOGRAPHIE .....        | 362 |
| INDEX ALPHABETIQUE .....    | 368 |