RÉPUBLIQUE DU SÉNÉGAL

MINISTÈRE DE L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR DE LA RECHERCHE ET DE L'INNOVATION

UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR

FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

DEPARTEMENT DE DROIT PRIVE

MASTER RECHERCHE DROIT PRIVÉ ET DE SCIENCES CRIMINELLES

OPTION DROIT DES AFFAIRES

MEMOIRE DE MASTER

SUJET

INEXECUTION CONTRACTUELLE ET POUVOIR DU JUGE

Présenté et soutenu par :

Mme Amina MBODJ

Sous la direction dE :

Pr Mouhamed Bachir NIANG,

Agrégé des Facultés de droit.

Année Académique 2019/2020

AVERTISSEMENT

« L'université Cheikh Anta Diop de DAKAR n'entend donner ni approbation, ni improbation sur les opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

Dédicaces

A la mémoire de mon père Sadiouka MBODJ, douloureusement arraché à notre affection, qui a toujours cru en l'aboutissement de ce travail. Le souvenir de ses précieux conseils, de ses infinis encouragements et surtout de ses prières m'a donné la force de mener ce mémoire à son terme.

Ma profonde gratitude va à l'encontre de ma mère Fatou Bintou Rassoul Diop, une battante, source de tendresse, d'amour et d'espoir. Quoique je dise ou fasse, je ne saurai point te remercier comme il se doit. Ton affection, me couvre, ta bienveillance me guide et ta présence à mes côtés a toujours été ma force pour affronter les différents obstacles. Trouve ici le témoignage de ma profonde reconnaissance. Puisse ALLAH te garde en bonne santé et longue vie.

A mes très chers cousins Cheikh Ahmadou Tidiane THIAM et Papa Dame THIAM, qui peut être fier et trouver ici le résultat de longues années de sacrifices pour m'aider à avancer dans ma vie. Qu'ALLAH fasse de sorte que ce travail porte son fruit. Vous avez œuvré pour ma réussite, vos soutiens, tous les sacrifices consentis et précieux conseils et pour toutes vos assistances, recevez à travers ce travail aussi modeste soit-il, l'expression de mes sentiments et de mon éternelle gratitude envers vous.

A ma grande famille de Thiaroye : tonton Fine FAYE, Wagane, Séga, Ablaye BASSON, Aida BASSON, badiène Anna, badiène Mouna, badiène Rokhaya FAYE, Arame …Aucun langage ne saurait exprimer mon respect et ma considération pour votre soutien et encouragements.

A mes fréres et sœurs que j'aime affectueusement : Maimouna, Bigué, Khodia, Papa Issa MBODJ, Aram DIAO, Marème, Djibi TOP et Amy Collé. Cette humble dédicace ne saurait exprimer mon grand respect et ma profonde estime. Que ce travail soit témoignage de ma reconnaissance et de mon amour sincère et fidèle.

A mes amis (es) Fatou Kiné GUEYE, Derguène NDIAYE, Aicha GAYE, Marie GASSAMA, Marie Sow GUEYE, Ousmane GAYE, Khadidiatou SARR, Malick MBOUP, Djibril GAYE, Maguette NDOYE, El Hadji Maguette THIAM, Mouhamadou MBODJ, Cheikh SEYE, Pape Sogui, Ahmed DIA…En témoignage de l'amitié qui nous unit et des souvenirs de tous les moments que nous avons passés ensembles je vous dédie ce travail.

A tous les personnes que je n'ai pas pu citer. Je vous dédie tous ce travail. Qu'ALLAH soit satisfait de vous.

Remerciements

Nombreux sont ceux qui, d'une manière ou d'une autre, ont contribué à la réalisation de ce travail. Qu'il me soit permis de présenter ici mes remerciements à leur égard. L'aboutissement heureux de ce travail n'a été possible que grâce à leurs efforts conjugués.

Il m'est d'abord agréable d'exprimer ma reconnaissance au Professeur Mouhamed Bachir NIANG, mon professeur et encadreur, homme de science et d'esprit dont ses précieux enseignements ont nourri ma réflexion.

J'associe ses remerciements au corps professoral de la FSPJ, pour les différentes consultations faites à propos des points qui soulevaient des doutes à mon niveau.

Merci à tous mes camarades de la L1 à M2

Liste des sigles et abréviations

Al : Alinéa

Art : Article

AUDCG : Acte uniforme portant droit commerciale général

Bull : Bulletin

Cass.civ : Cassation civile

Cass. com : Cassation commerciale

C.C : Code civil

Ch : Chambre

COA : Code des obligations de l'administration

COCC : Code des obligations civiles et commerciales

Coja : Congrès Africain des Juristes d'Affaires

Cons : Consulté

CRES : Consortium pour la Recherche Economique et Sociale

C. Sup : Cour suprême

D. : Recueil Dalloz

DEC : Droit Economique Comparé

Disp. : Disponible

Ed : Edition

FSJP : Faculté des Sciences Juridiques et Politiques

Ibid : Ibidem

Infra : Ci-dessous

LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

Obs. : Observation

OHADA : Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires

Op. cit : opere citato

N° : Numéro

N° spéc : Numéro spécial

P. : page

PUF : Presses Universitaires de France

PP. : pages

RDC : Revue de Droit des Contrats

RDG : Revue Général de droit

RJO : Revue Juridique de l'Ouest

RIDC : Revue International de Droit Comparé

RJTUM : Revue Juridique Thémis de l'Université de Montréal

T. : tome

TI. Tribunal d'instance

V° : Voir

Vol. : Volume

Supra : Ci-dessus

Sommaire

Introduction 1

Chapitre 1 : Le pouvoir sanctionnateur du juge dans l'inexécution contractuelle 10

Section 1 : Le pouvoir sanctionnateur du juge relatif à l'acte 10

Section 2 : Le pouvoir sanctionnateur du juge à l'égard du contractant défaillant 22

Chapitre 2 : Le pouvoir modérateur du juge dans l'inexécution contractuelle ... 35

Section 1 : Le pouvoir modérateur face aux clauses contractuelles 35

Section 2 : Le pouvoir modérateur du juge en raison des changements de circonstances 46

Conclusion 56

« Tout serait pour le mieux si le contrat valablement formé, était exécuté à la satisfaction parfaite des parties »

François Jeunehomme[1]

Introduction

L'idée dans une société organisée serait que les rapports entre des particuliers restent emprunts de convivialité. Malheureusement, ce n'est pas toujours le cas. Les conflits sont donc souvent au centre de ses rapports. Ainsi, désireux d'assurer une bonne conduite et de garantir la cohésion sociale, un certain nombre de règles est élaboré en vue d'atteindre cet objectif. Le droit est l'ensemble des règles qui s'appliquent aux hommes vivant au sein d'une société ou d'une communauté et dont l'inobservation est sanctionnée par l'autorité publique[2]. Les relations privées de ses individus sont soumises aux règles du droit du privé. Ce dernier a la figure dominante le contrat[3]. En effet, la vie en société implique que les individus qui la composent, ont des échanges. Il existe de ce fait un réseau de contrat entre eux. Il n'est nul besoin d'être un juriste pour percevoir que le contrat constitue l'un des rouages essentiels de la vie en société[4]. Il est un acte juridique utilisé quotidiennement pour réaliser des opérations d'une particulière banalité[5]. Il est le support juridique privilégie des relations entre les personnes et l'un des mécanismes essentiels de l'activité économique[6]. Le contrat[7] est un lien de droit par lequel une personne est tenue à une prestation envers une autre. En ce sens le droit des contrats apparait comme une discipline du droit privé applicable aux intervenants de la sphère contractuelle. Il s'intéresse à toutes les familles du droit.

Gouverné par le principe de l'autonomie de la volonté, selon laquelle le contrat repose sur la volonté de ceux qui s'engagent, les parties sont tenues d'exécuter les obligations nées du contrat. En manifestant leur autonomie de la volonté individuelle, les parties contractantes

[1] Jean François JEUNEHOMME, « Introduction à la théorie générale des obligations », Section 7 « l'inexécution des contrats, note de cours 2004-2005, p. 118.
[2]Arion Alain BITSAMANA, *Dictionnaire droit OHADA*, L'Harmattan, 3ème éd., 2015, P.127.
[3]Patrice Samuel Aristide BADJI, « la difficulté systématisation des contrats d'affaires en droit OHADA », p.1, disp., sur http://afrilex.u-bordeaux.fr/wp-content/upload/2021/03/P_Badji_LES_CONTRATS_D_AFFAIRES_BON_DOC.pdf/, consulté le 12 juin 2021 05h12.
[4]François TERRE; Philippe SIMLER; Yves LEQUETTE; François CHENEDE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, 12è éd., 2018, n°17, p. 29.
[5] Louise BOTTIN, *Les sanctions de l'inexécution après la réforme du droit des contrats*, L'Harmattan, 2020, p.13.
[6]Christophe LACHIEVE, Droit des contrats, 5è éd., Ellipses, 2020, p.1.
[7] Art 40 COCC « le contrat est un accord de volonté générateur d'obligation ».

s'assujettissent elles-mêmes et s'engagent à respecter les clauses du contrat. Le contrat tire de la rencontre des volontés sa force contraignante[8]. Elle est une procédure qui crée de norme[9]. Cette norme contractuelle s'identifie par le vocable de la « force obligatoire du contrat ». La force obligatoire du contrat devient le synonyme de l'exécution des obligations. Cette obligation permet au créancier d'exiger son débiteur une action ou une abstention[10].

Socle de l'article 96 COCC « le contrat légalement formé crée entre les parties un lien irrévocable ». Comme dit l'adage, « Pacta sunt servanda » : les conventions doivent être respectées. Cette règle forgée des canonistes a en effet vocation à s'appliquer à tous les rapports contractuels : tout contrat valablement formé doit en principe, être exécuté tel qu'il a été prévu. Le principe de la force obligatoire du contrat qui implique que le contrat soit exécutoire et irrévocable, ne se justifie que s'il y a exécution simultanée des obligations corrélatives de chacune des parties[11]. Le contrat naît certes d'un accord de volonté, mais une fois cet accord donné, il devient obligatoire et contraignant. PORTALIS illustre cet état de fait en ses termes « on est libre de prendre un engagement ou de ne pas le prendre ; mais on n'est pas libre de l'exécuter ou de ne pas l'exécuter quand on l'a pris. Le premier devoir de toute personne qui s'engage est d'observer les pactes qu'elle a consenties et d'être fidèle la foi promise »[12]. En conséquence, l'exécution volontaire de l'obligation souscrite marque la fin prometteuse du contrat. Généralement, les parties qui concluent un contrat entendent faire de pari sur la durée et les modalités d'exécution de leurs engagements contractuels. Lorsque le contrat est parfaitement et paisiblement exécuté, le pari est gagné. Il n'y aura pas eu de heurt et les relations se seront éteintes dans la bonne humeur, dans une poignée de main ou un clin d'œil amical. Qui dit pari, dit aléa. Cela dit, dès la conclusion du contrat, le circuit de celui-ci comporte de risque d'exécution. En effet, il peut arriver que les prescriptions contractuelles ne soient guère respectées par les parties ; ce qui entraine un écart ou de déviations à la ligne de

[8]François TERRE; Philippe SIMLER; Yves LEQUETTE; François CHENEDE, *op. cit*, n°22, p.33.
[9]Hans KELSEN, « *La théorie juridique des convention* », Archive de philosophie du droit et de sociologie juridique, Paris, Sirey, 1940, cité par ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael, « Kelsen et la théorie du contrat » *in* Actualité de Kelsen en France, dir. de Carlos Miguel Herrera, Paris, LGDJ., coll. La pensée juridique, 2001, p. 1, disponible sur : https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01651976/document. Cons le 16 janvier 2021.
[10] Art 1 « l'obligation lie un débiteur à son créancier en donnant à celui-ci le droit d'exiger une prestation ou une abstention ».
[11]Brigitte LEFEBVRE, « La rupture du contrat pour cause d'inexécution : Regard sur le rôle de la bonne foi », *RGD*, vol.36, n°1, 2006, p.71, disp., sur : http:// www.erudit.org/fr/revues/rgd/2006-v36-n1-rgd1560/1027102ar/ , consulté le 22 mars 2021.
[12]Bernard BEIGNIER, « Portalis et le droit naturel dans le code civil » *in Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°6, 1988, p.81, disp., sur : https://www.ohada.com/documentation/doctrine.html?auteur=guidakre_bamanga-daga, consulté le 23 février 2020 à 23h40.

conduite initialement tracée. De ce fait, le contrat peut être appelé à traverser des zones de turbulence et, ainsi, s'exposer à des risques de perturbations qui en hypothéqueront l'exécution ou la bonne exécution. Ces situations peuvent faire naître des litiges entrainant ainsi une brèche de cette relation juridique. La séparation se passe parfois bien, notamment lorsque les contractants ont vécu d'amour et d'eau fraîche ; elle se passe souvent mal lorsque sont en cause d'importants enjeux financiers[13]. Exécuter correctement ce dont qu'on s'est tenu, revient à assurer la pérennité des relations d'affaires. Celles-ci ayant pour pivot le contrat, son exécution crée un rapport de confiance entre les parties. Cependant, son inexécution remue l'attente du créancier vis-à-vis de son débiteur. Si l'inexécution persiste, le créancier souffre d'une obligation non honorée par son débiteur dont le droit des contrats ne saurait demeurer passif face à cette situation qui rompt l'équilibre des transactions[14]. Il faut alors déterminer les torts et liquider l'accord[15]. Le droit naît souvent d'une épreuve de force entre les intérêts des parties en cause. Celui qui triomphe dans le duel judiciaire voit reconnu son droit à l'encontre de celui qui succombe[16]. La force publique impose aux litigants le recours à l'intervention d'une tierce personne susceptible de vider la dispute et, auquel on reconnait la légitimité. Et le juge, gardien du pouvoir de dire le droit, de trancher les litiges, doit alors intervenir. C'est de cette situation symptomatique de la relation contractuelle dont il est question dans le cadre de cette réflexion : « Inexécution contractuelle et pouvoir du juge ».

L'approche définitoire de la notion de « juge » nous met sur la sellette de l'essence même de ce concept. Le juge n'est-il pas naturellement, dans la société, la seule autorité républicaine investie de dire le droit, de créer la jurisprudence et d'appliquer la loi aux citoyens qu'ils soient riches ou pauvres, faibles ou puissants, innocents ou coupables[17]? Á cette interrogation, Beaucoup d'auteurs ont essayé d'apporter une réponse. Selon le professeur MONTESQUIEU, « le juge est la bouche qui prononce les paroles de la loi »[18]. M. Georges WIEDERKEHR, dans une étude, dit que : « dire que le juge est celui qui juge ne permet pas de cerner cette

[13]Patrice Samuel Aristide BADDJI, « La mise en cohérence des règles relatives à la sanction de l'inexécution des obligations », *in COCC du Sénégal : 50ans après*, vol.1, L'Harmattan-Sénégal, 2018, p.42.
[14]Pierre-André DESTREE, *Etude sur la sanction de l'inexécution des obligations de faire*, Université Panthéon Assas (Paris II), 2005-2006, p.6, disp., sur : https://mja-assas.fr/wp-content/uploads/Etude-sur-la-sanction-de-linexécution-des-obligations-de-faire_Pierre-André-DESTREE_2006.pdf , consulté le 02 janvier 2021 à 01h40
[15] Patrice Samuel Aristide BADDJI, *ibid*.
[16]Jean RIVERO ; Jean SAVATIER, *Droit du travail*, Thémis, 7ème éd., 1978, p.261.
[17] Demba SY, « Les magistrats au Sénégal » *in Nouvelles annales africaines*, n°2-2008, p. 294.
[18] Charles MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, L.XI, chap. VI, cité par DAUCHY Serge, « Le juge, bouche de la loi. A propos de la célèbre métaphore de Montesquieu », p.1, disp., sur : https://hal-univ-lille.fr/hal-02959170/document consulté le 16 octobre 2021, 23h09.

notion. Le juge est plutôt celui qui juge selon les lois et fixe le droit[19] ». Étymologiquement, le mot juge découlant du latin « judex »désigne toute juridiction quelle que soit son degré, sa composition, l'origine de son investiture dotée d'un pouvoir juridictionnel, le pouvoir de dire le droit, de trancher un litige[20]. Le juge est le nom donné aux magistrats, qui sont chargé de rendre la justice, qu'il soit professionnel ou non[21]. Le mot "juge" est une désignation générique qui s'applique d'abord aux professionnels dont la situation est régie par le statut de la magistrature et qui, à des degrés divers, participent au fonctionnement du service public de la justice, bien que ce terme générique puisse renvoyer au sens large à toute personne à laquelle les parties ont confié la mission de régler leur litige contractuel. Spécifiquement le terme juge désigne une personne physique investie par l'État du pouvoir de dire le droit ou de trancher un litige. Lorsqu'on parle du juge étatique, il s'agit du magistrat du siège. Celui-ci sous peine de déni de justice, se doit de trancher les litiges qui lui sont soumis[22]. Le juge est une notion à sens duel, il est du point de vue institutionnel, une juridiction, alors que du point de vue personnel, le juge est celui qui est compétent pour trancher les litiges. Dans les rapports contractuels, le juge prend la dénomination du « juge du contrat » qui renvoie donc à tout juge professionnel qui intervient lorsque naît un litige relatif aux contrats. Il faut noter que le juge du contrat ne peut être saisi, de façon générale que par les parties au contrat. Á ce titre, il dispose de certains pouvoirs dont celui de constater les nullités, d'indemniser les parties au contrat, bref de statuer sur tout différend qui peut naître de l'exécution du contrat[23].

Le pouvoir c'est la capacité dévolue à une personne, d'utiliser les moyens propres de faire l'exercice de la compétence qui lui est attribuée soit par la loi, soit par un mandat dit procuration. Le pouvoir du juge apparaît, sous cet éclairage, comme l'ensemble des obligations et des prérogatives attachées à la fonction de juger.

Situation qui ne permet pas la réalisation de ce qui était attendu du contrat et qui peut être, dès lors, source de contentieux, le concept d'inexécution dans son orientation juridique révèle de diverses appréhensions. En droit français, la doctrine a été divisée relativement au sens qu'il faut donner à l'inexécution. Si pour certains, il s'agit d'une faute du débiteur, pour d'autres,

---

[19]Georges WIEDERKEHR, *« Qu'est-ce qu'un juge ? », in Nouveaux juge, nouveaux pouvoir*, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz, 1996, p. 575.
[20] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10ème éd., Paris 2015, p.569.
[21]Irène-Marie HADJIMALIS; Mouhamed Aly THIAM*, L'office du juge*, L'Harmattan, 2021, p.7.
[22] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, *ibid*, p.580.
[23]Aude BOKA BOUURO, *Le juge du contrat et la clause résolutoire*, Thèse présentée en vue de l'obtention du Grade de Docteur, Université de Nantes sous le sceau de l'Université Bretagne Loire, 09 novembre 2017, p.17, disp., sur : https://www.theses.fr/2017NANT3027 , consulté le 16 juin 2021 à 02h 20.

l'inexécution renvoie à la frustration du créancier[24]. « Inexécution » de préfixe « in » et du radical « exécution » est une négation de la notion d'exécution qui est tantôt présentée comme « l'accomplissement, par le débiteur, de la promesse due » ou bien encore comme « le fait de remplir son obligation ». Á travers la définition du paiement par le législateur sénégalais, la notion d'inexécution renvoie à l'envers du paiement[25].

Classiquement le terme « inexécution » semble désigner tout type de manquement à une obligation contractuelle. Á cet égard, l'inexécution peut être un défaut total d'exécution, une exécution partielle, défectueuse ou tardive[26]. Elle s'apprécie, selon différents registres : quantitatif, car l'inexécution peut être totale ou partielle, selon que toutes les prestations promises ont ou ne sont pas complètement fournis ; qualitatif, car l'inexécution sera de bonne ou mauvaise selon que le débiteur aura ou non mis à l'exécution de ses obligations, toute la diligence, la compétence, la loyauté qu'on pouvait attendre de lui ; temporel, car l'exécution sera ponctuelle ou tardive selon que l'échange fixée aura ou non été dépassée[27]. L'inexécution renvoie à l'idée de faute, de mauvaise action ou bien de défaillance[28]. L'inexécution est donc la méconnaissance d'une obligation contenue dans le contrat qui cause un dommage. Elle peut revêtir d'un caractère dolosif. Le dol dans l'exécution du contrat est traditionnellement défini par la doctrine française comme le fait volontaire, voire intentionnel du contractant qui aboutit à une mauvaise exécution ou inexécution du contrat. L'inexécution suppose la réunion de deux conditions en occurrence l'insatisfaction du créancier et la violation par le débiteur de ses engagements contractuels. Pour parler d'inexécution, il faut que « non seulement l'obligation n'a pas atteint son but mais qu'en outre son objet n'ait pas été respecté par le promettant ».

Traiter le pouvoir du juge et l'inexécution du contrat revient à mettre un accent particulier sur l'office du juge dans la sanction de l'inexécution du contrat. Cette question de l'intervention du juge dans l'inexécution contractuelle sera abordée dans le jargon du droit privé des contrats en faisant fi au contrat administration dont celle-ci n'a besoin guère de saisir le juge pour sanctionner l'inexécution de ses obligations par son cocontractant. Elle dispose des pouvoirs unilatéraux de direction, de contrôle et de sanction ; qu'il s'agisse de sanctions coercitives,

[24] Patrice Samuel Aristide BADJI, *op. cit.*
[25] Art 162 COCC « le paiement est l'exécution volontaire d'une obligation antérieure ».
[26] Gérard LEGIER; Laetitia TRANCHANT, Vincent EGEA, *Droit civil : Les obligations,* Dalloz 21ème éd., 2014, p.77 ; art 7.1.1 des principes Unidroit : « Par inexécution, on entend tout manquement par une partie à l'une quelconque de ses obligations résultant du contrat, y compris l'exécution défectueuse ou tardive ».
[27] Philippe MALAURIE, Laurant AYNES, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations,* LGDJ, 8ème éd., mise à jour 1er août 2016, n°872.
[28]Isabelle ALVAREZ, *Essai sur la notion d'exécution contractuelle*, L'Harmattan, 2017, p. 33.

pécuniaires ou résolutoires ; ainsi que du pouvoir de résilier ou de modifier le contrat pour des motifs d'intérêt général qui lui permettent d'éviter d'avoir à saisir le juge pour prononcer de telles mesures[29]. En outre, en raison du caractère d'intérêt général des contrats administratifs, les prorogations reconnues aux cocontractants dans les relations privées reçoivent de restriction. En effet, le cocontractant est tenu de poursuivre l'exécution de ses obligations en dépit de l'inexécution par l'administration des siennes[30] alors que les fautes du cocontractant autorisent l'administration à ne pas honorer ses engagements.

Dans ce même sillage, abstraction sera faite à l'inexécution objective du contrat qui fait intervenir un tiers dans la réalisation des causes d'inexécution du contrat. En effet, le régime de l'inexécution contractuelle n'a de sens que dans les relations entre les parties à un même contrat : celui-ci doit lier la victime à l'auteur du dommage[31]. Si un tiers provoque l'inexécution d'un contrat au préjudice de l'une des parties, sa responsabilité ne pourra être recherchée que sur le plan délictueux[32]. Le juge ne peut donc le sanctionner que sur le terrain de la responsabilité civile extracontractuelle. L'exception d'inexécution[33] qui est une sanction de l'inexécution contractuelle ne sera non plus abordée dans le cadre de cette étude en raison de son caractère extrajudiciaire. L'exception d'inexécution permet à la victime de l'inexécution de refuser d'exécuter son obligation réciproque, sans recourir au juge, aussi longtemps que son cocontractant persiste dans son refus injustifié[34]. L'exception d'inexécution telle qu'envisagée en droit de commun des contrats s'analyse comme une mesure curative puisqu'elle sanctionne un manquement contractuelle constaté ou avéré.

Partant de ces considérations, on s'interroge sur l'office du juge dans l'inexécution du contrat en tant qu'autonomie de la volonté et la question que l'on se pose est de savoir : quel est le rôle du juge en cas d'absence ou d'exécution défectueuse du contrat ?

L'intervention du juge dans l'inexécution contractuelle ravive le débat sur la force obligatoire du contrat. On sait, en effet, que la doctrine s'est âprement divisée sur la question. Certains auteurs réfutent la thèse interventionniste du juge dans l'inexécution du contrat, accord de volonté des cocontractants. Ainsi, en vertu du principe de l'effet relatif des conventions, le

[29] Eveillard GWELTAZ, « Les pouvoirs du juges de l'exécution du contrat», *in* Les juges du contrat administratif ; actes de la journée d'études de l'AEDP, 2 avril 2013, *Revue juridique de l'Ouest*, 2014-3, p. 77.
[30] Art 73 COA « l'inexécution par l'administration des obligations lui incombant n'autorise en aucun cas son co-contractant à suspendre ses prestations ».
[31]Patrice Samuel Aristide BADJI, *op. cit,* p.46.
[32]Patrice JOURDAN, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 9è éd., 2014, p.36.
[33] Art 104 al 1 COCC « Dans les contrats synallagmatiques, chacun des cocontractants peut refuser de remplir son obligation tant que l'autre n'exécute pas la tienne ».
[34]Louise BOTTIN, *op. cit,* p.46.

contrat légalement formé tient lieu de loi à ceux qui l'ont conclu. La volonté des parties irrigue donc le contrat tout entier. La justice contractuelle était alors comprise comme l'écho de la liberté dès lors que la volonté de l'homme s'exprime librement, le contrat auquel elle donne naissance est un contrat nécessairement juste et équilibré. Á cet égard, la justice contractuelle est laissée à l'appréciation des parties ; le juge ne tient donc qu'une place limitée sans pouvoir jouer le rôle dans cet équilibre du contrat voulu par les parties et fruit de leur liberté[35]. Le créancier, victime de l'absence ou la mauvaise exécution de son obligation dispose d'une panoplie de choix[36]. Cette faculté de choix de la sanction de l'inexécution du contrat trouve son siège en droit Sénégalais à travers l'art 105 COCC. Cette disposition dispose : « dans les mêmes contrats, 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 ». L'évolution du droit français des contrats aille dans ce même sens. Ainsi, avec la réforme du droit des contrats intervenus en droit français[37], on assiste à une redéfinition des pouvoirs du juge dans l'inexécution contractuelle. Son intervention qui était jugée essentielle s'amoindrit au profit de la faculté offerte à la partie créancière de l'obligation inexécutée. Désormais c'est au créancier qu'il revient de choisir et d'exercer les sanctions en cas de manquement du débiteur aux stipulations contractuelles. En dépit de cette refonte, le juge continue à exercer son office. Il encadre les sanctions de l'inexécution du contrat en contrôlant a priori celles-ci.

Par ailleurs, l'intervention du juge dans l'inexécution du contrat est essentielle dans la mesure où lorsque les relations contractuelles se grippent, le juge doit veiller au maintien des intérêts antagonistes du débiteur et du créancier afin d'éviter que ce dernier ne puisse prendre prétexte de la moindre défaillance pour contraindre le débiteur à s'exécuter ou à rompre le contrat. Il joue un rôle crucial dans l'inexécution du contrat. Il est le plus apte à rendre une justice contractuelle. De ce fait, ces pouvoirs n'ont cessé d'augmenter au point où on se demande si le juge est encore tenu de respecter la loi contractuelle. C'est dire combien le rôle du juge, que ce soit sous l'angle de l'essor de ses pouvoirs ou à l'inverse de son éviction demeure au centre des débats. Son immixtion, qui était jugé au départ, dangereuse, trouve de plus en plus un regain de faveur[38]. Le recours à l'autorité publique se justifie par la recherche d'un juste équilibre

[35] De Vincelles Carole AUBERT, *Droit des obligations*, t. 1, PrepaDalloz-exam du CREPA, 2014, p.18.
[36] Art 1217 nouveau C.C.
[37] L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[38]Aude BOKA BOUURO, *op. cit*, p.27.

entre les droits en présence. Il est ainsi inconcevable d'écarter le juge du jeu du contentieux contractuel. Au-delà du fait qu'il soit garant du respect de la force obligatoire du contrat, son intervention constitue l'assurance d'une justice contractuelle et une garantie des intérêts des parties. En ce sens la pratique démontre que le juge révise, modifie, retranche et modère le contrat. Il y a en outre une possibilité offerte au juge de réduire l'obligation du créancier, à sa demande suite au manquement grave du cocontractant[39]. Dans cette optique, on considère, en effet, que l'inexécution d'un contrat ne lèse pas seulement les intérêts du créancier, mais trouble aussi l'ordre juridique tout entier dans la mesure où le contrat est le principal instrument d'échange entre les hommes. Dès lors les parties au contrat se doivent de respecter les engagements qu'elles ont librement consentis. L'inobservation de leurs engagements contractuels déclenche l'intervention de l'autorité publique.

La force obligatoire du contrat et le respect de la parole donnée suppose bien entendu une sanction[40]. Il sera nécessaire donc de justifier et d'encourager l'intervention du juge dans le contrat inexécuté. En effet, si le débiteur manque à l'exécution de l'obligation à laquelle il est tenu, une sanction doit être prise à son encontre. Le créancier doit saisir le juge. La citation en justice du débiteur est subordonnée à une mise en demeure du créancier. Cette exigence a pour but d'alerter le débiteur sur sa défaillance et de favoriser l'exécution volontaire. La sanction de l'inexécution contractuelle ne peut être mise en œuvre sans un examen au préalable des causes d'inexécution. A priori, le juge exerce un contrôle de l'inexécution du contrat. Ainsi, il peut arriver donc que les causes de l'inexécution soient imputables au débiteur. Il en est le cas lorsque le débiteur manque gravement à ses obligations en refusant d'honorer ses engagements. En revanche, il y est des situations où l'inexécution ou la mauvaise exécution de l'obligation n'est pas imputable au débiteur. Il s'agit des changements de circonstances postérieures à la conclusion du contrat occasionnant des difficultés d'exécution de l'obligation prescrite. Ainsi, l'examen de la recherche des causes d'inexécution du contrat conduit au juge à prononcer sa sentence. Dans tous les cas, le juge intervient soit pour prononcer de sanction contractuelle à l'encontre du débiteur défaillant soit pour moduler le contrat. Les sanctions contractuelles sont donc des solutions offertes par le droit dans l'hypothèse d'une inexécution contractuelle. Parmi ces sanctions, il y a celles qui visent à l'exécution du contrat, celles qui visent au contraire à

[39] Isaac Yankhoba NDIAYE, « Leçon inaugurale : Le COCC, cinquante après (regard furtif) », *in COCC 50 ans après*, vol. 1, L'Harmattan-Sénégal, 2018, p.16

[40] Christian LARROUMET, *Droit civil : les obligations ; le contrat*, t. III, 2e partie : effets, Economica, 6e éd., 2007, n°596, p.624.

l'anéantissement du contrat et celles qui visent à réparer les dommages résultant de l'inexécution contractuelle.

En vertu du principe de la liberté contractuelle, les cocontractants peuvent alors décider de prévoir les conséquences juridiques qui pourraient impacter sur la vie du contrat. Ils peuvent ainsi, en amont encadrer le choix des sanctions de l'inexécution du contrat, excluant de ce fait tout mainmise du juge. En dépit, de toute politique des cocontractants dans la mise en œuvre des sanctions de l'inexécution du contrat par le juge, celui-ci reste le système central pour l'effectivité des sanctions de l'inexécution du contrat. Le juge peut toujours intervenir dans le contrat afin de corriger ou de contrôler la portée de la sanction mise en œuvre. Il en est ainsi en cas de l'insertion d'une clause permettant de sanctionner la défaillance d'une des parties au contrat. Il ne faut pas voir le juge comme le ciseau qui amorce le tissu contractuel quand il y'a de fissures. Son pouvoir de sanction n'est pas absolu, ni exclusif. Il peut en lieu et place de la sanction jouer un rôle de modérateur. Il a dans ce cas le pouvoir de revisiter le contrat en cas d'inexécution. Ainsi, lorsque des situations étrangères à la conclusion du contrat bouleversent les prévisions contractuelles et de ce fait, entrainant un contentieux dans l'exécution du contrat, il revient au juge de modérer le contrat en le modifiant ou le révisant.

En sus de ces considérations, nous envisagerons de voir le pouvoir sanctionnateur du juge dans l'inexécution du contrat (Chapitre I) avant d'étudier celui visant à moduler le contrat inexécuté (Chapitre II)

Chapitre 1 : Le pouvoir sanctionnateur du juge dans l'inexécution contractuelle

Le manquement à l'obligation souscrite confère au créancier de l'obligation le droit de saisir le juge afin de sanctionner le cocontractant défaillant. L'analyse des pouvoirs du juge dans l'inexécution du contrat révèle une monopolisation des sanctions du retard ou de la mauvaise exécution de l'obligation contractuelle. Malgré le choix de la sanction offerte au créancier de l'inexécution contractuelle, il appartient au juge de déterminer la sanction applicable à l'encontre du débiteur récalcitrant. Son office s'apprécie, selon l'intensité de l'inexécution du contrat. Ainsi, il peut prononcer de sanctions relatives à l'acte (section 1) ou à l'encontre du débiteur défaillant (section2).

Section 1 : Le pouvoir sanctionnateur du juge relatif à l'acte

La défaillance contractuelle qui renvoie à la carence, le manquement à ses obligations assumées en vertu du contrat peut avoir des incidences sur le contrat. La défaillance de l'une des parties au contrat donne droit au cocontractant de saisir le juge. Celui-ci est chargé de départager les parties de leur contentieux. La recevabilité de l'action du créancier engendre de sanction à l'encontre du débiteur récalcitrant. Le juge peut fragmenter l'union contractuelle en raison de l'impossibilité pour le débiteur d'honorer ses engagements contractuels et que le créancier ne souhaite plus ancrer dans les liens du contrat (paragraphe 2), ou obliger le débiteur à honorer ses engagements (paragraphe 1).

Paragraphe 1 : La sanction visant à l'exécution du contrat

Comme l'écrivait le Doyen CARBONNIER « l'obligation juridique peut trouver son achèvement dans une exécution forcée »[41]. L'exécution forcée est une sanction aux manquements de l'obligation contractuelle. Le législateur sénégalais stipule que « tout débiteur mis en demeure qui n'exécute pas peut y être contraint par les voies de droit »[42]. Partant de cette stipulation, l'exécution forcée s'entend comme une procédure juridique permettant à l'une ou l'autre des parties de faire autoriser par un juge ou tout autre autorité judicaire[43], l'application immédiate d'un contrat. Le créancier de l'obligation inexécutée peut actionner en exécution

[41]Jean CABONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10è éd., 2001, p. 325.
[42] Art 194 al1 COCC.
[43] Huissier de justice est l'autorité judiciaire habile à prononcer une mesure d'exécution forcée à l'encontre d'un contractant qui est dans l'impossibilité d'honorer ses engagements contractuels

forcée le débiteur défaillant de lui fournir exactement ce à quoi il s'était engagé. Ce principe est posé à l'art 28 AUVE qui dispose « A défaut d'exécution volontaire, tout créancier[44] peut, quelle que soit la nature de sa créance, dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard… ». L'art 30 AUVE exclut du champ de l'exécution forcée et des mesures conservatoires, les personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution. Partant de ses considérations, il serait judicieux de voir les mesures d'exécutions forcées (A) avant de s'attarder sur les modalités d'exécutions (B).

A. Les mesures d'exécutions forcées

L'exécution est le dénouement normal d'une obligation contractuelle. En conséquence de la force obligatoire du contrat, le créancier a droit à l'exécution. Ce droit regroupe l'ensemble des moyens légaux dont dispose une personne qui souhaite obtenir l'exécution, sinon volontaire, au mieux forcée, des obligations dont elle est créancière[45]. En cas d'inexécution avérée, ce droit va s'exprimer par une action en exécution forcée visant à contraindre, directement ou indirectement, le débiteur à fournir sa prestation promise. L'insolvabilité ou la mauvaise volonté du débiteur entraine un défaut de paiement. Ce dernier s'analyse comme une inexécution de l'obligation contractuelle à charge du débiteur. Ainsi, le créancier dont l'obligation n'a pas été exécutée, peut obtenir du juge la condamnation du débiteur à exécuter sa prestation. Ce droit à l'exécution forcée est clairement défini par le COCC et le législateur communautaire des voies d'exécution. Il se différencie du droit de l'exécution forcée qui appréhende l'ensemble du droit objectif relatif à l'exécution des décisions de justice et autres titres exécutoires. Contrairement au droit de l'exécution forcée, le droit à l'exécution forcée s'entend comme une contrainte prononcée par le juge à l'égard du débiteur à exécuter personnellement son obligation. Elle est une prérogative reconnue à tout créancier pour la défense de ses droits et intérêts, en présence d'un débiteur récalcitrant. Ainsi, lorsque le débiteur n'exécute pas spontanément son obligation, le créancier peut demander cette exécution en justice[46]. Ce droit de contrainte du créancier ne peut être mise en œuvre sans une preuve de la passivité du débiteur. En effet, le créancier doit prouver l'existence de sa créance. L'art 9 al1 COCC dispose : « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit en prouver l'existence ». Pour ce faire, la meilleure technique consiste à mettre le débiteur en demeure de remplir ses

[44] « Tout créancier », il faut attendre delà toute personne titulaire d'un droit de créance, c'est-à-dire encore toute personne envers qui une autre est obligée.
[45]Anne LEBORGNE, *Droit de l'exécution : voies d'exécution et procédures de distribution, Dalloz*, 2è éd., 2014, p.1 n°1.
[46] Jean- Pierre SCARANO, *Dictionnaire de droit des obligations*, Ellipses, nouvelle édition, p.112.

obligations, qu'il s'agisse d'une obligation de payer, de donner ou de faire[47]. La mise en œuvre du droit à l'exécution forcée a pour soubassement l'existence de l'obligation du débiteur. La créance dont se prévaut le créancier doit être certaine[48], liquide et exigible[49] et, préalablement le débiteur doit avoir été mis en demeure de s'exécuter[50]. Et l'existence de cette créance doit être constatée par un titre exécution qui peut être soit provisoire, soit définitive. Ce titre fonde la mise en œuvre du droit à l'exécution forcée. Le créancier qui poursuit l'exécution forcée doit se munir d'un titre exécutoire[51]. Un acte notarié en constitue un s'il comporte la formule exécutoire. La liste des titres exécutoires a été dressée de façon limitative par le législateur OHADA[52]. En principe le titre exécutoire n'est susceptible d'exécution forcée qu'après l'apposition de la formule exécutoire. Elle autorise de ce fait en absence d'exécution volontaire, le recours à la force publique. Si le contrat est sous-seing privé, le créancier devra obtenir la condamnation du débiteur à l'exécution pour pouvoir le forcer. En conséquence, en cas d'inexécution, une décision du juge est nécessaire pour procéder à l'exécution forcée. On apprécie réellement l'office du juge dans l'inexécution du contrat en raison du choix de la sanction. Le juge dispose ainsi de large pouvoir en la matière.

En vertu des pouvoirs qui lui sont conférés, il peut astreindre le débiteur défaillant à exécuter son obligation. Trouvant son assise dans le COCC[53], l'astreinte est une condamnation au paiement d'une somme d'argent prononcé à titre accessoire par le juge pour exercer une pression sur le débiteur et l'inciter, le forcer à exécuter la condamnation[54]. Á ce titre, l'art 196 COCC dispose : « l'exécution de toute l'obligation peut être obtenue par une astreinte prononcée par le juge compétent pour constater l'existence de l'obligation ». Cette astreinte posée dans son principe à l'art 196 est détachée de toute fonction réparatrice. L'astreinte est

[47]Anne LEBORGNE, « Effectivité du droit à l'exécution forcée du créancier et silence des personnes légalement requises », Les cahier de droit, V. 56, n°3-4, septembre-décembre 2015, p.452.
[48] Une créance est dite certaine lorsqu'elle a une existence actuelle et incontestable. Ce qui exclut du champ de l'exécution forcée les créances conditionnelles et éventuelles.
[49] Art 31 AUVE « L'exécution forcée n'est ouverte qu'au créancier justifiant d'une créance certaine, liquide et exigible sous réserve des dispositions relatives à l'appréhension et à la revendication des meubles ».
[50] Art 194 al1 COCC « Tout débiteur mis en demeure qui ne s'exécute pas peut y être contraint par les voies de droit ».
[51] Kahisha Alidor MUNEMEKA, *Le droit OHADA de l'exécution forcée*, Academia-L'Harmattan, p.21.
[52] Art 33 AUVE « Constitue des titres exécutoires
1-les décisions juridictionnelles revêtues de la formule exécutoire et celles qui sont exécutoires sur minutes ;
2-les actes et décisions juridictionnelles étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarés exécutoires par une décision juridictionnelle, non susceptibles de recours d'exécution, de l'Etat dans lequel ce titre est invoqué ;
3- les procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties ;
4- les actes notariés revêtus de la formule exécutoire ;
5- les décisions auxquelles la loi nationale de chaque Etat parties attache les effets d'une décision judiciaire ».
[53] Art 196 et s COCC.
[54] Remy CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, 13è éd., 2018, p. 396, n°473.

essentiellement une mesure, une voie d'exécution, un levier à l'aide duquel on pèse sur la volonté du débiteur pour lui arracher l'accomplissement d'une obligation de faire. Elle est une pénalité[55] infligée par le juge au débiteur défaillant afin de le contraindre à exécuter son obligation. Il en est ainsi lorsque le juge condamne le débiteur récalcitrant au paiement d'une somme d'argent pour jour de retard de l'exécution des engagements prescrits. Le juge peut en outre, ordonner des mesures conservatoires. Celles-ci sont destinées à faire placer les biens du débiteur sous mains de justice afin d'assurer l'efficacité des mesures d'exécution qui seront prises par le juge. Organiser par le législateur communautaire des voies d'exécution à travers les articles 54 et s AUVE, les mesures conservatoires tendent à rendre indisponible un bien ou une créance dans le patrimoine du débiteur[56]. Les mesures conservatoires ont pour objet de pallier les inconvénients de la disparité des biens du débiteur récalcitrant. En effet, le créancier peut craindre que son débiteur ne fasse disparaitre des biens objet de son droit de gage général. La mesure conservatoire est une mesure d'attente, destinée simplement à protéger le droit de gage du créancier dans l'attente de son paiement[57]. Le juge peut aussi accorder un délai de grâce[58] au débiteur défaillant en considération de sa situation. Ce délai est une marge de temps accordée au débiteur afin de lui permettre d'exécuter son obligation.

Ces mesures d'exécution aboutissent à la réalisation de l'exécution forcée qui s'effectue, selon diverses modalités.

B. Les modalités d'exécutions forcées

Le souhait de tout créancier est d'obtenir satisfaction, une satisfaction de la part de son cocontractant. En effet, le contrat est signé entre les parties pour être respecté et exécuté. Lorsque l'une des parties manque à son engagement contractuel, le juge peut, à la demande de la partie la plus diligente, prononcer l'exécution forcée de l'obligation souscrite par le cocontractant défaillant. Á ce titre, l'art 6 COCC oblige tout débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire d'exécuter complètement son obligation. On en déduit de cette disposition

[55] Art 199 COCC dispose : « L'astreinte définitive est une pénalité infligée au débiteur, elle est allouée au créancier indépendamment de tous dommages et intérêts compensatoires ou moratoires ».
[56] Art 56 AUVE « la saisie conservatoire peut porter sur tous les biens mobiliers, corporels ou incorporels, appartenant au débiteur. Elle les rend indisponible ».
[57] Rémy CABRILLAC, *op. cit*, p. 395, n° 469.
[58] Art 173 al 1 COCC « Toutefois, en dehors de la volonté du créancier et quelle que soit la nature de l'obligation, le débiteur peut bénéficier de délais de paiement par suite d'un moratoire légal ou d'un délai de grâce que lui accorde la juge » ; art 39 al 2 AUVE « Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, la juridiction compétente peut, sauf pour les dettes d'aliments et les dettes cambiaires, reporter les paiements des sommes dues dans la limite d'une année. Elle peut également décidé que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital ».

que le législateur entend faire l'exécution du contrat une obligation. Ainsi, pour préserver la teneur du principe de la force obligatoire du contrat, le juge peut ordonner l'exécution en nature de l'obligation du débiteur défaillant. Elle consiste dans un contrat, à contraindre le débiteur à exécuter l'obligation qu'il n'a pas ou qu'il a mal exécutée. Autrement dit, l'exécution forcée en nature vise à obliger le débiteur à exécuter le contrat, selon les modalités convenues. Elle vient naturellement comme un corollaire de la « pacta sunt servanda ». Ce principe de l'exécution forcée en nature découle de la force obligatoire des contrats. A travers une formule simpliste, LAITHIER démontre la portée de la force obligatoire du contrat : « si chacun est libre de ne plus vouloir être libre, personne n'est libre de ne plus vouloir être lié »[59]. Partant de là, admettons que le principe de la force obligatoire des contrats s'impose aux parties dès l'instant que leur volonté de s'engager ait été expressément exprimé. L'expression de ce sentiment crée de normes contractuelles à leurs égards. Les parties sont donc tenues d'exécuter leur engagement de bonne foi[60]. Le manquement à l'obligation d'exécuter son obligation contractuelle fait de l'intervention de la force publique une nécessité. Certes le contrat est l'affaire des parties, mais peut revêtir d'un intérêt social, l'inexécution par l'une des parties de son engagement peut bouleverser l'économie sociale du contrat. Le juge, garant de l'économie du contrat, doit intervenir afin de protéger l'intérêt général en ordonnant l'exécution du contrat. Imposer le débiteur récalcitrant à exécuter scrupuleusement son obligation fait de l'exécution forcée en nature un principe par excellence. Le droit communautaire OHADA consacre à travers son AUDCG l'exécution forcée en nature. Ainsi, le bailleur qui refuse d'assumer les grosses réparations qui lui incombent, peut se voir contraire à le faire. En effet, le preneur peut obtenir de la juridiction compétente la condamnation du bailleur à l'exécution forcée de ses obligations[61]. Contraindre le débiteur à exécuter à la lettre ses obligations contractuelles, revient à lui faire assurer le respect de la loi contractuelle. L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles permet de garantir la prévisibilité, la stabilité et la fidélité qu'incarne et qu'impose le principe de la force obligatoire[62]. C'est ce qui fait l'exécution forcée en nature,

[59] Yves Marie LAITHIER, « Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat », force obligatoire et exécution forcée du contrat, th., Paris, p. 55.
[60] Art 1104 al1 CC « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi »
[61] Art 107 AUDCG « 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 »
[62] Abobaker BENYAHMED, *La protection de la partie faible dans les relations contractuelles : Comparaison entre le droit français et les droits des pays du Maghreb*, L'Harmattan, p. 722.

l'idéale de la sanction de la violation des obligations du contrat. En principe, c'est le débiteur qui sera contraint à l'exécution forcée.

Toutefois, l'obligation peut être exécutée par un tiers. Le juge peut contraindre un tiers à exécuter l'obligation du débiteur défaillant. En vertu du principe de l'effet relatif des conventions, le contrat légalement forcé tient de loi à l'égard de ceux qui l'ont formé. Il ne nuit, ni ne profite au tiers. Obliger donc le tiers à exécuter l'obligation du débiteur défaillant, conduit à une remise en cause de ce principe. Le tiers étant tout extérieur au contrat justifié par l'absence de l'expression de sa volonté personnelle, se voit contraindre d'exécuter en lieu et place une obligation souscrite par le débiteur, partie au contrat. Cette faculté de remplacement prévue à l'art 285 COCC permet au créancier de poursuivre l'exécution forcée de son obligation en faisant lui-même exécuté l'obligation ou de détruire ce qui a été mal exécuté chez un tiers après une mise en demeure du débiteur. Ce dernier est tenu du remboursement du prix de remplacement ou de la prestation. Par exemple, lorsque le menuisier manque en son obligation de livraison les meubles objets de la vente, l'acquéreur peut acheter chez un autre menuisier des meubles non livrés et exiger du premier menuisier le remboursement du prix.

« Nemo praecise cogi potest ad factum » ; « personne ne peut être contraint à faire une chose ». Cet adage illustre le recours à la condamnation du débiteur par l'allocation de dommages-intérêts au profit du créancier à titre de compensation de l'obligation inexécutée. Connu sous le vocable de l'exécution par équivalence, les dommages-intérêts dus au créancier correspondent à la valeur de la prestation inexécutée. Il s'agit dans ce cas de remplacer la prestation promise par une somme d'argent en dehors de tout préjudice[63]. Ce changement de paradigme tient de la nature de l'obligation inexécutée. L'inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire est sanctionnée par la condamnation du débiteur à une allocation de dommages-intérêts au créancier[64]. Par rapport aux obligations en somme d'argent, encore appelé obligation de donner, son exécution se fait que par nature. Cette distinction opérée par rapport à la nature des obligations inexécutées[65] a perdu toute sa substance en droit français. Le créancier, ainsi titulaire d'un droit à l'exécution forcée, peut obtenir du débiteur l'exécution de l'obligation contractuelle à laquelle il s'était engagé, quels que soient l'objet ou la nature de l'obligation. Ce droit à l'exécution comporte cependant de limite. Avant la réforme intervenue au droit

[63]Abdoulaye SAKHO, « L'exécution forcée des obligations de faire résultant des pactes de préférence dans les cessions d'actions », Série de documents de recherche, CRES, 2014/59, p.16.
[64] Art 6 COCC « Le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire doit exécuter complétement son obligation. A défaut, il est tenu à réparation… ».
[65] Art 1142 ancien C.C.

français des contrats, seule l'impossibilité d'exécution était admise comme limite au droit du créancier d'obtenir de son débiteur qu'il exécute les obligations qu'il avait librement consenties. Cette impossibilité pouvait être matérielle, juridique ou morale. Avec l'ordonnance de 2016, le principe de l'exécution en nature a connu de nouvelle limite relative à la proportionnalité des prestations. Le juge ne peut à cet effet ordonner l'exécution forcée en nature de l'obligation du débiteur défaillant que si et seulement s'il n'y ait pas une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier[66].

Reflétant l'esprit du principe de la force obligatoire du contrat, l'exécution forcée est la sanction qui permet de rétablir l'équilibre contractuel détruit. Elle impose au débiteur défaillant d'exécuter ses engagements. L'édifice de l'exécution forcée comme sanction à l'inexécution du contrat révèle l'étendue des pouvoirs du juge. Le juge ne peut prononcer l'exécution forcée que si l'exécution du contrat aie possible. Au cas contrat, il a la latitude de se tourner vers les autres sanctions.

Il peut aussi, en lieu et place de l'exécution forcée, prononcer l'éclatement de l'embryon contractuel, c'est-à-dire provoquer l'anéantissement du contrat.

Paragraphe 2 : La sanction visant à l'anéantissement du contrat

Victime de l'inexécution de ses obligations par son partenaire, un cocontractant peut préférer la résolution du contrat[67]. Ayant pour finalité de briser l'ossature du lien contractuel, la résolution est l'anéantissement du contrat suite à l'inexécution de ses obligations par l'une des parties. La résolution pour inexécution présente une variété dans sa physionomie. Elle peut ainsi intervenir par une dénonciation unilatérale. Il en est ainsi lorsque suite à une notification du créancier au débiteur, le créancier dont l'obligation n'a pas été exécutée, met de façon unilatérale la résolution du contrat. Le caractère unilatéral de la résolution appelle un contrôle du juge pour sanctionner les abus[68]. La résolution peut aussi intervenir de plein droit. Il s'agit ici de l'hypothèse où les parties ont inséré une clause résolutoire. Par ce mécanisme, les parties

---

[66] Art 1221 CC ; C.A de Colmar du 23 janvier 2014, n°12-02.557, disp., sur : https://www.doctrine.fr/d/Colmar/2014/R9022C2483D053F657501, consulté le 12 janvier 2021, 14h03 ; Cass. Civ, 3è, 16 juin 2015, 14-14.612 : « Dans cette affaire, les juges de cassation ont reproché les juges du fond d'avoir refusé d'ordonner la démolition et la reconstruction d'un bâtiment présentant une différence de quelques centimètres par rapport aux prévisions contractuelles », disp., sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuri.Judi.do?idTexte=JURITEXT000030762055 consulté le 12 janvier 2021, 14h 15.

[67] Rémy CABRILLAC, *op. cit*, n°181, P.180.

[68] Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Philippe STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations, LGDJ, 8è éd., à jour le 1èr août 2016, n°894.

cherchent à extraire toute intervention de l'autorité judiciaire. La mise en œuvre de la résolution contractuelle obéit au respect de certaines conditions (A) qui produisent des effets (B).

A. Les conditions de la résolution du contrat pour inexécution

Parmi les différents modes d'extinction du rapport contractuel, la résolution occupe ainsi une place de choix, car elle est destinée à sanctionner l'inexécution des obligations prévues au contrat. La résolution suppose donc une inexécution. Il faut que le débiteur ne satisfaite pas à son engagement. Il n'est pas nécessaire que cette inexécution soit fautive. Le seul manquement à l'obligation souscrite oblige le créancier de l'obligation à demander au juge la résolution du contrat[69]. Elle a un champ bien déterminé. La résolution est une sanction propre au contrat synallagmatique puisqu'il implique une réciprocité des obligations. Dans le cadre du contrat de transport de marchandise, l'expéditeur s'engage à prendre tous les soins nécessaires, d'emballages appropriés pour que le transport s'effectue dans de bonnes conditions, à fournir au transporteur un certain nombre d'informations exactes relatives à la marchandise et à payer le prix. Quant au transporteur, il prend vis-à-vis de son client l'engagement d'assurer le déplacement de la marchandise[70]. Cela suppose que l'obligation assumée par l'une des parties constitue la cause de l'obligation mise à la charge de l'autre. L'inexécution par l'une des parties de son obligation, entraine l'inexistence de la cause de l'obligation du cocontractant. Il en résulte que si le créancier de l'obligation inexécutée devait exécuter son obligation envers celui qui n'exécute pas la sienne, cette obligation viendrait à manquer de cause. Or la cause est un vecteur fondamental dans la vie du contrat puisqu'elle dirige le contrat de sa formation à son exécution. L'inexistence de celle-ci rompt l'équilibre du contrat voire l'inexistence des obligations des acteurs contractuels. L'action en résolution s'exercice dans tous les types de contrats. Ainsi, dans les contrats de vente à essai, lorsque l'échantillon envoyé n'a pas été conforme à la stipulation contractuelle, l'acquéreur peut poursuivre la résolution du contrat[71]. Mesure extrêmement grave, au regard de son impact sur le contrat, il est de bon droit qu'elle soit prononcée par le juge. Le recours à un juge reflète le caractère judiciaire de la résolution. En ayant recours à la résolution judiciaire, le créancier souhaite vaincre le mal par le mal et obtenir justice. Justice pour le déséquilibre contractuel

[69] Art 281 AUDCG dispose « toute partie à un contrat est fondé en à demander au juge compétent la rupture pour inexécution totale ou partielle des obligations de l'autre partie ».
[70] Victor Emmanuel BOKALLI ; Dorathé Cossi SOSSA, *OHADA-Droit des contrats de transport de marchandises par route*, Bruylant-Bruxelles, 2006, n°148, p. 44.
[71] Art 349 COCC « lorsque l'échantillon envoyé n'est pas conforme à la qualité expressément stipulé au contrat, son acceptation par l'acquéreur ne vaut pas de la part de celui-ci renonciation à la qualité convenue.
L'action en résolution ou en réfaction reste recevable ».

causé par l'inexécution de son partenaire, justice pour se défaire du contrat qu'il a conclu[72]. Le choix de la résolution comme sanction à l'inexécution relève du pouvoir du juge. Seul le juge peut prononcer la résolution du contrat. Le juge saisi d'une demande de résolution officie sur l'efficacité de la sanction demandée. Il peut, selon les circonstances prononcer la résolution du contrat. La résolution, lorsqu'elle est prononcée par le juge, doit être fondée sur le fait que l'exécution ne pourra plus être obtenue par le créancier. C'est-à-dire que la résolution reste ultime sanction pour l'inexécution du contrat. La liberté de choix de la sanction du manquement à une obligation contractuelle conférée au créancier, victime l'inexécution du contrat, est sans incidence sur le rôle du juge. Le juge ne doit pas se fier du choix du créancier relatif à la sanction du manquement de l'obligation du contrat. Le choix de la résolution comme sanction à l'inexécution du contrat relève de l'appréciation souveraine des juges. En effet, le juge doit vérifier si les conditions de la résolution sont réunies.

Toutefois, en vertu de la liberté contractuelle, les parties peuvent en amont écarter l'intervention du juge en insérant une clause dans le contrat. La pratique a développé les clauses résolutoires de plein droit[73] qui épargnent au créancier le recours à un juge et permettent de définir les obligations dont la méconnaissance permettra la résolution indépendamment de la gravité objective de l'inexécution. La clause résolutoire permet donc au créancier de détruire dans sa totalité un contrat malade, endommagé et porteur de virus. La résolution expresse, eu égard sa position dans l'art 106 COCC, permet aux parties, à défaut d'exécution du contrat, de résoudre de plein droit et sans sommation le contrat. L'insertion d'une telle clause permet-elle de dispenser toute immixtion du juge dans l'inexécution contractuelle ? La réponse à cette interrogation, nous installe dans une sphère de différenciation entre clause résolutoire « simple » qui ne dispense pas de demander au tribunal la résolution d'un contrat synallagmatique et la clause résolutoire « de plein droit »[74]. Face aux clauses résolutoires simples le juge est tenu de prononcer la résolution du contrat dès que les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat, sont constatés.

Dans ce même ordre d'idée, l'impérium du juge s'apprécie dans le contrôle de l'efficacité des clauses de résolution expresse. En effet il peut arriver que le demandeur de la résolution du contrat ait commis un abus dans l'exercice de son droit. Il en est ainsi, lorsque le créancier

[72]Rodrique EBATA, *la résolution du contrat de vente en droit OHADA : d'une reforme à l'autre*, mémoire soutenu en vue de l'obtention du grade de Maîtrise, Université de Montréal, Août 2012, p. 82.
[73] Art 314 COCC « A défaut de retirement à l'expiration du délai, la vente est résolu de plein droit au profit du vendeur… »
[74]BADJI Patrice Samuel Aristide, *op. cit*, p.56.

s'obstine de vouloir rompre les liens du contrat. En outre, selon le principe « mutuus distendus », seul un dissentiment mutuel peut défaire le contrat. Mais la loi a admis qu'un contractant qui se plaint de l'inexécution de ses obligations par l'autre partie pouvait, par une manifestation unilatérale de volonté procéder à la résolution du contrat[75]. La résolution unilatérale introduite en France par l'ordonnance du 10 février 2016[76], est érigée au rang des principes concurrent de la résolution judiciaire ou de la clause résolutoire. Il s'agit d'une résolution au risque et péril[77] du créancier, consacrée à l'art 108 COCC[78] et 281 al 2 AUDCG[79]. Le créancier qui envisage de mettre fin au lien contractuel, doit mettre en demeure le débiteur défaillant en lui notifiant sa décision unilatérale suivi d'un préavis de résolution unilatéral au sens de l'alinéa 3 dudit article. La résolution pour dénonciation unilatérale du créancier interpelle un contrôle postérieur du juge. Ainsi, ce dernier peut être saisi à tout moment d'une contestation. Aux termes d'art 1226 al 4 C.C français « le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution ». En conséquence, il appartient à l'auteur de la résolution de prouver la gravité de l'inexécution. Celle-ci est appréciée par le juge compétent à la demande de la partie la plus diligente. Il appartient donc au juge d'apprécier la gravité du motif de rupture. Le contrôle du juge s'effectue par conséquent à deux niveaux. Il porte d'abord sur la régularité de la procédure de résolution, ensuite sur le bien-fondé de la demande c'est-à-dire sur l'existence d'une inexécution grave.

En se prévalant de la résolution du contrat la partie lésée brise l'ossature contractuelle[80]. La résolution du contrat éteint le lien contractuel. Contrairement à la résolution judiciaire qui place le juge au cœur de la procédure d'inexécution contractuelle, la résolution unilatérale ainsi que la clause résolutoire témoignent l'intervention à posteriori du juge afin de contrôler les

[75]François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHENEDE, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 12è éd., p. 862.

[76] Art 1226 CC « le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire son engagement dans un délai raisonnable.
La mise en demeure mentionne exceptionnellement qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.
Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent ».

[77] Art 281 al2 AUDCG « 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… ».

[78] Art 108 COCC « Dans les contrats synallagmatiques, lorsque l'une des parties est dans l'impossibilité d'exécuter sa propre prestation, l'autre est déliée du contrat ».

[79] « Toutefois, la gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commercial peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatéral à ses risques et périls… ».

[80] EBATA Rodrigue, *op. cit*, p.92.

mécanismes de résolution. La résolution contractuelle produit des effets dans les rapports entre les acteurs du contrat et entraine l'éclatement du lien contractuel.

B. Les effets de la résolution pour inexécution

La résolution du contrat intervient lorsque le créancier ne souhaite plus être lié dans les liens du contrat conclu avec un débiteur défaillant et que l'exécution de celui s'avère impossible. La résolution met fin alors le contrat et permet de rétablir l'équilibre économique qui existait entre les parties avant la conclusion du contrat[81]. Les effets de la résolution pour inexécution se rapprochent de la nullité[82] qui sanctionne un défaut de formation du contrat et commande donc naturellement son anéantissement rétroactif[83]. À la différence de la nullité, la résolution anéantit un contrat valablement formé. En cas de résolution judiciaire, la résolution s'opère à la date fixée par le juge ou à défaut au jour de l'assignation en justice. Le juge a le pouvoir de remonter les effets de la résolution à une date antérieure à l'assignation. Pour la résolution unilatérale, dès que le créancier notifie au débiteur défaillant sa volonté de résoudre le contrat la réception par ce dernier de la notification emporte l'effet résolutoire du contrat.

En ce qui concerne le sort des prestations, la décision prononçant la résolution du contrat produit d'effet rétroactif dans les rapports entre cocontractants. Cet effet rétroactif de la résolution contractuelle rompt le principe de la force obligatoire des conventions et remet en cause le « pacta sunt servanda ». Elle libère les parties de leurs engagements réciproques. Le contrat résolu cesse de produire d'effet dans l'avenir, mais aussi rétroactivement. Les choses sont donc remises en état antérieur et chacun doit restituer à l'autre ce qu'il a reçu. « La résolution entraine la restitution des prestations déjà effectuées »[84]. Si le contrat n'a encore reçu aucune exécution, le créancier est libéré de sa propre obligation. Il en est autrement. En effet, lorsque le contrat a fait l'objet d'un commencement d'exécution au jour où la résolution prend effet, il convient de déterminer le sort des prestations qui ont été échangées. Si le contrat a reçu exécution, une obligation de restitution[85] pèse sur la tête des parties contractantes. L'art 107 COOC prévoit la restitution des prestations déjà effectuées en cas de résolution. Le contrat résolu a un effet rétroactif. L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution contractuelle nous installe dans une sphère de distinction entre les contrats à exécution successif et les contrats à

[81] Louise BOTTIN, *op. cit*, n°106, p.61.
[82] Art 84 « l'inobservation d'une des conditions de formation du contrat n'entraine sa nullité ».
[83] François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHENEDE, *op. cit*, p.880.
[84] Art 107 al1 COCC.
[85] Art 357 COCC « en cas de résolution du contrat, le vendeur et l'acheteur sont tenus de restituer les prestation qu'ils ont reçues ».

exécution instantanée. En effet, lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par exécution complète du contrat résolu, la résolution est assortie d'un effet rétroactif. C'est-à-dire les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre[86]. Il en est ainsi les contrats à exécution instantané c'est-à-dire les contrats dont les obligations peuvent exécuter en un trait de temps : ils créent des obligations susceptibles d'être exécutées immédiatement ou plus tard en une prestation unique. La résolution de tel contrat emporte l'anéantissement rétroactif du contrat. Il est le cas par exemple du contrat de vente, « en cas de résolution du contrat, le vendeur et l'acheteur sont tenus de restituer les prestations qu'ils ont reçues »[87]. Si le créancier avait exécuté sa prestation, il incombe au débiteur défaillant de restituer ce qu'il a déjà reçu. Dans cette hypothèse, la résolution opère un anéantissement rétroactif du contrat. Les restitutions qui s'imposent aux parties concernent tant la période antérieure que postérieure à la résolution. Pour les contrats à exécution successive qui implique l'exécution de plusieurs prestations sur une période échelonnée dans le temps, leur résolution ne rétroagit pas. Elle s'opère comme la résiliation. Par exemple, la résolution du contrat de travail pour absence de prestation prescrit par le salarié n'implique aucune restitution pour la période où le travail est effectif. La résolution ne donne pas lieu de restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie. Ici la résolution n'a pas d'effet rétroactif. Autrement dit, aucune restitution ne peut intervenir à la période antérieure à l'inexécution du contrat. Il en est de même, lorsque le contrat de bail est résolu pour non-paiement du loyer, la résolution n'emporte pas la restitution des loyers déjà payés. En effet, dans le contrat de bail, chaque période de jouissance paisible justifie en soi un loyer ; si le bailleur ne permet plus au preneur de jouir de la chose louée, il y a lieu de résoudre le contrat sans revenir sur la période où le contrat était bien exécuté de part et d'autre[88]. L'exécution du contrat de bail est marquée par l'échelonnement de l'exécution de l'obligation du preneur dans le temps. Le bailleur met à la disposition du preneur un local que celui-ci doit entretenir durant toute la durée du bail à charge pour lui de verser le montant du loyer[89]. De cette hypothèse, les effets de la résolution de bail s'apparentent à ceux de la résiliation. Celle-ci ne produit d'effet que pour l'avenir[90]. Il peut arriver que le montant total du loyer soit versé en une seule fois. Dans ce cas, lorsque le contrat de bail est résolu, il incombe au bailleur l'obligation de restituer

[86] Art 1229 nouveau al2 CC.
[87] Art 357 al1 COCC.
[88] Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Philippe STOFFEL-MUNCK, *op. cit*, n°905.
[89] Art 112 AUDCG « en contrepartie de la jouissance des lieux loués, le preneur doit payer le loyer aux termes convenues entre les mains du bailleur ou de son représentant dûment mandaté.
Le paiement du loyer peut être fait par correspondance ou par voie électronique ».
[90] Art 107 al2 COCC.

la somme des loyers non échus. En revanche, avec la réforme intervenue en droit des contrats en France, la distinction entre les obligations à exécution successive et à exécution instantanée n'est plus prise en compte.

La décision prononçant la résolution du contrat n'a pas sans incidence pour les tiers : elle anéantit non seulement les droits des parties, mais également les droits de leurs ayants causes[91]. Le principe en droit des contrats est, que le contrat ne profite, ni ne nuit aux tiers. Ce principe souffre d'exception dans la mesure dans les contrats interdépendants, la résolution d'un contrat rejaillit sur les autres. La résolution d'un des contrats rend caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat résolu était une condition indispensable ou déterminante du consentement de l'autre.

Dans cette même perspective, si l'exécution du contrat s'avère possible, le juge préfère ordonner l'exécution forcée du contrat en lieu et place de la résolution. Il peut aussi, sur le fondement d'un manquement à une obligation contractuelle engager la responsabilité du débiteur récalcitrant.

Section 2 : Le pouvoir sanctionnateur du juge à l'égard du contractant défaillant

La nécessité d'exécuter de bonne foi tous les contrats passés et le respect de la parole donnée « pacta sunt servanda » constituent des principes directeurs en droit des contrats. Le débiteur qui n'exécute pas ses obligations, est civilement responsable. L'inexécution de l'obligation souscrite par l'une des parties entraine la responsabilité de celle-ci. Figée en droit sénégalais à travers l'art 7 COCC al 2 en ses termes : « la responsabilité du débiteur est engagée par l'inexécution ou l'exécution défectueuse de son obligation ». La défaillance du débiteur peut avoir causé au créancier de préjudice. En compensation, il est reconnu à ce dernier la possibilité de demander réparation par le biais de la responsabilité contractuelle. La mise en œuvre de la responsabilité de l'auteur de l'inexécution du contrat interpelle les règles de la responsabilité délictuelle. Il convient de voir les conditions de la responsabilité (Parag 1), la réparation du préjudice résultant de l'inexécution de l'obligation contractuelle (Parag 2).

[91] François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHENEDE, *op. cit*, 12è éd., n°825, p. 886.

<u>Paragraphe 1</u> : Les conditions de la responsabilité du débiteur défaillant

« La responsabilité du débiteur est engagée par l'inexécution ou l'exécution défectueuse de son obligation »[92]. Fondement de la responsabilité du débiteur pour inexécution contractuelle, le législateur sénégalais admet l'existence de la responsabilité contractuelle. À travers les lignes de cette disposition, on sous-entend que la violation d'une obligation découlant d'un contrat engage la responsabilité contractuelle de son auteur. « Sans contrat, point de responsabilité contractuelle »[93]. La responsabilité contractuelle suppose donc l'existence d'un contrat légalement formé et valide. La théorie de la responsabilité contractuelle est déjà l'objet d'une littérature très abondante tant en droit français qu'en droit sénégalais. La responsabilité contractuelle s'établit sur le schéma triparti de la responsabilité civile extracontractuelle. La responsabilité contractuelle suppose donc un manquement contractuel constitutif de faute (A), un dommage résultant de l'inexécution de l'obligation contractuelle et un lieu de causalité : une relation contractuelle entre le responsable et la victime (B).

A. Un manquement contractuel constitutif de faute

Le contractant qui n'exécute pas ses obligations, peut engager sa responsabilité contractuelle. En effet « l'engagement de la responsabilité d'une personne présuppose la commission d'une faute »[94]. En droit sénégalais, le système de la responsabilité civile repose essentiellement sur la faute. À ce titre l'art 118 COCC dispose : « est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui ». La faute civile a été définie de manière unitaire dans le code des obligations civiles et commerciales du Sénégal. Elle s'entend comme « un manquement à une obligation préexistante de quelque nature qu'elle soit »[95]. Emprunté à PLANIOL, partisan de la théorie unitaire des responsabilités contractuelle et extracontractuelle, « toute faute est une contravention à une obligation préexistante[96] ». Par cette définition PLANIOL ne fait pas de distinction entre la faute contractuelle et la faute délictuelle. Il englobe dans une même acceptation les fautes contractuelle et délictuelle. Il s'ensuit que : « il n'y a pas de faute et il n'y a pas de responsabilité, s'il n'y a pas d'acte illicite ». Au regard de cette troisième catégorie de faute, on peut dire avec Planiol que la faute est un délit civil puisqu'un

[92] Art 7 al 2 COCC « La responsabilité du débiteur est engagée par l'inexécution ou l'exécution défectueuse de son obligation ».
[93] Philippe LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 3è éd., Dalloz, 1982, n°171, p.68.
[94] Abdou Aziz DIOUF, « La peine privée en droit sénégalais de la responsabilité civile extracontractuelle », *in Code des obligations civiles et commerciales (COCC) 5Oans après*, vol. 1, L'Harmattan, 2018, p.270.
[95] Art 119 COCC « La faute est un manquement à une obligation préexistante de quelque nature qu'elle soit ».
[96]Marcel PLANIOL, « Etudes sur la responsabilité civile », *Revue Internationale de Législation et de Jurisprudence*, 1905, p.287.

acte est illicite en raison d'une réglementation légale. Elle est une transgression d'un devoir préexistant. La faute est un manquement à une obligation préexistent, dont la loi ordonne la réparation quand il a causé un dommage à autrui. La dualité ou l'unité de régime de la responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle inonde la doctrine sénégalaise en raison de l'unicité de la faute. La lecture de l'art 119 COCC laisse penser l'inexistence de la responsabilité contractuelle. Sur ce, certains doctrinaires défendent l'existence de la responsabilité contractuelle tandis que d'autres réfutent toute idée de responsabilité contractuelle en raison du recours du régime de la responsabilité délictuelle pour sanctionner le manquement à une obligation contractuelle[97].

Engagées dans une opération contractuelle, les parties se doivent l'exécution de leurs promesses, selon les formes qu'elles ont établies ou que la loi a prescrites. Le non-respect des prévisions établies par les parties constituent une faute contractuelle[98]. Cette faute peut être assimilée à une inexécution contractuelle. À s'en tenir de la définition de la faute : « un manquement à une obligation préexistante de quelque nature qu'elle soit », ce manquement peut découler d'une obligation contractuelle. La faute contractuelle réside dans le fait de manquer à une obligation volontairement souscrite dans le contrat[99]. « Est en faute le débiteur qui n'a pas exécuté l'obligation précise dont il pouvait garantir l'exécution »[100]. DOMAT écrit, dans la section IV du Titre VIII du Livre II des « Lois civiles dans leur ordre naturel », que « le défaut de s'acquitter d'un engagement est aussi une faute »[101]. L'inexécution de l'obligation souscrite par le débiteur révèle une défaillance contractuelle, généralement désignée par l'expression de « faute contractuelle »[102]. Elle se définit comme l'inexécution d'une obligation née d'un contrat ou rattachée à celui-ci[103]. La faute contractuelle consiste dans l'inexécution d'une obligation prévue par les parties dans le contrat[104]. Il y a retard d'exécution lorsque le débiteur ne s'acquitte de son obligation au temps convenu. Il en est ainsi le cas du menuisier qui ne livre pas les meubles à son client au terme du délai consenti. Par mauvaise

---

[97] Fatimatou Binta DIA, « L'unité des responsabilités contractuelles et délictuelles : état de la question », *in COCC : cinquante ans après*, vol. 1, L'Harmattan-Sénégal, 2018, p.192.
[98] Afef Hasnaoui CAFIAA, *L'abus dans l'exécution du contrat*, L'Harmattan, 2020, n°232, p. 138.
[99] Abid Mnif SALMA, *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle : Comparaison des droits français et tunisien*, L'Harmattan, 2014, p.305.
[100] Art 123 al1 COCC « Est en faute le débiteur qui n'a pas exécuté l'obligation précise dont il pouvait garantir l'exécution ».
[101]DOMAT Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel,* t. I, Paris, p. 307, disp., sur : https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k3103451.image .
[102]Philippe LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, PUF, 1è éd., 2003, le sais-je ?, p.21.
[103] Afef Hasnaoui CHAFIAA, *op. cit*, p.17.
[104] Jacques FLOUR; Jean-Luc AUBERT ; Yvonne FLOUR; Eric SAVAUX, *Droit civil- Les obligations : Le rapport d'obligation*, SIREY, 4è éd., 2006, p. 141, n°192.

exécution, il faut entendre delà une défaillance dans l'exécution du contrat. Une exécution sera bonne ou mauvaise, selon que débiteur, aura ou non mis à l'exécution de ses obligations, toute la diligence, la compétence et la loyauté qu'on pouvait attendre de lui[105]. L'assureur a, par exemple une obligation de loyauté envers ses assurés. Le manquement à cette obligation entraine la mise en œuvre de sa responsabilité. La faute peut aussi être inexcusable, dolosive ou lourde. Une faute inexcusable apparaît comme une faute d'une gravité encore supérieur à la faute lourde[106]. L'inexécution doit en outre provenir d'une obligation contractuelle. La responsabilité du débiteur contractuel suppose qu'il soit établi que celui-ci a manqué son obligation. Pour engager la responsabilité contractuelle, il faut prouver la faute du débiteur défaillant. Il est en effet à la charge du créancier de prouver l'obligation dont l'inexécution est invoquée. Puisqu'il s'agit de prouver l'existence d'un acte juridique générateur d'obligation en occurrence un contrat, l'établissement de celle-ci ne peut se faire que par écrit. Dans tous les cas, le créancier doit établir l'existence d'une union contractuelle entre lui et son débiteur défaillant. L'établissement de la preuve de l'obligation du débiteur permet d'effectuer une distinction entre les obligations mises en charge du débiteur défaillant. Lorsqu'il s'agit d'une obligation de moyens : le débiteur s'engage à employer tous les meilleurs moyens possibles de parvenir au résultat envisagé, l'insatisfaction du créancier conduit à celui-ci de prouver que le débiteur n'a pas agi avec la diligence requise[107]. Le débiteur est fautif s'il n'a pas eu le comportement attendu d'une personne raisonnable[108]. Il en est autrement pour les obligations de résultats. La responsabilité du débiteur est engagée du seul fait de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de son obligation.

B. Un dommage résultant de l'inexécution de l'obligation et un lien de causalité

Nul ne peut se songer sur le terrain contractuel pour engager la responsabilité du preneur qui injurie ou tient de discours calomnieux sur la personne de son bailleur. Car les dommages résultant de cette action sont en dehors de toute relation contractuelle. La responsabilité contractuelle suppose en tout état de cause l'existence d'un lien de contrat entre le créancier et le débiteur défaillant. Et le manquement reproché au débiteur doit être préjudiciable[109]. Ce dommage est générateur de responsabilité s'il porte atteinte à un droit[110].

[105] Philippe MALAURIE; Laurent AYNES; Philippe STOFFEL- MUNCK, *op. cit,* n°872.
[106]Patrice JOURDAN, *op. cit*, p.62.
[107] Jacques FLOUR ; Jean-Luc AUBERT ; Yvonne FLOUR; Eric SAVAUX, *op. cit*, p. 145, n° 201.
[108] Christophe LACHIZE, *Droit des contrats,* 5è éd., ellipses, 2020, n°689.
[109] Fatimatou Bineta DIA, *op. cit*, p.182.
[110] Art 124 COCC « Le dommage peut être actuel ou futur. Il est générateur de responsabilité s'il porte atteinte à un droit ».

Ce droit se décline en matière contractuelle à un droit à l'exécution. En conséquence, si le débiteur manque à son obligation d'exécuter volontaire sa prestation, il peut porter atteinte au droit du créancier. C'est dire causé un préjudice au créancier. De par leur originalité, le préjudice se diffère du dommage. Le préjudice est l'effet ou la suite du dommage[111]. Il peut résulter soit d'une violation d'une obligation contractuelle, il en est ainsi lorsque le cocontractant n'exécute pas correctement la prestation, mise en charge par le contrat. Or pour engager la responsabilité contractuelle de son cocontractant, le dommage subi doit résulter d'une violation de l'obligation du contrat. Ainsi, le débiteur qui n'exécute pas la prestation qu'il s'est souscrite est responsable contractuelle vis-à-vis de son créancier. Emprunté en droit de la responsabilité extracontractuelle, le dommage est le fondement de l'obligation de réparer. Le dommage contractuel souffert par le créancier oblige le débiteur à réparer sur le fondement de la responsabilité contractuelle. L'inexécution n'entraîne pas de plein droit une obligation de réparer. Il faut donc que le créancier ait subi un dommage du fait de l'inexécution. L'action en responsabilité contractuelle est conditionnée à la démonstration d'un préjudice subi par le créancier. « Il y a pas d'action en responsabilité sans préjudice »[112]. Cette formule la chambre mixte de la cour de cassation française renforce notre propos sur l'existence d'un préjudice condition d'engagement de la responsabilité civile. Le créancier qui demande la réparation doit prouver que le manquement du débiteur à son obligation contractuelle lui préjudicie. En effet, la responsabilité contractuelle, ayant pour objet la réparation du préjudice né de l'inexécution contractuelle, oblige le créancier à apporter la preuve du préjudice. Car pour engager la responsabilité civile que ce soit sur le fondement de la responsabilité civile contractuelle ou extracontractuelle, il faut que, le manquement reproché à une personne, cause un préjudice à la victime. Le dommage découlant de l'absence ou de la mauvaise exécution de l'obligation du contrat doit revêtir un certain nombre de caractère[113]. Il peut être matériel. Il en est ainsi lorsque le dommage porte atteinte aux biens du créancier. Il peut aussi être corporel ou moral. Dans une affaire opposant un professeur et la société SNCF, le juge du tribunal d'instance de Paris a condamné cette dernière à verser une indemnité égale de deux cents euros (200 €) à titre de

[111]Philippe LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, PUF, 1ère éd., avril 2003, Que sais-je ?, p.13.
[112] Cass. Ch. Mixte, 06 septembre 2002, n°98-22.921, https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007044639, consulté le 14 décembre 2021 à 17h 28.
[113] Art 125 COCC « le dommage peut être actuel ou futur. Il doit être certain et direct ».

dommages-intérêts pour préjudice moral subi par le professeur dû au retard de trois heures de temps accusé par son train[114].

L'existence du dommage ne suffit pas à engager la responsabilité du contractant défaillant. Il faut en sus du dommage, un lien de causalité entre le manquement contractuel consécutif de faute et le dommage résultant de ce manquement. « Dans le cas où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêt ne comprennent que celui qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution »[115]. L'exigence d'un lien de causalité entre le manquement contractuel et le préjudice est une condition générale de responsabilité civile. La relation de causalité a pour objet principal de rechercher si le dommage du créancier provient du comportement ou du fait de la personne dont on essaie d'engager sa responsabilité. Elle est le rattachement devant unir de dommage à l'inexécution contractuelle. À s'en tenir à la lecture de l'art 118 COCC qui dispose : « est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui », on peut retenir le lien de causalité comme l'une des conditions d'engagement de la responsabilité civile. Le lien de causalité est le fondement du droit à l'indemnisation. Et il incombe au créancier d'établir une relation de cause à effet entre le dommage et le manquement reproché au débiteur.

Socle du droit à l'indemnisation, le dommage résultant de l'inexécution du contrat doit être réparable. En effet, de dommage subi en raison de l'inexécution d'une obligation illicite ou morale ne peut donner lieu à une indemnisation. La plupart des règles relatives à la détermination du dommage réparable en matière contractuelle sont les mêmes qu'au sujet de la responsabilité délictuelle[116]. La mise en œuvre de la responsabilité contractuelle a pour fonction essentielle d'aboutir à la réparation du préjudice subi par le créancier. Ainsi, le juge lorsqu'il est saisi pour une action en responsabilité et que les conditions d'engagement de la responsabilité soient établies, le juge est appelé à se prononcer sur le sort du débiteur défaillant. Ainsi le régime de la responsabilité entre en jeu dès que la frustration du créancier résulte de l'inexécution par le débiteur de ses obligations. Le juge doit condamner le débiteur à réparer.

---

[114] TI Paris, 02 nov. 2011, n°91-11-000024, dispo., sur : https://www.dalloz-actualité.fr/documentation/ti-paris-2-nov-2011-n-91-11-000024 ; C.A., Paris, 22 sept. 2010, n° 08-14.438, Dalloz. 2011. 12, obs. GALLMEISTER, et 1445, obs. KENFACK ; JCP 2010, n° 47, note Clerc, disp., sur : https://www.academia.edu/10112278/Publié_sur_Dalloz_Actualité, consulté le 17 juillet 2021, 02h30.

[115] Art 1231-4 C.C.

[116] François TERRE, SIMLER Philippe, Yves LEQUETTE, François CHENEDE, *op. cit*, n°830, p. 890.

Paragraphe 2 : La réparation du préjudice résultant de l'inexécution de l'obligation contractuelle

« Il faut réparer le mal, faire qu'il semble n'avoir été qu'un rêve »[117]. Cette formule du professeur CARBONNIER pourrait s'entendre comme le curseur du droit de la réparation. Étymologiquement, réparer renvoie au fait de rendre l'appareil, de rétablir les choses. Le verbe « réparer » tiré du mot « réparation » est conçue comme une obligation visant à rétablir un équilibre antérieur considéré comme injuste[118]. Fonction principale du droit de la responsabilité civile, la réparation se définissant comme le fait de remettre la victime dans la situation antérieure où elle se serait trouvée si le dommage ne s'était pas produit. C'est dire que le débiteur est condamné à réparer les conséquences dommageables de son inexécution. La mise en œuvre de la responsabilité contractuelle est soumise à une mise en demeure préalable du débiteur. En principe la mise en demeure est requise, quelle que soit la nature de l'obligation inexécutée. Néanmoins, le créancier est dispensé de cette exigence lorsque l'exécution de l'obligation est impossible. C'est par exemple le cas de la livraison de marchandise. La mise en demeure est inutile lorsque la chose que devrait livrer le débiteur a péri. Il convient de voir les modalités de la réparation du dommage (A) qui s'accompagne à une technique d'évaluation du dommage (B).

A. Les modalités de la réparation du dommage

« Être civilement responsable, c'est être obligé de réparer, au moyen d'une indemnité pécuniaire, un dommage souffert par une autre personne »[119]. Cette formule de Planiol peut servir de teneur du droit à l'indemnisation du préjudice engendré par la responsabilité contractuelle du débiteur défaillant. Celle-ci permet au contractant déçu d'obtenir réparation de son préjudice. Elle est l'ensemble des règles relatives à l'obligation pour le contractant, qui n'exécute pas correctement la prestation mise à sa charge par le contrat, de réparer le préjudice que cette inexécution, totale ou partielle, cause à l'autre partie. L'art 315 COCC dispose : « En cas de retard dans le retirement, le vendeur peut demander des dommages et intérêts à l'acquéreur pour réparer le préjudice que lui cause ce retard ». Principe de l'indemnisation, l'existence du dommage donne droit à réparation. Ayant pour but la réparation du préjudice

[117]Jean CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. IV, vol. II, 22ème éd., PUF, Paris, 2004, p. 2253.
[118] Raffael Encinas DE MUNAGORRI, « Propos sur le sens de la réparation en droit français de responsabilité », *RGD*, vol. 3, n°2, 2003, p.213.
[119] Marcel PLANIOL, « Etudes sur la responsabilité civile », *Revue Internationale de Législation et de Jurisprudence*, 1905, p. 277.

subi par le cocontractant victime de l'inexécution du contrat, la fonction réparatrice de la responsabilité civile contractuelle a fait l'objet, tant en droit français qu'en droit sénégalais, de vive controverse doctrinale. En France, pour les tenants de l'autonomie du droit des contrats, les dommages-intérêts dus en cas d'inexécution ne viseraient pas, dans cette optique, à réparer un préjudice, mais à fournir le créancier l'équivalent de la prestation promise[120]. Cette forme de réparation parait être insuffisante pour CADIER qui l'illustre à propos : « la réparation par équivalence n'est pas, à proprement parler ; une réparation ; ce n'est qu'une solution par défaut, une compensation qui apaise les plaies sans effacer le mal »[121]. Dans ce sillage, certains auteurs estiment que la « responsabilité contractuelle[122] » n'existe pas, qu'elle est un mythe ; et lorsque le juge alloue des dommages et intérêts dans le cadre du contrat, ce n'est en réalité que l'exécution de ce contrat par équivalent et non une quelconque responsabilité civile[123]. Certains auteurs avancent l'idée, selon laquelle les dommages et intérêts versés en cas d'inexécution de l'obligation contractuelle auraient pour objet non pas de réparer un dommage mais de procurer au créancier, par équivalence, l'avantage, qu'il espérait du contrat[124]. Ainsi, sous l'empire du code civil de 1804, le créancier ne pouvait obtenir que l'exécution par équivalence de son gain manqué en raison de l'inexécution de l'obligation du débiteur. Le débiteur n'était pas tenu, sauf faute dolosive, de réparer le préjudice qu'il a injustement causé au créancier. Une obligation de procurer au créancier l'exécution par équivalence de l'avantage que celui-ci attentait du contrat pèse sur le débiteur. Aujourd'hui, le système juridique français présente, en matière de responsabilité civile, une particularité ignorée par rapport aux autres ordres juridiques existant en occurrence le système juridique sénégalais et qui consiste à opérer une distinction entre responsabilité civile contractuelle et responsabilité civile extracontractuelle. Sur le fondement de la responsabilité contractuelle, tout débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement des dommages et intérêt soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution. Il peut toutefois, s'exonérer s'il justifie que l'exécution a été empêchée par la force majeure[125] . Lorsque la responsabilité du débiteur de l'inexécution contractuelle est établie, elle ouvre droit à une indemnisation. L'art 6 COCC dispose que : « le débiteur d'une obligation de

[120] Philippe MALAURIE; Laurent AYNES; Philippe STOFFEL MUNCK, *op. cit*, n°933
[121] CADIER Loïc, « Les métamorphoses du préjudice » *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, 1997, p.63, https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k480925q.image consulté le 05 juin 2021, 04h02.
[122] Philippe LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 3è éd., Dalloz, 1982, n°16, p. 65.
[123] Isaac Yankhoba NDIAYE, « *Leçon inaugurale : Le COCC, cinquante après (regard furtif)*», in code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC), 50 ans après, vol. 1, L'Harmattan-Sénégal, 2018, p.26.
[124]François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHENEDE, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, 12è éd, 2019, n°826, P. 887 ; VINEY Geneviève, *Traité de droit civil : Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 4è éd., n°234, p.384.
[125] Art 1231-1 CC.

faire ou de ne pas faire doit exécuter complètement son obligation. À défaut, il est tenu à réparation ». La réparation du dommage consiste dans le versement de dommages-intérêts. En effet, le préjudice est en principe réparé en équivalence en allouant à la victime des dommages-intérêts. C'est ce qui ressort de la lecture de l'art 133 al1 COCC. Pierre angulaire du droit de la responsabilité civile, le droit sénégalais prône l'indemnisation pécuniaire lorsqu'il érige en principe l'allocation des dommages et intérêts. Ces dommages-intérêts alloués au créancier ont pour but non pas de compenser l'absence d'exécution ou l'inexécution défectueuse de l'obligation mais de réparation le dommage subi par le créancier. Ils sont destinés à remettre les choses en état après la survenance d'un dommage. Le sens assigné aux dommages-intérêts dans l'inexécution du contrat conduit à se questionner sur sa finalité. Les lignes de l'al 2 de l'art précité montrent que notre droit positif en posant le principe d'indemnisation pécuniaire ne dispense pas au juge de recourir à la réparation en nature. Le code prévoit que peuvent être prescrites par le juge, toutes mesures destinées à réparer le préjudice ou en à limiter l'importance[126]. Le juge peut donc condamner le débiteur en plus des dommages-intérêts d'autres mesures destinées à réparer le préjudice. Il faut entendre par là que le juge a le monopole du choix de la forme de la réparation. Ainsi, dans un arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation française, le juge souligne que le choix entre la réparation en nature ou par équivalence relève du pouvoir souverain du juge. Le juge peut user d'autres moyens autres que les dommages–intérêts ou au lieu de ceux-ci pour sanctionner le comportement dommageable du débiteur. Par autres moyens, le législateur laisse entendre la possibilité de la réparation en nature. Celle-ci consiste à rétablir strictement l'état des choses antérieures au dommage en procurant au créancier ce dont qu'il a été privé en occurrence l'exécution volontaire du contrat. La réparation en nature s'analyse comme une condamnation destinée à gommer le dommage par une prestation autre que le versement de dommages-intérêts. Dans un contrat de développement, cette forme de réparation paraît plus opportune et plus conforme à l'esprit de ce contrat de collaboration ; elle permet en effet de mieux garantir l'exécution du contrat[127]. Le choix de cette forme de réparation dépend de l'obligation inexécutée. Lorsque l'obligation inexécutée consiste en obligation de donner, le juge peut ordonner le débiteur à exécuter. Il est par exemple le cas d'une obligation en somme d'argent, le débiteur est tenu de payer la somme due au créancier. Toutefois, lorsque l'obligation de donner a un caractère

[126] Art 133 al 2 COCC.
[127] Gérard BLANC, « Droit des obligations et droit du développement », *Le COCC : Cinquante ans après*, vol.1, L'Harmattant-Sénégal, 2018, p.133.

hautement personnel, le créancier ne peut prétendre qu'à des dommages-intérêts[128]. Dans tous les cas, si le juge a recours à d'autres formes de réparation, il doit les combiner avec le respect de la liberté des personnes et des droits des tiers[129]. Les droits reconnus à tout individu sont fondamentaux et le respecte de ces droits s'impose à tout un chacun.

Visant à compenser les conséquences dommageables d'un fait considéré comme anormale ou socialement répréhensible, la réparation se fait selon un principe permettant de rétablir un juste équilibre à la suite de la réalisation d'un dommage.

B. L'évaluation du montant de la réparation

Le but de la loi du préjudice est de rétablir la situation du créancier avant la survenance du dommage. Le droit de la responsabilité civile s'est figé pour objectif de remettre la victime dans la situation où elle se serait trouvée si dommage ne s'était pas réalisé[130]. La victime a droit à l'indemnisation de ses préjudices. Ainsi, lorsque l'inexécution contractuelle cause un préjudice au créancier, celui-ci doit obtenir réparation. La réparation de ce préjudice est fixée de telle sorte qu'il soit pour la victime la réparation intégrale du préjudice subi. Posé à l'art 134 COCC, la somme allouée par le juge à la créancière victime de l'inexécution couvre l'ensemble du préjudice et rien que le préjudice[131]. Cette règle gouverne l'ensemble du droit de la responsabilité civile. Le COCC ne distingue pas, selon que la responsabilité est de nature contractuelle ou délictuelle. Conséquent, la réparation du préjudice subi par la victime doit être intégrale ; dès lors serait réparable non seulement le dommage prévisible, mais également le dommage imprévisible au moment de la conclusion du contrat[132]. Le principe de la réparation intégrale conditionne l'évaluation du préjudice. Ce principe dit de la réparation intégrale du préjudice est celui qui fonde l'indemnisation du préjudice en droit des obligations[133]. La réparation doit être l'équivalence à l'entier préjudice subi par le créancier. En effet, le principe de la réparation intégrale signifie que la victime doit recevoir des dommages-intérêts satisfactoires de nature à la replacer dans sa situation antérieure. À s'en tenir à la substance de l'art 134 COCC, le législateur sénégalais fait du principe de la réparation intégrale un objectif. Cette disposition fait peser à la tête du juge une obligation de bonne application du principe de

[128] Edouard OUEDRAOGO, « La défaillance contractuelle », janvier, 2022, p. 23, disp., sur : https://afrilex.u-bordeaux.fr/author/ouedraogo-edouard/ .
[129] Patrice Samuel Aristide BADJI ; *op. cit,* p.62.
[130] Cass. civ. 2ème ch., 28 octobre 1954, Bull. civ. 1954, II, n°328, disp., sur : https:///www.dalloz-actualite.fr/flash/action-civile-reparation-integrale-et-necessite-de-mesure-soll..., consulté 27 octobre 2021.
[131]François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, François CHENEDE, *op. cit,* n°864, p. 930.
[132]Gérard BLANC, *op. cit.*
[133] Franck S GIAOUI, *L'indemnisation du préjudice économique : Ruptures contractuelles en Common Law, droit civil français et droit commercial international*, L'Harmattan, 2019, p. 19.

la réparation intégrale. De ce fait, il incombe au juge de remettre à la victime de l'inexécution dans sa situation antérieure avant que le fait dommageable ait survenu. La maxime « réparer tout le dommage rien que le dommage » s'impose au juge. L'indemnisation fixée par le juge doit réparer tout le dommage, mais rien que le dommage. La réparation doit être intégrale sans excéder le montant du préjudice. La réparation s'oppose donc à tout appauvrissement aussi bien qu'à tout enrichissement de la victime dédommagée[134]. De l'obligation de réparer sans appauvrissement signifie que tous les préjudices subis par la victime, doivent être pris en considération dès lors qu'ils présentent les caractères juridiquement requis pour être réparables. Par rapport à l'obligation de réparer le préjudice sans enrichissement découle l'idée de réparer la totalité du préjudice sans le dépasser[135].

Sur l'étendue du principe de la réparation intégrale, la matière contractuelle limite la réparation due par le débiteur au seul dommage prévisible au moment de la conclusion du contrat[136]. La jurisprudence française a eu à rappeler sur le fondement de l'art 1150 CC dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 1O février 2016 qu'en matière contractuelle, le dommage n'est indemnisable que s'il était prévisible lors de la conclusion du contrat et à constituer une suite immédiate et directe de l'inexécution de ce contrat[137]. Dans cette affaire, une société propriétaire d'un navire (A) souhaitant y effectuer d'importants travaux a fait appel à une autre société (B) pour procéder, notamment, à l'installation de deux groupes électrogènes. Cette dernière s'est fournie auprès d'une autre société (C), qui elle-même s'est fournie auprès d'une société (D) après que celle-ci eut, en amont, contractée avec la société (E), laquelle avait également dû contracter avec la société (F). De cette opération d'installation des groupes électrogènes faisant naitre une chaine homogène de contrat de vente apparaissent de nombreux problèmes techniques constatés par un expert après son installation. C'est dans cette perspective que la société propriétaire du navire a action en justice la société (B). Le tribunal de commerce saisi condamne la société (B) au versement une somme de 15377,63€ à la société. Elle interjette appel et le juge d'appel en affirmant le jugement rendu rehausse du préjudice subi et condamne également la société à relever et à garantir la société (B) de l'exécution de cette

[134] Cass. Civ 2è ch., 09 novembre 1976, N°75-11.737, Bull. civ, 2, n°302, p. 238, disp., sur : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006997803, consulté le 13 juillet 2021

[135] Cass. civ. 2e, 6 janv. 1988, N° 86-16.192, Bull 1988 II, n°8, p. 4, disp., sur : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007020143

[136] Art 1231-3 CC « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive ».

[137] Cass. Com., 11 mars 2020, N°18-22.472, disp., sur : https://juriscaf/org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20200311-18222472.

condamnation, après avoir constaté que la société (E) était à l'origine des désagréments soulignés. Insatisfait des deux sociétés condamnées se pourvoient en cassation en fait grief à la cour d'appel d'avoir violé l'ancien art 1150 C.C, lui reprochant de ne pas avoir limité la réparation du préjudice telle que prévue par la loi. Le juge de cassation rappelle le principe de la réparation du préjudice en matière contractuelle et atteste la violation de l'art 1150 C.C par la cour d'appel. Les dommages qui naissent de l'inexécution ou de de l'exécution défectueuse du contrat, peuvent être de deux ordres : à l'inobtention de la prestation promise s'ajoutent en effet souvent les conséquences dommageables de cette inexécution sur les autres biens, droits et sur la personne du créancier[138]. Ces dommages sont pris en compte dans l'évaluation du préjudice. Le juge joue un rôle crucial dans l'évaluation du préjudice. Celle-ci ressort du pouvoir souveraine des juges du fond. Ce dernier n'a pas à motiver sa décision. Les juges de cassations ne peuvent censurer les décisions des juges du fond relatif à l'évaluation du préjudice. À cet égard, le code donne au juge de directive par rapport à la détermination du montant du préjudice réparable. Ainsi, lorsque le montant des dommages et intérêts dépend directement ou indirectement du montant des revenus de la victime, la réparation allouée est appréciée en tenant compte de ses déclarations fiscales relatives aux trois années qui ont précédé celle du dommage[139]. Le principe de la réparation intégrale n'interdit pas au juge de cumuler les prestations dues au créancier par le débiteur. Il peut en effet cumuler les formes de réparation tout en respectant le principe de la réparation intégrale. Néanmoins, le principe de la réparation intégrale du préjudice conduit à ne pas admettre une double indemnisation du préjudice. Cela signifie que le juge ne peut prononcer à l'encontre du débiteur, en sus des dommages-intérêts couvrant l'ensemble du préjudice, d'autres mesures de réparation. L'évaluation du préjudice est donc circonscrite dans un cercle. Le pouvoir du juge se limite au principe de la réparation intégrale. L'évaluation du préjudice doit se faire au jour du jugement ou de l'arrêt. C'est ce que l'art135 COCC stipule. Le juge évalue de ce fait le montant du dommage au jour où il rend sa décision et non au moment de la réalisation de l'acte dommageable. L'évaluation du préjudice se fait en fonction de l'étendue du dommage. Par exemple, lorsque la réparation du préjudice porte sur un bien, le juge apprécie la créance de la réparation en tenant compte non pas de la valeur du bien, mais en considération du coût de leur remplacement ou réparation nécessaire à leur parfaite mise en état. Il en est de même de la vente d'un téléphone portable

[138] Geneviève VINEY, *op. cit*, p.388.
[139] Art 134 al 2 COCC.

comportant une anomalie d'écoute, le juge évalue la réparation de l'exécution défectueuse de cette opération contractuelle en tenant compte du coût de sa réparation.

Chapitre 2 : Le pouvoir modérateur du juge dans l'inexécution contractuelle

Une fois le contrat conclu, les parties ne peuvent le modifier qu'avec leur commun accord. Elles doivent exécuter scrupuleusement leur convention. Et l'intangibilité du contrat, un pilier de la force obligatoire des conventions impose au juge de ne pas modifier le contenu du contrat librement décidé par les parties. Pourtant, malgré cette interdiction, le juge s'interpose dans le contrat. Il fait la police entre les contractants non pas pour sanctionner, mais de moduler le contrat. Le juge dispose de pouvoir modérateur dans deux situations. Il modère d'abord les clauses conventionnelles des parties (section 1). Ensuite, lorsque des circonstances imprévisibles lors de la formation du contrat bouleversent l'économie du contrat, le juge intervient en vue de moduler le contrat (section 2).

Section 1 : Le pouvoir modérateur face aux clauses contractuelles

En principe, les parties à un contrat peuvent convenir entre elles d'un certain nombre de dispositions applicables en cas d'inexécution du contrat. Communément appelées clauses contractuelles, celles ont pour objet soit d'exclure la responsabilité de l'une des parties en cas d'inexécution du contrat, soit d'infliger de pénalité à l'égard du cocontractant défaillance en raison de son manquement contractuel. Aborder l'interventionnisme du juge dans les clauses contractuelles, nous penche sur son pouvoir modérateur face aux clauses pénales d'une part (paragraphe 1), et celui relatif aux clauses limitatives ou exclusives de responsabilités d'autre part (paragraphe2).

Paragraphe 1 : Le pouvoir modérateur du juge face aux clauses pénales

Consacrées en droit sénégalais à travers l'art 153 COCC, les clauses pénales sont de clauses par lesquelles les contractants évaluent forfaitairement et par avance des dommages-intérêts dus par le débiteur en cas d'inexécution totale ou partielle de l'obligation contractuelle. Les clauses pénales ont pour fonction de faire échec les pouvoirs d'appréciation du juge. C'est une clause par laquelle les parties à un contrat évaluent par anticipation les dommages-intérêts payables en cas d'inexécution de l'une des obligations prévues dans le contrat. Toutefois, ce moyen de contournement des prérogatives de l'autorité judiciaire ne dispense pas son intervention dans la mise en œuvre de cette clause. En principe, l'insertion de clauses pénales est admise et ces clauses doivent répondre à la politique d'une loyauté contractuelle d'où

l'intervention du juge en cas du non-respect de cette exigence. Ainsi, pour mieux élucider la portée du pouvoir modérateur du juge face aux clauses pénales, il convient de voir l'office du juge dans le contrôle de la validité des clauses pénales (A), avant de s'intéresser sur l'office du juge dans la mise en jeu des clauses pénales(B).

A. L'office du juge dans le contrôle de la validité des clauses pénales

Instrument de garantie de la bonne exécution des obligations contractuelles, la clause pénale est une convention accessoire permettant aux contractants de déterminer le montant de la réparation du préjudice prévisible subi par le créancier à la suite de l'inexécution par le débiteur de son obligation principale[140]. Elle est la stipulation par laquelle les parties fixent forfaitairement les dommages et intérêts dus en cas d'inexécution du contrat[141]. Malgré son nom, la clause pénale ne relève pas du droit pénal. L'utilisation de l'adjectif « pénale » prête à confusion dans la mesure où de cet adjectif découle l'idée de peine. Celle-ci est de la matière pénale comme un châtiment infligé à un déviant social. Elle est une émanation légale et non conventionnelle. La notion de peine qui se déduit de ce vocable « pénale », n'a pas en réalité pour connotation d'introduire en matière civile de sanction qui ressort en général de la criminalité. La peine telle qu'envisage le droit pénale, n'est pas une sanction d'une obligation conventionnelle, mais un acte purement répréhensible par la loi. Elle peut prendre la forme d'un emprisonne ou une amende en considération de la gravité de l'acte commis. La clause pénale est à distinguer de certaines notions voisines telles que la clause de dédit ; clause d'immobilisation. La clause de dédit est une clause qui donne la faculté à une partie de résilier unilatéralement le contrat moyennent le versement d'une somme. Elle se rapproche de la clause d'immobilisation qui comme son nom l'indique est une contrepartie financière qu'un futur acquéreur d'un bien verse au vendeur dans le but de rendre le bien indisponible pendant un temps appelé délai d'option. Si l'acquéreur lève l'option dans le délai, la somme versée s'impute sur le prix du bien. Le cas contraire, cette somme est acquise au profit du vendeur en compensation de la durée d'immobilisation du bien. Cette clause est souvent utilisée dans les avant-contrats et plus précisément dans les promesses unilatérales de ventes. Elle a pour objet de rémunérer le service rendu par le promettent qui immobilise son bien pendant un délai d'option[142].

---

[140] Abobaker BENYAHMED, *op. cit*, n°585, p.467.
[141] Remy CABRILLAC, *op. cit*, n°174, p. 173.
[142] Cass.civ., 3è ch., 5 décembre 1984, n°83-11788, Bull, civ. III, n°207, disp., sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007014193, consulté le 14 mai 2021, 13h.

Très répandues en matière contractuelle et particulièrement dans les contrats de vente de biens, les clauses pénales renforcent le caractère obligation du contrat. Elle permet aux parties de donner une force obligatoire accrue, en stipulant, pour le cas d'inexécution une peine élevée[143] sans pouvoir être excessive. [144]. L'insertion de la clause pénale permet en amont de déterminer les conséquences de la frustration du créancier. Pour être valables, le contrat qui supporte la clause doit respecter les règles de validité du contrat. L'obligation principale du contrat ne doit pas être nulle. Elles doivent être discutées par les parties et expressément prévues dans le contrat. En outre, elles doivent expliciter quant à la détermination des dommages qu'elles couvrent. L'admission ou la validité des clauses dépend en réalité du type de contrat. Son champ d'application est restreint. En effet, dans les contrats de consommation liant un professionnel et un consommateur non professionnel, il est interdit d'insérer de telle clause[145]. Cette interdiction se justifie du fait de la dangerosité que couvre cette clause. Et dans l'optique de protéger la partie faible, certaines législations confèrent au juge de prérogative exorbitante en matière de clause contractuelle.

L'inexécution du contrat emporte alors une véritable peine privée. Il s'agit donc d'une évaluation contractuelle et forfaitaire de la réparation. Cette réparation forfaitaire ne vise pas à condamner le débiteur du manquement à son obligation contractuelle, mais plutôt lui contraindre à l'exécuter. La clause pénale est un moyen de dissuasion des risques d'inexécution en ce sens que le débiteur est mis au parfum des conséquences de toute exécution défectueuse ou d'inexécution de son obligation. Et, selon la jurisprudence[146] : « la clause pénale n'a pas pour objectif de réparer les conséquences d'un manquement à la convention mais de contraindre le débiteur à l'exécution »[147]. Et l'alinéa 2 de l'art 153 COCC illustre cet état de fait en ces termes : « le paiement de la clause pénale stipulée pour le retard dans l'exécution ou l'exécution défectueuse ne dispense pas d'exécuter l'obligation ». Cet art met en exergue le droit d'exécution d'obligation incombant au débiteur. Cela suppose donc que l'entré en jeu de la clause ne dispense pas au débiteur défaillant d'exécuter ce dont qu'il est tenu. Autrement dit, la clause

[143] François TERRE; Philippe SIMLER; Yves LEQUETTE ; François CHENEDE, *op. cit*, n°888, p. 958.
[144]Alain BENABENT, *op. cit*, n°427, p. 309.
[145] Art 15 de la loi de 2021- 25 sur les prix et la protection du consommateur stipule : « Les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs ne doivent pas comporter de clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou consommateur, un déséquilibre significatifs entre les droits et les obligations des parties au contrat.
Ces dispositions sont applicables, quels que soient la forme ou le support du contrat. Il est ainsi, notamment, des bons de commandes, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets contenant des stipulations négociés librement ou non ou de références à des conditions générales préalables ».
[146] Cass. com, 29 janvier, 1991, n°89-16.446, Bull, 1991 IV, n°43, p. 27, disp., sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007025099.
[147] I*bid*.

n'a pas pour effet extinctif. Elle n'éteigne pas l'obligation souscrite par le débiteur. Par conséquent, le créancier peut toujours poursuivre le débiteur à exécuter le contrat.

Dans les contrats économiques, la clause pénale présente des particularités en ce qui concerne la manière d'établir les pénalités ainsi que leur fonctionnement. Ainsi, dans les contrats de distribution, la consultation du juge est nécessaire pour la détermination du montant de la clause.

B. L'office du juge dans la mise en jeu de la clause pénale

La clause pénale est la clause des parties, en principe le juge ne peut s'interférer dans le contrat pour y apporter une quelconque modification. Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites[148]. Les parties doivent donc respecter les engagements qu'ils ont pris dans le cadre de leur contrat. Le juge est lui aussi tenu à cette obligation de respecter, de l'appliquer tel que les parties l'ont désiré. Fortement imbu des principes de l'autonomie de la volonté[149], la clause pénale s'impose aux parties et au juge[150]. Le principe de l'intangibilité des conventions interdit au juge de modifier les stipulations contractuelles. Toutefois, il peut si les clauses sont obscures ou ambiguës les interpréter[151]. À travers les dispositions qui organisent le régime de la clause pénale, le législateur du droit commun des contrats stipule que les clauses pénales lient le juge. Le juge ne peut apprécier souverainement la teneur de ces clauses. Le juge est tenu de faire application de la clause pénale dès l'instant que le débiteur manque à son engament contractuelle. Lorsque le débiteur exécute partiellement son obligation, le juge fait application proportionnelle de la peine sauf stipulation contraire des parties[152]. La volonté des parties constitue une limite des pouvoirs du juge. Le juge est encerclé dans la prévision contractuelle des parties. Contrairement au droit commun des contrats, les droits spéciaux tendent à redéfinir les pouvoir du juge face à une clause pénale. En effet, les notions d'équité, d'équilibre et de juste gouvernent aujourd'hui les rapports contractuels. Et le droit économique milite à un équilibre des relations économiques basées sur le contrat. L'inégalité sociale et économique dans les relations contractuelles conduit de plus en plus à favoriser l'intervention du juge dans les rapports privés. Le développement du secteur économique amplifie de plus en

[148] Art 96 COCC « le contrat légalement formé crée entre les parties un lien irrévocable ».
[149]Jean THILMANY, « Fonctions et Revisibilités des clauses pénales », *RIDC*, vol. 3, n°1, 1980, p. 18.
[150] Art 154 al 1 COCC.
[151] Art 101 COCC « En présence d'une clause ambigu ou simplement douteuse, le juge peut déceler la volonté des parties en interprétant les clauses de la convention les unes par les autres, et en tenant compte des circonstances de la clause.
Les termes trop généreux, les clauses visant un point particulier, ne font pas obstacle à la recherche de la volonté réelle des parties ».
[152] Art 154 al 3.

plus l'espèce contractuelle. De nouveaux types de contrats ont vu le jour. Et les acteurs économiques s'arrogent de prérogatives exorbitantes en matière de contrat. Le développement des contrats types, chantier d'expression unilatérale de la liberté contractuelle chamboule le cadre conceptuel de la liberté contractuelle. Les parties sont libres d'insérer toutes sortes de clauses dans leur contrat dans la limite de respecter les bonnes mœurs et l'ordre public. La rigueur de cette clause peut présenter un danger pour la partie faible. En réalité, dans les contrats d'adhésion et plus particulièrement les contrats de consommation, l'édifice des clauses émane de la partie économiquement dominante. Celle-ci peut ainsi user de ses prérogatives. De nouveaux rôles sont attribués au juge. Il est chargé de veiller aux intérêts des unes et des autres d'où son intervention en matière contractuelle. La clause pénale en principe valable, peut faire appel à l'intervention du juge. Cette intervention s'apprécie lorsque le montant d'indemnisation s'avère excessif ou dérisoire. La révision judiciaire de la clause pénale est une exception de la force obligatoire des contrats. Le pouvoir accordé au juge est subordonné à l'existence d'un montant manifestement dérisoire ou excessive. Le caractère manifeste doit résulter d'une disproportion entre l'importance du préjudice effectivement subi et le montant conventionnellement fixé[153]. Gardien de l'équilibre contractuel, le juge n'est pas tenu d'appliquer à la lettre le contrat discuté et écrit par les contractants. La loi lui accorde dans certaines circonstances de s'immiscer dans le contrat. Le contrat est, en effet, un rapport de force où la partie la plus puissance sous l'écran de ses prérogatives contractuelles peut user de tout ruse entrainant un déséquilibre des prestations souscrites au contrat. Ainsi, dans l'optique de lutter contre les abus et protéger le cocontractant faible ou défaillant, l'intervention du juge apparait ainsi comme un moyen permettant de denier tout sens à la justice privée. En dépit du fait que la clause puisse être discutée et acceptée par chacune des parties, cela ne signifie pas que la clause est parfaite. Elle est source d'inégalité, de dérive et de déséquilibre. L'injustice de la décision de la chambre commerciale des 10 juillet et 9 octobre 1972 ont permis à la législation française d'organiser le pouvoir du juge face à une clause qui oblige le cocontractant défaillant au versement d'une pénalité en cas d'inexécution. L'intervention du juge est d'ordres légaux et la loi limite son office. Il est fait obligation au juge de caractériser le caractère manifeste de la clause pénale[154] et de revisiter le montant de la clause pénale[155]. Comme le stipule l'art 1152

[153] Cass. Com., 11 février 1997, n°95-10.851, Bull, 1997, IV, n°47, p. 42, disp., sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT00000703857.
[154] Cass. Mixte, 20 janvier 1978, n°76-11.611, Bull, ch. mixte, n°1, p. 1, disp., sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJurijudi.do?idText=JURITEXT000007000227.
[155] SANILEVICI Renée, « La clause pénale dans le droit des pays socialistes », *in RIDC*, vol. 33, n°2, Avril-juin 1981, p. 675.

C.C, le juge peut même d'office modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. L'intervention du juge s'apprécie donc au moment de l'évaluation de la clause pénale. La logique de proportion guide aussi la réévaluation d'une clause pénale estimée dérisoire par le juge[156]. Dans tous les cas, le juge lorsqu'il décide de réviser la peine, il doit justifier en quoi la clause était manifestement excessive ou dérisoire. De plus, les tribunaux ne peuvent allouer une indemnité inférieure au préjudice réellement subi par le créancier[157].

Cette faculté qui lui est offerte d'augmenter ou de réduire le montant de la pénalité lorsque celle-ci est dérisoire ou manifestement excessive n'enlève en rien la nature contractuelle de clause pénale. Le caractère manifestement excessif ou dérisoire de la clause pénale s'apprécie au jour où le juge rend sa décision. Toutefois, le juge peut allouer des dommages et intérêts supplémentaire lorsque l'inexécution ou le retard d'exécution cause un préjudice à l'une des parties. Le juge peut aussi dispenser à la partie défaillante purement et simplement du paiement d'une clause pénale. En effet, lorsque la clause est abusive, le juge peut l'annuler. Est considéré comme abusive, selon l'art 18-7è de la loi sur les prix et la protection du consommateur les clauses ayant pour objet ou effet : « d'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé ». Il est le cas des contrats de consommation entre un professionnel et un non professionnel ou consommateur. Dans ce sillage, l'art 19 de la loi sur le prix et la protection du consommateur dispose que : « Sont nulles et réputées non écrites, les clauses abusives contenues dans les contrats conclus entre fournisseurs et consommateurs ». De ce fait, le juge, en présence de telles clauses, a le pouvoir de les réputer non écrite.

En définitif, cette analyse nous a permis à déceler un régime de contrôle apte à pallier l'avidité des contractants de se faire justice par soi-même. La clause pénale, arme de la justice contractuelle n'est comme les parties le souhaiteront à l'abri de l'interventionniste de la force public en occurrence le juge. Malgré la limite de son acceptation, la clause est soumise à l'appréciation de la volonté juges du fond. Laisser au juge la liberté d'évaluer l'opportunité et l'ampleur de la clause[158], cette faculté offerte au juge permet de garantir l'équilibre des prestations et le respecte de la bonne foi contractuelle. En effet, cette intervention vise à solidifier le principe de la bonne foi qui gouverne le contrat de sa formation à son exécution.

---

[156]Fabien LAFAY, *Le pouvoir modérateur du juge en droit privé*, th., de doctorat, p.682.
[157]Cass. Com., 08 juillet 1986, n°84-15.655, Bull, 1986, n°147, p. 125, disp., sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007017128 .
[158]Renée SANILEVICI, *op. cit*, p.54.

La liberté des parties se circonscrit dans la bonne foi. L'établissement de la clause pénale est soumis à cette exigence. Et lorsque cette exigence est bafouée juge doit intervenir afin de rétablir l'équilibre rompu. Ce rôle de modérateur s'analyse aussi dans les clauses relatives à la responsabilité.

Paragraphe 2 : Le pouvoir modérateur du juge face aux clauses d'aménagement de la responsabilité

Si la notion de faute engendre l'idée de responsabilité, cette responsabilité peut être laissée à la volonté des parties. Il est fréquent que les parties insèrent dans leurs contrats des clauses d'aménagement de la responsabilité. Ces clauses ont tendance à dispenser l'une des parties de sa responsabilité. Il convient de voir le champ des clauses de responsabilité (A), et la sanction de ses clauses par le juge (B).

A. Les champs des clauses exclusives ou limitatives de responsabilité

Les clauses de responsabilité ont pour finalité soit de limiter l'obligation du débiteur, soit de restreindre ou exclure la réparation. Selon la doctrine, les clauses de responsabilité se distinguent en raison de leur source même si elles ont pour effet d'exclure ou de limiter la responsabilité. Les clauses limitatives de responsabilité trouvent leur source dans l'obligation violée tandis que les clauses exclusives[159] ou restrictives de responsabilité trouvent leur source dans les effets de l'obligation violée en occurrence la réparation. Ces dernières entraînent l'exonération totale ou partielle des dommages-intérêts dus en cas d'inexécution. Les clauses limitatives de responsabilité sont celles qui viennent limiter les obligations du débiteur, en précisant qu'il ne répondra pas de tel ou de tel type dommage. Trouvant son siège dans le principe de la liberté contractuelle, les parties peuvent insérer dans leur relation des clauses aménageant la responsabilité. S'il est admis en matière de contrat de prévoir des clauses relatives à la responsabilité, la matière délictuelle ou extracontractuelle conçoit mal cette possibilité. Cela peut constituer à favoriser ou encourager les individus à commettre de faute dans l'esprit de voir leur responsabilité atténuée ou exclue. Ce rejet des clauses d'aménagement de la responsabilité en matière délictuelle est un élément permettant de se départager de la thèse de l'unité de régime de la responsabilité contractuelle et délictuelle. Les clauses exclusives ou limitatives de responsabilité sont dangereuses dans la mesure où elles peuvent inciter le débiteur à une certaine négligence dans l'exécution du contrat. Fondé sur le principe de la liberté

[159]Remy CABRILLAC, *op. cit*, n°170, p.170.

contractuelle, les parties sont libres d'insérer dans leur rapport contractuel toute sorte de clause dans le respect de l'ordre public et les bonnes mœurs[160]. Les parties ne peuvent donc de par leur volonté entraver l'ordre public et les bonnes mœurs. Ces standards juridiques participent à inscrire le commerce des hommes dans un noyau de la légalité et la morale.

Les parties, maître de leur accord, peuvent aménager librement les conditions du contrat ainsi que les modalités d'engagement de leur responsabilité en cas d'inexécution de leurs obligations, en application du principe de la liberté contractuelle[161]. En effet, les risques d'un quelconque manquement est tout à fait concevable dans les relations contractuelles et surtout en matière de commerciale. Ainsi, permettre aux parties de prévoir en amont les solutions relatives aux conséquences de ses risques conduit à éviter une éternelle querelle judiciaire entre elles. Si la clause permet aux yeux des parties d'écarter l'intervention du juge, elle est un moyen de gestion de leurs relations contractuelles. Cette pratique participe à la déjudiciarisation des relations privées. Cette faculté offerte aux parties d'aménager leur responsabilité pour manquement ou inexécution du contrat est soumis d'abord à la connaissance de cette clause par celles-ci. Cependant, pour être valable, ces clauses doivent être connues des parties avant la formation du contrat. Elle ne doit pas être en contradiction avec l'obligation essentielle du contrat. Elle est soumise au principe de l'exécution des obligations de bonne foi. Encore connu sous le vocable de clause exonératoire de responsabilité, ces clauses ont pour objet de réduire ou d'exclure la responsabilité d'une partie au contrat. Elle vise à exonérer le débiteur partiellement ou totalement de la réparation. Considérée comme de convention accessoire, les clauses s'imposent aux parties et aux juges. Dans les relations entre professionnels, il est possible de limiter contractuellement voire même d'exclure la responsabilité. Les clauses d'exonération de responsabilité sont en réalité admises dans les rapports entre professionnels. Son champ est bien limité. Ce choix se justifie du fait que dans les relations entre professionnels, les deux parties sont suffisamment outillées en matière informationnelle et chacune des parties est en mesure d'apprécier l'efficacité de ses clauses et leurs portées générales. La validité des clauses empiète sur leurs efficacités que si le débiteur commet une faute excusable. La clause qui exonère le débiteur d'une obligation de sa responsabilité pour inexécution, exécution tarde ou défectueuse n'est acceptée que si elle ne trouble pas l'équilibre contractuel puisqu'elle doit se

[160] Art 42 COCC.

[161] Alessandro GALLIA, « Les clauses excluant ou limitant la responsabilité du débiteur : comparaison entre le droit français et le droit italien », *Annales de faculté de droit et science politique de Nice*, 2019, L'Harmattan-Paris, 2020, p.118.

limiter aux fautes légères[162]. Le comportement du débiteur[163] constitue de limite de la validité des clauses de responsabilité. En effet, la gravité de la faute du débiteur n'est sans effet sur la validité de la clause. Dans cette logique, si les clauses ont pour effet de neutraliser la responsabilité du débiteur, celui-ci ne peut l'invoquer en cas de faute dolosive. Le dol est défini par le législateur sénégalais à travers l'art 64 al 1 COCC comme : « 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 ». Cette définition qui caractérise le dol en droit sénégalais des contrats concerne la phase de formation du contrat. Également appelé faute lourde ou intentionnelle[164], le dol peut être dans la phase d'exécution du comme une inexécution volontaire de l'obligation du contrat. La partie qui refuse d'exécuter son obligation est en dol même si son refus n'est pas justifier par une intention de nuire. Ce dol est appréhendé différemment en matière délictuelle. Il n'est caractérisé que si la victime prouve l'intention de nuire de la partie fautive. L'admission des clauses de responsabilités dans le contrat témoigne de plus en plus l'attention du législateur au principe de la liberté contractuelle. Le contrat est l'affaire des parties, par conséquent celles-ci sont en mesure de faire la police de leur rapport en cas de violation ou manquement de leurs engagements contractuels. Il n'y a pas de liberté sans entrave. Et le contrat est réceptacles des rapports de force. Ainsi, l'une des parties, en position de force au regard de l'autre, peut abuser de la liberté d'aménager conventionnellement la responsabilité. Le souci de favoriser l'équilibre des prestations atteste le recours à la force publique. Face à l'usage abusif des clauses de responsabilité, le juge doit intervenir afin de les neutraliser.

B. La neutralisation des clauses limitatives de responsabilité par le juge

L'inégalité de puissance entre les parties s'est grandement manifestée avec l'apparition des contrats d'adhésion et les contrats de dépendance. Les contractants peuvent, dans les prévisions du contrat d'adhésion, commettre des injustices au moment de la détermination par l'autonomie de la volonté du contenu contractuel[165]. Le contrat est d'adhésion lorsqu'il comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminer à l'avance par l'une des parties.

---

[162] Cass. civ. 1 ch, 12 déc. 1984, n°83-13.608, Bull. 1984 I civ. I, n° 335, disp., sur : https:///www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007012827, consulté le 12 mars 2021.

[163]Cass. Com., 29 juin 2010, n°09-11.841, Bull, 2010, IV, n°155 « la faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation du contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit de déduire de la gravité du comportement de débiteur », disp., sur : https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-vos-copies/article/clauses-limitatives-de-responsabilite/h/75f11bdb26d652b19c1656d6769a8a9b.html , consulté le 26 février 2022, 13h20.

[164] Babacar NIANG, « L'intention dolosive », *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (C.O.C.C) : cinquante ans après, op. cit, p.*483.

[165] Isaac Yankoba NDIAYE, « Leçon inaugurale : le COCC, cinquante ans après (Regard furtif) », *op. cit,* p.21.

Il est en effet prescrit que dans les contrats d'adhésion toutes les clauses qui créent un déséquilibre significatif dans les prestations mises en causes sont consécutives d'abus. Le droit contemporain se soucie cependant de réprimer les pratiques abusives partout où elles peuvent se manifester. Le droit OHADA, dans sa politique de protection des consommateurs dans ses rapports avec les professionnels et dans ses rapports avec les entreprises où des déséquilibres de force sont également fréquents, révèle le caractère abusif des clauses de responsabilité qui créent un déséquilibre des prestations. En dépit de la politique des législations, le juge confronté à une clause abusive, quelle attitude doit-il adopter ? Le juge doit-il relever l'office de caractère abusif d'une clause contractuelle ? La règlementation des clauses abusives dans les ordres juridiques en vigueur montre une désapprobation des pratiques abusives par le droit. Ces réglementations relevant de l'ordre public de protection, seule personne protégée peut est en droit de relever le caractère abusive d'une clause. La clause est abusive par ce qu'elle crée un déséquilibre manifeste des prestations des parties. Par conséquent, il appartient d'apprécier souverainement le déséquilibre. L'appréciation du déséquilibre significatif doit se faire en opérant une analyse globale du contrat. Ce pouvoir est cependant encadré par la loi. En effet, L'appréciation du déséquilibre ne porte ni sur le prix ni sur l'objet principal du contrat[166]. Les clauses abusives sont privées d'effets. En présence d'une clause abusive le juge répute non écrite la clause. L'art 19 de la loi sur les prix et la protection du consommateur répute non-écrite les clauses abusives entre un professionnel et un consommateur. Pour réputer une clause non écrite, les juges devront donc vérifier si le montant prévu aboutit à supprimer toute responsabilité en cas d'inexécution. Dans un arrêt de la cour de cassation, les juge ont retenu : « une clause d'un contrat de déménagement limitant la réparation due au consommateur en cas d'avarie est présumé abusive de manière irréfragable, même si le plafond de réparation a été fixé unilatéralement par le consommateur »[167]. Et lorsque la clause porte sur l'obligation essentielle du débiteur, elle est réputée non écrite. En ce sens le juge a eu à rappeler que les clauses qui contrarient la portée de l'obligation principale du débiteur sont réputées non écrites. Ainsi, dans l'arrêt chronopost[168], le juge de cassation a réputé non écrite la clause limitative de responsabilité la clause qui contredisait l'engagement pris par la société chonopost. En effet, la société chonopost s'était engagée à livrer les plis de la société Banchereau dans un délai

[166] Art 1171 C.C.

[167] Cass. 1ère ch. Civ., 11 décembre 2019, n°18-21.164, disp., sur : https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2019-12-11_1821164&Fromld=DZ_OASIS_000183 ; cass. 1ère ch. Civ., 26 septembre 2019, n°18-10.890, disp., sur : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000039188467 .

[168] Cass. Com., 22 octobre 1996, 93-18.632, Bull, 1996 IV, n°261, p. 223, disp., sur : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007035966 .

déterminé. Les plis n'ayant pas été livrés, la société Banchereau l'a assigné en réparation de ses préjudices. La société chronopost a invoqué la clause du contrat limitant l'indemnisation du retard au prix du transport dont celle-ci s'était acquittée. Les arrêts rendus par la chambre mixte de la cour de cassation française en 2005, 2006 et 2007 optent pour la suppression des clauses limitatives de la réparation au seul motif qu'elles aménageaient les suites de l'inexécution d'une obligation essentielle[169]. Il suffit donc que la clause réside dans une obligation essentielle pour qu'elle soit boudée hors du contrat[170]. La cour de cassation a eu à rappeler cette jurisprudence dans l'arrêt Faurecia II. Le juge s'arroge ainsi le pouvoir d'écarter les clauses librement consenties par les parties et de bouleverser l'équilibre économique voulu par les parties[171]. Le législateur français dans l'ordonnance de 2016 a pris en compte cette solution jurisprudentielle. L'art 1170 nouveau du C.C dispose : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». Il faut entendre par obligation essentielle : les éléments principaux du contrat. Elle est la pierre angulaire du contrat. POTHIER définissait l'obligation essentielle comme : « les choses qui sont de l'essence du contrat sont celle sans lesquelles ce contrat ne peut subsister ; faute de l'une de ces choses, ou il n'y a pas du tout de contrat, ou c'est autre espèce de contrat »[172]. Elle donne tout son sens au contrat, ainsi fonder à limiter ou à exclure la responsabilité sur cet élément remettrait en cause la raison d'être du contrat. La clause dite limitative de responsabilité peut handicaper une partie et privilégier l'autre. Il est clair que les parties sont complètement libres, mais cette liberté ne doit pas faire obstacle à l'intervention du juge ; car, des contractants de mauvais foi, peuvent en effet profiter de cette liberté et insérer de telles clauses.

Si la protection du consommateur, nécessite l'intervention du juge afin de sanctionner les pratiques abusives du professionnel. Les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité sont privées d'effet dans certaines situations[173]. Dans certaines législations, la clause qui crée un déséquilibre dans le contrat entre un professionnel et un consommateur est privé d'effet, d'autres engagent la responsabilité du professionnel et l'obligent à réparer le préjudice causé[174].

[169] Denis MAZEAUD, « Les clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ? », *D.*, Dalloz, 2010, p. 1832.
[170] *Ibid*.
[171]François TERRE; Philippe SIMLER; Yves LEQUETTE; François CHENEDE, *op. cit*, p. 954.
[172] Robert Joseph POTHIER, *Traité des obligations*, Paris, Masson, 1883 ; note 7, n°6, p. 5.
[173] Cass. Com, 7 mai 1980, n° 78-12.382, Bull. Com, n°185, disp., sur : https://www.legifrance.gouv.fr/jurii/id/JURITEXT000007005355 consulté le 13 avril 2021, 22h.
[174] Art L442-1 C. Com.

Section 2 : Le pouvoir modérateur du juge en raison des changements de circonstances

Le contrat, une fois valablement formé « tient lieu de loi » à ceux qui l'ont conclu et donc doit être exécuté[175]. Exécuter ce dont qu'on s'est tenu est la fin prometteuse de tout contrat. Ainsi, lorsque l'engagement souscrit peut s'exécuter facilement dans un laps de temps, il ne peut y avoir une difficulté d'exécution involontaire. Il en est autrement lorsque l'exécution du contrat demande un temps plus ou moins long. C'est par exemple le cas de réalisation d'un chantier. Des circonstances économiques, politiques, technologiques ou géographiques peuvent venir déjouer leurs prévisions contractuelles et provoquer un déséquilibre entre elles[176]. Face à de telles circonstances, la volonté des parties suffit-elle à reconfigurer le contrat et quel rôle le juge peut jouer en tant que gardien de l'équilibre des prestations ? Ces interrogations nous poussent à analyser le passif du juge en cas de changement de circonstances (paragraphe 1), avant de s'intéresser sur l'actif pouvoir du juge : le rôle actif du juge en cas de changement de circonstances (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le rôle passif du juge en cas de changement de circonstance

Les contrats qui étendent leurs effets sur une longue période suscitent souvent une difficulté particulière : le changement des circonstances peut venir bouleverser l'équilibre initial[177]. Les changements de circonstances sont de nature à rompre l'égalité des prestations contractuelles et d'instaurer un déséquilibre dans la relation des parties. Pour rétablir cet équilibre rompu, la théorie de l'imprévision se vaut la révision du contrat par le juge. Les défenseurs de l'autonomie de la volonté ont refusé d'admettre l'intervention d'une tierce dans le contrat (A), et soumettent à la volonté des parties la réadaptation du contrat (B).

A. Le rejet de l'intervention du juge en cas d'imprévision

Pendant longtemps, les difficultés de l'exécution du contrat n'ont cessé d'interpeller le cadre juridique. Dus à des facteurs divers, ces changements de circonstance ont pour effets de rompre la stabilité du contrat. L'utilité des obligations souscrites par les parties est remise en cause. Le contrat est profitable pour l'une des parties. Or si le contrat est accord de volonté,

[175]MEHANNA Myriam, *La prise en compte de l'intérêt du cocontractant*, th., de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, 14 décembre 2014, p.339.
[176]CAZENAVE Caroline Asfar, « Le nouveau droit français des contrats », *RJTUM*, 2015, p.732, disp., sur : https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/13587_C_Asfar-Cazenave.pdf, consulté le 24 février 2022, 23H36.
[177] BENABENT, *Droit civil : Les obligations*, Montchrestien, 8ème éd., 2001, p. 209.

son efficacité n'a d'intérêt que si le contrat assure à chacune des parties l'avantage escompté. En dépit du fait que la relation contractuelle soit le culte de l'antagonisme des intérêts de tout un chacun, l'accord de volonté des parties maquille toute idée d'injustice ou de déséquilibre. Comme le disait FOUILLE « Qui dit contractuel ; dit juste »[178]. Les parties se doivent l'exécution scrupuleuse de leur engagement. Le respect à leur engagement contractuel ne pose de conflit que si les données du contrat viennent à changer pour cause étrangère. Un bouleversement des conditions du contrat d'une façon imprévisible peut rompre l'équilibre initial au détriment de l'une des parties[179]. En vue d'inscrire le contrat dans un autre rayon, une théorie s'est ficelée : la théorie de l'imprévision. Elle vise à replacer le contrat à la situation actuelle. Est-ce du pouvoir des parties d'adapter le contrat au changement des circonstances ou de la mainmise de la force publique en occurrence le juge ?

En tant qu'autorité chargée de dire le droit, le juge ne saurait s'immiscer dans les rapports purement contractuels à moins qu'il ne soit invité par les partenaires au contrat en cause[180]. Son intervention est subordonnée à la demande d'une partie au contrat. Le juge saisi doit-il se baser sur des situations extérieures au contrat pour changer le contenu du contrat librement négocié, formé et conclu par les parties ? Cette interrogation est réceptionnée différemment dans la doctrine civiliste. L'immixtion du juge dans le contrat a suscité la curiosité des doctrinaires. Si certains se sont alignés à la thèse du rejet de la force étrangère dans le contrat, d'autres cautionne l'idée d'intervention du juge dans le contrat. En effet, l'intervention du juge dans le contrat est due aux changements de circonstance postérieure à la conclusion du contrat. Ces circonstances sont de nature à rendre l'exécution du contrat plus onéreux à l'une des parties qui n'avait pas accepté de supporter les risques. Le droit sénégalais à l'instar de son homologue français a refusé de prendre en compte d'une difficulté étrangère en vue de permettre l'intervention du juge dans le contrat. L'art 97 COCC est le fondement du refus de l'intervention du juge dans le contrat. Dans un célèbre arrêt du 06 mars 1876[181], les juges de cassation française ont pour la première fois refusé d'appliquer la théorie de l'imprévision dans les rapports privés. En effet, dans cette affaire, le juge, sous le visa de l'art 1134 al 1 C.C ancien, a refusé d'instaurer la

[178]Alfred FOUILLE, *La science sociale contemporaine*, Hachette, 1880, p. 410.
[179] Papa Keyi Abel Fademba NGONG, « La prévisibilité contractuelle en droit sénégalais des obligations civiles et commerciales », *Annales Africaines de la FSPJ*, nouvelle série, n° spéc, janvier, 2021, p. 58.
[180] BAMANGA DADA Guidakre, « Le juge et le contrat de société en droit OHADA : Que reste-il de l'intangibilité du contrat de société face à l'emprise du juge ? », disp., sur : https://www.ohada.com/documentation/doctrine/ohadata/D-21-04.html/Ohadata consulté le 23 janvier 2022 à 12h.
[181] Cass. Civ., 06 mars 1876, Canal de Craponne, Les grands arrêts de la jurisprudence civile,

théorie de l'imprévision[182] en droit des contrats. Le problème de la théorie de l'imprévision se pose lorsqu'un contactant se trouve obligé d'exécuter une obligation, alors que la survenance de circonstances nouvelles et imprévisibles au jour de la conclusion du contrat rend cette exécution beaucoup plus difficile ou très onéreuse. Cette théorie propose de modifier le contrat de façon à soulager le cocontractant surchargé par les circonstances[183]. Pour les civilistes, l'admission de la théorie de l'imprévision entrave les principes directeurs du droit des contrats et peut apporter de limite au principe de la force obligatoire du contrat, principe universel qui rend seul possible le commerce des hommes[184]. Dans cette mouvance, d'autres courants doctrinaux rejettent l'idée d'un contrôle de l'équilibre du contrat par les juges. Les uns croient à la capacité des parties à déterminer l'équilibre du contrat, à n'acquiescer que les engagements juste. Ils estiment l'existence de l'équilibre du contrat de seul fait qu'il a été accepté. Le juge n'est pas censé s'immiscer dans le contrat qui s'impose à lui. Cette soumission découle du principe de l'intangibilité des contrats. Ce principe empêche toute modification du contrat par le juge. Les juges n'ont pas manqué l'occasion de manifester leur hostilité à la théorie de l'imprévision[185]. Le rejet l'intervention du juge dans contrat fondait sur la force de la parole donnée peut justifier l'adaptation du contrat par les parties. En 1979, le juge avait rappelé que « les juges ne peuvent sous prétexte d'équité ou pour tout autre motif, modifier les conventions légalement formées entre les parties »[186]. Les parties peuvent de leur volonté réadapter le contenu du contrat aux changements de circonstances par les parties.

B. La réadaptation du contrat décidée par les parties

« Ce que la volonté peut faire, seule la volonté peut le défaire ». Si les parties ont la volonté de conclure et de mettre fin à leur relation contractuelle, elles ont à la même occasion la volonté de pallier les aléas de l'exécution des obligations du contrat. « Les cocontractants sont réputés être les meilleurs juges de leurs propres intérêts[187], il convient logiquement de faire

---

[182] Dans l'arrêt Gaz de bordeaux du 30 mars 1916, la jurisprudence française a pour la première fois admise la théorie de l'imprévision en matière administrative. Le conseil d'Etat accepte la théorie de l'imprévision afin d'assurer la continuité du service public. Disp., sur : https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-30-mars-1916-compagnie-generale-d-...

[183] Hugues BOUTHINON-DUMAS, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *Revue international de droit économique*, 2001/3 t. XV, p.340, disp., sur : *https://www.cairn.info/load_pdf.php?ID_ARTICLE=RIDE_153_0339&download=1* consulté le 15 février 2022 à 18h30.

[184]Philippe MALAURIE ; Laurent AYNES ; Philippe STOFFEL-MUNCK, Les obligations, Défrénois, 5è éd., 2011, p. 366.

[185] Cass. Civ, 15 novembre 1933, S., 1934, 1, p. 13, cité par BOUTHINON-DUMAS Hugues, *op.cit*, p. 341.

[186] Cass. Com., 18 décembre 1979, n°78-10.763, Bull. civ. IV, n°339, disp., sur : https://doctrine.fr/d/CASS/1979/JURITEXT000007005151 .

[187]François CHENEDE, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC*, 2015, n° 3, p. 655.

confiance à leurs capacités d'anticipation et adaptation[188] du contrat » aux aléas de l'exécution des obligations. Si la théorie générale des contrats s'est inscrite sur le dogme de l'autonomie de la volonté, les cocontractants sont libres de déterminer, confectionner le contrat à leur guise. Le contrat repose sur la volonté de ceux qui s'engagent[189]. La force de la liberté contractuelle et du principe de la force obligatoire des conventions permettent ainsi aux cocontractants de faire des prévisions sur les circonstances pouvant entraîner le bouleversement de l'équilibre contractuel. Le jeu de la liberté contractuelle trouve à s'appliquer, de telle sorte que les parties peuvent conventionnellement organiser les suites d'un changement de circonstances[190]. Ainsi, les parties peuvent inclure de clauses contractuelles permettant d'adapter le contrat aux changements de circonstances. Les clauses d'adaptation sont des techniques d'intégration du risque liées aux évolutions des données sous l'empire desquelles les parties se sont accordées[191]. Ces clauses peuvent être rangées de deux ordres à savoir les clauses d'adaptation automatique et les clauses de renégociations. Les clauses d'adaptation automatique, leur insertion dans le contrat implique la prise en compte des circonstances de risques économiques, financiers et concurrentiels. Dans ces clauses, les effets engendrés par les changements de circonstance sont maîtrisés en avant par les parties. A ce titre, on peut invoquer les clauses les monétaires[192] ou clauses de paiement. L'idée générale est de faire évaluer le montant de la créance, ou d'en modifier l'objet, en fonction d'un élément de référence distinct, afin de la protéger contre l'érosion de la monnaie[193]. En effet, le marché financier est en perpétuel mutation. Les données financières changent en fonction du développement de l'économie mondaine. Ainsi les intervenants de la sphère contractuelle peuvent prendre en compte ces situations. La dépréciation monétaire intervenue après la conclusion d'un contrat peut avoir des répercussions sur l'obligation monétaire d'une partie au contrat. Il est par exemple le cas du changement de la valeur de l'euro. Les parties peuvent donc prévoir que la nature la monnaie de paiement et la valeur s'apprécie au jour de l'exécution du contrat. Le paiement aura lieu en euro mais la somme due variera en fonction de la valeur de l'euro au jour de l'échéance[194]. Le changement des

[188] Cass. Com., 29 juin 2010, n°09-67.369, disp., sur : https://www.lgifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXTE00002243081/ consulté le 06 janvier 2022, 04h 34..
[189] Véronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, 1980, préf. Lévy, cit par Remy CABRILLAC, *op. cit*, n°15, p.22.
[190]Lionel ANDRE; Nicolas THOMASSIN, *infra*, p. 238.
[191] Mamadou KONATE, « Crise financière et contrats commerciaux », 3è éd., du Congrès Africain des Juristes d'Affaires (COJA 2010), organisé par le Centre africain pour le Droit et le Développement, p.3, (ohada.com, cons le 26 février 2022, 14h43.
[192] Art 185 COCC « Les clauses monétaires, telles que clause or, payable en or ou en monnaie étrangère, ne sont valables que dans les paiements internationaux ».
[193] Jacques FLOUR; Jean Luc AUBERT ; Yvonne FLOUR; Eric SAVAUX, *op. cit*, n° 115, p.85.
[194] *Ibid*.

données financières impose aux parties d'exécuter le contrat en fonction de la prévision contractuelle[195].

En ce qui concerne les clauses de renégociations, elles trouvent leur source dans le principe de la liberté contractuelle[196]. C'est la procédure par laquelle les parties rediscutent sur le sort du contenu de leur convention en dehors de toute intervention du juge. Elles obligent les parties à renégocier de nouveau le contrat dont les données scientifiques ont changé en raison de situation non prévu dans le contrat. Les parties peuvent, par exemple, décider de réduire leurs prestations de façon équilibrée. Ces clauses de renégociations sont très usées dans le commerce international. La clause de « hardship », très répandu dans le commerce international illustre le mieux cette réalité. L'exécution des contrats commerciaux est une opération qui génère beaucoup des risques financiers dus aux conditions d'exécution de ces contrats. Il est indispensable de prévoir des clauses d'aménagement du contrat à la situation en cause. La clause de « hardship » est définie dans la note de commentaire de l'art 6.2.2 des principes Unidroit comme : « une situation dans laquelle surviennent des évènements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, à condition que ces évènements répondent aux conditions prévues aux alinéas a) à d) »[197]. La clause de hardship joue un rôle très important dans l'exécution et le maintien des liens contractuels[198]. La survenance de l'évènement conduit à la renégociation du contenu du contrat. Une obligation de renégocier le contenu de la convention s'impose aux parties La renégociation est un droit inhérent à la partie lésée, elle saisit son contractant dans le but de trouver un accord permettant de rééquilibre le déséquilibre causé par les changements de circonstances. « En général, les clauses de hardship prévoient que la partie qui estime réunies les conditions de la réadaptation, doit aviser son con contractant de la survenance de l'évènement à l'origine du changement allégué ainsi que les atteintes de la rigueur subie et des moyens proposés pour y remédier l'autre partie doit leur faire connaitre sa position dans un bref délai »[199]. Cette procédure de négociation amiable n'a d'effet suspensif de l'exécution des obligations. L'initiateur de la demande doit continuer à exécuter ses obligations durant cette période de négociation. L'exigence de la bonne foi impose aux parties

[195] Art 96 COCC « Le contrat légalement formé crée entre les parties un lien irrévocable ».
[196] Art 42 COCC « Libres de contracter ou de ne pas contracter, d'adapter toute espèce de clauses de modalités, les parties ne peuvent cependant porter atteinte par leur conventions particulières à l'ordre public ni aux bonnes mœurs ».
[197] Principe d'UNIDROIT art. 6.2(2).
[198] Hariz SAIDANI, *La rupture du contrat,* Th., Université de Toulon, 2016, p. 118, disp., sur : https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01522102/document.
[199] Bruno OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements des circonstances : La clause de hardship »,101 Clunet, 1974, n°2, *disp., sur : https://www.trans-lex.org/127600/_/oppetit-bruno-ladaptation-des-contrat-internationaux-aux-changement...*

les obligations respectives de faire une proposition raisonnable et d'accepter une telle proposition, sous peine d'engager leur responsabilité[200]. L'aboutissement de la négociation des parties met à la charge des parties des obligations. Celles-ci sont tenues, selon le nouveau contenu du contrat.

Paragraphe 2 : Le rôle actif du juge en cas d'imprévision

« Le juge des contrats 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 »[201]. Cette assertion du professeur CADIER nous renseigne sur le nouveau rôle du juge. Le juge qui ne pouvait se permettre de s'immiscer dans le contrat pour y apporter une quelconque modification, est aujourd'hui tributaire des pouvoirs dans le contrat. Il peut réguler le contrat ou provoquer sa rupture. Pour mieux élucider le rôle actif du juge dans le contrat bouleversé par des changements de circonstances extérieures à sa formation, nous envisageons d'analyser la régulation du contrat par le juge (A), avant de s'attarder sur l'anéantissement du contrat pour imprévision (B).

A. La régulation du contrat par le juge

« Faut-il se laisser se consommer à la ruine d'un cocontractant malheureux, dont son seul tort est de ne pas avoir prévu l'imprévision ». « Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui asservit, le juge (et non plus la loi) qui affranchit »[202]. Cette formule détournée de la citation de LACORDAIRE : « Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui asservit opprime et la loi qui affranchit »[203]. Le juge n'est-il pas la bouche de la loi, l'affirmation de cette pensée peut servir d'autorité de l'immixtion du juge dans le contrat. En ce sens, les défenseurs de la théorie de l'imprévision s'inscrivent dans un concept social de la régulation du contrat. Dès 1927, JOSSERAND affirmait qu'il peut y avoir révision du contrat en présence d'événements « inattendus-véritables circonstances extraordinaires-qui ont surgi depuis leur conclusion et qui sont venus fausser brutalement l'économie désaxée »[204]. Pilier incontournable de l'équilibre contractuel, le juge est appelé à contrôler le contenu du

[200] *Ibid*, p.807
[201] Loïc CADIER, Le contrat au début du XXIè siècle, LGDJ, 2001, p. 181.
[202] Laurent AYNES, « Le devoir de renégocier », Rev. juris. com. 1999, n° 26, p. 12, cité par ONDZE S, *op. cit*, p. 86.
[203] Henri Dominique LACORDAIRE, *Conférences de Notre-Dame de PARIS*, t., III, 1846-1848, Librairie Poussielgue Frères, 1872, p. 494, disp., sur : https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k202681x/f3.item≠, consulté le 17 mars 2021, 19h 20.
[204]Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 1927, n°120.

contrat. Si tous ne vont pas dans le sens de l'admission de la révision du contrat pour imprévision[205], le juge n'est plus ancré dans cette logique. Le juge en tant l'autorité chargée de dire le droit, il ne peut prendre le luxe de ne pas statuer sur un litige pour refus de l'admission de la théorie de l'imprévision. Malgré sa fonction d'appliquer le droit, le juge est appelé à suppléer le législateur. Son rôle ne se limite pas de dire le droit, être le serveur de la volonté des partenaires privés, il doit participer à la bonne marche de la justice et plus précisément à la normalisation des faits soumis à son appréciation. Ainsi, laisser aux parties la liberté de se faire justice soi-même conduit à remettre en cause l'utilité de la juge et précisément la fonction du juge. Contrairement au droit sénégalais qui est fidèle au principe de la force obligatoire des conventions, le législateur français à travers l'art 1195 C.C subordonne la révision du contrat par le juge à un défaut d'accord de renégociation du contrat. La loi donne la possibilité aux parties de saisir le juge. Lorsqu'en absence de clause de réadaptions du contrat, les parties n'ont pas parvenu d'un commun accord à la modification du contrat, le juge peut intervenir. Le juge, qui restaure l'équilibre du contrat en fonction des mutations socio-économiques pour éviter sa disparition, dispose de pouvoirs importants. Il peut cependant réviser le contrat ou le modifier. Le défaut d'égalité et d'équilibre du contrat impose que le juge libère le contractant vulnérable du contrat injuste ou le rééquilibre. La révision est comme la « modification d'un acte juridique en vue de son adaptation aux circonstances »[206]. Le principe qui est aujourd'hui avancé par de nombreux auteurs pour fonder la révision pour imprévision des contrats consiste dans la notion de bonne foi[207]. « La révision judiciaire en cas de survenance imprévisible est un principe général accordant au juge le pouvoir d'annuler ou modeler les clauses abusives ». Il a un pouvoir de contrôle et d'appréciation des déséquilibres. Le déséquilibre en soi n'est pas une question de droit mais de fait, le juge dispose en générale une large marge d'appréciation et ils peuvent, ils peuvent dans le cadre d'une procédure en cours solliciter l'aide d'un expert[208]. Prévue à l'art 6/24 du projet d'acte uniforme, le juge contrôle l'existence du bouleversement des circonstances[209]. Il s'ensuit que le juge contrôle l'incidence du bouleversement des circonstances en fonction de la prestation des parties.

---

[205] Myriam MEHANNA, *op. cit*, p.344.
[206] Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10è éd., PUF/Quadrige, 2014, V° Révision.
[207] Hugues BOUTHINON-DUMAS, *op. cit*, p. 360.
[208]Dagmara PANUTIS, *Le déséquilibre contractuel dû au changement imprévisible des circonstances et ses remèdes, Etude de droit comparé : Espagne- Pologne-France*, Master de DEC, Université Panthéon-Assas- Paris II, 2013, p. 62, disp., sur : https://docassas.u-paris2.fr//nuxeo/site/esupversionsca9120da-88d4-a6cf-77e508cdaf43
[209] Françoise Binta DIENG, « Réflexions sur l'article 6/24 de l'avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *Annales africaines*, nouvelle séries, vol. 1, décembre 2014, p. 55.

Force est de constater que, le contrôle du juge se fait essentiellement sur les changements de circonstances et doit être général[210]. Dans ce sillage, s'il est admis que les parties peuvent être les seuls juges de leur union. Cet assentiment peut prendre le revers lorsque les parties de par leur accord n'arrivent pas à adapter le contenu du contrat aux changements de circonstance. En outres, les parties ne peuvent pas prévoir tous les évènements susceptibles de créer un déséquilibre au moment de l'exécution du contrat. Le rôle du juge prend alors toute son importance car, le non pris en compte de certains obstacles et la carence des parties dans la procédure de renégociation lui ouvrent la possibilité de s'immiscer dans le contrat. En effet, les parties peuvent par consentement mutuel saisir le juge en vue de réadapter leur convention à la nouvelle situation. Toutefois, la partie lésée peut demander l'ouverture d'une négociation. Cette procédure de négociation et encadrée par l'exigence de la bonne foi[211]. Les parties doivent négociation de bonne foi et le refus injustifié par l'une des parties à négociation est consécutif d'abus sanctionné sous le fondement de la responsabilité civile délictuelle[212].

Dans sa physionomie, le contrat est une technique de cohésion sociale. Sa préservation participe à instaurer un climat de confiance entre les cocontractants. La pérennisation du lien contractuel est un facteur de développement économique. Ces facteurs n'ont d'effet sur l'environnement social que si les partenaires sociaux le désirent. En revanche, le juge doit être au juste milieu de la relation contractuelle. Son rôle est de préserver les intérêts de tout un chacun. Par conséquent, lorsque l'équilibre du contrat recherché s'avère difficile ou impossible, il a le pouvoir de prononcer la rupture du contrat.

B. L'anéantissement du contrat par le juge

Le contrat est fait pour être exécuté. Le contrat est un instrument d'échange, de confession mutuelle des intérêts des parties contractantes. Chaque partie attend de l'autre une prestation. Ainsi, lorsqu'une partie ne reçoit pas la prestation promise par l'autre, elle doit être libérée. Le contrat doit être anéanti. Généralement, l'imputabilité[213] du manquement contractuel est la principale cause de la rupture du contrat. L'inexécution de l'obligation d'une des contractants entraine anéantissement du contrat. Cette rupture qui était imputable à la personne du cocontractant peut trouver sa source dans un évènement extérieur. En effet, la

[210] Hariz SAIDANI, *op. cit*, p. 127.
[211] Cass. Com., 03 nov 1992, n°90-18.547, Bull. civ. IV, n° 338, p. 241, disp., sur : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007029915 .
[212] Art 122 COCC.
[213]Lionel ANDREU; Nicolas THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, Gualino-Lextenso, 1ère éd., 2016-2017, p. 437.

disparition du contrat pour cause qui, bien que postérieure à la formation du contrat, est complètement détachée d'une quelconque inexécution fautive. Le manquement de l'obligation du débiteur est une conséquence de l'évènement imprévisible. L'exécution du contrat, la phase la plus importante de la vie du contrat produit ses effets dans le temps. Certains contrats voient, leurs effets principaux s'épuisent rapidement dans le temps : il en va ainsi d'un contrat de vente ordinaire de bien meuble : le contrat s'évanouit aussitôt formé, ne laissant à la suite que des garanties[214]. Il en est d'autres dont les effets principaux se produisent sur de long terme et pour lesquels le temps qui passe est un élément essentiel. Ces contrats soulèvent des questions spécifiques tenant à l'introduction d'une dimension temporelle dans l'exécution[215]. Celle-ci peuvent impacter le contrat dans sa globalité. L'une des parties se trouve dans un état de ne pas pouvoir honorer ses engagements. Cette situation est appréhendée, selon le langage du droit par la théorie de l'imprévision. Ce sont des changements de circonstances extérieures à formation du contrat et qui instaure une difficulté dans l'exécution des obligations contractuelles. Si la survenance d'un événement non prévue dans le contrat rend l'exécution du contrat impossible. La relation contractuelle doit être disloquée. Cette dislocation intervient lorsque le juge ne parvient pas à réadapter le contrat aux changements de circonstances. La cour suprême a rappelé dans une affaire que le juge peut résilier le contrat lorsque les parties ne parviennent pas à s'entendre sur un élément essentiel de leur accord[216]. D'abord, écartée par l'art 97 COCC et la jurisprudence française en raison de l'intangibilité du contrat dont le contenu s'impose au juge et aux parties, il était illégitime pour le juge de s'immiscer dans la convention telles voulues par les parties[217]. La révision du contrat pour imprévision est introduite ensuite en droit français par l'ordonnance de 2016. Sous la couvert de cet art 1195, le juge peut s'arroger à prononcer l'anéantissement du contrat pour le changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rendant ainsi l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer les risques. Cependant, l'anéantissement du contrat est encadré. En effet, la résiliation du contrat est subordonnée à la demande d'une partie. L'anéantissement du contrat consiste à mettre fin aux obligations contractuelles nées d'un accord entre deux ou plusieurs parties. Il implique nécessairement la disparition de ce que le contrat a créée. Lorsque le contrat est anéanti, il y a

[214] Art 287 COCC et s.
[215] *Ibid*, p. 289.
[216] C. Sup., 19 février 2020, arrêt n°20, Bull, n°s 21-22, disponible sur : https://juriscaf.org/arret.SENEGAL-COURSUPREME-20200219-20 , consulté le 17 février 2022.
[217] Pierre-Gabriel JOBIN, « Coup d'œil sur les multiples facettes de l'intervention du juge dans le contrat », Les cahier du droit, vol. 47, n°1, 2006, p.5, disp., sur : https://www.erudt.org/fr/revues/cd1/2006-v47-n1-cd3844/043878ar.pdf , consulté le 06 mars 2022, 18h08.

lieu de liquider la situation contractuelle dans laquelle se trouvait les parties et à laquelle le contrat a été mis fin. La rupture du contrat libère les parties de leurs obligations[218].

Cependant, les changements de circonstances peuvent intervenir au moment où le contrat a commencé à produire ses effets. Il en est, lorsque l'une des parties s'est déchargée partiellement de son obligation avant la survenance de l'évènement imprévisible. Dans ce cas l'anéantissement du contrat rétroagit. Chacune des parties est tenue de restituer la prestation reçue[219]. La restitution se fait, selon diverses modalités en fonction de l'obligation. D'abord, pour l'obligation en somme, la restitution se fait en valeur. Chacune des parties reçoit l'exacte valeur de la prestation fournie. Lorsque la restitution porte sur une chose autre qu'une somme d'argent, le principe est celui de la restitution en nature. La restitution en nature suppose que la chose objet du contrat soit rendue au créancier dans le même état que celui dans lequel elle se trouvait au moment de sa remise. Il en est du contrat de vente. Ainsi, les restitutions réciproques, conséquences nécessaires de l'anéantissement rétroactif d'un contrat de vente, doivent par principe être exécutées en nature, et seulement à défaut par valeur[220]. L'impossibilité de procéder à la restitution en nature permet aux parties de recevoir la valeur des prestations souscrites. La valeur de la restitution est fixée en considération de la bonne ou la mauvaise foi des parties. La restitution en valeur est estimée au jour de la restitution[221]. Toutefois, il y a des situations où chose, objet de la restitution, a subi une détérioration. Dans ce cas, la chose est restituée dans son état actuel. L'auteur de la restitution doit être animé de bonne foi. A défaut, il répond de la dégradation ou la détérioration de la chose.

[218] Art 296 AUDCG.
[219] Art 297 AUDCG « La partie qui a exécutée totalement ou partiellement ses obligations peut obtenir la restitution par l'autre partie de ce qu'elle a fourni ou payé en exécution du contrat ».
[220] Merryl HERVIEU, « L'anéantissement rétroactif du contrat : le primat de la restitution en nature », 18 mars 2019, https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/aneantissement-retroactif-du-contrat-le-primat-de-la-restitution-en-nature/h/0709461bcebf107d80d29733d..., consulté le samedi 05mars 2022, à 18h12.
[221] Cass. com., 14 juin 2005, n°03-12.339, Bull, 2005, IV, n°140 ; Cass. civ., 1ère , 08 mars 2005, n° 02-11.594, disp., sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007050857.

Conclusion

L'étude de la défaillance du débiteur contractuel révèle les pouvoirs dévolus aux juges du fond. En effet, lorsque les rapports contractuels se gangrènent en raison de la défaillance d'une partie suscitant la déception de l'autre partie contractante, le juge reste la figure prépondérante lorsque le contractant lésé fait le choix de recourir directement à la voie judiciaire pour faire face à une inexécution[222]. Le droit commun des contrats organisent dans son art 105 COCC les différentes sanctions de l'inexécution du contrat. Le créancier avant toute action doit au préalable mettre en demeure de débiteur de s'exécuter. Ainsi, Lorsque le débiteur persiste à ne pas honorer ses engagements, le créancier peut saisir le juge. Il détermine la matière litigieuse. Le choix de la sanction est tributaire au créancier de l'inexécution. Ceci laisse présager un recul du juge dans la mise en œuvre de la sanction. Néanmoins, il ressort du pouvoir du juge de déterminer la sanction de l'inexécution des obligations du contrat. En phase de la demande de résolution du contrat, le juge peut donc contrainte le débiteur à exécuter ce dont qu'il s'est engagé ; engager s'il y a lieu d'engager la responsabilité du débiteur. Cette monopolisation de la sanction par le juge rompt le principe du dispositif. En matière civile, le juge doit se limiter à la demande des parties. Il ne peut aller au-delà ou en dessous de la demande des parties. En outre, juge peut en dehors de toute sanction moduler le contrat. La politique de sauvetages des relations contractuelles et de préserver l'équilibre du contrat a renforcé aujourd'hui le rôle du juge. Le juge s'approprie de pouvoir exorbitant dans le contrat. Il s'imprègne de plus en plus dans la relation contractuelle afin d'apporter les modifications. Ainsi, en présence de clauses contractuelles le juge apprécie souverainement la portée des clauses. Et lorsqu'il constate de déséquilibre qui éreinte l'équilibre du contrat, il peut réduire les prestations ou réputer non écrite les clauses. L'intervention du juge dans le contrat viole le principe du refus de la théorie de l'imprévision. Guidé par le besoin de sécurité juridique et la force obligatoire des contrats, le rejet de l'immixtion du juge dans le contrat même aux fins de rétablir une certaine équité entre les parties, est à l'état actuel du droit discutable. Cela se justifie du fait du recul de la liberté de négociation contractuelle. Le contenu du contrat est aujourd'hui de plus en plus imposé à la partie faible[223]. Cette démarcation du contrat librement négocié par les parties à un contrat imposé par l'une des parties peut aboutir à un déséquilibre entre les parties. En somme, l'analyse du pouvoir du juge dans l'inexécution du contrat atteste à nouveau l'encadrement de

[222]Louise BOTTIN, *op. cit*, p. 111.
[223] Guillaume LACROIX*, L'adaptation du contrat aux changements de circonstances*, Mémoire de fin de cycle de master II, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2014/2015, p. 10, disp., sur: https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-0131750/document, consulté le 28 février 2022.

l'inexécution du contrat par le juge. Malgré, l'encadrement législatif de la force obligatoire des contrats, la forte présence du juge dans le contrat annonce une évanescence des principes directeurs du droit des contrats. Le principe de l'effet relatif des contrats et la force obligatoire du contrat sont de plus en plus menacés par les nouveaux rôles dévolus au juge. JOBIN souligne en ce sens que : « Indéniablement, les pouvoirs judiciaires, nombreux et considérables, ont toutefois de prix : ils affaiblissent la force obligatoire des contrats et la stabilité contractuelle et ils déjouent les attentes légitimes des parties »[224].

[224] Pierre-Gabriel JOBIN, *supra*, p.10.

Bibliographie

Ouvrages généraux

ANDRE Lionel ; THOMASSIN Nicolas, *Cours de droit des obligations*, Gualino-Lextenso, 1ère éd., 2016-2017, 870 pages.

AUBERT De Vincelles Carole, *Droit des obligations*, t. 1, PrepaDalloz-exam du CREPA, 2014, 64 pages.

BITSAMANA Arion Alain, *Dictionnaire droit OHADA*, L'Harmattan, 3ème éd., 2015, 392 pages.

CABRILLAC Remy, *Droit des obligations*, Dalloz, 13è éd., 2018, 455 pages.

CABONNIER Jean, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10è éd., 2001, 493 pages.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10ème éd., Paris 2015, pp.1098.

FLOUR Jacques ; AUBERT Jean-Luc ; FLOUR Yvonne ; SAVAUX Eric, *Droit civil- Les obligations : Le rapport d'obligation*, t. III, SIREY, 4è éd., 2006, pp. 385.

FOUILLE Alfred, *La science sociale contemporaine*, Hachette, 1880, 424 pages.

Gerard Légier, Laetitia Tranchant, Vincent Egéa, *Droit civil : Les obligations*, Dalloz 21ème éd., 2014, 226 pages.

HADJIMALIS Irène-Marie ; THIAM Mouhamed Aly, *L'office du juge*, L'Harmattan, 2021, 269 pages.

JOURDAN Patrice, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 9è éd, 2014, 181 pages.

JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 1927, 426 pages.

LACHIEVE Christophe, Droit des contrats, 5è éd, Ellipses, 2020, 247 pages.

LARROUMET Christian, *Droit civil : les obligations ; le contrat*, t. III, 2e partie : effets, Economica, 6e éd., 2007, 1033 pages.

LE TOURNEAU Philippe, *La responsabilité civile*, 3è éd., Dalloz, 1982, 825 pages.

LE TOURNEAU Philippe, *La responsabilité civile*, PUF, 1è éd., 2003, le sais-je ?, 128 pages.

LEGIER Gérard ; TRANCHANT Laetitia t, EGEA Vincent, *Droit civil : Les obligations*, Dalloz 21ème éd., 2014, 226 pages.

MALAURIE Philippe, AYNES Laurant, STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, LGDJ, 8ème éd., mise à jour 1er août 2016, 1254 pages.

MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, Les obligations, Défrénois, 5è éd., 2011, 856 pages.

POTHIER Robert Joseph, *Traité des obligations*, Paris, Masson, 1883 ; note 7, n°6, 508 pages.

RIVERO Jean ; SAVATIER Jean, *Droit du travail*, Thémis, 7ème éd., 1978, 607 pages.

SALMA Abid Mnif, *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle : Comparaison des droits français et tunisien*, L'Harmattan, 2014, 580 pages.

SCARANO Jean- Pierre, *Dictionnaire de droit des obligations*, Ellipses, nouvelle édition, 334 pages.

TERRE François ; SIMLER Philippe ; LEQUETTE Yves ; CHENEDE François, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, 12è éd., 2018, 2032 pages.

VINEY Geneviève, *Traité de droit civil : Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 4è éd., 661 pages.

Ouvrages spéciaux

ALVAREZ Isabelle, *Essai sur la notion d'exécution contractuelle*, L'Harmattan, 2017, 486 pages.

BENYAHMED Abobaker, *La protection de la partie faible dans les relations contractuelles : Comparaison entre le droit français et les droits des pays du Maghreb*, L'Harmattan, 722 pages.

BOKALLI Victor Emmanuel ; SOSSA Dorathé C, *OHADA-Droit des contrats de transport de marchandises par route*, Bruylant-Bruxelles, 2006, 169 pages.

BOTTIN Louise, *Les sanctions de l'inexécution après la réforme du droit des contrats*, L'Harmattan, 2020, 145 pages.

CAFIAA Afef Hasnaoui, *L'abus dans l'exécution du contrat*, L'Harmattan, 2020, 203 pages.

GIAOUI Franck S*, L'indemnisation du préjudice économique : Ruptures contractuelles en common law, droit civil français et droit commercial international*, L'Harmattan, 2019, 337 pages.

LEBORGNE Anne, *Droit de l'exécution : voies d'exécution et procédures de distribution, Dalloz*, 2è éd., 2014, 1114 pages.

MUNEMEKA Kahisha Alidor, *Le droit OHADA de l'exécution forcée*, Academia-L'Harmattan, 110 pages.

Thèses et mémoires

BOKA BOUURO Aude, *Le juge du contrat et la clause résolutoire*, Thèse présentée en vue de l'obtention du grade de Docteur de l'Université de Nantes sous le sceau de l'Université Bretagne Loire, 09 novembre 2017, 359pages.

VOIRIN Pierre, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, thèse de doctorat en droit, Université de Nancy, 1999, 308 pages.

Revues et Articles de doctrines

BADDJI Patrice Samuel Aristi, « *La mise en cohérence des règles relatives à la sanction de l'inexécution des obligations* », *in* COCC du Sénégal : 50ans après, vol1, L'Harmattan-Sénégal, 2018, pp.41-75.

DIENG Françoise Binta, « Réflexions sur l'article 6/24 de l'avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *Annales africaines*, nouvelle séries, vo.1, décembre 2014, pp.45-61.

DIA Fatimatou Binta, « L'unité des responsabilités contractuelles et délictuelles : état de la question », *in COCC : cinquante ans après*, vol 1, L'Harmattan-Sénégal, 2018, pp.179-205.

GALLIA Alessandro, « Les clauses excluant ou limitant la responsabilité du débiteur : comparaison entre le droit français et le droit italien », *Annales de faculté de droit et science politique de Nice*, 2019, L'Harmattan-Paris 2020, pp.118-132.

GWELTAZ Eveillard, « Les pouvoirs du juges de l'exécution du contrat», *in* les juges du contrat administratif ; actes de la journée d'études de l'AEDP, 2 avril 2013, *RJO*, 2014-3, pp. 77-88.

LEBORGNE Anne, « Effectivité du droit à l'exécution forcée du créancier et silence des personnes légalement requises », Les cahier de droit, V.56, N°3-4, septembre-décembre 2015, pp.447-466.

LEFEBVRE Brigitte, « La rupture du contrat pour cause d'inexécution : Regard sur le rôle de la bonne *foi* », *RGD*, vol. 36, n°1, 2006, pp. 70- 84.

MAZEAUD Denis, « Les clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ? », *D.*, Dalloz, 2010, pp. 1832 et s

NDIAYE Isaac Yankhoba, « Leçon inaugurale : le COCC, cinquante ans après (regard furtif) », *COCC 50 ans après*, vol.1, L'Harmattan-Sénégal, 2018, pp.11-39.

NGONG Papa Keyi Abel Fademba, « La prévisibilité contractuelle en droit sénégalais des obligations civiles et commerciales », *Annales Africaines*, nouvelle série, n° spéc, janvier, 2021, pp. 57-93.

ONDZE S « Le juge et l'équilibre du contrat », *Annales de l'Université Marien N'GOUABI Sciences Juridique*, vol.21, N° spéc, 2021, pp.85-117

PLANIOL Marcel, « Etudes sur la responsabilité civile », *Revue Internationale de Législation et de Jurisprudence*, 1905, pp. 277 et s.

SAKHO Abdoulaye, « L'exécution forcée des obligations de faire résultant des pactes de préférence dans les cessions d'actions », Série de documents de recherche, CRES, 2014/59, 28pages.

SY Demba, « Les magistrats au Sénégal », *Annales africaines*, n°2-2008, pp. 291-324.

WIEDERKEHR Georges, « Qu'est-ce qu'un juge *? », in Nouveaux juge, nouveaux pouvoir*, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz, 1996, pp. 575-586.

Législation

Acte uniforme du 15 décembre 2015 portant droit commercial général, JORS n°23 du 15 février 2011.

Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, JO OHADA n°6 du 1ère juin 1998, p. 1 et s, entré en vigueur le 10 juillet 1998.

Loi n°63-62 du 10 juillet 1963 relative à la partie général du COCC, JORS n°3624 du 31 août 1963, p. 1204 et s.

Loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant code des obligations de l'administration, JORS n°37-63 du lundi 23 août 1965.

Loi n°2021-25 du 12 avril 2021 portant sur les prix et la protection du consommateur.

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO/ France, du 11 février 2016, n°25.

Décisions de justice

Cass. Com., 11 mars 2020, N°18-22.472, https://juriscaf/org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20200311-18222472.

Cass. Civ, 3è, 16 juin 2015, 14-14.612, disponible sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuri.Judi.do?idTexte=JURITEXT000030762055

C.A de Colmar du 23 janvier 2014, n°12-02.557, disponible sur : https://www.doctrine.fr/d/Colmar/2014/R9022C2483D053F657501

TI Paris, 02 nov. 2011, N°91-11-00002, disponible sur : https://www.dalloz-actualite.fr/document/ti-paris-2-nov-2011-n-91-11-000024

C.A., Paris, 22 sept. 2010, n° 08-14.438, Dalloz. 2011. 12, obs. GALLMEISTER, et 1445, obs. KENFACK ; JCP 2010, n° 47, note Clerc, disp., sur :

https://www.academia.edu/10112278/Publié_sur_Dalloz_Actualité, consulté le 17 juillet 2021, 02h30.

Cass. 1ère ch. Civ., 11 décembre 2019, n°18-21.164, disp., sur : https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2019-12-11_1821164&FromId=DZ_OASIS_000183 .

Cass. 1ère ch. Civ., 26 septembre 2019, n°18-10.890, disp., sur : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000039188467 .

Cass. Com., 29 juin 2010, n°09-11.841, Bull, 2010, IV, n°155, disp., sur : https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-vos-copies/article/clauses-limitatives-de-responsabilite/h/75f11bdb26d652b19c1656d6769a8a9b.html , consulté le 26 février 2022, 13h20.

Cass. Com., 29 juin 2010, n°09-67.369, disponible sur : https://www.lgifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXTE00002243081/ consulté le 06 janvier 2022, 04h 34.

Cass. Com., 14 juin 2005, n°03-12.339, Bull, 2005, IV, n°140 ; Cass. civ., 1ère , 08 mars 2005, n° 02-11.594, disp., sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007050857.

Cass. Ch. Mixte, 06 septembre 2002, n°98-22.921, Bull, 2002, Mixte n°4, p.9, https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007044639, consulté le 14décembre 2021 à 17h 28.

Cass. Com., 11 février 1997, n°95-10.851, Bull, 1997, IV, n°47, p. 42, disp., sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT00000703857.

Cass. Com., 22 octobre 1996, 93-18.632, Bull, 1996 IV, n°261, p. 223, disp., sur : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007035966 .

Cass. Com., 03 nov 1992, n°90-18.547, Bull. civ. IV, n° 338, p. 241, https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007029915.

Cass com, 29 jan, 1991, 89-16.446, bull, 1991, IV n°47, p.27, https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007025099.

Cass. civ. 2e, 6 janv. 1988, N° 86-16.192, Bull 1988 II, n°8, p. 4, disp., sur : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007020143 .

Cass. Com., 08 juillet 1986, n°84-15.655, Bull, 1986, n°147, p. 125, disp., sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007017128 .

Cass. civ. 1 ch, 12 déc. 1984, n°83-13.608, Bull. 1984 I civ. I, n° 335, disp., sur : https:///www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007012827, consulté le 12 mars 2021.

Cass.civ., 3è ch., 5 décembre 1984, n°83-11788, Bull, civ.III, n°207, disp., sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007014193, consulté le 14 mai 2021, 13h.

Cass. Com, 7 mai 1980, n° 78-12.382, Bull. Com, n°185, disp., sur : https://www.legifrance.gouv.fr/jurii/id/JURITEXT000007005355 consulté le 13 avril 2021, 22h.

Cass. Com., 18 décembre 1979, n°78-10.763, Bull. civ. IV, n°339, https://www.doctrine.fr/d/CASS/1979/JURITEXT000007005151 .

Cass. Mixte, 20 janvier 1978, n°76-11.611, Bull, ch. mixte, n°1, p. 1, disp., sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJurijudi.do?idText=JURITEXT000007000227.

Cass. Civ 2è ch., 09 novembre 1976, N°75-11.737, Bull. civ, 2, n°302, p. 238, disponible sur : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006997803, consulté le 13 juillet 2021.

Cass. civ. 2ème ch., 28 octobre 1954, Bull. civ. 1954, II, n°328, disp., sur : https:///www.dalloz-actualite.fr/flash/action-civile-reparation-integrale-et-necessite-de-mesure-soll..., consulté 27 octobre 2021.

Cass. Civ, 15 novembre 1933, S., 1934, 1, p.

C.E., 30 mars 1916, disp., sur : https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-30-mars-1916-compagnie-generale-d-...

Webographie

BADJI Patrice Samuel Aristide, « la difficulté systématisation des contrats d'affaires en droit OHADA », 34pages, disponible sur : http://afrilex.u-bordeaux.fr/wp-content/upload/2021/03/P_Badji_LES_CONTRATS_D_AFFAIRES_BON_DOC.pdf/.

BAMANGA DADA Guidakre, « Le juge et le contrat de société en droit OHADA : Que reste-il de l'intangibilité du contrat de société face à l'emprise du juge ? », 26pages, disponible sur : https://www.ohada.com/documentation/doctrine.html?auteur=guidakre_bamanga-daga .

BEIGNIER Bernard, « *Portalis et le droit naturel dans le code civil » in Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°6, 1988, pp.77 -101, disponible sur : https://univer-droit.fr/docs/recherche/rhfd/pdf/06-1988/06-1988-p077-101.pdf .

BOUTHINON-DUMAS H, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *Revue international de droit économique,* 2001/3 t. XV, pp. 339-373, disponible sur https://www.cairn.info/load_pdf.php?ID_ARTICLE=RIDE_153_0339&download=1 consulté le 15 février 2022 à 18h30.

CADIER Loïc, « Les métamorphoses du préjudice » *in Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, 1997, pp.34 et s, https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k480925q.image consulté le 05 juin 2021, 04h02.

CAZENAVE Caroline Asfar, « Le nouveau droit français des contrats », *RJTUM*, 2015, pp. 717-756, disp., sur : https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/13587_C_Asfar-Cazenave.pdf, consulté le 24 février 2022, 23H36.

DAUCHY Serge, « Le juge, bouche de la loi. A propos de la célèbre métaphore de Montesquieu », 14pages, disponible sur : https://hal-univ-lille.fr/hal-02959170/document consulté le 16 octobre 2021

DE MUNAGORRI Rafael Encina, « Kelsen et la théorie du contrat » *in* Actualité de Kelsen en France, sous la dir de Carlos Miguel Herrera, Paris, LGDJ., coll. La pensée juridique, 2001, pp. 109-119, disp sur, https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01651976/document. Cons 16 janvier 2021, 12h04.

DESTREE Pierre-André, *Etude sur la sanction de l'inexécution des obligations de faire*, Université Panthéon Assas (Paris II), 2005-2006, 62pages, disponible sur : https://mja-

assas.fr/wp-content/uploads/Etude-sur-la-sanction-de-linexécution-des-obligations-de-faire_Pierre-André-DESTREE_2006.pdf , consulté le 02 janvier 2021 à 01h40.

DOMAT Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, Paris, 679pages, disp., sur : https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k3103451.image .

EBATA Rodrique, *la résolution du contrat de vente en droit OHADA : d'une réforme à l'autre*, mémoire soutenu en vue de l'obtention du grade de Maîtrise, Université de Montréal, Août 2012, 447 pages, https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/10367/ebata_rodrigue_2012_memoire.pdf.

HERVIEU Merryl, « L'anéantissement rétroactif du contrat : le primat de la restitution en nature », 18 mars 2019, https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/aneantissement-retroactif-du-contrat-le-primat-de-la-restitution-en-nature/h/0709461bcebf107d80d29733d..., consulté le samedi 05mars 2022, à 18h12.

JOBIN Pierre-Gabriel, « Coup d'œil sur les multiples facettes de l'intervention du juge dans le contrat », *Les cahier du droit*, vol. 47, n°1, 2006, pp.3- 11, disponible sur : https://www.erudt.org/fr/revues/cd1/2006-v47-n1-cd3844/043878ar.pdf , consulté le 06 mars 2022, 18h08.

LACORDAIRE Henri Dominique, *Conférences de Notre-Dame de PARIS*, t., III, 1846-1848, Librairie Poussielgue Frères, 1872, 498 pages , disp., sur : https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k202681x/f3.item≠, consulté le 17 mars 2021, 19h 20.

LACROIX Guillaume, *L'adaptation du contrat aux changements de circonstances*, Mémoire de fin de cycle de master II, Université de Reims Champagne- Ardenne, 2014/2015, 64 pages, disponible sur: https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-0131750/document, consulté le 28 février 2022.

OPPETIT Bruno, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements des circonstances : La clause de hardship »,101 Clunet, 1974, pp.794-814, *disponible sur https://www.trans-lex.org/127600/_/oppetit-bruno-ladaptation-des-contrat-internationaux-aux-changement*.

PANUTIS Dagmara, *Le déséquilibre contractuel dû au changement imprévisible des circonstances et ses remèdes, Etude de droit comparé : Espagne- Pologne-France*, Master de

DEC, Université Panthéon-Assas- Paris II, 2013, 108 pages, disponible sur : https://docassas.u-paris2.fr//nuxeo/site/esupversionsca9120da-88d4-a6cf-77e508cdaf43.

Tables des matières :

AVERTISSEMENT I

Dédicaces II

Remerciements III

Liste des sigles et abréviations IV

Sommaire VI

Introduction 1

Chapitre 1 : Le pouvoir sanctionnateur du juge dans l'inexécution contractuelle 10

Section 1 : Le pouvoir sanctionnateur du juge relatif à l'acte 10

Paragraphe 1 : La sanction visant à l'exécution du contrat 10

A. Les mesures d'exécutions forcées 11

B. Les modalités d'exécutions forcées 13

Paragraphe 2 : La sanction visant à l'anéantissement du contrat 16

A. Les conditions de la résolution du contrat pour inexécution 17

B. Les effets de la résolution pour inexécution 20

Section 2 : Le pouvoir sanctionnateur du juge à l'égard du contractant défaillant 22

Paragraphe 1 : Les conditions de la responsabilité du débiteur défaillant 23

A. Un manquement contractuel constitutif de faute 23

B. Un dommage résultant de l'inexécution de l'obligation et un lien de causalité ... 25

Paragraphe 2 : La réparation du préjudice résultant de l'inexécution de l'obligation contractuelle 28

A. Les modalités de la réparation du dommage 28

B. L'évaluation du montant de la réparation 31

Chapitre 2 : Le pouvoir modérateur du juge dans l'inexécution contractuelle 35
Section 1 : Le pouvoir modérateur face aux clauses contractuelles 35
Paragraphe 1 : Le pouvoir modérateur du juge face aux clauses pénales 35
A. L'office du juge dans le contrôle de la validité des clauses pénales 36
B. L'office du juge dans la mise en jeu de la clause pénale 38
Paragraphe 2 : Le pouvoir modérateur du juge face aux clauses d'aménagement de la responsabilité 41
A. Les champs des clauses exclusives ou limitatives de responsabilité 41
B. La neutralisation des clauses limitatives de responsabilité par le juge 43
Section 2 : Le pouvoir modérateur du juge en raison des changements de circonstances ... 46
Paragraphe 1 : Le rôle passif du juge en cas de changement de circonstance 46
A. Le rejet de l'intervention du juge en cas d'imprévision 46
B. La réadaptation du contrat décidé par les parties 48
Paragraphe 2 : Le rôle actif du juge en cas d'imprévision 51
A. La régulation du contrat par le juge 51
B. L'anéantissement du contrat par le juge 53
Conclusion 56
Bibliographie 58
Tables des matières : 67